

# **ANEXO**

## **NECESARIA REFERENCIA AL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL SANCIONADO EL 2 DE NOVIEMBRE DE 2007 Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 112 CONSTITUCIONAL**

Durante el proceso de selección del tema de investigación y la aprobación de lo que fue el ante proyecto que sirvió como desarrollo metodológico para la elaboración de este trabajo especial de grado, el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007, presentó el proyecto de **REFORMA CONSTITUCIONAL** de conformidad con lo previsto en el artículo 342 Constitucional. Posterior a su trámite ante la Asamblea Nacional, ésta sancionó el 2 de noviembre de 2007, el Proyecto de reforma de la Constitución de 1999 que será sometido a votación (referendo) el próximo 2 de diciembre del año que discurre.

Esta situación hace necesaria la inclusión del presente anexo, en el que se tratará de enfocar de qué manera la reforma constitucional propuesta, de ser aprobada el próximo mes de diciembre, incidiría en la concepción actual del derecho de libertad de empresas previsto en el artículo 112 de la Constitución vigente.

Como quedara precisado en el análisis efectuado en el presente trabajo, el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra el derecho que tienen los particulares a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, artículo que dispone textualmente lo siguiente:

ART. 112 Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y

las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Por su parte, la reforma constitucional, en lo que respecta al aludido artículo 112 propone las modificaciones siguientes:

Artículo 112:

El Estado promoverá el desarrollo de un Modelo Económico Productivo, intermedio, diversificado e independiente, fundado en los valores humanísticos de la cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, que garantice la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social y la mayor suma de felicidad posible.

Así mismo, fomentará y desarrollará distintas formas de empresas y unidades económicas de propiedad social, tanto directa o comunal como indirecta o estatal, así como empresas y unidades económicas de producción y/o distribución social, pudiendo ser estas de propiedad mixtas entre el Estado, el sector privado y el poder comunal, creando las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una Economía Socialista.

Tal y como se indicó en los capítulos de la presente investigación, la aplicación práctica de la Constitución económica –flexible- prevista en la Constitución vigente, **provocó el desenvolvimiento de una economía**

**basada en la libertad económica y la iniciativa privada, pero con una intervención importante y necesaria del Estado para asegurar los principios de justicia social que constitucionalmente deben orientar el régimen económico; la libre competencia y concurrencia de operadores.**

Según afirma Brewer-Carías (2007), con el proyecto de reforma constitucional sancionado en noviembre de 2007, se cambia radicalmente ese modelo, acentuando el desequilibrio existente entre lo público y lo privado, **al transformarlo en un sistema de economía estatal, de planificación centralizada, propia de un Estado y economía socialista, donde desaparece la libertad económica y el derecho de propiedad como derechos constitucionales, y con ello, el principio mismo de la reserva legal.**

En efecto, tal como quedó plasmado en el presente Trabajo Especial de Grado, el artículo 112 de la Constitución establece como uno de los principios fundamentales del sistema constitucional, el derecho de todas las personas de poder dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y la Ley. El Estado está obligado a promover “la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía.

Esos valores aludidos conforme a la doctrina de la Sala Constitucional “se desarrollan mediante el concepto de libertad de empresa, que encierra, tanto la noción de un derecho subjetivo “a dedicarse libremente a la actividad

económica de su preferencia”, como un principio de ordenación económica dentro del cual se manifiesta la voluntad de la empresa de decidir sobre sus objetivos. En este contexto, los Poderes Públicos, cumplen un rol de intervención, la cual puede ser directa (a través de empresas) o indirecta (como ente regulador del mercado)”.

Para Hernández (2007 d), la reforma a la Constitución económica debía orientarse en dos principios fundamentales, que se pueden resumir en lo siguiente:

- El respeto a los derechos fundamentales de contenido económico, debe tener como norte el “**valor superior de la progresividad de los derechos fundamentales**”.
- El respeto al principio de flexibilidad en tanto éste es el corolario del fundamento democrático del Estado venezolano.

De esta manera para el aludido autor, (2007 d, 156) “La Constitución económica no debe imponer un modelo económico único, en tanto ello menoscabaría la pluralidad esencial para convivencia del Estado Democrático”.

Así, Hernández (2007 d), insiste en que la reforma constitucional encuentra como límite el principio de progresividad de los derechos fundamentales. Establecido de manera expresa o admitido implícitamente, este límite fundamenta la necesidad de promover una regulación que favorezca al ejercicio de los derechos fundamentales, sin imponer modificaciones regresivas.

Por otra parte, el comentado autor (2007 d, 170) sostiene, que en lo que respecta a la flexibilidad de la constitución económica como límite a la reforma constitucional, la modificación del sistema de economía social de mercado a fin de establecer un sistema cerrado que sólo admita un único modelo, **implicará enervar los fundamentos democráticos del Estado venezolano que emanan directamente del artículo 2 constitucional. En tal supuesto, la constitución dejaría de ser una norma fundamental abierta para operar con rígida disposición que canaliza la actuación del Estado en la economía a través de un único cauce, impidiendo de esa manera el libre juego de las fuerzas democráticas e incluso, los cambios de política que todo Gobierno puede acometer.**

En el proyecto de reforma constitucional sancionado en noviembre de 2007, -Según nos comenta Brewer-Carías (2007), **se elimina este derecho y la libertad económica, es decir, se les quita rango constitucional, y se sustituye esta norma por otra en la cual lo que se establece es la definición de una política estatal para promover “el desarrollo de un modelo económico productivo, intermedio, diversificado e independiente, fundado en los valores humanísticos de la cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, que garantice la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social y la mayor suma de felicidad posible”;** agregándose que el Estado, asimismo, **“fomentará y desarrollará distintas formas de empresas y unidades económicas de propiedad social, tanto directa o comunal como indirecta o estatal, así como empresas y unidades económicas de producción o distribución social, pudiendo ser estas de propiedad mixta entre el Estado, el sector privado y el poder comunal, creando las**

*mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una economía socialista”.*

De esta manera, continúa comentando Brewer-Carías (2007), que en un artículo como el 112 ubicado en el Capítulo constitucional sobre los derechos económicos, **simplemente se elimina el derecho al libre ejercicio de las actividades económicas y la propia libertad económica. Ello, por supuesto, es contrario al principio de la progresividad en materia de derechos humanos y constitucionales que garantiza el artículo 19 de la Constitución.**

La consecuencia más dramática de la eliminación de un derecho, como derecho constitucional, es entre otros aspectos, la desaparición de las garantías constitucionales al mismo y en particular la desaparición de la garantía de la reserva legal, es decir, **que las limitaciones o restricciones al derecho sólo podrían establecerse mediante ley formal emanada de la Asamblea Nacional, y no mediante decretos reglamentarios del Ejecutivo. Por ello, precisamente, por la desaparición del derecho a la libertad económica y su garantías constitucionales, el proyecto de reforma constitucional sancionado ha incorporado una Disposición Transitoria Novena en la cual se dispone que: Hasta tanto se dicten las normas que desarrollen los principios establecidos en el artículo 112 de esta Constitución, el Ejecutivo Nacional podrá, mediante decretos o decreto ley, regular la transición al Modelo de Economía Socialista. Es decir, se está autorizando constitucionalmente al Ejecutivo nacional para incluso mediante reglamentos regular todo lo concerniente al régimen económico de la República para la “transición al Modelo de Economía Socialista”, lo que es contrario a todos los principios de un Estado de derecho, que desapareció en Venezuela. Además, debe**

destacarse en esta misma orientación, que con el proyecto de reforma constitucional sancionado respecto del artículo 299, **se han eliminado de su texto como fundamentos del sistema económico, a los principios de justicia social, libre competencia, democracia y productividad y en su lugar se han establecido, entre otros, los principios socialistas, antiimperialistas, humanistas, a los fines asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. Por otra parte, la garantía del desarrollo armónico de la economía no se asigna “al Estado conjuntamente con la iniciativa privada” como disponía la Constitución de 1999, sino “al Estado conjuntamente con la iniciativa comunitaria, social y personal”, todo, “con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar la calidad de vida de la población, lograr la suprema felicidad social y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución social de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa, política, económica y de consulta abierta”. Esta forma de planificación, por supuesto choca con la potestad asignada en el proyecto de reforma constitucional al Presidente de la República para formular el Plan de Desarrollo Integral de la nación (art. 236,20).**

En lo que respecta a las regulaciones económicas, Brewer-Carías (2007), nos indica que en la Constitución de 1999, se establecen un conjunto de atribuciones que facultaban al Estado **para regular el ejercicio de los derechos económicos, en particular, al precisarse el régimen de la prohibición de los monopolios (art. 113), declarándose contrarios a los principios fundamentales de la Constitución las actividades tendientes a su establecimiento o que conduzcan a su existencia. También se**

**declaró como contrario a dichos principios, el abuso de la posición de dominio que puedan adquirir los agentes económicos independientemente de su causa. En todos estos casos, la norma facultaba al Estado para adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.**

Con el proyecto de reforma constitucional sancionado en noviembre de 2007, **se ha cambiado radicalmente el régimen de la actividad económica, estableciéndose en el artículo 113 una serie de limitaciones a la misma que van mucho más allá de la restricción de los monopolios y la posición dominante de empresas, privilegiándose la economía estatal y los medios de producción socialista. En esta orientación, se ha agregado a la norma, que en general, “no se permitirán actividades, acuerdos, prácticas, conductas y omisiones de los y las particulares que vulneren los métodos y sistemas de producción social y colectiva con los cuales se afecte la propiedad social y colectiva o impidan o dificulten la justa y equitativa concurrencia de bienes y servicios”, con lo cual queda en manos del Estado la suerte de cualquier actividad económica particular.**

Por su parte, para Hernández (2007 e), en la reforma constitucional no se reconoce la libertad económica o libertad de empresa, **pues en su nueva redacción, el artículo 112 se limita a promover el desarrollo del modelo económico socialista. A la ausencia de reconocimiento expreso de la libertad económica se acompaña la matización que ha tenido la**

iniciativa privada como institución: la reforma de 2007 prefiere a la iniciativa pública frente a la iniciativa privada, y dentro de ésta, se prefiere a la iniciativa colectiva sobre la iniciativa individual. Junto a ello hay que destacar que la reforma puso énfasis en reducir la dependencia de los trabajadores al patrono, principalmente, mediante el reconocimiento de formas de cogestión (los consejos de los trabajadores) y autogestión respecto de empresas públicas, todo lo cual se traduce en limitaciones a la empresa privada. Así, la empresa privada individual, o sea, aquella basada en la propiedad privada sobre los medios de producción, apenas si aparece recogida en las nuevas cláusulas económicas.

Continúa señalando el aludido autor, que en la propuesta de reforma constitucional se abandona la flexibilidad que inspiró a las cláusulas económicas de la Constitución de 1999. El Proyecto **sólo admite, como modelo único y excluyente, el modelo económico socialista, al punto que toda actividad económica queda subordinada a la consolidación de ese modelo. La Constitución económica, en la reforma de 2007, no es abierta y flexible, sino cerrada y rígida.**

De esta manera, nos sigue comentando Hernández (2007 e), que el ejercicio de la iniciativa económica, incluso por la empresa individual, **queda condicionada al desarrollo del modelo económico socialista, al punto que no se admite el ejercicio de actividades económicas que contraríen el desarrollo de este modelo. Esto abre las puertas a la funcionalización social de la iniciativa económica y, especialmente, condiciona internamente el ejercicio de la iniciativa económica por los particulares, iniciativa que se limita conforme a las directrices trazadas por el Poder**

**Nacional, todo lo cual sienta las bases para el desarrollo del modelo de planificación económica central, ya esbozado incluso al amparo de la Constitución de 1999. En concreto, sobresale el fortalecimiento del Poder Ejecutivo Nacional como director de la economía, al reconocérsele la potestad de regular la transición al modelo económico socialista, incluso, mediante decretos. Todo lo cual supone, lógicamente, el atemperamiento del principio de legalidad y la supremacía de la Administración por sobre el resto de los Poderes públicos.**

El modelo económico socialista se caracteriza, según el comentado autor, por el condicionamiento de toda actividad económica al interés general. Así se afirma en la propuesta de redacción del artículo 112, en el cual se alude a la “preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales”. Conceptualmente, este condicionamiento no es extraño en el Derecho Público Comparado ni, especialmente, en el caso venezolano. Puede traerse como ejemplo la Constitución española de 1978, la cual subordina la libertad de empresa a las exigencias de la economía general (artículo 38), acotando que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. En la práctica, esta premisa conceptual viene a justificar el título de intervención del Estado en la economía, prestando directamente actividades y servicios sociales, o limitando la conducta de los operadores privados, incluyendo su propiedad.

El modelo económico socialista se caracteriza por la funcionalización social de iniciativa económica de los particulares, esto es, que tal iniciativa

sólo se admitirá en la medida en que no contraríe los valores y principios del nuevo modelo económico, lo que constituye la agudización de la función social que tal derecho ha de desempeñar. Con ocasión de la limitación que la reforma de 2007 incorpora a la propiedad privada sobre los medios de producción (artículo 115), la Exposición de Motivos del Anteproyecto acotó que esa propiedad –que envuelve necesariamente el ejercicio de una actividad económica- no se niega “siempre y cuando la propiedad privada esté en función social y no para explotar y empobrecer a los demás”. Ello se traduce no sólo en la eliminación formal de la libertad económica dentro sino además, en el condicionante que impone la nueva redacción del artículo 113, según la cual no se tolerarán actividades económicas “que vulneren los métodos y sistema de producción social y colectiva”.

En opinión de Hernández (2007 e), la norma que permite interpretar el alcance de la reforma de la Constitución económica de 1999 es el artículo 112. En su redacción original, la norma –siguiendo la tradición venezolana desde 1811- reconoció la libertad económica como derecho fundamental cuyo ejercicio puede ser limitado por los Poderes Públicos por razones de interés social. No recogió la Constitución de 1999 la libertad económica como derecho absoluto: se insiste, su ejercicio ha de cohererarse con el interés general, en especial, desde el prisma que arroja la cláusula del Estado social.

Históricamente, además, la libertad económica en Venezuela ha sido un derecho intensamente limitado, como lo evidencia el prolongado régimen de excepción al cual se sometió. Incluso bajo esta perspectiva, la libertad económica se traduce en el derecho de todos los particulares a emprender,

explotar y cesar en el ejercicio de actividades económicas de acuerdo a su autonomía, que no era, se insiste, absoluta e ilimitada, sino supeditada al interés social.

Para el autor comentado, la nueva redacción del artículo 112 no reconoce expresamente la libertad económica, lo que –se insiste- supone una inflexión notable a la tradición constitucional venezolana, en la que ha imperado la recepción formal de esa libertad como derecho subjetivo de rango constitucional, aun cuando esa ausencia de reconocimiento se compadece con lo que fue la realidad práctica entre nosotros, desde 1939 hasta 1991, época durante la cual se “suspendió” la garantía de la libertad económica.

**A diferencia de lo sostenido por Brewer-Carías (2007), quien tajantemente ha sostenido que la nueva redacción del artículo 112 elimina el derecho a la libertad económica, Hernández (2007 e), sostiene que el derecho a la libertad económica en la reforma, puede ser interpretado de dos maneras, tal como se señalará a continuación:**

La primera vía de interpretación –según afirma el comentado autor- es que la libertad económica quedaría eliminada como derecho fundamental. La consecuencia básica de esta interpretación es que los particulares no tendrían derecho a emprender actividades de manera autónoma, pues sólo podrían ejercer aquellas actividades que así lo decida el Estado en su rol de director de la economía. Esto implicaría la negación de la autonomía o “auto gobierno” de la iniciativa privada, tanto para las empresas privadas tradicionales como para las empresas no tradicionales, basadas en la asociación comunitaria para el trabajo, incluyendo por tanto a los trabajadores no dependientes, cuya protección asume la reforma del artículo 87.

La segunda vía de interpretación es que, pese a la ausencia de reconocimiento expreso, la libertad económica permanecería como derecho fundamental implícitamente consagrado en la Constitución. En definitiva, varios sistemas –el alemán, por ejemplo- no consagran explícita la libertad de empresa, lo que no empece a su reconocimiento como derecho fundamental. Bajo esta hipótesis la libertad económica se reconocería implícitamente, en el marco del nuevo sistema que introduce la reforma, como derivación de la libertad general del ciudadano prevista en el artículo 20, teniendo en cuenta además la enumeración abierta de derechos fundamentales en el marco de los Tratados que reconocen derechos humanos, según los artículos 23 y 24.

Finalmente, como lo afirma Hernández (2007 e), partir de la tesis según la cual el alcance de la reforma es la eliminación de la libertad económica, sería contradictorio con el impulso que la reforma ha dado a la iniciativas económicas no tradicionales. Por un lado, el artículo 87 promueve al trabajador no dependiente, esto es, aquel que lleva a cabo una actividad por cuenta propia. Para ser trabajador independiente se precisa contar con autonomía para emprender actividades económicas, y tal autonomía deviene, precisamente, de la libertad económica. Además, que la libertad económica es libertad de implícito reconocimiento deriva del auge dado al Poder popular, especialmente, en la propuesta de reforma del artículo 184: negar la libertad económica implica negar la autonomía o “auto-gobierno” de las comunidades organizadas para participar en procesos económicos. Sin libertad económica, sin autonomía privada, no podría desarrollarse la democracia económica que la reforma pretende impulsar.

De esta manera, encontramos que en la Constitución vigente, el socialismo era una opción válida, pero no la única opción admisible. La iniciativa económica socialista tenía cabida, como lo evidenció el modelo económico desarrollado al amparo de esa Constitución y calificado, expresamente, de modelo socialista. **Bajo la reforma, por el contrario, el socialismo no es una opción: es el único modelo reconocido, con lo cual el modelo económico socialista pareciera reconocerse con carácter exclusivo y excluyente: toda iniciativa contraria al socialismo quedaría al margen de la Constitución.** Obviamente, tan rígida interpretación debe ceder a favor de la interpretación democrática de la reforma, dado que **la asunción de un modelo económico exclusivo y excluyente violaría el carácter democrático del Estado venezolano, reconocido en el artículo 2, así como el principio del pluralismo político. Es preciso, pues, apostar por la interpretación democrática de las nuevas cláusulas económicas.**

## CONCLUSIÓN

Una vez analizada la ordenación jurídico administrativa de la libertad económica y su contenido esencial; establecidos los límites de la libertad económica como garantía de los particulares a dedicarse a la actividad económica de su preferencia; analizadas las regulaciones económicas como forma de intervención del Estado venezolano en la libertad de empresas de los particulares y precisados los fundamentos jurídicos y económicos de las Regulaciones Económicas, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- El derecho a la libertad económica junto a la propiedad privada han sido catalogados tradicionalmente dentro del estatuto de derechos humanos fundamentales, arrancando con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual dio cobertura expresa a la propiedad privada y, de manera implícita, a la libertad de industria y comercio, considerada una manifestación más del principio general de libertad reconocido en su artículo 4. **La naturaleza jurídica de la libertad económica se deriva de su rango constitucional lo que la cataloga dentro de los derechos fundamentales, la cual ha estado presente en todas las constituciones venezolanas.**
- La libertad económica se consagró así en la Constitución vigente con un marcado carácter relativo pues, **encontró su base o fundamento en la ordenación jurídico administrativa del sistema económico derivado del advenimiento y desarrollo del Estado Social, ordenación caracterizada por la intervención de los Poderes Públicos en la economía, gestionando directamente actividades industriales y**

**comerciales y limitando y hasta excluyendo la libre iniciativa privada.**

- Existe así en la libertad de empresas una marcada influencia del Estado Social, pues el fin primordial del Estado a través de su intervención es la procura existencial. La economía social tiene como vocación finalista buscar situaciones reales de igualdad, el Estado venezolano interviene en la economía para proteger la economía de mercado, asegurar que exista derecho de competencia; intervienen además para proteger la economía social que es, se reitera, la Procura Existencial. Se encuentran de este modo presentes las actividades administrativas por excelencia en este campo, esto es, las dos (2) formas de intervención del Estado en la esfera económica de los particulares: (i) Actividad de Limitación: restringe la esfera subjetiva de los particulares; (ii) Actividad de Prestación que las limita.
- Los derechos fundamentales, entre ellos la libertad económica, son por definición limitados y normalmente, limitables. Su inserción en un orden jurídico implica su sometimiento a las exigencias de la convivencia de los derechos entre sí y a las necesidades de la totalidad en que se mueven. No obstante, el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han articulado técnicas orientadas a evitar los posibles abusos del poder público en la fijación de límites o restricciones a los derechos fundamentales. De esta manera, se tiene que no es pacífico en la doctrina el tratamiento que reciben los conceptos de restricción o limitación de derechos

fundamentales. Frecuentemente, son utilizados como sinónimos, para referirse a las normas que de alguna forma comprimen o reducen las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental.

- La regulación económica tiene hoy día un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores. El sentido actual de la regulación económica, desarrollada con una intensidad mayor en el campo de los servicios públicos implica unas finalidades esenciales del Estado, a saber: **i) asegurar la estabilidad de los suministros; ii) alcanzar grados óptimos de eficiencia y calidad en los servicios y; iii) proteger las libertades de los usuarios.** La función de regulación es probablemente la manifestación más significativa del intervencionismo público, cada vez más preocupado por no entorpecer la libre iniciativa privada, sin descuidar los intereses colectivos, armonizando interés público y economía.
- Los escenarios que pueden presentarse para que el Estado tome en cuenta la opción de regular tendrán en común la existencia de una “falla de mercado”. Cuando existe una falla de mercado la regulación económica no sólo está justificada, sino que es absolutamente necesaria para poder controlar las distorsiones que se generen en causa de la mencionada falla, pues en estos casos el mercado por si mismo, será insuficiente

para producir las conductas o resultados requeridos por el interés público.

- El derecho de la competencia es una estrategia de regulación aplicable bajo una premisa de libre mercado. La significación de esta característica es doble. En primer lugar, y a diferencia de la regulación de liberalización –dirigida esencialmente a crear las condiciones para que surja la competencia donde antes no la había-, el derecho de la competencia actúa mediante el control de conductas anticompetitivas en mercados en donde, se supone, ya existe al menos un mínimo grado de competencia. En otras palabras; mientras el derecho de la competencia persigue controlar las conductas ilícitas de los participantes de un mercado preexistente, una de las funciones primordiales de la regulación de liberalización es abrir o crear un mercado, de manera originaria, donde antes no lo había. En segundo lugar, el derecho de la competencia nunca actúa como un sustituto del mercado y de la competencia, a diferencia de la regulación de liberalización. En efecto, la regulación de liberalización actúa en gran parte a través de medidas de regulación económica (regulación de precios, exigencias de calidad, prohibiciones asimétricas de entrada a algún mercado), cuyo propósito es disciplinar el comportamiento del operador establecido mientras la competencia no pueda hacerlo. De este modo, la regulación de la liberalización sustituye a la competencia en determinados mercados o segmentos de la industria, como medio para que el proceso competitivo se desarrolle en esos y otros mercados relacionados. El derecho

de la competencia, en cambio, lejos de sustituir el proceso competitivo con medidas restrictivas de la libertad económica, lo que persigue es promover y proteger la libre competencia frente a conductas anticompetitivas que distorsionan el correcto funcionamiento del mercado.

- Los fundamentos que justifican la actividad de ordenación y limitación económica pueden ser abordados desde dos niveles. En un primer nivel, toda restricción al ejercicio de la economía **deberá estar basada en una causa de interés general. Una determinación que corresponde principalmente al legislador** que deberá dar cobertura, en cada caso, a las restricciones que sobre el ejercicio de la libertad de empresa desee imponer la Administración. Sin embargo, es usual que el legislador delegue en la Administración la calificación de ese interés general, sucede así en las potestades discrecionales de ordenación y limitación, en las cuales la Administración, para afectar el ejercicio de esa libertad, **deberá valorar razones de oportunidad y mérito. Además, en un segundo nivel, corresponde a la propia Administración justificar razonable y objetivamente que la limitación que impone a la libertad económica responde a la imperiosa labor de interés general previamente delimitada por el legislador.**
- La llamada regulación económica, desde la perspectiva de las formas de actuación de la Administración económica, coincide

básicamente con la noción general de potestades de ordenación y limitación, en el doble sentido que cabe acuñar a la expresión *ordenación* de la economía mediante normas sub legales y limitación de la conducta de los operadores económicos mediante aspectos particulares. Lo relevante del concepto de regulación es, pues, su incidencia sobre la autonomía privada empresarial (pues la regulación siempre es externa, y procede en sectores no reservados al Estado) y además, sus fundamentos (en tanto la regulación se justifica en los llamados fallos de mercado).

Sobre la base de las consideraciones precedentes, podemos finalmente concluir que el derecho a la libertad económica, tal como lo sostienen los diversos autores analizados a lo largo del presente trabajo, al ser un derecho de rango constitucional, esto es, un derecho fundamental, **tiene un contenido esencial el cual debe ser respetado por la actuación de la Administración**, es decir que el **Estado, debe siempre atender a las garantías formales y materiales**, entre ellas la reserva legal que lejos de ser observada por la Administración al momento de desplegar su actividad ha sido “matizada” incluso por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, aceptándose que la reserva legal se vea debilitada en razón de intereses sociales o generales, como sucede por ejemplo con el actual régimen cambiario basado fundamentalmente en normas de rango sub legal que restringe la libertad económica de los particulares al limarle su autonomía en lo que se refiere a la libre convertibilidad de divisas.

Insistimos en que si bien es cierto que el Reglamento puede ser empleado por la Administración para desplegar su actividad limitadora (reguladora), en vista del dinamismo agilidad y flexibilidad de los sectores

que se regulan, la actividad reglamentaria en esta materia siempre deberá desplegarse con subordinación plena a la Ley.

De esta manera, al ser el derecho a la libertad económica un derecho subjetivo, **su ejercicio efectivo debe estar garantizado por el Estado, pues como lo explicamos a lo largo del presente estudio, el papel del Estado es imprescindible para lograr el despliegue integral de dicha libertad, correspondiéndole a éste fomentar y producir un marco jurídico y regulatorio que favorezca la libre iniciativa privada.**

En este contexto, coincidimos con los autores citados a lo largo de esta investigación quienes sostienen que si bien la actividad regulatoria del Estado es necesaria para la protección de la libre competencia y del derecho de la libertad económica, **no se puede perder de vista el contenido esencial de dicho derecho constitucional** y se debe siempre reflexionar que **a mayor intervención y regulación estatal, menor será el campo para ejercer el derecho a la libertad económica lo que en definitiva, sólo constreñirá el ámbito en el cual se desarrolla la libre empresa en perjuicio de la igualdad buscada eminentemente por el Estado Social.** Así, se debe procurar un equilibrio entre la regulación y el fomento de la libre empresa, asegurándose la libre competencia y las condiciones de igualdad, fomentando la seguridad jurídica de la iniciativa privada, lo que sería el contenido esencial del derecho fundamental de la libertad económica.

## I. ORDENACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA DE LA LIBERTAD ECONÓMICA Y SU CONTENIDO ESENCIAL.

Nos enseña García-Pelayo (2005, 141) que la libertad es la posibilidad de realizar, mediante decisiones libres, los propios objetivos vitales, y como tal se trata de una variable condicionada por tres factores: i) *el sujeto de la libertad*; ii) *el objeto vital planteado*; iii) *los obstáculos para el cumplimiento de tales objetivos*.

Así, continua indicando el referido autor, que el sujeto de la libertad puede ser el individuo o el grupo y que en la época moderna, a diferencia de la medieval, el individuo aparece más como sujeto de libertad, pero que, en los últimos tiempos comienza a abrirse paso de nuevo a la idea de libertad corporativa.

Por otra parte, el objeto de la libertad alude a fines que interesan al hombre, específicamente a aquellos que han adquirido carácter de generalidad, entrando en un proceso de socialización y que interesan a grupos extensos de la sociedad. Igualmente, en lo que se refiere a los obstáculos para el cumplimiento de tales objetivos, el mismo atiende a razones políticas en cuanto tengan un carácter de generalidad, cuando las presiones sociales impiden el desarrollo de objetivos vitales de ciertos grupos, como sería el caso, por ejemplo, cuando el desarrollo monopolístico obstaculiza el ejercicio de la libertad económica.

No obstante, a pesar de esos límites propios de estos tipos de derechos, como el de libertad económica, encontramos que existe un **contenido esencial** el cual debe ser siempre reconocido y respetado por el Estado.

En ese sentido se pronuncia Santa María Pastor (1990, 207), haciendo referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales, comentando que “Cada derecho constitucionalmente consagrado goza, pues, de un núcleo mínimo e irreducible, distinto en cada caso, que el legislador no puede menoscabar de modo alguno”.

El citado autor, (1990, 208), comentando algunas sentencias del Tribunal Constitucional de España, aludió a los factores de identificación del contenido esencial de los derechos fundamentales, señalando al respecto lo siguiente:

“...La forma de aproximarse a lo que sea ese contenido esencial fue establecida en la capital STC 11/1981 (seguida entre otras, por las SSTC 37, 161, y 196/1987), acudiendo a dos factores de identificación:

-Uno, de carácter interno, consistente en 'lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho', esto es, el conjunto mínimo de 'facultades o posibilidades de actuación para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose'.

- y un segundo factor, de carácter externo: de una parte, todo derecho se otorga para la satisfacción de una serie de intereses, por lo que debe abarcar todas las facultades necesarias para que tales intereses queden debidamente satisfechos; de otra, tales facultades e intereses deben gozar de la necesaria protección a fin de que el derecho cumpla la función para la que fue constituido; de tal manera, **el contenido esencial está formado por 'aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente**

**protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan mas allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección...". (Resaltado añadido).**

Realizadas las anteriores consideraciones sobre libertad y el contenido esencial de los derechos fundamentales, pasemos entonces a estudiar lo relativo al presente capítulo sobre el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica y su contenido esencial.

#### **A. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD ECONÓMICA**

El derecho a la libertad económica junto a la propiedad privada han sido catalogados tradicionalmente dentro del estatuto de derechos humanos fundamentales, arrancando con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual dio cobertura expresa a la propiedad privada y, de manera implícita, a la libertad de industria y comercio, considerada una manifestación más del principio general de libertad reconocido en su artículo 4.

Tanto el derecho a la libertad económica como la intervención del Estado en la economía se han encontrado presentes en todas las Constituciones venezolanas, así veremos como en el devenir de la historia todas las Cartas Fundamentales de nuestro país han tenido de una forma o de otra un contenido económico pues, regulan aspectos y principios de libertad y de economía.

Tal como lo afirma Badell (2005), los principios de libertad de empresa han informado la estructura del Estado venezolano **desde la primera constitución de 1811 hasta la vigente de 1999**.

En efecto, según refiere el citado autor, la libertad económica como manifestación concreta de la libertad general del ciudadano, apareció en Venezuela con la **Constitución de 1811** que en su artículo 167 dispuso: *“...ningún género de trabajo, cultura, de industria y comercio serán prohibidos a los ciudadanos, excepto aquellos que forman la asistencia del Estado que después oportunamente se liberarán cuando el Congreso juzgue útil y conveniente a la causa pública...”*.

Para Hernández (2004), en la aludida disposición se reconocía la libertad de empresas para emprender y desarrollar actividades industriales y comerciales, como manifestación concreta del principio general de la libertad que –con influencia muy determinante en el pensamiento de Simón Bolívar– informó a esa Constitución.

Continúa señalando el citado autor, que el reconocimiento originario de la libertad de empresa o libertad económica, se hizo a partir del principio de libertad general del ciudadano, vértice del Estado Liberal, la cual se fue luego abandonando progresivamente hasta la aparición y desarrollo del Estado Social, el cual se ha mantenido hasta nuestros días.

En idéntico sentido, el referido autor explica que para el año 1936, surgió en la economía la sociedad industrial o revolución industrial (procura existencial), a partir de esa década el hombre necesitaba del auxilio del Estado para la satisfacción de sus necesidades, el cual tenía como objeto aportar aquellas prestaciones mínimas para la existencia de los ciudadanos,

realizando directamente actividades económicas, limitándose la libertad para satisfacer la procura existencial.

De las afirmaciones de Hernández (2004), se desprende que en nuestro país el fenómeno fue similar, ya para la década de los años 30, existía la explotación petrolera y de los hidrocarburos, con ello se pasó a un modelo industrializado y con una intervención alta del Estado en la economía, se encontraban entonces presentes los siguientes elementos: (i) Reconocimiento de la libertad económica (limitada en su ejercicio); (ii) Derecho a la propiedad; (iii) Intervención del Estado directamente en la economía.

De esta manera, el aludido autor sostiene que en la **Constitución de 1936** se consolidó y reconoció el derecho a la libertad económica a la par que su ejercicio se sometió a diversas limitaciones derivadas de los múltiples cometidos que asumieron los Poderes Públicos en la búsqueda del interés general, comienza el desarrollo del Estado Social. Así encontramos que en la referida constitución se consagró dicha libertad, dejándose a salvo las limitaciones que a su ejercicio puedan imponerse por razones de ‘interés público o las buenas costumbres”, según el ordinal noveno de su artículo 32.

Dicha fórmula se reiteró en las sucesivas reformas **Constitucionales de 1945 y 1947**, en este último año se asumió el Estado Social donde el Estado pasó a ejercer el rol como ordenador de la economía y prestador de bienes y servicios económicos y sociales disponiéndose en su artículo 73 que el Estado se reservaba el derecho de dictar medidas de orden económico en materia de desarrollo nacional bajo un principio de justicia social.

Para Hernández (2004), en la reforma de la **Constitución de 1961** se consolidó el principio de la libertad de empresas en su artículo 96 sin perjuicio de las limitaciones establecidas por razones de “interés social”, Constitución que fue dictada poco después del inicio de la etapa de la democracia contemporánea en Venezuela –pues la Constitución de 1951 por haber sido dictada durante un régimen dictatorial nada consagró sobre la libertad de empresas, por el contrario, la suprimió completamente-, es así como se contempló la libertad económica precisándose que cualquier restricción a ésta se haría mediante Ley.

Sin embargo, tal como lo afirma el autor comentado, el mismo día que dicha Constitución entró en vigencia, el Presidente de la República suspendió la garantía formal de tal derecho constitucional, argumentando la existencia de condiciones excepcionales que justificaban la vigencia del régimen temporal, que se mantuvo ininterrumpidamente hasta 1991, quedando la Administración habilitada para restringir la libertad económica sin requerir para ello cobertura legal específica, y así lo hizo en la práctica, pues su actuación de limitación se desplegó indiscriminadamente en diversos sectores económicos.

Según Hernández (2004), la libre iniciativa empresarial y la libre competencia eran completamente desconocidos hasta que en 1989, se implementó una política de reestructuración que derivó más tarde (**1991**) en el restablecimiento de la garantía formal de la libertad económica.

En igual sentido, encontramos que Hernández-Mendible (2005, 88, 89), afirma que el tema de la libertad de empresa había sido relegado en razón de una prolongada restricción de la garantía de la libertad económica, durante un período de 30 años, cuya anormalidad constitucional había sido

cuestionada, pero que permitía al gobierno de turno entender que podía actuar jurídicamente con la mayor discrecionalidad para regular como mejor le pareciere, las actividades económicas en las que se encontraba presente el interés general, por lo que éstos en muchos casos consideran determinadas actividades económicas como servicios públicos, cuando no se había cumplido las condiciones técnico-jurídicas para ello.

Asimismo, sostiene el autor antes comentado que, al restituirse la vigencia de la libertad económica en el año **1991**, nace la obligación de los órganos del Poder Público de actuar con absoluto sometimiento a la ley y al Derecho en el ámbito económico, lo que conduce a replantearse las técnicas de intervención del Estado en la economía, ante la presencia de los conceptos de libertad de empresa, libre competencia, prohibición de monopolios privados y de abuso de posición de dominio, libre y leal competencia.

Ello, en criterio del autor antes citado, produjo el descubrimiento de la denominada Constitución Económica, lo que condujo a que el diálogo entre la doctrina científica y la jurisprudencia tomaran un nuevo rumbo que lo llevaría al reconocimiento de la existencia de una economía social de mercado.

Con la reforma de la **Constitución de 1999**, fueron reiteradas las cláusulas económicas de la anterior Carta Fundamental, consagrando la libertad de empresa en su artículo 112 incluyéndose igualmente limitaciones en el referido derecho **por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.**

De las afirmaciones de los autores antes citados se desprende que la libertad económica se consagró así en la Constitución vigente con un marcado carácter relativo pues, **encontró su base o fundamento en la ordenación jurídico administrativa del sistema económico derivado del advenimiento y desarrollo del Estado Social, ordenación caracterizada por la intervención de los Poderes Públicos en la economía, gestionando directamente actividades industriales y comerciales y limitando y hasta excluyendo la libre iniciativa privada.**

Existe así en la libertad de empresas una marcada influencia del Estado Social, pues el fin primordial del Estado a través de su intervención es la procura existencial. La economía social tiene como vocación finalista buscar situaciones reales de igualdad, el Estado venezolano interviene en la economía para proteger la economía de mercado, asegurar que exista derecho de competencia; intervienen además para proteger la economía social que es, se reitera, la Procura Existencial. Se encuentran de este modo presentes las actividades administrativas por excelencia en este campo, esto es, las dos formas de intervención del Estado en la esfera económica de los particulares: (i) Actividad de Limitación: restringe la esfera subjetiva de los particulares; (ii) Actividad de Prestación que las limita.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, se tiene que los Principios del modelo económico venezolano son: (i) **Libertad Económica** artículo 112 de la CRBV; (ii) **Concurrencia de Operadores** artículo 113 CRBV; (iii) **Influencia de la Cláusula del Estado Social** artículo 2 CRBV.

## **1. SIGNIFICADO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA.**

La libertad económica, en una forma bastante amplia es el derecho que tienen las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las impuestas por la Constitución y la Ley.

De esta manera, encontramos que el Diccionario de la Real Academia define el vocablo actividad como "...la facultad o virtud de obrar o actuar..." y el vocablo económica, que deviene de economía como "...el ahorro o aprovechamiento del dinero y de otros bienes, del trabajo y de las energías de toda índole, del tiempo y de cualquier otro elemento que redunde en beneficio individual o de la sociedad...".

Así, podemos apreciar que ambos vocablos se encuentran contenidos en la Constitución vigente y que, los mismos aluden a la posibilidad de que los ciudadanos puedan a su libre escogencia dedicarse a cualquier tipo de actividad económica, dentro de los límites que la propia Constitución y las leyes puedan imponer a dicho derecho.

En tal sentido encontramos que para Casal (2005, 72):

"... La consagración de la libertad económica como derecho constitucional tiene numerosas implicaciones. Una de ellas es que los poderes públicos han de procurar que las facultades comprendidas por esta libertad puedan ejercerse tan ampliamente como sea posible, de lo cual es expresión el propio artículo 112 de la Carta Magna que impone al Estado el deber de promover la iniciativa privada. El derecho a la libertad económica admite limitaciones, como lo señala el mismo precepto constitucional, pero el punto de partida en materia de

derechos constitucionales es siempre el del reconocimiento y garantía de la libertad correspondiente, la cual sólo podrá ser sometida a aquellas restricciones adoptadas con base a la ley que superen la prueba de la proporcionalidad y de respeto del contenido esencial, y que se ajusten a otros principios constitucionales que puedan estar en juego...”.

Para Badell (2005, 39) la libertad económica es un auténtico derecho subjetivo inherente a los particulares, cuyo ejercicio efectivo debe ser protegido y garantizado por el Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 112 de la Constitución que establece el deber de garantizar la iniciativa privada y la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de los particulares.

Tal y como afirma Hernández-Mendible (2004), Actualmente, los principios económicos reconocidos en la Constitución establecen el marco conformador de la actividad económica. **Tales principios pueden ser agrupados en cuatro categorías: Los principios de libertad de empresa y de participación privada en la economía (artículos 112 y 299); los principios de regulación y limitación del ejercicio de la actividad económica (artículo 112); los principios de planificación, fomento y libre competencia (artículos 112, 113, 118, 299, 305, 306, 307 y 309); los principios de reserva, intervención y participación pública (artículos 299, 301, 302 y 303).**

Para el autor antes citado, estos postulados que informan el régimen socioeconómico, en el marco de una economía social de mercado, se fundamentan en los principios de justicia social, democratización de la economía, eficiencia económica, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, con la finalidad de asegurar el desarrollo humano

integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad (artículo 299 de la Constitución).

Comenta el autor Peña Solís, (2003, 576), que la Constitución vigente plantea un **sistema de economía mixta**, en el cual como lo enseña la doctrina sus ejes principales son **el Estado y el mercado**. El Estado a través de sus potestades de intervención en la economía y de la intensidad de las mismas según el respectivo ordenamiento, y el libre mercado presidido por los principios de **libertad de empresas** y, obviamente por la libre competencia, en la medida en que sea establecido el ordenamiento de que se trate.

Según Hernández (2006, 115), **la libertad de empresa o libertad económica puede ser definida como el derecho subjetivo de rango constitucional, en cuya virtud todos los particulares podrán acceder al mercado de su preferencia, explotar la empresa que han emprendido según su autonomía negocial, y cesar en el ejercicio de tal empresa.**

Tal y como lo afirma De León (1998, 323), la libertad económica supone la libertad de acceso al mercado y libre gestión empresarial sometida a las leyes de un mercado libre. Ella es referible no sólo a los actos iniciales de organización de la actividad empresarial, sino también a la actividad y a los actos concretos de la empresa una vez creada.

Sostiene el autor Casal (2005, 68), que el punto de partida de cualquier reflexión sobre la libertad económica es su **reconocimiento como derecho de rango constitucional** previsto en el artículo 112 de la actual Constitución, específicamente dentro del marco de los derechos económicos el cual dispone textualmente lo siguiente:

“Artículo 112 Todas las Personas **pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.** El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”. (Resaltado añadido).

En lo que atañe al régimen económico y a la función del Estado en la Economía, la Constitución de 1999 dispone:

“Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, **libre competencia,** protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. **El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta**”. (Resaltado añadido).

Según afirma Rondón de Sansó (2005, 284), en el artículo antes citado se establece la opción político-económica escogida por el constituyente que en su criterio está representada por una búsqueda de equilibrios entre grandes corrientes económicas existentes en el mundo actual.

Así, tenemos que la libertad económica se encuentra consagrada en nuestra Norma Fundamental, específicamente en el capítulo que la doctrina ha denominado Constitución Económica, la cual según nos enseña la autora antes citada, en un sentido restringido, puede entenderse como las normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica de un Estado, es decir, para ordenar el proceso económico que en el mismo se desarrolla; o bien, en sentido amplio, alusivo a todas las normas contenidas en las leyes políticas relativas al orden económico que rigen la sociedad, tales como las que rigen el sistema monetario, el régimen de mercado, la forma de la actuación de las empresas y la actividad que el ente público despliega en su propia esfera (régimen presupuestario) y frente a los del ordenamiento en ejercicio de sus potestades (régimen fiscal o tributario).

Nos enseña Ariño- Ortiz (2001,127), que la Constitución Económica es el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según el orden que se encuentre reconocido en la Constitución.

Ese orden económico constitucional -aclara el mismo autor- no se encuentra aislado, sino que es un elemento más dentro de la estructura básica de la ley fundamental.

En dicho orden es indispensable considerar dentro del contexto de la Constitución económica, el modelo de Estado que se quiere garantizar a través de la Constitución (Estado social y democrático de Derecho), y que a su vez viene a definir el modelo de sociedad.

Para Hernández-Mendible (2005), la Constitución Económica, es entendida como el conjunto de normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no está destinada -salvo el caso de las constituciones socialistas de modelo soviético- a garantizar la existencia de un determinado orden económico, sino que actúan como garantes de una economía social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una “base neutral”, que deja abiertas distintas posibilidades al legislador, del cual sólo se pretende que observen los límites constitucionales.

Para Hernández (2007 a, 152), las cláusulas económicas de la Constitución permiten delimitar cual es la orientación que el constituyente quiso dar a la economía, es decir, el marco fundamental de la economía, basados en límites máximos y mínimos.

En ese sentido, el referido autor indicó que dicho marco permitirá la implementación de políticas de distinto signo, realizando una distinción entre *sistema económico* y *modelo económico*: el primero alude al marco jurídico básico o fundamental; el segundo, a las políticas que, en concreto, pueden desarrollarse en ejecución de la Constitución económica, con lo cual se evidencia una de las principales características de dicha Constitución, **esto es, su flexibilidad.**

Así, continuó comentando el autor antes citado, que en esa misma dirección se orientó la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, al concluir que el sistema económico constitucionalizado en el texto fundamental de 1999, era el de la economía social de mercado (sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1° de febrero de 2003, caso *Parkimundo* ), lo que implica, básicamente, que el marco jurídico fundamental de la economía debe basarse en la libertad de los particulares de ofrecer bienes y servicios a los consumidores, en concurrencia con la iniciativa pública, mediante la explotación comercial de la propiedad privada y bajo las limitaciones derivada de las Regulaciones dictadas por el Estado.

Nos enseña Casal (2006, 125), que la doctrina nacional ha tenido oportunidad de ocuparse de la denominada constitución económica, es decir del conjunto de disposiciones constitucionales definitorias de los principios que han de guiar la intervención del Estado en la economía y que protegen la actuación de los particulares en dicho campo.

Igualmente, continúa indicando el citado autor, que la libertad económica como derecho constitucional tiene numerosas implicaciones. Una de ellas es que los poderes públicos han de procurar que las facultades comprendidas por esta libertad puedan ejercerse tan ampliamente como sea posible, de lo cual es expresión del propio artículo 112 de la Carta Magna, que impone al Estado el deber de promover la iniciativa privada. El derecho a la libertad económica admite limitaciones, como lo señala el mismo precepto constitucional, pero el punto de partida en materia de derechos constitucionales es siempre el de reconocimiento y garantía de la libertad correspondiente, la cual solo podrá ser sometida a aquellas restricciones

adoptadas con base en la Ley que superen la prueba de la proporcionalidad y del respeto al contenido esencial, y que se ajusten a otros principios constitucionales que puedan estar en juego.

En definitiva, y sobre la base de las consideraciones precedentemente expuestas, **podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la libertad económica se deriva de su rango constitucional lo que la cataloga dentro de los derechos fundamentales.**

En ese sentido se pronunció Hernández (2007 a, 156), indicando al respecto que: "... la libertad económica y la propiedad privada son, en los términos de los artículos 112 y 115 de la Constitución de 1999, derechos constitucionales o derechos fundamentales. El Derecho Constitucional venezolano no conoce la gradación de los derechos subjetivos recogidos en el Texto Fundamental: todos ellos tienen el mismo rango. Distinta es la situación de otros países, en los que se precisa efectuar cierta distinción, como sucede en España. Entre nosotros, sin embargo, todos los derechos subjetivos recogidos en la Constitución son derechos fundamentales o derechos constitucionales...".

Por su parte, el autor español Brage Camazano (2004), sostiene que los derechos fundamentales pueden ser sujetos a limitaciones que encuentran su justificación en las necesidades de convivencia social.

Así, el referido autor (2004, 36) sostiene que "... los derechos fundamentales no son, ni pueden no han podido nunca ser, derechos ilimitados, sino que todos en su conjunto y cualquiera de ellos considerado en particular están irremediabilmente sujetos a limitaciones y ello es así en cuanto que el titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado y

soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad, debiendo por consiguiente coonestarse el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada en el Estado...”.

Por otra parte, en lo que respecta a los derechos fundamentales, el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de la Sala Constitucional se refirió a los derechos fundamentales indicando al respecto que: “...los derechos fundamentales no sólo vienen referidos a la categoría de las libertades tradicionales de signo individual, sino que también de ellos forman parte con plena carta de naturaleza los denominados derechos sociales. De modo, que los derechos fundamentales deben tenerse por un todo armónico, en el cual no cabe la fractura entre una supuesta posición del sujeto en su individualidad frente al sujeto como parte de un conglomerado social. Al contrario, ambas dimensiones se compenetran en tal grado, que ha sido subrayada la imposibilidad del disfrute de ciertos derechos individuales sin el goce previo de ciertas ventajas de orden social o económico. En fin, ambos aspectos contribuyen al objetivo de la emancipación de la persona humana por el desarrollo íntegro de sus dimensiones y exigencias...”. (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 462 de fecha 6 de abril de 2001, caso *Manuel Quevedo Fernández*).

Realizadas las anteriores consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la libertad económica y su significado, pasemos de seguida a analizar sus vertientes.

## 2. VERTIENTE OBJETIVA Y SUBJETIVA.

La libertad económica al ser un derecho subjetivo de rango constitucional, comporta dos vertientes, para Hernández (2006, 116), en vista que el aludido derecho a la libertad de empresa está reconocido en la Constitución, se encuentra en consecuencia sometido a la tutela jurídica reforzada propia de los derechos fundamentales y, como tal, se ha concebido en dos vertientes:

En su **vertiente subjetiva** se manifiesta como un poder o habilitación de obrar que la Constitución reconoce a favor de todos los particulares. El Estado no es, así, titular de esa libertad. No se rechaza que éste pueda realizar actividades de gestión económica. La vertiente subjetiva de la libertad de empresa apunta entonces a que ella se configura como un derecho público subjetivo de rango constitucional, oponible como tal al Estado.

Explica igualmente el autor antes citado, que la libertad económica tiene además una **vertiente objetiva** al referirse a los principios que aseguran la institución de la economía social de mercado prevista también en el Texto Fundamental, según el cual deben existir operadores económicos que actúen libremente en el tráfico mercantil.

Según esta doble postura, toda medida de ordenación y limitación sobre la libertad económica debe ser concebida desde dos puntos de vista, el primero referido a la imposibilidad de desvirtuar la libertad de empresas en tanto principio que garantiza el sistema de economía social de mercado y, el segundo, relacionado con la imposibilidad de restringir ilegítimamente, el

ejercicio del derecho subjetivo que permite a todos los particulares desplegar su libre iniciativa económica.

Igualmente sobre esta doble postura del derecho a la libertad económica se pronunció el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 6 de abril de 2001, al reconocer dos dimensiones en los derechos fundamentales. Una dimensión objetiva, institucional, según la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados y, de otro lado, una dimensión subjetiva, conforme a la cual actúan como garantías de los aspectos individuales, sociales y colectivos de la subjetividad que resulten esenciales a la dignidad y desarrollo pleno de la humanidad.

En la sentencia comentada, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sostuvo lo siguiente:

“... En primer lugar, y respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa, **debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad *de su preferencia* en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas.** No significa, por tanto, que toda infracción a las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica, entrañe una violación al orden constitucional o amerite la tutela

reforzada prodigada por el amparo constitucional...”.  
(Resaltado añadido).

Según comenta el autor Hernández (2006), la posición asumida por la Sala Constitucional en la sentencia citada, es poco esclarecedora y de poco provecho, apuntando que en todo caso, la aludida distinción apunta a que la libertad económica o de empresas es, también, institución que asegura el sistema de economía social de mercado.

Para el referido autor, la tesis en estudio –vertiente objetiva y subjetiva de la libertad económica- debería derivar en la mayor protección jurídica de dicho derecho. De esa manera, toda medida de ordenación y limitación sobre la libertad económica puede ser examinada a partir de esa doble vertiente. Así por ejemplo, la ordenación de la libertad económica mediante la técnica autorizatoria puede afectar la entrada al mercado de nuevos operadores, lesionándose de esa manera la vertiente institucional de la libertad económica, en tanto ésta garantiza la existencia de un mercado concurrido.

Adicionalmente, y en cada caso concreto, la autorización puede suponer una lesión ilegítima a la libertad económica como derecho subjetivo de rango constitucional. Siendo que, en palabras de Hernández (2006, 117), la doble concepción de la libertad económica conduce, entonces, a un doble control.

Al respecto, concluye el autor comentado, criticando la tendencia de otorgar a la vertiente institucional de la libertad económica valor preferente a su vertiente subjetiva, ya que ello reduciría significativamente las garantías del derecho subjetivo a la libre iniciativa empresarial. En efecto, apunta, que

las técnicas de intervención de los Poderes Públicos en el orden económico no sólo han de ponderarse en atención a su consecuencia sobre la “economía de mercado”, sino además respecto a su incidencia sobre el derecho constitucional a la libre empresa.

En atención a la postura antes comentada, la intervención de la Administración debería tener dos límites: el primero referido a la imposibilidad de desvirtuar la libertad de empresa en tanto principio que garantiza el sistema de economía social de mercado; el segundo, relacionado con la imposibilidad de restringir, ilegítimamente, el ejercicio del derecho subjetivo de los particulares a dedicarse a la actividad económica de su preferencia.

En lo que respecta a la garantía institucional de la libertad económica, o vertiente objetiva de este derecho, expresa Casal (2006, 123), que en ordenamientos jurídicos como el español ha sido puesta de manifiesto la configuración de la libertad de empresa como una garantía institucional, carácter éste que concurriría con su condición de derecho, sin que sea unánime la determinación de la faceta preponderante. Para el aturo comentado, esta categorización luce explicable en el Derecho español, dada la regulación constitucional respectiva, externa a la sección dedicada a los derechos fundamentales y formulada en términos más objetivos que subjetivos. Pero la normativa constitucional venezolana no deja lugar a dudas sobre el carácter de derecho constitucional -o fundamental en sentido amplio- de libertad económica.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde uno de sus primeros pronunciamientos sobre la materia, ha

atribuido sin embargo a la libertad económica la naturaleza de “garantía institucional”.

La categoría de la garantía institucional nace en la doctrina germánica como un concepto contrapuesto al derecho fundamental, cuya peculiaridad estribaría en que no comprende propiamente un derecho de libertad que deba ser protegido en sus diversas manifestaciones por el Estado. Su contenido radicaría más bien en hacer imposible la entera supresión por vía legislativa de la facultad o instituto asegurado constitucionalmente.

Para Casal (2006), la noción de garantía institucional, que admite distinciones y precisiones ulteriores, ha sufrido una evolución, en virtud de lo cual ya no se contrapone con tanta radicalidad a la categoría de los derechos fundamentales. Pero la opinión dominante es la de limitar dicha expresión a instituciones jurídicas altamente dependientes de configuración legislativa, que generalmente no representarían derechos fundamentales, sin perjuicio de que algunas de ellas se encuentren en preceptos que también consagran tales derechos.

Coincide este autor con la opinión de Hernández antes referida, al indicar que en su opinión carece de sentido trasladar al ámbito de la libertad económica una categoría polémica y ambigua como la garantía institucional, más aún cuando la Constitución venezolana no aporta elemento alguno que recomiende su utilización. La libertad económica es simplemente un derecho constitucional por lo que el ordenamiento jurídico ha de asegurar, tanto como sea posible, el pleno despliegue de esa libertad, lo cual implica que su significación va más allá de la prohibición de su entera supresión. Además, la prohibición de que sea abolida la libertad económica y, con ello alterado el sistema económico esbozado por la Constitución ya está asegurada a través

de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales o constitucionales, que según la doctrina más autorizada posee un carácter tanto subjetivo como objetivo, lo cual hace superflua la invocación a estos efectos de la categoría de la garantía institucional.

Concluye este punto Casa, sosteniendo que el uso de la categoría de la garantía institucional para proteger un núcleo esencial de la libertad económica es por tanto innecesario, y con su adopción se corre adicionalmente el riesgo de que la tutela constitucional de este derecho se vea reducida a ese contenido mínimo al que reiteradamente ha hecho mención la jurisprudencia constitucional.

### **3. INFLUENCIA DE LA CLÁUSULA DE ESTADO SOCIAL.**

Tal y como apunta Santa María Pastor (1990, 108), la expresión Estado Social, al igual que la del Estado de Derecho, tiene su origen en la cultura jurídica alemana: está literalmente tomada de la Ley fundamental de Bonn y guarda un estrecho parentesco con las dos ideas de Estado provincia y de Estado de bienestar, herencia de la doctrina socialdemócrata, con ella quiere expresarse una concepción política del Estado según el cual éste no se limita, como propugnaba la teoría liberal, a corregir las disfunciones más graves y ostensibles del mercado y de la sociedad civil, sino que asume la responsabilidad de conformar el orden social en el sentido de promover la progresiva igualdad de todas las clases sociales y de asegurar a todos los ciudadanos el acceso a cierto nivel de bienestar económico, el disfrute de los bienes culturales y una cobertura de sus riesgos vitales; en términos jurídicos equivale a la imposición a todos los poderes públicos de un deber de actuar positivamente sobre la sociedad, en

una línea de igualación progresiva de todas las clases sociales y de mejora de sus condiciones de vida.

En su calidad de directriz básica del ordenamiento constitucional, - continúa afirmando el citado autor- la cláusula de Estado social entraña un conjunto de condicionamientos de orden jurídico, positivos y negativos, a la actuación de todos los poderes públicos. Estos condicionamientos operan en el plano de la actuación normativa realizada o a realizar por dichos poderes y en el de la tarea aplicativa de las normas jurídicas.

En lo que atañe a nuestro ordenamiento jurídico, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los derechos sociales se encontraban en diversas disposiciones de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, pues la citada Constitución establecía derechos sociales (Título III, Capítulo IV), imponía la solidaridad social (artículo 57), limitaba el derecho de propiedad (artículo 99); regulaba el régimen económico en base a la justicia social (artículo 95), así como la libertad económica (artículos 96, 97 y 98), reconociendo en esas normas caracteres propios de los Estados Sociales de Derecho, como es la función del Estado de proteger, planificar y fomentar la producción; y en varias disposiciones tomaba en cuenta el valor interés social.

El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que "...Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político...".

La citada disposición constitucional ha contado con un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial, en el que se ha perfilado la idea del Estado Social como aquel que busca entre otros fines, asegurar la igualdad, procurar la justicia social, la paz y el bien común.

En efecto, el referido artículo dispone que el Estado propugna “como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

Estos valores y fines son los que configuran al Estado, precisamente, como un Estado democrático, social y de justicia, lo que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Público en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que tiene además particular importancia para el derecho administrativo, pues su contenido configura el marco de la actuación de la Administración Pública.

Así encontramos que el Estado Social de Derecho se reforzó y profundizó con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debido al reconocimiento expreso contenido tanto en el preámbulo como en el artículo 2 antes citado.

La evolución doctrinal del Estado Social de Derecho ha indicado que tal concepto no se encuentra limitado a los derechos sociales consagrados expresamente en la Constitución, sino que el mismo está necesariamente vinculado con los derechos económicos, culturales y ambientales.

Por su parte, la doctrina venezolana ha señalado que el Estado Social es aquel que tiene como objetivo la búsqueda de la justicia social, que lo lleva a intervenir en la actividad económica como estado prestacional, indicando que los valores básicos del Estado Social de Derecho son la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y material.

Para Rondón de Sansó (1999, 48), el Estado Social se sustenta en la justicia distributiva resultando fundamentalmente un gestor al cual debe sujetarse la legislación (de allí el predominio de los decretos leyes y de las leyes habilitantes).

Como ya hemos señalado, el Estado Social está basado en la Constitución, en la concepción del Estado con obligaciones sociales y de procura de la justicia social, lo que lo lleva a intervenir en la actividad económica y social, como Estado prestacional, o más propiamente, como “aquella unidad política (cualquier ente político territorial) a la que los ciudadanos, mediante el pacto social, le han otorgado potestades para que satisfaga la procura existencial”. (Vid. Sentencia de fecha 26 de mayo de 2004, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Federación Médica Venezolana*).

Tal carácter social deriva principalmente del valor fundamental de la igualdad y no discriminación establecido en el Preámbulo y el artículo 1 Constitucional el cual, además de derecho fundamental (Art. 21), es el pilar de actuación del Estado (Art. 2); y de la declaración del principio de la justicia social como base del sistema económico (Art. 299).

Sobre el Estado Social encontramos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 24 de enero de 2002, caso *Deudores Hipotecarios Vs. Superintendencia de Bancos*, señaló que

‘La Constitución de 1999 es su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cual es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano’.

La Sala en la referida sentencia, desarrolló muy extensamente el concepto de Estado Social, y después de analizar su evolución doctrinal y constitucional consideró:

“(...) el concepto de Estado Social de Derecho, la Sala considera que él persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales.

El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución

Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.

El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros. Tal como decía Ridder, ‘...el Estado se habilita para intervenir compensatoriamente, desmontando cualquier posición de poder siempre que lo estime conveniente’, pero, agrega la Sala, fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado.

El Estado Social, trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económicos y socialmente mas fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social (...).”.

En la sentencia parcialmente transcrita, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, después de analizar el concepto del Estado Social, concluyó indicando que el mismo tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo de la Constitución, del cual se colige que éste está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad sin discriminación ni subordinación, anteponiéndose el interés general sobre el particular y

reconociendo que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, indicando que "...las leyes deben tener por norte esos valores, y las que no lo tengan, así como las conductas que fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales...".

Las anteriores consideraciones se complementan con la idea de interés social, el cual según la doctrina de la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por la propia ley como débiles jurídicos, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en una posición dominante con relación a ellas.

De allí la importancia de la Constitución y la Ley para evitar tal desequilibrio, toda vez que dichos instrumentos determinan las materias que por su propia naturaleza son de interés social, protegen a las personas que califican de débiles jurídicos a quienes procura mantener en equilibrio precisamente a los fines de procurar la igualdad y la no discriminación que forman parte del Estado Social.

## **B. POTESTADES NORMATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN ECONÓMICA.**

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, se admitía que el Ejecutivo Nacional podía dictar decretos “legislativos”, entre los cuales se distinguían tres categorías: La primera, la constituían los decretos en materia de servicios públicos (artículos 179, ordinal 5 y 190 ordinal 11 de la Constitución); la segunda, la conformaban los decretos de emergencia, conmoción o graves circunstancias que afectaban la vida económica (artículos 190, ordinal 6 y 241 de la Constitución); y la tercera, estaba referida a los decretos que requerían previa autorización legislativa, para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera (artículo 190, ordinal 8 de la Constitución).

La Constitución de 1999, introduce modificaciones importantes, porque en primer lugar, si bien reconoce la competencia de la Comisión Delegada del Poder Legislativo para autorizar al Ejecutivo Nacional la creación, modificación o suspensión de los servicios públicos, en caso de urgencia comprobada (artículo 196, numeral 6 de la Constitución), se suprimió del artículo 236 de la Constitución, la atribución del Presidente de la República, para decretar la creación y dotación de nuevos servicios públicos, o la modificación o supresión de los existentes. Ello plantea un problema de interpretación constitucional que deberá ser resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En segundo término, los decretos de estado de excepción pueden conducir únicamente a la restricción temporal de las garantías constitucionales, lo que se hará conforme a las disposiciones

constitucionales.

El tercer supuesto, está contemplado en la reforma que se introduce respecto a los decretos de autorización legislativa, pues éstos se podían dictar previa habilitación legal especial, en aquellos casos en que fuese necesario adoptar medidas extraordinarias en materia económica y financiera. El cambio es trascendental porque se amplió el ámbito material de regulación mediante estos decretos, al no restringirse únicamente a la materia económica y financiera.

Es así como los artículos 203 y 236, numeral 8 de la Constitución, establecen que la ley habilitante es aquella sancionada por el Poder Legislativo, mediante el voto calificado de las tres quintas partes de sus integrantes, con el objeto establecer las directrices, los propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, para que dicte decretos con rango y fuerza de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo para que el Ejecutivo Nacional ejerza la habilitación legislativa.

Pasemos entonces, a determinar la potestad normativa de la administración económica.

## **1. LA RELACIÓN ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.**

Sostiene Hernández (2006, 187), que la relación entre la Ley y el Reglamento, tiene en el ámbito de la intervención del Estado sobre la libertad económica un significado particular, y que el frecuente uso del reglamento en la limitación de la actividad empresarial viene dada fundamentalmente por la mutabilidad de la economía y la flexibilidad del reglamento como instrumento.

En ese mismo sentido ha señalado Urosa (2005, 141), que la ordenación jurídico administrativa de la libertad económica se lleva a cabo, principalmente, a través de las potestades normativas que el ordenamiento otorga a la Administración y cuyo ejercicio ordinario corresponde a la **potestad reglamentaria**. Dicha potestad se encuentra presente mayormente en la ordenación de los sectores económicos, como consecuencia de la movilidad y dinamismo de la economía.

De esta manera, conforme al enfoque que realiza la citada autora, la mutabilidad de las relaciones económicas, aunada al carácter técnico que comúnmente impregna las distintas actividades empresariales, lleva a una **matización o concepción relativa del principio de reserva legal, inclinándose a favor de una mayor regulación por parte del reglamento y una menor normación directa por parte del legislador**. De manera que la menor capacidad técnica del legislador, la complejidad de los sectores a regular, la mutabilidad y contingencia de las realidades a ordenar de modo relativamente urgente, conducen al legislador a renunciar a dictar normas directamente operativas en materia económica y se limita a establecer directrices generales con contenidos normativos esenciales sobre determinadas materias, confiando a la Administración la **regulación** complementaria que permita concretizar tales directrices y ejecutar los objetivos de la Ley.

Continúa afirmando la citada autora que el ejercicio de la **potestad reglamentaria** por parte de la Administración económica debe observar exactamente los mismos principios y límites que el ejercicio de la potestad reglamentaria en cualquier otro ámbito de la actividad administrativa, ello motivado a dos razones fundamentales: *primero* el fundamento jurídico-

constitucional de la actividad reglamentaria es siempre el mismo y no varía en el caso que se trate de regulaciones de contenido económico; y *segundo*, pues el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración económica supone normalmente una limitación importante al ejercicio de un derecho fundamental: **la libertad económica** y de allí que el reglamento deba respetar las garantías mínimas del ejercicio de ese derecho.

En este contexto, **encontramos dos principales limitaciones formales en la potestad reglamentaria que ejerce la Administración económica; por una parte, el principio de reserva legal según el cual el reglamento no puede invadir materia cuya regulación se reservaron al legislador y, por la otra, el respeto al contenido, espíritu, propósito y razón de la Ley a desarrollar, por lo que el reglamento ha de limitarse a desarrollar y complementar la norma legal, en la medida y con el fin que la propia Ley estableció.**

Continúa indicando Urosa (2005) que en **materia de regulaciones económicas**, el reglamento juega un doble rol: por un lado, es un factor de limitación de la libertad de empresas, en tanto impone parámetros y condiciones determinantes para su ejercicio; y por el otro, es un instrumento indispensable para el efectivo ejercicio de los atributos de este derecho, pues hasta tanto no se dicte el reglamento difícilmente pueden ejercerse actividades de contenido económico con sujeción a una genérica regulación legal.

Desde otra perspectiva, encontramos que para Hernández-Mendible (2005), **la potestad normativa de la administración económica se ubica, en primer lugar, en la competencia del Poder Legislativo, que puede establecer normas reguladoras de la actividad económica, en ejercicio**

**de las atribuciones que le otorgan el artículo 156, numerales 32 y 33 en concordancia con el artículo 187, numeral 1 de la Constitución, conforme a los cuales éste debe legislar en materia de derechos y garantías constitucionales, así como aquellas materias que la Constitución atribuya al Poder Público Nacional o que le correspondan por su índole o naturaleza.**

Según afirma el autor antes comentado, la legislación que desarrolle los derechos constitucionales **debe tener rango orgánico**, por mandato expreso del artículo 203 de la Constitución y ello debe ser así, **porque todo lo concerniente a la regulación de los derechos constitucionales es materia de reserva legal del Poder Público Nacional**. Por ello, sólo mediante ley orgánica se puede excluir o limitar el ejercicio de los derechos constitucionales económicos.

En ese sentido, continúa afirmando el autor comentado, que La libertad de empresa reconocida en el artículo 112 de la Constitución comprende dos derechos constitucionales, que estaban regulados en normas distintas en la Constitución derogada –la libertad económica y la libre iniciativa privada-, que se encuentra sometida a las limitaciones constitucionales y legales. Así mismo se atribuye al Estado la facultad de planificar, racionalizar y regular la economía, dentro de los principios de justicia social, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad (artículo 299 de la Constitución).

Este contexto establece la delimitación de las competencias del Poder Público, para establecer mediante ley, las limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales e igualmente, conformar el entorno para la actuación de los entes reguladores de la actividad económica. **Ni la Ley, ni**

**menos aún los entes reguladores de la actividad económica pueden afectar el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.**

Es así como, sólo mediante ley pueden reservarse las industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico, es decir, que la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libre competencia serán limitadas o restringidas conforme a las previsiones constitucionales, por razones de conveniencia nacional (artículo 302 de la Constitución) o en los supuestos **que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social** (artículo 112 de la Constitución).

Con fundamento en estas normas constitucionales, encontramos por ejemplo que el legislador al regular el sector de las telecomunicaciones señaló, que el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de los servicios de telecomunicaciones se consideran actividades económicas de interés general, que se prestan en régimen de libre competencia y que garantizan el derecho a la comunicación de las personas (artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones).

Esta concepción también ha sido utilizada en el sector económico del transporte terrestre, actividad de prestación que junto a la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de la infraestructura vial constituyen una actividad económica de interés general, a cuya realización concurren el Estado y los particulares en los términos establecidos en la Ley (artículo 3 del Decreto con fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre).

A pesar de la mala técnica legislativa que caracteriza el proyecto de

Ley Orgánica de los Servicios Postales, el artículo 67 propone que -los servicios postales calificados previamente como servicios públicos-, pueden ser prestados en régimen de libre competencia, tanto por operadores públicos como por los operadores privados, que hayan sido autorizados por el ente regulador.

Continúa afirmando Hernández-Mendible (2005), que la potestad regulatoria se encuentra atribuida al Poder Ejecutivo, quien la lleva a efecto mediante los decretos con rango y fuerza de ley, los reglamentos o mediante actos administrativos generales o individuales, conforme a la normativa constitucional.

Para Hernández-Mendible (2005), en el ordenamiento constitucional vigente, dentro del marco de normalidad institucional, el Ejecutivo Nacional en principio, sólo puede regular la actividad económica, mediante decretos con rango y fuerza de ley, previa autorización del Poder Legislativo, en la cual se establecerán los límites de la delegación. Por otra parte encontramos que de conformidad con la habilitación constitucional, el Presidente de la República actuando en Consejo de Ministros tiene competencia para reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón (artículo 236, numeral 10 de la Constitución). La doctrina científica señala que ésta es “atribuida por la Constitución sea de manera inmediata o directa; sea, de una manera mediata o indirecta a través de la ley, a determinados órganos o complejos orgánicos, con lo que éstos adquieren competencia y por ende poder jurídico”.

Es así como **la regulación económica a través de los reglamentos debe ejecutarse con estricto sometimiento a la legalidad**, lo que implica que debe respetarse el principio de reserva legal, que no puede ser invadido

por los reglamentos. Así lo precisó el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia N° 2338, de 21 de noviembre de 2001, al señalar “que la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal”.

Esta posición concurrente de la doctrina científica y del Tribunal Supremo de Justicia, llevan a analizar los límites del Poder Ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria, la cual está a su vez limitada como de seguidas se analiza:

#### a) Límites a la potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria tiene varios límites, entre los cuales deben destacarse los siguientes:

1. No puede alterarse el espíritu, propósito y razón de la ley que se reglamenta, tal como lo señala el artículo 236, numeral 10 de la Constitución.

2. No pueden regularse materias objeto de reserva de ley, que son entre otras aquellas mencionadas en los artículos 156, 187, numeral 1, 203 de la Constitución y 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

3. No pueden infringirse normas de rango legal, en virtud del principio de la prevalencia de las normas de superior jerarquía, que señalan los artículos 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

4. No pueden utilizarse para tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, ni establecer penas o sanciones, tal como lo establecen los artículos 49, numeral 6 de la Constitución, 1 del Código Penal, 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

5 No puede emplearse para crear tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, según lo señalan los artículos 317 de la Constitución, 3 del Código Orgánico Tributario, 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Por otra parte, encontramos que la Constitución establece la posibilidad de restringir temporalmente la garantía del ejercicio de los derechos constitucionales, en los casos que se haya declarado un estado de excepción, conforme a los artículos 337 al 339 del texto constitucional.

El Presidente de la República, en Consejo de Ministros puede decretar estados de excepción, en aquellos casos en que existan circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico que afecten la seguridad de la nación, de las instituciones y de los ciudadanos, que no puedan ser enfrentadas por el Poder Público, mediante los mecanismos jurídicos contemplados en el ordenamiento jurídico ordinario, por resultar éstos insuficientes para el restablecimiento de la normalidad institucional. La declaratoria de estado de excepción puede conducir a la restricción temporal de las garantías reconocidas en la Constitución (artículo 236, numeral 7 de la Constitución), salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

El Estado de emergencia económica puede decretarse cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica del país y el Decreto que lo declare, deberá regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, disponer la adopción de las medidas oportunas, destinadas a resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis e impedir la extensión de sus efectos.

La declaratoria de Estado de emergencia económica puede recaer sobre todo o parte del territorio nacional, durante un plazo de sesenta días, prorrogable por un plazo igual, debiendo someterse el Decreto en uno u otro caso, dentro del lapso de ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada para su consideración y aprobación. También se enviará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.

Según lo expuesto, la restricción del ejercicio de los derechos constitucionales económicos debe realizarse conforme a la Constitución y a la Ley.

Para Badell (2005), la libertad económica como derecho subjetivo responde a la estructura propia del Estado moderno, conforme al cual los particulares participan, en un régimen relativo de libertad, en la producción económica y su gestión, **correspondiéndole al Estado fomentar y producir un marco jurídico y regulatorio que favorezca libremente la iniciativa privada conjuntamente con la búsqueda de los valores de igualdad social y el interés colectivo garantizando la creación y justa distribución de riquezas.**

Según el comentado autor, la Administración sólo podrá restringir derechos de rango constitucional como es el caso de la libertad económica cuando cuente con una norma expresa de rango legal que explícitamente la habilite para exponer limitaciones concretas.

Bajo esta postura, Badell (2005, 45), critica la forma como el Estado venezolano ha limitado el derecho a la libertad económica con el régimen de control de cambio sin una normativa de rango legal que lo sustente, pues, a su modo de ver, las limitaciones que suponen el control de cambio se han efectuado por medio de normas de rango sub legal, -Decretos-, sin contar con una previsión expresa en la Ley que otorgue al Estado dicha posibilidad; sino que, por el contrario, el régimen de control de cambio se fundamenta en disposiciones genéricas de la Ley del Banco Central de Venezuela (arts. 110, 111 y 112) que en palabras del autor citado, **no facultan de manera alguna al Ejecutivo Nacional para restringir el comercio de divisas y la autonomía privada que rige en la operaciones cambiarias.**

En ese sentido, el autor citado (2005, 46) señaló "... Además, esas normas legales invocadas por la Administración son, por un lado, insuficientes para facultarlas para imponer un régimen de control de cambio y, de otro lado, no pueden ser razonablemente consideradas como un mero desarrollo de las referidas normas legales tal y como sostiene la Administración...".

Por otra parte, encontramos que las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en lo que atañe a la libertad de empresas, específicamente en lo relacionado con la limitación a dicho derecho a través de normas de rango legal o sub legal, ha sido sin duda variable y para nada uniforme, pasemos a

revisar algunos fallos relevantes en los que se han abordado estos conceptos, así encontramos entre otros los que a continuación se citan:

En lo que respecta a la libertad económica, la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal, en sentencia del 20 de julio de 1996 caso *Air France* señaló lo siguiente:

“...El derecho constitucional a la libertad económica debe ser entendido como el derecho que tienen los particulares que nadie podrá obligarlos o forzarlos, en contra de sus voluntades, a realizar una determinada y específica actividad profesional, comercial o industrial –salvo que la Constitución o leyes dispongan en casos excepcionales lo contrario- o en todo caso, como garantía de que no podrá nadie imponerles, arbitrariamente –es decir fuera del contexto de la Constitución y las leyes- limitaciones a la operación lucrativa de su preferencia”.

Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunció sobre la necesaria existencia de una Ley que prevea de manera concreta y explícita las regulaciones y restricciones que podrá imponer la Administración para limitar la actividad económica, en sentencia del 21 de noviembre de 2001 caso *Ley Sobre Régimen Cambiario*, en la que acertadamente la referida Sala dispuso:

“...El principio de reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que, sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones ‘genéricas’ que pudieran generar reglamentos independientes”.

Así la Sala sostuvo que dicha obligación derivada del principio de reserva legal para el legislador, no podía delegarse a la potestad reglamentaria de la Administración en términos generales y especialmente en lo que se refiere al régimen cambiario. No obstante, ese correcto criterio del Tribunal Supremo de Justicia fue abandonado en decisión del 17 de agosto de 2004, en la cual afirmó la constitucionalidad del control de cambio, bajo el criterio de que la libertad económica podía ser restringida en este caso, por normas sub legales, vulnerando así la garantía de la reserva legal. En dicho fallo se señaló que:

“...El paso del Estado Liberal al Estado Social de Derecho y la aparición de regímenes democráticos (...) produjo una alteración de los presupuestos básicos que fundamentan la reserva legal, ya que su utilidad no puede justificarse en la oposición de límites normativos al Ejecutivo no representativo de los intereses sociales.

Por otra parte, la consagración del Estado Social de Derecho, aunado al carácter normativo de las constituciones modernas, requiere del Poder Público la adopción de medidas que posibiliten la promoción del desarrollo económico y social, que implica la intervención estatal en la sociedad, especialmente en el ámbito económico. Ello así, la extensión de la reserva legal a todas las materias que pudieran afectar los derechos e intereses de los particulares, **dificultaría el cumplimiento de la actividad estatal prestacional ordenada por la Constitución, por lo cual, ésta debe limitarse a lo que la propia Norma Fundamental haya previsto al respecto, sin posibilidad de una interpretación que la extienda a todos los ámbitos del Poder Público (...).**

**Así la reserva no impide al legislador a apelar a la colaboración de normas sublegales** para regular la materia reservada y esta colaboración no deja de ser una técnica de normación legítima...”. (Resaltado añadido).

Posteriormente, la misma Sala, pero en el año 2005, caso *Festejos Mar C.A.*, vino a determinar nuevamente el alcance del derecho a la libertad económica indicando que los límites a éste podían imponerse únicamente bien por la misma Constitución o a través de leyes, indicando al respecto lo que a continuación se cita:

**“...Ahora bien, se observa que el artículo 112 de la Constitución condensa el enunciado derecho a la libertad económica, aunque no agota en su texto la regulación constitucional sobre el mismo. En todo caso, la formulación como principio, se expresa mediante la modalidad usual del establecimiento de la libertad en forma general, dirigida o reconocida en favor de todas las personas, pasando de inmediato a advertir la existencia de limitaciones, esto es de fronteras o bordes que pueden delimitar las manifestaciones regulares o normales de las facultades derivadas de esa libertad. Tales restricciones se confinan, por imperativo del Texto Fundamental, a las previstas en el mismo, y a las que establezcan las leyes, en atención y con fundamento exclusivo, en determinadas razones de interés general, con lo cual se ensambla efectivamente el dispositivo de la garantía jurídica que comentamos...”.** (Resaltado añadido).

Revisadas las posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre la relación entre la Ley y el Reglamento en el derecho administrativo económico, pasemos a analizar la reserva legal como garantía del respeto al contenido esencial del derecho.

## **2. LA RESERVA LEGAL COMO GARANTÍA DEL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO**

Afirma Santa María Pastor (1990, 341), que ante la interrogante de las materias que pueden ser reguladas a través de reglamentos, se debe tener

presente que la Ley posee un ámbito de actuación ilimitado (salvo las excepciones y atribuciones específicas de competencia que establezca la constitución), razón por la que, desde el punto de vista del citado autor español, el reglamento debe tener, por necesidad, un campo de actuación residual limitado; el que la Ley, unilateralmente le deje.

En ese sentido, encontramos que el referido autor, advierte que ese reparto de campos materiales no se deja, sin embargo, al libre arbitrio de legislador, de tal forma que éste pueda decidir con entera discrecionalidad qué materias quiere regular (y con qué intensidad y en qué grado de detalle), y de cuáles se desentiende; y de tal forma, también que el reglamento pueda operar en todos aquellos espacios no ocupados por el legislador. Antes bien, dicho reparto responde a un esquema de reglas cuya pieza fundamental es el denominado **principio de reserva de Ley**: ni la Ley puede definir libremente su ámbito de actuación, regulando o dejando de regular unas y otras materias, ni el reglamento puede actuar a su arbitrio en todas las materias no ocupadas por el legislador; y ello **porque la norma constitucional exige que la regulación de determinadas materias se lleve a cabo precisamente por la Ley**. Hay pues, materias constitucionalmente reservadas a la Ley, un fenómeno que, sin embargo no se da a la inversa, no hay materias constitucionalmente reservadas al reglamento, en las que la Ley no pueda entrar.

La reserva de Ley es, originalmente una construcción teórica de la doctrina alemana del siglo XIX, en la que por reserva de Ley, se entiende el principio en virtud del cual, el Gobierno y la Administración no puede dictar reglamentos o actos singulares que incidan negativamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos sin un previo apoderamiento legal, tales materias

se encuentran “**reservadas**”, a la aprobación por el órgano legislativo, esto es, la Ley.

Comenta Casal (2006, 65), que los derechos fundamentales sólo pueden estar limitados a través de la Ley, así, indica que “está reservada a la ley la concreción de limitaciones o la imposición de restricciones a un derecho fundamental, lo cual impide a la Administración u otros órganos del poder público afectar tales derechos sin respaldo legal. Esta exigencia ha de referirse a la ley formal, es decir, a la norma jurídica de rango primario aprobada por el parlamento, siguiendo el procedimiento establecido conforme a la Constitución”.

Para el autor citado, la reserva legal es una verdadera condición o garantía formal para la limitación de los derechos consagrados en la norma fundamental y, aunque éstos son por definición normalmente limitables, el Derecho Internacional y los Derechos Humanos han articulado técnicas orientadas a evitar los posibles abusos del poder público en la fijación de límites o restricciones a los derechos fundamentales.

En tal sentido, indica Casal (2006), que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, relativa a la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sostuvo que el término “leyes” equivale a norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

Así, la exigencia de una Ley formal para limitar un derecho constitucional, se traduce en una verdadera protección por cuanto se

fundamenta en las garantías democráticas propias de la deliberación de un órgano representativo de diversas corrientes políticas, que se traducen en un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

No obstante, continúa explicando Casal (2006), que a pesar de que la Ley formal constituya una verdadera garantía para la limitación de los derechos fundamentales, ello no implica, como lo aclara la propia Opinión Consultiva antes comentada, que en esta materia estén necesariamente excluidas las autorizaciones, habilitaciones o delegaciones legislativas acordadas por el Órgano legislativo con fundamento en la Constitución, las cuales permiten al ejecutivo, dadas circunstancias particulares y dentro de determinados límites, dictar normas con rango y fuerza de ley. En cualquier caso, es preciso que la habilitación o delegación se efectúe en conformidad con la Constitución, y que las normas adoptadas por el ejecutivo se sometan a los términos de la ley respectiva, y a controles eficaces contemplados constitucional o legalmente. Además, al estar en juego derechos fundamentales, la ley delegante o habilitante debe determinar parámetros concretos de contenido sobre los aspectos esenciales de la regulación, aparte de que algunas materias pueden considerarse sometidas a una reserva absoluta de ley, que impide incluso la delegación o habilitación legislativa, como sucede por ejemplo en los casos en relación con el establecimiento de penas privativas de la libertad.

En ese sentido, afirma el autor comentado que al reservarse a la ley la limitación o restricción de un derecho fundamental, está vedado a los tribunales hacerlo mediante normas generales contenidas en sus sentencias. No puede descartarse, en cambio, que los jueces, ante omisiones de derechos constitucionales, se vean forzados a adoptar, en relación con el caso particular, medidas de protección del derecho que afecten derechos

fundamentales en conflicto, aun en ausencia de una disposición legal que las contemple, siempre que la decisión judicial concrete límites que la propia Constitución, expresa o implícitamente establezca.

En lo que atañe a la posible intervención del ejecutivo, mediante la potestad reglamentaria, en la regulación de derechos fundamentales, es preciso recordar que en materias de reserva legal la ley no puede efectuar una remisión en blanco a favor del ejecutivo, pues los aspectos centrales de la medida que directa o potencialmente afecte el derecho deben estar contemplados en la misma ley, sin perjuicio de la colaboración o complementación normativa del reglamento, que en algunos ámbitos se reduce a la mínima expresión.

Continúa indicando Casal (2006), que existe una íntima conexión con la reserva legal y la exigencia de que la regulación que afecte derechos fundamentales ostente determinación o precisión, de tal manera que las limitaciones o restricciones de estos derechos puedan ser cabalmente conocidas por sus titulares, lo cual hace previsibles las medidas que puedan adoptar las autoridades judiciales o administrativas sobre derecho de tener certeza sobre el ámbito de ejercicio lícito del derecho fundamental. Adicionalmente la precisión o especificidad de la ley limitativa o restrictiva facilita el control adecuado de los actos dictados por los órganos del poder público con base en dicha ley, a las cuales éstos quedan sometidos.

En armonía con la argumentación que antecede, encontramos que para el autor comentado no son admisibles las cláusulas genéricas de habilitación como fundamento de limitaciones o restricciones de tales derechos, aunque advierte que no siempre es igual la determinación o precisión exigible a las normas que las contemplen, puesto que esto

dependerá de la severidad de la medida adoptada por el poder público, y de la materia de que se trate, entre otros factores y que no siempre rige, por ejemplo, el requisito de tipicidad en sentido estricto.

Igualmente, sostiene que en ciertos ordenamientos constitucionales, como el español y, bajo su influencia, el venezolano, se reserva a la Ley orgánica lo relativo al desarrollo de los derechos constitucionales o de algunos de tales derechos.

En el caso del derecho venezolano, sólo una mayoría calificada de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Asamblea Nacional puede admitir los proyectos de leyes que supongan un desarrollo de derechos constitucionales, al igual que los correspondientes proyectos de leyes de reforma.

No obstante, advierte el autor comentado, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha mostrado una tendencia a interpretar amplia o laxamente el alcance de esta modalidad de regulación de los derechos fundamentales y, por consiguiente, a sobredimensionar el ámbito de la ley orgánica, reduciendo los supuestos en que la incidencia legislativa en algún derecho fundamental puede calificarse como desarrollo del mismo, en atención al principio democrático, que por regla general es aplicado en el órgano legislativo mediante la toma de decisiones por mayoría simple, como también en virtud de la petrificación del ordenamiento que produciría la generalización de tal forma de ley.

Afirma Casal (2006, 68), que la Sala Constitucional en sentencia del 31 de julio de 2002, al ejercer control previo de constitucionalidad sobre el carácter orgánico de la Ley Orgánica del Sistema Venezolano para la

Calidad, que contiene disposiciones relacionadas con los derechos del consumidor y con la libertad económica, negó a dicha ley naturaleza orgánica, con base en los argumentos señalados. Para la Sala el ámbito reservado a la ley orgánica no comprende todas las leyes que, “rocan aspectos secundarios de algún derecho fundamental, ya sea por consagrar alguna modalidad en su ejercicio o por establecer ciertas condiciones a su goce”. Sólo se extiende a aquella regulación que constituya un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales a tales derechos fundamentales, o una restricción no autorizada por la propia constitución de los mismos.

Sin embargo, para el autor comentado, el fallo referido no aclara la significación que atribuye a esta noción de restricciones de un derecho fundamental no autorizadas por la Constitución. Para él, sería erróneo inferir que con ello se hace referencia a restricciones no permitidas por la Constitución, pues entonces dicho aspecto de la ley sería per se inconstitucional con prescindencia del carácter orgánico y ordinario de la Ley. Más bien cabe pensar que con ello se alude al concepto de restricción o al condicionamiento de las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho constitucional que no se deriva directamente de la Constitución, sino que el legislador establece con carácter constitutivo o cuasi-constitutivo.

Por otra parte se tiene que para el autor Hernández (2006, 186), el enunciado de la garantía formal de la libertad de empresas se formula sobre la base del principio de reserva legal y todas las limitaciones impuestas a ese derecho constitucional deben tener, en su criterio, necesariamente una expresa y clara cobertura legal, pues esa materia ha sido reservada constitucionalmente a la “Ley”.

En palabras del citado autor, la reserva legal es, ante todo, una garantía jurídica de la libertad de empresa frente a la Administración, desde que corresponde al Poder Legislativo delimitar el ámbito dentro del cual la Administración podrá desplegar sus poderes de ordenación y limitación.

En ese sentido, continuó indicando que las restricciones al ejercicio de la libertad de empresas deben ser abordadas directamente por el legislador, sin que la complejidad o dinamismo de la materia justifique un ejercicio ciertamente exiguo del Poder Legislativo. No puede el legislador renunciar a abordar tales cuestiones bajo la siempre fácil excusa de la mayor capacidad técnica del reglamento.

De esa manera, agrega el referido autor, la matización de la reserva legal, en relación con los operadores económicos privados, se manifiesta en la posibilidad de la Administración de dictar con mayor extensión, normas sub legales que limiten y ordenen el ejercicio de la libre iniciativa privada.

Uno de los grandes ejemplos que en la actualidad se ven de manifiesto en nuestro país, es el régimen cambiario, el cual se compone de diversas normas sub legales; los Decretos dictados por el Presidente de la República, y las Providencias dictadas por la Comisión de Administración de Divisas.

La principal característica de dicho régimen, según afirma Hernández (2007), es que él ha afectado la libertad cambiaria mediante controles administrativos. El término control de cambio, alude a la técnica de intervención a través de la cual la Administración impone restricciones al

ejercicio de la libertad cambiaria, atributo inherente a la libertad económica constitucionalmente reconocida.

Así, afirma el autor citado, que el control establecido se fundamenta en la intensa **publicación del mercado cambiario**, y dicho control evidencia la **intensidad de los controles que por esa vía han sido establecidos**; de esa manera, al centralizarse el comercio de divisas en el Instituto emisor, se ha aniquilado la libertad para adquirir y vender divisas, pues para su adquisición es necesaria una autorización y la venta debe efectuarse exclusivamente al Banco Central de Venezuela conforme a la tasa fijada.

De esta manera, tenemos entonces que **el régimen cambiario actual se caracteriza por estar basado estrictamente en normas de rango sub legal y no en Leyes o Decretos Leyes dictados a consecuencia de la restricción de la garantía formal de la libertad de empresa.**

**Lamentablemente, esa relajación al principio de la reserva legal fue admitida por la Sala Constitucional, bajo la tesis según la cual la garantía formal de la libertad de empresa, en el marco de la Cláusula del Estado Social, tiene carácter relativo, como será explicado en el título que analizará dicha interpretación.**

Por otra parte, afirma Casal (2006), que en lo atinente a la reserva legal como garantía del derecho constitucional a la libertad económica, las interpretaciones de la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal ha mantenido una tendencia peligrosa que propende a debilitar o minimizar la garantía de la reserva legal, la cual se ha puesto de relieve justamente en el ámbito económico.

En ese sentido, resulta oportuno revisar la tendencia jurisprudencial sobre la garantía de la reserva legal en materia de derechos de libertad económica, para lo cual resulta menester realizar el análisis que de seguidas se presenta.

### **3. INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE EL ALCANCE DE LA GARANTÍA FORMAL DE LA LIBERTAD ECONÓMICA.**

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de acciones de inconstitucionalidad fundadas, entre otras razones, en una posible vulneraciones del derecho a la libertad económica ha sostenido que la reserva legal admite gradaciones en la precisión o exhaustividad exigible a la regulación legal y al alcance correlativo de la intervención del reglamento.

En lo atinente al tema del actual régimen de cambio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 17 de agosto de 2004, caso *Ley de Régimen Cambiario*, consideró que dicho régimen basado en los artículos 110, 111 y 112 de la Ley del Banco Central, resultaba cónsono con la Constitución y especialmente, con el principio de la legalidad. Determinó la Sala Constitucional que la configuración de Venezuela como Estado social, impone una suerte de matización a la reserva legal, la cual solamente “implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción legislativa más allá de ese contenido obligado”.

Algunos de los criterios sostenidos por la jurisprudencia constitucional para justificar la modulación de la reserva legal se relacionan con la complejidad técnica de algunas materias vinculadas a la acción administrativa y la mayor capacidad de la Administración pública para dominarlas, así como la variabilidad de los supuestos fácticos que motivan la intervención estatal. Estos factores pueden ciertamente conducir válidamente a una gradación de la intensidad de la regulación propiamente legislativa. Pero junto a éstos se esbozan otros criterios sumamente discutibles que propenden a desdibujar el significado general de la reserva legal en la esfera de los derechos constitucionales.

Uno de los criterios que serviría de apoyo a la gradación de la reserva legal se contrae al interés social o general involucrado. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo ha afirmado en los siguientes términos:

“... A partir de esta exigencia caben diversas gradaciones según el ordenamiento sectorial en el que se haya constituido la reserva. Así, su intensidad deberá ser mayor cuanto más directamente la regulación de la materia afecte a los derechos fundamentales. No obstante, esta intensidad decrece en aquellos casos en los cuales el ejercicio de los derechos individuales se cruza con aspectos que involucran la función social o el interés general...”. (Sentencias N° 1613 y 2164 de fechas 17 de agosto y 14 de septiembre de 2004, casos *Henry Pereira Gorrín* y *Alfredo Travieso Passios*, respectivamente).

Para Casal (2006), esta aseveración, que forma parte originalmente de una argumentación dirigida a aceptar la base legal del régimen cambiario actualmente en vigor y, en consecuencia, su conformidad con la garantía de

la reserva legal en materia de libertad económica, parece sustentarse en la cuestionable idea de que los derechos como éste irían acompañados de una reserva legal habilitada, en razón de los intereses sociales o de los intereses en juego.

Afirma el comentado autor, que tal posición del Tribunal Supremo de Justicia contradice los principios más elementales rectores de la reserva legal, ya que esta reserva ha sido establecida precisamente para que sea el legislador, como instancia plural, deliberante y representativa, la que pondere los intereses públicos eventualmente contrarios al pleno disfrute de un derecho constitucional. No cabe sostener que la reserva legal pierde rigor cuando hay intereses generales implicados, porque es justamente la conciencia de que junto a los derechos fundamentales pueden existir bienes colectivos en conflicto lo que condujo a la consagración de la reserva legal, para que fuera un órgano dotado de la naturaleza señalada el que determinara si tales bienes colectivos debían prevalecer en ciertas circunstancias sobre el derecho comprometido, así como el alcance de tal prevalencia.

Más recientemente, la Sala Constitucional ha mantenido su criterio en cuanto a la limitación del derecho a la libertad económica mediante actos de rango sub legal, así lo dejó sentado en la sentencia N° 1422 del 30 de junio de 2005 caso *Hugo Nemirovsky*, en la que señaló lo siguiente:

“... Conforme a lo expuesto, existe la posibilidad de la regulación de los derechos siempre que materialmente no se anule su contenido esencial, se cumpla con las debidas garantías formales de conformidad con los parámetros de la reserva legal y su correcta habilitación reglamentaria, así como el correcto proceder del acto sublegal, y que tales limitaciones obedezcan también a

principios de rango constitucional en razón del amparo del interés general o de la función social de la actividad a normarse...”.

Para Casal (2006), la tesis mantenida por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, reduciría el sentido de la reserva legal no sólo en el ámbito de la libertad económica, o del derecho de propiedad, sino en el de cualquier otro derecho fundamental, dado que normalmente su ejercicio ha de “cruzarse” con intereses generales. La construcción dogmática de los derechos fundamentales no pretende otra cosa que fijar criterios metodológicos que permitan realizar de manera racional y con objetividad una ponderación entre estos derechos y las exigencias del interés general, siendo la Ley el cauce institucional que en primera instancia ha de llevarla a cabo, sin perjuicio del posible control judicial ulterior.

De esta manera, para el autor referido, cuanto más público, social o general sea el interés relacionado con el ejercicio de un derecho constitucional, tanto mayor es la importancia que adquiere la reserva legal como garantía del cauce institucional en el que tal derecho ha de ser ponderado con los diversos intereses involucrados.

En suma, según la Sala Constitucional se habría producido una alteración de los presupuestos básicos que fundamentan la reserva legal, en virtud de la legitimación democrática, directa o indirecta del Poder Ejecutivo.

Esta afirmación de la jurisprudencia constitucional, según Casal (2006), debe ser matizada. El tránsito de regímenes monárquicos a sistemas democráticos, en los que la función de gobierno está encomendada a autoridades electas con fundamento en la soberanía popular, directamente por el pueblo o mediante el parlamento, ha conducido ciertamente a un

cambio de las bases socio-políticas de la reserva legal, pues ya no es posible plantear con la radicalidad inicial la contraposición entre la Ley como emanación de la sociedad y en particular de la burguesía, y el reglamento como manifestación de los poderes reales y del Estado.

En igual sentido se pronunció el autor argentino Perrino (2005), indicando que la menor intervención del órgano legislativo y la consecuente mayor participación de las autoridades administrativas ocasionó el debilitamiento del principio de reserva de ley formal, impuesto en su formulación original para emitir regulaciones que afectaran la esfera jurídica de los individuos, así como también el robustecimiento de las potestades discrecionales de la Administración para intervenir en la actividad económica lo suelen hacer en forma muy genérica y sin condicionar claramente su desenvolvimiento para evitar su paralización.

Asimismo, sostuvo que el empleo del reglamento como forma de limitación de los derechos radica en la mayor y mejor capacidad de la Administración para dar respuesta a los problemas de carácter técnico y su versatilidad para adoptar soluciones rápidas a las crecientes y cambiantes exigencias de la vida en sociedad y que ello se advierte con nitidez respecto de las materias económicas, en particular en momentos de crisis.

Complementó la anterior idea, sosteniendo que el crecimiento de las facultades normativas de los órganos ejecutivos ha sido una válvula de escape a la que se recurre en múltiples ocasiones para sortear los obstáculos de orden político derivados del carácter opositor u hostil del poder legislativo. Es decir, meras razones de conveniencia política.

Para Hernández (2006, 193) la interpretación de la reserva legal como límite a los derechos fundamentales acogida por la Sala Constitucional, subyacen dos planteamientos. Por un lado, la concepción según la cual la teoría de las materias de reserva de Ley surge en estado histórico anterior al advenimiento del Estado Democrático, por lo que los fundamentos democráticos del Poder Ejecutivo justificarían atemperar la existencia de tal reserva. El segundo planteamiento es que, ante los cometidos propios del Estado social, se impone el mayor relajamiento del principio de legalidad, a fin de asegurar una mayor movilidad de Administración.

Sin embargo, el citado autor, no comparte tales enunciados pues, a su modo de ver, y así lo ha señalado la mayor parte de la doctrina, el fundamento de la reserva legal es, precisamente, el Estado Democrático, desde que esa teoría se soporta en la reserva de ciertas materias al ámbito del Poder Legislativo, que es el representante del pueblo, sin que el origen democrático del Poder Ejecutivo pueda comportar una relajación de los controles derivados del Estado de Derecho. Por otra parte, aduce que basta con recordar que la teoría de la Sala Constitucional responde a la corriente que contradujo a Heller: no hay, no puede haber contradicción alguna entre el Estado social y el Estado de Derecho. Sin negar los cometidos sociales que la Administración atiende, ella siempre deberá actuar con subordinación plena a la Ley y al Derecho, tal y como lo acota el artículo 141 constitucional. Que la libertad económica deba cohonestarse con los fines del Estado social, no empece a que cualquier restricción que a su ejercicio quiera imponer la Administración, cuente con la habilitación legal suficiente. Ahí reside una de las conquistas más formidables del Derecho Público contemporáneo, a resultas de la Revolución Francesa: La implantación del Reino de la Ley.

En todo caso, esta matización del alcance de la garantía formal de la libertad económica no ha impedido al Tribunal Supremo de Justicia reiterar que toda limitación al ejercicio de la libertad económica debe estar establecido en la Ley, exigencia derivada no sólo del principio de legalidad administrativa sino también de la teoría general de las potestades administrativas.

En ese sentido concluye Hernández (2006), indicando que la matización del principio de legalidad en el ámbito de la actuación de limitación de la Administración económica debe operar sólo en el sentido de reconocer un mayor campo de acción al Reglamento, para desarrollar con subordinación plena a la Ley y al Derecho, las limitaciones establecidas por el legislador al ejercicio de la libertad económica.

## **C CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA**

### **1. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.**

Para Hernández (2004, 218), el principal antecedente del contenido del esencial de los derechos constitucionales en Venezuela lo encontramos en los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la "desnaturalización" del derecho de propiedad, el referido autor, haciendo referencia a la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 19 de agosto de 1977, caso *Rezonificación El Paraíso*, se señaló: "...El poder de restringir la propiedad tiene también un límite, más allá del cual las obligaciones constitucionales antes citadas, pueden afectar en sus elementos esenciales el derecho de propiedad...". Más recientemente en

plena vigencia de la Constitución del 99, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal ratificó que todos los derechos constitucionales tienen un contenido esencial, referido a su “contenido mínimo” (sentencia de fecha 6 de abril de 2001, caso *Manuel Quevedo Fernández*).

En ese sentido, indicó el autor comentado, que el criterio jurisprudencial venezolano ha perfilado una zona gris en la que pueden limitarse o ampliarse los derechos constitucionales pero que siempre existirá un “...núcleo duro...” que no podrá ser suprimido por el legislador.

De esta manera, el aludido autor (2004, 219), comenta que desde la dogmática alemana, se han producido dos tesis que tienden a explicar cuál es el contenido esencial de los derechos fundamentales. Hay así, dos vías, la primera, responde a la **naturaleza jurídica** de los derechos: integran así el contenido esencial “...aquellas facultades o posibilidades de actuación para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así...”. La segunda modalidad, parte de los denominados “intereses jurídicamente protegidos”, de manera tal que el contenido esencial se refiere a “aquella parte del derecho” que es “...absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos...”.

La jurisprudencia venezolana se ha inclinado por la primera teoría, al sostener que el contenido esencial atañe a las facultades que como **mínimo** deben respetarse para que el derecho sea reconocible. (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de mayo de 2003, caso *Cervecería Nacional*).

En opinión de Hernández (2004), es la primera vía la que permite determinar con mayor precisión el contenido esencial de los derechos constitucionales, pues en su criterio, ese contenido esencial se refiere al reducto mínimo que permite categorizar los derechos subjetivos que la Constitución reconoce. Con lo que, en juicio del autor comentado, lo que se debe hacer es precisar cuál es ese reducto mínimo de libertad económica que debe respetarse, aludiendo que los mismos pueden resumirse de la siguiente manera:

Para un sector, el contenido esencial de la libertad económica estaría representado por la efectiva posibilidad de desplegar todos los atributos de ese derecho. Así, citando a Huber, considera que dentro de los seis elementos de la libertad económica se encuentran: libertad de desarrollo; libertad de propiedad; libertad de contratación; libertad de asociación; libertad de industria; libertad de profesión y libertad de competencia.

Para otros autores como De León y Linares Benzo, en nuestro país, delimitan el contenido esencial del derecho de libertad económica en tres dimensiones básicas: (i) libertad de acceso al mercado; (ii) libertad del ejercicio de la empresa y, (iii) libertad de cesación.

Finaliza Hernández (2004, 220), sobre este punto y reseña que el reducto mínimo de dicho derecho según su consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, atañe a la **autonomía privada que deberá informar el ejercicio de la libre iniciativa económica de los particulares**, sin embargo la Administración puede afectar negativamente este derecho, lo que supone una minoración a dicha autonomía, sin embargo en atención al respeto al contenido esencial de éste, no se podrá eliminar

completamente la autonomía que debe informar el ejercicio del mismo, con lo que “...todos los atributos de esta libertad deben ser ejercidos sobre la base de la libre gestión de la empresa privada”.

En atención a lo anterior, se tiene que si la ordenación jurídica de ese derecho traspasa dichos límites, esto es, si la iniciativa privada no se ejerce, se habrá desnaturalizado el derecho a la libertad económica, “...el cual no podría ser definido como la libertad para ejercer cualquier actividad económica, sino como el derecho que permite ejercer actividades económica **según** la voluntad de la Administración plasmada en la ordenación jurídica de la iniciativa privada...”. Como lo ha entendido la Sala Constitucional en sentencia del 1 de octubre de 2003, caso El Morro, en la que sostuvo que “...el contenido esencial de la libertad de empresa se afectará cuando la Administración adopte medidas de ordenación y limitación que impliquen su desnaturalización en tanto derecho fundamental”.

Para Casal (2006), **el contenido esencial del derecho puede ser invocado para rechazar limitaciones legales excesivas**. No obstante la falta de claridad sobre la exacta significación de ese núcleo intangible se ha traducido en el uso esporádico de esta categoría por el Tribunal Constitucional Federal alemán, mientras que el principio de constitucionalidad es la herramienta principal empleada para controlar la justificación material de las restricciones a los derechos fundamentales. Incluso, algunos autores sostienen que en realidad la función de esa garantía es cumplida cabalmente por el principio de proporcionalidad en su manifestación de razonabilidad en la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la cual se opone a la aceptación de toda restricción que somete al derecho a un sacrificio o limitación mayor a la que podría encontrar justificación en la consecución de los derechos o intereses públicos en conflicto.

De esta manera, el autor comentado precisa que han de reconocerse las bondades de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales pudiendo ensayarse una construcción orientada a preservar un núcleo del derecho que, por mas fuertes que sean las razones que militen a favor de una restricción, no deba ser sobrepasado en virtud de las ideas dominantes en una sociedad sobre la posición del individuo y sobre sus relaciones con el Estado. Adicionalmente, es posible aducir dicho núcleo intocable para enfrentar no una particular restricción legislativa del derecho, aisladamente considerada, sino un conjunto de sucesivas intervenciones legislativas que acaben por desfigurar el derecho constitucional. Por ultimo, la garantía del contenido esencial posee un valor tópico o retórico, que puede ser de utilidad al medir judicialmente la constitucionalidad de una injerencia legislativa.

Sostiene igualmente Casal (2006, 139), que la incertidumbre conceptual apuntada y la praxis del Tribunal Constitucional Federal alemán son argumentos adicionales favorables a no reducir la protección material de los derechos constitucionales ante intervenciones legislativas al principio de intangibilidad del núcleo o contenido esencial del derecho, que han de ostentar mas bien una función complementaria. Por otra parte es preciso traer a colación el criterio jurisprudencial, mantenido también en relación con la libertad económica, que pretende limitar la procedencia del amparo a aquellos supuestos en que se constata la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental. En tal sentido la Sala Constitucional en la Sentencia N° 462 del 6 de abril de 2001, caso *Manuel Quevedo Fernández*, ha declarado:

“...A fin de llevar a buen puerto el imprescindible análisis crítico que debe efectuar el juez

constitucional en su tarea de garantizar la función subjetiva de los derechos fundamentales, éste debe interpretar en todo caso si bien de manera casuística pero con fundamento en los límites internos y externos que perfilan toda actividad hermenéutica, el núcleo esencial de los tales derechos, es decir, abstraer su contenido mínimo desde la premisa que un derecho humano es el resultado de un consenso imperativo según el cual una necesidad es tomada por base, para así diferenciarlo de diversas situaciones jurídicas subjetivas donde tales necesidades no se manejan en su esencialidad”.

Puntualiza Casal (2006, 139), indicando sobre este tema que una vez analizado el precepto contenido del derecho humano que se denuncia conculcado, sigue aplicar al caso que se presenta el contenido mínimo según el cual el derecho luce imprescindible para la dignidad, igualdad y libertad humanas. Si la norma constitucional resulta directamente aplicable a la solución del conflicto, esto es, si la situación en la cual surgió la controversia era canalizable según los fines y contenido de un precepto constitucional o de una norma de rango inferior en cuyo contenido éste reflejado o se encuentre implícito un derecho humano; entonces, al acto, actuación u omisión que le desconoció debe imputársele la causalidad de una lesión a la regularidad constitucional y, en consecuencia, ser pasible del procedimiento de tutela en vía de amparo, una vez agotada la vía ordinaria, salvo las excepciones que a este requisito ha venido señalando la Sala. Si tal no fuere es decir, si la determinada situación política podía conducirse a través de normas en cuyos términos no se verifica el contenido esencial de un derecho humano, las consecuencias derivadas de la no aplicación o falsa aplicación de dichas normas devendría revisable por la jurisdicción ordinaria.

“...Tal postura controvierte el sentido expresado en la concepción según el cual el amparo persigue las

violaciones directas de la Constitución y que, cuando la infracción se refiere a las leyes que la desarrollan, se esta ante una trasgresión indirecta que no motiva un amparo... debe quedar claro que la lesión directa debe entenderse en la línea en que fue explicada anteriormente, es decir, respecto a los conceptos de núcleo esencial y supuestos distintos al núcleo esencial del derecho de que se trata”.

Ante este criterio, que afortunadamente no ha terminado de cristalizar en la jurisprudencia constitucional, hay que subrayar lo infundado y riesgoso para las libertades públicas de esta posición de la máxima instancia de la justicia constitucional en Venezuela. En la jurisprudencia anterior y posterior a la vigencia de la Constitución de 1999 ya se había consolidado el principio según el cual el amparo procede ante toda lesión a un derecho constitucionalmente garantizado, sin importar que hubiese sido objeto de desarrollo legislativo. La vieja tesis de la violación directa de la Constitución, que en un comienzo son obstáculo para la plena efectividad del amparo, fue perdiendo su significación original, y hoy lo determinante es que se denuncie y demuestre la violación de un derecho constitucional y no solamente de normas de menor rango. Sería, por lo tanto, un enorme retroceso pretender que la tutela judicial reforzada que ofrece el amparo constitucional se circunscriba al núcleo esencial o contenido mínimo del derecho invocado – siempre de difícil definición por lo demás-, cuando lo cierto es que se extiende a todo el contenido del derecho, ni mas ni menos, como se desprende del artículo 27 de la Constitución y, en el plano de los tratados internacionales sobre derechos humanos, del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## 2 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS RESTRICCIONES Y LA INTANGIBILIDAD DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA

Afirma Casal (2006), que junto a las condiciones formales que han de colmar toda restricción de derechos constitucionales se hallan las de índole material, las cuales van dirigidas a impedir limitaciones injustificadas, por gratuitas o excesivas, de tales derechos. Dentro de éstas las más relevantes son el principio de proporcionalidad, en sus tres manifestaciones particulares de idoneidad, estricta necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, y el mandato del obligado respeto a la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Dado que no resulta posible detenernos en el estudio de su significación general, nos limitaremos a resaltar la importancia de que estos instrumentos jurídicos puestos al servicio de los derechos fundamentales sean adecuadamente manejados en el ámbito del derecho a la libertad económica.

Sobre este punto, sostiene el autor citado que es preciso observar, en atención a ciertos pronunciamientos de la antigua Corte Suprema de Justicia y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, **que el concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales, no previsto en la Constitución venezolana pero que ha sido incorporado a nuestro acervo jurisprudencial por influencia de la doctrina española, no reemplaza en modo alguno al principio de proporcionalidad como *test* sustancial primordial en la revisión de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales.**

En algunas sentencias de nuestro Máximo Tribunal se tiende a considerar que los requisitos que debe cumplir toda restricción a los derechos

fundamentales son los siguientes: **la debida fundamentación legal, como presupuesto formal, y la no afectación de l contenido esencial del derecho, como exigencia material. Esta visión también se ha hecho presente en caso relacionados con la libertad económica.**

Una muestra de esta tendencia se encuentra en la sentencia en la cual la Sala Constitucional entró a examinar la constitucionalidad de un control de precios que había sido establecido en un sector de la economía. La Sala Constitucional declaró que para determinar su licitud había que tomar en cuenta estos requerimientos:

Evidentemente en la implantación de esa regulación, los Poderes Públicos deben respetar las exigencia que derivan del artículo 112 constitucional, por lo que dicha regulación solo podrá acordarse en los términos que expresamente establezca el legislador nacional, porque tal materia es de la reserva legal.

Asegura Casal (2006), que además de esa exigencia formal la Constitución de 1999 impone otros requisitos que deben respetarse. De esa manera, la regulación de precios no puede violar el contenido esencial de la libertad económica, lo que implicaría se desnaturalización en tanto derecho fundamental.

Así, el citado autor comenta la sentencia N 2641 del 1 de octubre de 2003, caso *Inversiones Parkimundo*, en la que la Sala Constitucional abordó este tema indicando que:

“...Se desnaturalizaría la libertad económica, por ejemplo, si la regulación de precios se efectuara por

debajo de los costos de producción... resulta entonces concluyente que, a diferencia de lo que argumento la parte recurrente, la regulación de precios de servicios no representa, en *per se*, una violación a la libertad económica. Tal violación solo se consumara si esa regulación no es establecida en la Ley, o resulta contraria al contenido esencial de la libertad económica, sin perjuicio, por supuesto, de las salvaguardas adicionales que la Administración deberá respetar cuando implante la regulación de precios que acordó el Legislador, para el respeto de los derechos de los particulares que se viesen afectados por esa medida de limitación...”.

Sostiene Casal (2006, 137), que el contenido esencial de la libertad económica sería la única garantía sustantiva de los particulares ante intervenciones legislativas, lo cual no se corresponde con la naturaleza de derecho constitucional que dicha libertad posee. De ésta forma el fallo obvia toda restricción sobre la proporcionalidad de la medida de control de precios concretamente adoptada, lo cual hubiera implicado revisión de la licitud del fin perseguido, así como la verificación de la idoneidad de tal manera para alcanzarlo, de la inexistencia de una intervención alternativa menos gravosa para la libertad económica e igualmente eficaz y de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, de la justificación de la restricción que sufre el derecho en atención a los beneficios colectivos que de ella razonablemente se espera recibir. **La Sala prescinde de todo esto y se limita a afirmar que un control de precio no es en sí mismo ilícito.**

Esta y otras aproximaciones jurisprudenciales al concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales y a las limitaciones sustantivas de la intervención del legislador en tales derechos aconsejan insistir en la necesidad de que, al examinar la constitucionalidad de las restricciones legales a derechos constitucionales, no sea soslayado el principio de

proporcionalidad. Por el contrario, este principio debe ser el instrumento fundamental con el cual se mide la licitud de dichas restricciones, mientras que la garantía del contenido esencial se emplea de manera complementaria, sobre todo en relación con aquellas restricciones que habiendo en principio superado la prueba de proporcionalidad resulten excesivas o que vistas en abstracto propendan a desnaturalizar el derecho afectado o a vaciarlo de contenido.

Conviene no olvidar que junto al contenido esencial de cada derecho fundamental existe un contenido general o adicional del derecho, cuya protección material se produce básicamente a través del principio de proporcionalidad, sin el cual incurriríamos en el error de reducir el alcance sustantivo del derecho a su núcleo o medula, dejando al legislador una libertad virtualmente absoluta para reducir su contenido general.

No sería pertinente esbozar aquí las principales teorías mantenidas en la doctrina germánica en relación con la noción de contenido esencial de los derechos fundamentales, que vio la luz en ese ordenamiento jurídico. Más para corroborar las afirmaciones precedentes es importante señalar que un denominador común a casi todas ellas **es la consideración del contenido esencial como un último reducto del derecho que no puede ser afectado, mucho menos restringido, por los poderes públicos.** Antes de llegar a esa barrera final e infranqueable en la protección constitucional de los derechos **el Estado debe satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, además de la reserva legal y de otros principios constitucionales aplicables se pretende imponer restricciones a su libre ejercicio.**

## **II LÍMITES DE LA LIBERTAD ECONÓMICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

Afirma el autor español Brage Camazano (2004, 72), que debe partirse de un concepto amplio de limitación y de un concepto estrecho de conformación (o configuración o concretización en sentido estricto), entendiéndose por conformación del derecho fundamental la relimitación, esto es, la determinación de los linderos conceptuales del derecho (que, estos sí, han de interpretarse ampliamente, como luego se verá, lo que es cosa distinta) o cualquier otra actuación dirigida a proteger, promover, posibilitar o facilitar el ejercicio de un derecho fundamental y que no tenga un contenido gravoso o restrictivo sobre el derecho para los titulares de que se trate, pues tan pronto como haya una restricción o recortamiento del ámbito protegido del derecho estaremos ante una limitación y no ante una relimitación del derecho.

Continúa indicando el aludido autor (2004, 36), que las limitaciones a los derechos fundamentales encuentran su justificación en las necesidades de convivencia social, indicando puntualmente al respecto que: "(...) los derechos fundamentales no son, ni pueden no han podido nunca ser, derechos ilimitados, sino que todos en su conjunto y cualquiera de ellos considerado en particular están irremediabilmente sujetos a limitaciones y ello es así en cuanto que el titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad, debiendo por consiguiente cohonestarse el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada en el Estado".

Conserva a este respecto un cierto valor académico que explica la necesidad de esas limitaciones a los propios derechos fundamentales “(...) pero no sólo por la necesidad de respetar los iguales derechos de los demás, sino también por la exigencia ineludible de garantizar un orden social, una convivencia pacífica y un bienestar público”.

De esa manera continua explicando que esa necesidad de convivencia social “(...) impone, naturalmente, restricciones a las propias libertades en aras no sólo del ejercicio por los demás de los mismos derechos, sino también para garantizar el necesario orden social y las satisfacción de las necesidades colectivas de primer orden”.

Asevera el autor antes comentado, que en uno de sus sentidos, entendemos por límites a los derechos fundamentales aquellas normas de rango constitucional que, por medio de cláusulas de rango constitucional (ya sean expresas o tácitas), restringen o autorizan, bajo determinados presupuestos, a restringir derechos fundamentales, esto es, recortar el ámbito inicialmente “prima facie” protegido por el derecho fundamental. Pero junto a esta significación normativa del concepto de límites a los derechos fundamentales, existe otra acepción mas amplia, no restringida a lo normativo ni siquiera a lo constitucionalmente legítimo: diríamos que, aunque cabe entender que los límites a un derecho fundamental son los supuestos normativos en que una intervención o afectación de un derecho fundamental está constitucionalmente justificada, tal concepto ni es el más útil ni practicable u operativo en la práctica, ni responde al uso habitual en la doctrina o el lenguaje común.

Igualmente, encontramos que en la doctrina alemana, se habla también de límites "inmanentes" para designar a aquellos límites que, sin

existir cláusula limitativa explícita, se derivan de la necesidad de cohonestar el ejercicio de los derechos fundamentales con otros derechos igualmente fundamentales u otros bienes constitucionales, preservando también a estos últimos.

Es cierto que puede sostenerse que tales límites, que son lo que derivan para un derecho fundamental de la necesidad de preservar otros derechos fundamentales o bienes constitucionales aun sin estar explícitamente previstos en el texto constitucional, son límites "inmanentes" al sistema constitucional, derivados de una interpretación sistemática del texto constitucional.

Los únicos límites hoy válidos para restringir los derechos fundamentales son los que tengan su fuente en la Constitución y resulten bien de sus disposiciones expresas, bien de una interpretación conjunta de sus preceptos. En el primer caso, nos encontraremos ante límites explícitos, pues se hallan expresamente previstos en el texto constitucional. Y en el segundo se tratará de límites implícitos, pues el Constituyente no los ha explicitado, sino que se han de deducir de una interpretación sistemática y de conjunto de la Constitución.

Puntualiza el autor Brage Camazano (2004), que los límites a los derechos fundamentales aluden a aquellas específicas intervenciones en un derecho fundamental que están constitucionalmente autorizadas, previstas o legitimadas. Entonces, un límite a un derecho fundamental es toda exclusión jurídica (normativa, jurisdiccional, jurisprudencial o administrativa) de una determinada conducta, situación o posición jurídica, incluida a priori en el "tipo" (también llamado ámbito normativo o de protección o supuesto de hecho) de un derecho fundamental, del ámbito definitivamente protegido de tal derecho.

En similar sentido se han pronunciado los autores venezolanos, entre ellos Casal (2006), quien sobre las limitaciones a los derechos fundamentales ha indicado que los derechos son por definición limitados y normalmente, limitables. Su inserción en un orden jurídico implica su sometimiento a las exigencias de la convivencia de los derechos entre si y a las necesidades de la totalidad en que se mueven. No obstante, el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han articulado técnicas orientadas a evitar los posibles abusos del poder público en la fijación de límites o restricciones a los derechos fundamentales.

De esta manera, se tiene que no es pacífico en la doctrina el tratamiento que reciben los conceptos de restricción o limitación de derechos fundamentales. Frecuentemente, son utilizados como sinónimos, para referirse a las normas que de alguna forma comprimen o reducen las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental.

Para Casal (2006, 123), La noción de límite o limitación, ampliamente atendida, comprende las diversas formas de poner fronteras o condicionamientos a un derecho. Sin embargo, para la adecuada captación de los diversos modos de incidir en el contenido de un derecho constitucionalmente garantizado conviene distinguir entre los siguientes conceptos: la *delimitación* o *definición* del contenido del derecho; la *limitación* del derecho en sentido estricto; la *restricción* del derecho, y su *configuración* por el legislador.

La *delimitación* o *definición*, -continúa indicando el aludido autor- del derecho es una labor que lleva a cabo la propia Constitución, al reconocer el derecho de que se trate. La consagración del derecho fundamental lleva

consigo el establecimiento de sus contornos generales y permite la determinación del bien jurídico o libertad protegida por el mismo (la vida, la libertad personal, la libertad de circulación, etc.). Con base en esta delimitación es posible considerar que ciertas medidas del poder público son ajenas o externas al ámbito tutelado por el derecho, razón por la cual no quedan sometidas a las condiciones que rigen constitucionalmente para aceptar la validez de las injerencias en tal derecho. En estos casos no cabe hablar en rigor de la fijación de límites, porque simplemente se trata de definir o consagrar el derecho, si bien la precisión de su contenido implica naturalmente trazar sus confines, contornos o linderos, es decir, su silueta.

La *limitación* del derecho en sentido estricto se produce cuando la misma Constitución, después de haber reconocido una determinado libertad, le impone, expresa o implícitamente, condicionamientos, derivados bien de la reducción del alcance de la facultad o libertad inicialmente protegida, bien de las necesidad de coordinar o concordar el derecho con otros derechos o bienes constitucionalmente tutelados. Lo primero sucede, por ejemplo, cuando después de proclamar la libertad de expresión, la Constitución prohíbe la propaganda de guerra y los mensajes discriminatorios, entre otros, o cuando al referirse a la libertad de religión y de culto señala que la manifestación del culto no debe oponerse a la moral o al orden público, de tal modo que el propio Texto Constitucional señala límites al ejercicio de la libertad garantizada. Lo segundo ocurre en virtud de la coexistencia en la Constitución de una amplia gama de derechos y de otros bienes jurídicos merecedores de protección, que deben ser coordinados entre sí, al integrar un solo sistema constitucional. El principio de unidad de la Constitución exige considerar la repercusión de cada derecho fundamental sobre otros derechos o bienes constitucionales con los que potencialmente se encuentre en conflicto. Así, la libertad de expresión resulta necesariamente comprimida, al

menos potencialmente, por el reconocimiento del derecho al honor o a la intimidad y viceversa. En ambos supuestos corresponde al legislador la concreción de estos límites derivados de la Constitución, teniendo su intervención, en virtud precisamente del origen constitucional de estos límites, un carácter básicamente declarativo, aunque la determinación de los precisos perfiles de las medidas o medios limitativos del derecho es responsabilidad del legislador. Las leyes dictadas con tal propósito están indudablemente sometidas, como ha afirmando Hesse al control de su constitucionalidad, así como el cumplimiento de los requisitos generales de licitud de toda limitación o restricción de una derecho fundamental.

La *restricción*, por su parte, puede ser concebida como la imposición, por la ley aunque siempre con base en la Constitución, de condicionamientos al goce o ejercicio del derecho. La singularidad de esta modalidad de incidencia legal en un derecho fundamental radica en que el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio lícito del derecho proviene de la ley, con carácter constitutivo o cuasi constitutivo (no simplemente declarativo) y, justamente por eso, en su carácter no definitivo o relativo, derivado de la facultad (controlable) del legislador de suprimir o modificar la restricción. La restricción no reduce el alcance constitucional del derecho, pero permanece incólume, pero si prohíbe o condiciona algunas acciones o facultades en principio amparada por la libertad reconocida, o implica o autoriza una injerencia en el bien jurídico garantizado. Dado que los derechos fundamentales poseen rango constitucional, sus limitaciones o restricciones han de establecerse siempre por la Constitución o con base en la Constitución. En lo que atañe a las restricciones, el basamento constitucional se encuentra en las distintas remisiones al legislador que, en forma de reserva legal genérica o específica prevén las disposiciones constitucionales. Ello explica que Alexy califique a estas restricciones como indirecta o

mediatamente constitucionales, que distingue de las directa o inmediatamente constitucionales, antes denominadas limitaciones.

De ahí que las reservas legales generales – allí donde existen-, relativas al conjunto de los derechos fundamentales, o las específicas, introducidas en preceptos constitucionales consagradorios de derechos, tengan una doble dimensión. La primera dimensión, la clásica, tiene una significación negativa, pues comporta la prohibición de que normas o actos del poder público distintos a la ley formal pretendan limitar, o afectar autónomamente el contenido del derecho. La segunda dimensión es positiva, y supone bien un mandato, bien una habilitación dirigida al legislador para el desarrollo o la restricción del derecho. Por eso, estas reservas legales son consideradas normas de competencia, que pueden permitir al legislador, sólo a él, imponer ciertas restricciones a tales derechos.

Tales reservas de ley operan, por tanto, como “cláusulas restrictivas”, en la medida en que, aun sin llegar a limitar por si mismas el derecho, facultan al legislador a hacerlo. Así, expresiones como “con base en la ley”, o “de acuerdo con la ley”, entre otras, que formen parte de la consagración constitucional del derecho, se traducen generalmente en reservas de restricción del mismo, o sea, en el reconocimiento de un derecho bajo reserva de restricción.

Las restricciones impuestas por la ley a derechos fundamentales con base a reservas específicas, o en normas generales, expresas o implícitas, que permitan al legislador su fijación, poseen naturaleza constitutiva o cuasi-constitutiva, en la medida en que establezcan una reducción de posibilidades de goce y ejercicio del derecho no ordenada por la Constitución, lo cual es aceptable siempre que sea compatible con ésta. El legislador, en uso de su

libertad de configuración normativa o libertad política, está facultado para adoptar las medidas que estime necesarias para alcanzar el bien colectivo, lo cual puede conducir a la previsión de medidas restrictivas de algún derecho constitucional. El uso de esa libertad política conoce límites, la restricción del derecho no será válida si prescinde de los requisitos que luego estudiaremos, pero el legislador a menudo dispone de un margen de libertad para decidir si somete o no un derecho a una determinada restricción constitucionalmente lícita mas no constitucionalmente necesaria. Así, en desarrollo de su política criminal el legislador puede tipificar delitos sin que la Constitución o los tratados internacionales lo exijan, así como despenalizar posteriormente las conductas respectivas; o, en desarrollo de su política económica o social, dejar en manos del libre mercado o del desenvolvimiento social asuntos hasta entonces sometidos a una regulación restrictiva, o a la inversa, dentro de ciertos límites por supuesto.

Múltiples debates doctrinales han generado los derechos no sometidos expresamente por la Constitución a reserva de restricción por el legislador, en lo que atañe a la posibilidad de sus limitaciones. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha admitido que estos derechos pueden ser limitados cuando sea necesario para la protección de derechos fundamentales de terceros o de otros bienes jurídicos de rango constitucional que entren en colisión, correspondiendo al legislador la precisión o concreción de estos límites. Como ya expusimos, estos supuestos en principio consistentes en limitaciones de derechos fundamentales formalizadas o concretadas por el legislador pero derivadas de la propia Constitución, al ser ésta como totalidad (y unidad) el conjunto o sistema dentro del cual se insertan los derechos o bienes jurídicos en colisión, entre los cuales debe establecerse una coordinación o concordancia práctica, o sea, una determinación en la medida en que uno de ellos ha de preceder al otro dadas las circunstancias del caso.

En algunos ordenamientos los problemas que suscitan los derechos reconocidos sin reserva de restricción se superan por la existencia de disposiciones generales que facultan al legislador para regularlos o imponer las restricciones, dentro de determinados límites o condiciones.

Una categoría distinta a las antes examinadas es la de la *configuración* del derecho fundamental. La configuración es una actividad legislativa dirigida no a reducir las posibilidades de disfrute de un derecho, sino a completar su contenido. Esta intervención legislativa adquiere especial relevancia en relación con los derechos que requieren de una configuración jurídica para obtener plena realización, en virtud de la naturaleza del ámbito de libertad que protege, lo cual normalmente se pone de manifiesto por la amplitud de la reserva de ley prevista en el precepto constitucional correspondiente. El derecho de propiedad y el derecho al matrimonio son supuestos paradigmáticos de esta clase de derechos cuyo contenido solo en esencia puede derivarse de la Constitución, pues corresponde a la ley determinar, por ejemplo, el régimen general de los bienes y derechos reales, así como del matrimonio. Algo similar ocurre, aunque solo en parte, en el ámbito del derecho de asociación, en lo que atañe a la regulación de las diversas modalidades de entes asociativos que pueden ser constituidos.

No siempre es clara la frontera entre la restricción y la configuración legal de un derecho, por lo que, en caso de duda, la ley respectiva quedaría sometida a las condiciones exigidas para restricción de un derecho fundamental. También puede suceder que la ley, bajo el pretexto de configurar el derecho, lo prive del núcleo cultural e histórico de la institución tutelada, lo cual en algunos sistemas es rechazado acudiendo a la teoría de las garantías institucionales, siendo invocable la garantía de contenido esencial del derecho o el derecho mismo.

Por otra parte, al margen de los conceptos examinados, la ley también puede ser un instrumento para el desarrollo o la protección de los derechos fundamentales.

Realizadas las anteriores consideraciones sobre los derechos fundamentales y sus limitaciones, pasemos entonces a determinar cuáles son los límites que encuentra la libertad económica como derecho constitucionalmente consagrado.

#### **A. LIMITACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA POR RAZONES DE INTERÉS SOCIAL**

Comenta De León (1998), que la función social de un derecho individual se utiliza con una peligrosa ambivalencia que hace dudar de su validez, algunos criterios de materialización de la función social de la libertad económica son necesarios para dar concreción técnico-jurídica a dicha función y alejarla del capricho de interpretaciones arbitrarias.

En opinión del autor comentado, la materialización de tales criterios sólo puede ser conseguida de forma indirecta, a través del estudio de la constitucionalización de la importancia social de determinados intereses, cuya promoción y tutela es directamente encomendada a los poderes públicos. La Constitución reconoce esta subordinación al reconocer la libertad económica por razones de interés social, y al permitir la iniciativa privada pero sin limitar las facultades del Estado para planificar, racionalizar y

fomentar la producción y regular la circulación distribución y consumo de riquezas.

De esta manera, afirma el citado autor, que el Estado no puede interpretar la función social del ejercicio de la libertad económica de acuerdo con sus propios esquemas sociopolíticos, sino de acuerdo con las exigencias sociales que vienen configuradas constitucionalmente a través del reconocimiento, promoción y tutela de los intereses sociales anteriormente mencionados.

Ciertamente –comenta De León (1998)-, la consideración de la función social de la libertad económica como un concepto externo, se ajusta a la hermenéutica necesaria al interpretar la constitución económica. Así, la simple enumeración de áreas donde el constituyente ha encomendado acción de los poderes por razones de interés público (la función social hecha concepto jurídico indeterminado), no aclara por sí sola la esencia misma del concepto, al ser trasladado al terreno de los hechos económicos. Tal postura impide escudriñar en la esencia misma del concepto “función social”. No basta con sostener que tal o cual actividad es de interés público. Hay que preguntarse también por qué lo es.

En cualquier caso, no hay duda de que la función social del derecho a la propiedad y del derecho a la libertad económica, imprime una impronta en su entendimiento que ha de ser considerada por el intérprete al evaluar su alcance y limitaciones. No es posible según el autor citado, interpretar aisladamente el derecho a la propiedad o el de libertad económica, divorciándolos del contexto en que se encuentran insertos, esto es, del interés colectivo (interés público o interés social), que actúa como límite externo a su ejercicio. La inserción en el texto constitucional de esta limitante

al ejercicio de la libertad económica permite la intervención de los poderes públicos en un doble sentido:

En primer lugar, éstos son requeridos a intervenir en garantía y defensa del ejercicio de la libertad económica frente a todos los sujetos económicos, privados y públicos, que pretendan perturbarlo. En este sentido encontramos que el Poder Público está llamado a proteger la libertad económica de los eventuales abusos intentados por otros en el ejercicio indebido de su propia libertad. Es pues, de interés colectivo que la libertad económica y en general cualquier derecho individual, pueda ser ejercido libre de obstáculos introducidos por otros sujetos de derecho que abusan de su propia libertad.

En segundo lugar, el ejercicio de dicha libertad debe realizarse de acuerdo con el interés social, el cual permite limitarlo donde su ejercicio pueda afectar adversamente los intereses de la sociedad, globalmente considerada.

Así, concluye De León (1998), afirmando que tampoco puede considerarse que la amplitud del concepto de interés social habilita a los Poderes Públicos calificar cualquier situación concreta como tal: Es preciso comprobar que en efecto existe tal interés y que existiendo, no se lesione el contenido esencial del derecho afectado, pues en tal caso, no se trataría de una limitación sino eliminación.

En similar sentido se pronuncia el autor Hernández (2004), quien afirma que la Constitución de 1999 consagra el derecho a la libertad económica, dejando a salvo las limitaciones que a su ejercicio se impongan “**por razones de interés social**” (artículo 112): junto al mandato de los Poderes públicos de promover el ejercicio de la libertad económica, hay

normas constitucionales que habilitan a los Poderes públicos para restringir su libre ejercicio. Se trata, indudablemente, de principios que han sido elaborados sobre las base de **generales** cuya recepción ha de entenderse como contrapartida al reconocimiento de la libertad económica como derecho subjetivo de rango constitucional. Cláusulas generales que entroncan, en definitiva, con la fórmula del Estado social: las exigencias de la economía general o las causas de interés social, a las que aluden las Constituciones de España y Venezuela, proceden de los cometidos que asumen los Poderes públicos como derivación inmediata de la cláusula del Estado social.

Por tanto, la intervención de los Poderes públicos en el orden económico es posible (únicamente) a fin de satisfacer determinadas causas de interés general. Ello no afecta, aclaramos, el principio de iniciativa sobre el que pivotan las Constituciones de España y Venezuela; no se sustentan, en consecuencia, en el **principio de subsidiariedad**. Tampoco menoscaba la igualdad con la que debe actuar la empresa pública en relación con la empresa privada. Con lo expuesto queremos señalar, únicamente, que la intervención económica pública debe siempre perseguir, según la Constitución económica, un fin de interés general. Así lo entendido en reiteradas oportunidades la jurisprudencia española. Trátese, ciertamente, de una **exigencia común**, pues toda la actuación de los Poderes públicos ha de estar **motivada** por fines de interés general, pues su operatividad en el orden económico, sin embargo, produce consecuencias específicas.

Distintas son las **causas de interés general** que legitiman la intervención de los Poderes públicos en la economía. Conviene destacar, en este punto, las causas derivadas directamente de la cláusula del Estado social. Así, las Constituciones de España y Venezuela se refieren a las “exigencias de la economía general”, al “progreso social y económico”, a la

necesidad de “equiparar el nivel de vida de todos los españoles”, a “necesidades colectivas” o a la obligación de “estimular el crecimiento de la renta”, según la fórmula de los artículos 38, 40.1, 130.1 y 131.1 de la Constitución española, entre otros. Los Poderes públicos deben intervenir de esta manera, para impulsar “el desarrollo integral del país”, fomentar el “desarrollo armónico de la economía”, o a procurar “una justa distribución de la riqueza”, en los términos de los artículos 112, 229 y 300 de la Constitución venezolana. El Estado debe intervenir, también, a fin de garantizar la efectiva **satisfacción** de los **derechos constitucionales prestaciones** que se contemplan en ambas Constituciones, con gran prolijidad en la Constitución de Venezuela.

La limitación de la libertad de empresas o libertad económica se admite, por tanto, para la adecuada tutela de bienes de relevante interés general, que engarzan con la cláusula del Estado social. Especial atención merece, en este sentido, la protección de los **consumidores y usuarios** como título habilitante básico que justifica la ordenación y limitación de la libre iniciativa privada. El ejercicio de esa libre iniciativa se orienta, básicamente a satisfacer necesidades de otras personas: los consumidores y usuarios. Cuando tales necesidades atañen al núcleo mismo del Estado social, es decir, cuando se trata de necesidades fundamentales para la convivencia social, la Administración se encuentra habilitada –conforme a las específicas prescripciones legales aplicables a **asegurar** que estas sean satisfechas adecuadamente, tal y como ocurre en los mercados liberalizados en común en España y Venezuela, con la figura del **servicio universal** que será expuesta en el capítulo cuarto. Incluso, los consumidores y usuarios pueden tener el derecho, constitucionalmente reconocido, a obtener la adecuada satisfacción de esas necesidades: ocurre así con los derechos prestacionales.

Deriva de todo ello que la libertad de empresa puede ser **limitada** por los Poderes públicos, como consecuencia de las **obligaciones positivas** derivadas de la cláusula del Estado social.

Concluimos entonces que la limitación de la libertad de empresa a través de su ordenación jurídico-administrativa (incluso, con ocasión de la liberación del sistema económico) en consecuencia inmediata de las normas constitucionales que, sobre la base de cláusulas generales habilitan a los Poderes públicos para intervenir en la economía. Habilitaciones que, por lo demás, **no se sancionan sobre la base del principio de subsidiariedad**, ni partiendo de su carácter excepcional.

Para Cassagne (2006, 98), el principio de la subsidiariedad sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir (con su actividad legislativa y reglamentaria) para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes o abusivas que lo distorsionan, la regulación carece de sentido, así como también cuando es posible la llamada autorregulación o los acuerdos entre los sectores involucrados. Los mecanismos espontáneos o de consenso resultan siempre preferibles a cualquier regulación proveniente de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios políticos o ideológicos.

## **1. INFLUENCIA DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL EN LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS**

Nos comenta Casal (2006,134), que el Estado social de Derecho es una fórmula unitaria que, si bien no ha estado exenta de dificultades interpretativas al procurar construir su unidad de sentido, no pretende suscitar pugna entre las diversas funciones que el Estado ha de desempeñar en el campo económico y social, por un lado, y la sujeción de los organismos públicos al Derecho, por otro lado. Sobre este particular afirma Casal citando la opinión de Honrad Hesse, quien al desentrañar la naturaleza de ese tipo de Estado en la Constitución alemana y después de referirse a las principales tareas que ha de asumir en razón de su carácter social, expresa que “El cumplimiento de esas tareas se encuentra de manera plena bajo el mandato del Estado de Derecho”.

Como se acaba de apuntar, la homogeneidad conceptual del Estado social de Derecho no ha sido sin embargo automática y sencilla, lo cual se explica por el muy diverso origen histórico e ideológico de sus componentes. En particular, la ambigüedad del término social generó algunas reservas frente a su adopción como elemento definitorio del Estado. Así, en el proceso constituyente español Carlos Ollero propuso suprimir el vocablo social de la fórmula Estado social y democrático de Derecho, por su carácter equívoco y su posible vinculación con el pasado franquista y con el fascismo y antes Forsthoff había planteado en Alemania que el Estado de Derecho y el Estado social no eran compatibles ni equiparables en el plano constitucional, debiendo resolverse esta contradicción latente mediante el sometimiento del segundo a los moldes del primero, sin perjuicio de la apertura a las demandas del Estado social, dimanantes de la realidad.

Los valores de igualdad, de solidaridad y de la cohesión social exigen que el Estado no se desentienda en ningún momento de la situación en que efectivamente viven los ciudadanos, los diferentes grupos sociales o las diferentes partes del territorio. Ninguna economía, ninguna sociedad puede romper el círculo de la pobreza o continuar un proceso sostenido de crecimiento económico y social sino dispone de servicios de agua, sanidad y educación y de las infraestructura de transportes, comunicaciones y energía que permiten desarrollarse a los mercados.

De esta manera, para Casal (2006), los gobiernos tampoco pueden desentenderse de los factores sociales fundamentales ni de las instituciones que proporcionan estabilidad a la sociedad y que permiten vertebrarla, haciendo que el resto de las instituciones económicas y políticas tengan vitalidad y aporten innovación y nuevos horizontes. En los últimos tiempos hemos confirmado que es absolutamente imprescindible que los gobiernos protejan a la familia, a los menores, a los grupos sociales o étnicos minoritarios, a los que se ven aquejados por la drogadicción, el sida, etc. La ilegalidad tiene a menudo su origen en la marginación y esta marginación puede llegar a convencerse de que la vulneración de la Ley es la única forma de hacerse escuchar. Las políticas públicas deben tener siempre en su horizonte asegurar que el crecimiento económico sea compartido por todos y contribuir a la reducción de la pobreza y la desigualdad.

A la par del anterior análisis, encontramos a Hernández (2004), para quien la incorporación de esa cláusula en la Constitución de Venezuela de

1999, como ha entendido la doctrina, es consecuencia directa de la influencia ejercida por el ordenamiento español.

Sobre la cláusula del Estado social, el aludido autor reconoce que ésta, como toda norma jurídica de rango constitucional, tiene carácter vinculante y se erige en fundamento de todo el ordenamiento jurídico, como ha entendido, con carácter general, a consecuencia de este carácter vinculante, esta cláusula genera, respecto a los Poderes públicos, *obligaciones positivas* (STC de 16 de marzo de 1981), Así lo ha aceptado también la jurisprudencia que en Venezuela ha interpretado la cláusula del Estado social incorporada al artículo 2 de la Constitución de 1999: ésta no sólo tiene carácter **vinculante** (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de agosto de 2001), caso *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal*) sino que, además, tal cláusula "... asigna al Estado una amplitud de funciones y de responsabilidades sociales textualmente reconocidas en la Constitución, como un auténtico e ineludible **compromiso**..."

De igual manera se ha pronunciado la Sala Político Administrativa en sentencia del 5 de octubre de 2000, caso *José del Carmen Rojas y otros*. Incluso, y al igual que la jurisprudencia española precitada, se ha sostenido que "... la operatividad de la cláusula del Estado Social y democrático (...) deriva la necesidad de una actitud positiva de los poderes públicos...". (Sala Político Administrativa en sentencia del de mayo de 2000, caso *Tulio Alberto Álvarez y otros*)

Por otra parte, continua señalando Hernández (2004), que el segundo aspecto que se debe resaltar son las consecuencias jurídicas que esta cláusula tiene sobre la ordenación de la libertad de empresa. De esa manera el autor comentado, citando a Martín-Retortillo Baquer, indica que "con todas

sus consecuencias jurídicas el impacto que el Estado social de Derecho supone para todo el ordenamiento jurídico” y en especial, en la ordenación del sistema económico, tanto en sus instituciones de Derecho Público como en sus instituciones de Derecho Privado. Esta es, a no dudarlo, la **conclusión central** a la que debemos llegar: la proyección del Estado social en la Constitución de España deriva en diversos emplazamientos positivos a favor de los Poderes públicos. En efecto, el artículo 9.2 de la Constitución de Italia dispone que corresponde a los Poderes públicos **promover las condiciones** para que la libertad y la igualdad del individuo sean **reales y efectivas** y **remover los obstáculos** que impidan o dificulten su **plenitud**. Con similar criterio, el artículo 299 de la Constitución de Venezuela establece que el Estado –junto con la iniciativa privada- deberá **promover el desarrollo armónico de la economía**. Como luego desarrollaremos, de estas normas deriva un auténtico **emplazamiento** a la Administración para intervenir en la economía a fin de procurar la satisfacción de necesidades sociales que, normalmente, no encontrarían satisfacción –al menos, plena- a través del mercado y de la libre iniciativa privada. Exigencia de ineludiblemente cumplimiento, incluso, con ocasión de la ordenación jurídico-administrativa de la liberación del sistema económico.

De esta manera, Hernández (2006), afirma que bajo la Constitución de 1961 se sostuvo que algunas de sus disposiciones –en especial, de índole económica- carecían de valor normativo, manifestándose como meras indicaciones programáticas para los Poderes Públicos. El artículo 7 de la Constitución de 1999 abandonó esa tendencia al señalar que la *Constitución es la norma y el fundamento del ordenamiento jurídico*. Inequívoco carácter normativo de la Constitución. Una conclusión que, como cabe esperar, es referible también a las cláusulas económicas.

Lo propio cabe afirmar respecto de la cláusula del Estado social. No ha sido esa, sin embargo, la tendencia generalmente seguida, pues ha llegado a cuestionarse la eficacia de dicha cláusula. La discusión, como es conocido, se plantea en Alemania, en cuanto a los concretos efectos derivados de dicha cláusula, referentes a la configuración del orden social, por el contrario, tal cláusula era un concepto “blanco carente de sustancia”. Esta discusión, en la actualidad, no parece mantenerse. **Se afirma sin resquemor que la cláusula del Estado social es ante todo y sobre todo norma jurídica vinculante.**

Sólo esa conclusión puede ser mantenida en Venezuela, ante la enfática disposición del artículo 7 de la Constitución, **que Venezuela sea un Estado social no es, por lo tanto, una mera declaración carente de valor y contenido. Esa afirmación, por el contrario, tiene, debe tener, efectos jurídicos vinculantes. Así lo ha venido a señalar la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia de 24 de enero de 2002, caso *Asodeviprilara*.**

No sólo se afirma el carácter normativo de la cláusula del Estado social sino que además se precisa que su alcance dependerá del resto de preceptos que desarrollan a tal cláusula y que conforman las normas económicas de la Constitución de 1999. Hay aquí un dato relevante que debe ser resaltado: a diferencia de lo cedido bajo la Ley Fundamental de Bonn –según la conocida conclusión de Forsthoff- la Constitución de 1999 tiene un importante contenido económico. De allí, reiteramos que esa Constitución no es neutral, en el sentido que no es indiferente respecto del orden socioeconómico. Todo lo contrario, desarrolla con detalle los trazos generales en los que se sustenta tal ordenación.

Carácter vinculante de la cláusula del Estado social. Sin embargo, esta afirmación debe ser necesariamente precisada. Desde el artículo 7 de la Constitución no puede negarse el carácter normativo y vinculante de la cláusula del Estado social. Asunto del *todo distinto* al anterior es precisar cuáles son los efectos *concretos* que se derivan de esa norma. Pues, huelga señalarlo, el artículo 2 no se basta en sí mismo para poder desentrañar cuáles son esos efectos jurídicos y de allí la necesidad de interpretar ese artículo en el contexto de la Constitución económica. Más que determinar si dicha norma es o no vinculante –no hay aquí margen alguno para la discusión- lo relevante parecer ser precisar frente a qué sujetos resulta vinculante la precitada norma. Sobre ella tratamos en los puntos siguientes.

Una afirmación bastante común es aquella que postula que la cláusula del Estado social impone obligaciones *positivas* a los Poderes Públicos. La referida cláusula otorga, pues, *mandatos* que *emplazan* a los Poderes Públicos a intervenir en el orden social a fin de promover la existencia de condiciones *efectivas* de igualdad, como alude la exposición de motivos del Texto de 1999 y desarrolla el artículo 21.2 constitucional.

Ese principio, en cierta medida, está recogido en los artículos 21.2 y 299 de la Constitución. El primero de ellos, en especial, señala que la Ley asegurará condiciones que propendan a que la igualdad sea real y efectiva, lo que podrá desembocar incluso en la adopción de medidas *“positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables”*. Bajo esta aseveración, la cláusula del Estado social resulta vinculante para los Poderes Públicos, quienes en virtud de tal disposición han de entenderse emplazados para actuar en el orden social. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha insistido sobre este particular, al sostener, en

sentencia de 26 de mayo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*, lo siguiente:

“Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser”.

**El Estado social es norma jurídica vinculante para los Poderes Públicos, aun cuando sus efectos no sean los mismos respecto de cada uno de ellos. Básicamente se impone una diferencia entre los efectos sobre el Poder Legislativo y los efectos sobre la Administración.**

La referida cláusula **impone una obligación positiva que emplaza al Poder Legislativo a desarrollar los preceptos constitucionales de contenido social. Esa obligación atañe no solo al propio desarrollo normativo de esos preceptos, sino también a su contenido.** Una labor ciertamente ardua, dado que las cláusulas económicas, por lo general, precisan siempre de una debida concreción. Aquí reside, para nosotros, el punto esencial de la afirmación que se hace. La cláusula del Estado social debe ser concretada por el Legislador, obligación que necesariamente ha de estar asegurada con el derecho a la tutela judicial. En otros términos, ha de afirmarse la *justiciabilidad* del desarrollo legislativo de los preceptos derivados de la cláusula del Estado social, bien en lo que atiende a la pasividad del Poder Legislativo en desarrollar estos preceptos, bien en lo que atañe al desarrollo insatisfactorio de éstos.

La cláusula del Estado social es también concebida como título que habita a la Administración para limitar –entre otros- el ejercicio del derecho

fundamental de libertad económica, reconocido en el artículo 112 del Texto de 1999. La relación entre ambos principios es, sin embargo, mucho más compleja. Uno de los principales inconvenientes derivados del advenimiento del Estado social fue su compatibilidad con los derechos fundamentales nacidos al amparo del Estado liberal: se asumía que el Estado social era intrínsecamente opuesto a esos derechos de libertad. Esa tendencia, como lógico es esperar, se manifestó más agudamente en relación con el derecho de libertad económica: la libre iniciativa empresarial por parte de los particulares se entendía como un valor contrario a la referida cláusula. Como resultado de esta aparente diatriba se formuló una tesis que reduce significativamente el contenido y alcance de esa libertad, proclamándose incluso (Font Galán) una suerte de *funcionalización social* de dicha libertad, en el sentido que ella sólo ampararía el ejercicio de aquellas actividades cónsonas con los objetivos del Estado social.

Esta tendencia tuvo cierto eco en Venezuela, particularmente en la década de los setenta del siglo pasado. Tanto la doctrina como la jurisprudencia apostaban por el carácter maleable y flexible de la libertad económica.

En efecto, la jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha realzado el valor que la libertad económica tiene en el marco de la Constitución de 1999. Además de la importante sentencia de 4 de mayo de 2000, caso *Consortio Ayari*, resalta otro fallo, que ha destacado la obligación de los Poderes Públicos de promover la libre competencia, atributo de la libertad económica. De esa manera, la Sala Constitucional ha defendido, enfáticamente, que dentro del contexto de la Constitución de 1999, los Poderes Públicos deben intervenir a fin de defender la libre competencia, como es el caso de las sentencias de 8 de diciembre de 2000, caso

*Transporte Sicalpar, S.R.L.* y de 13 de diciembre de ese año, caso *Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas*, reiteradas en la sentencia de esa Sala de 4 de diciembre de 2003, caso *Almacenadota Caraballeda*. La defensa de la competencia es predecible, incluso, frente al propio poder de la Administración: ella, con su actuación, está llamada a no perturbar – ilegítimamente- la aptitud de competir de los operadores económicos privados. No obstante, todas estas apreciaciones fueron significativamente matizadas en la sentencia números 85 de 24 de enero de 2002, en la cual la Sala Constitucional asumió una concepción *debilitada* de la libertad económica, en función de las actuaciones que en el orden económico debían desarrollar los Poderes Públicos.

El principal riesgo que comporta este criterio, para nosotros, estriba en la aparente admisión de *limitaciones inmanentes a la libertad económica*, y en especial, a la autonomía privada, base de aquella libertad.

Los siguientes párrafos de la sentencia resumen este planteamiento:

“Ni la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas, por desproporcionadas, para una de las partes del contrato en materias de interés social.

(...)

En las áreas de interés social, la plena autonomía de la voluntad de las partes sólo es tolerada si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte no pretenda –fundada en la autonomía- esquilmar a la otra, como puede ocurrir en el Estado de Derecho Liberal.

(...)

De allí que considera la Sala, que la autonomía de la voluntad irrestricta, no funciona en materias donde la propia ley exige dar informaciones previas a uno de los

contratantes, para que pueda existir entre las partes la conformidad con el bien o servicio adquirido con el contrato, para que pueda existir armonía entre ellos, debido a su disímil posición”.

Conforme a estos postulados, no existe plena autonomía de la voluntad de los particulares, en el sentido que esa autonomía *siempre* estará subordinada al interés social, no pudiendo nunca ejercerse en detrimento de éste. Ello, con independencia de lo dispuesto en las Leyes. Es decir, incluso en ausencia de limitación expresa establecida por Ley, el Estado puede arbitrar restricciones a la autonomía privada al considerar que tal autonomía contradice el interés social, lo que merma notablemente el alcance del principio de legalidad, especialmente, frente a la Administración. Según esta visión, los Poderes Públicos podrían afectar el ejercicio de la libertad de empresa aun en ausencia de norma legal habilitante, en especial, si dicha libertad se desenvuelve en áreas de interés social.

En todo caso, el criterio sentado en la sentencia comentada de la Sala Constitucional, que parece apuntar a una suerte de *funcionalización social* de la libertad económica, no es un criterio claro y reiterado. No lo es en la propia decisión –que en definitiva, acepta la existencia de un contenido esencial asociado al lucro- ni tampoco en otras decisiones posteriores que han insistido sobre el reconocimiento de la libertad económica como derecho fundamental dotado de un contenido intangible para los Poderes Públicos. Así, en sentencia de 15 de mayo de 2003, caso *Cervecería Nacional*, la Sala Constitucional reconoció que la libertad de empresa es un derecho fundamental tutelable en amparo frente a las medidas de ordenación arbitradas por la Administración contrariando el principio general de la proporcionalidad, lo que en definitiva es índice revelador de la tutela jurídica reforzada a la que está sometida ese derecho. Posteriormente, en sentencia

de 1 de octubre de 2003, caso *Inversiones Parkimundo* la Sala Constitucional acotó que la ordenación jurídica de la libertad económica, en beneficio de los objetivos del Estado social, debían ajustarse a un marco de garantías jurídicas, en especial, lo relacionado al respecto al principio de legalidad y al contenido esencial de dicho derecho.

Se reconoce que la libertad económica es un derecho fundamental respecto al cual los Poderes Públicos pueden implementar técnicas de ordenación y limitación, apegados a ciertas garantías básicas y entre ellas, el contenido esencial. Sin embargo, la cláusula del Estado social ha permitido reducir el alcance de ese contenido especialmente en áreas de interés social, relacionadas incluso con la satisfacción de derechos prestacionales. Pero aun dentro de esas áreas no ha habido un criterio pacíficamente aceptado. Buen ejemplo de lo que se expone es la ordenación bancaria. La sentencia de la Sala Constitucional de 24 de enero de 2002 se pronunció, precisamente, sobre la actuación de limitación de los Poderes Públicos sobre la actividad de intermediación financiera asociada a la satisfacción del derecho prestacional a la vivienda. Aun cuando esa decisión –y las decisiones que posteriormente fueron dictadas ampliando su contenido- parte del concepto de la banca como servicio público, se reconoce que esa libertad ampara el derecho a una rentabilidad razonable lo que, se insiste, debe conciliarse con la autonomía privada como contenido esencial de dicha libertad. En el tercer capítulo avanzaremos en este sentido.

Concluye este punto Hernández (2006), señalando que la recepción de la cláusula del Estado social trae como corolario el reconocimiento de derechos fundamentales cuya efectividad requiere de prestaciones a cargo del propio Estado y también de otros particulares. Derechos fundamentales que, en definitiva, propenden a materializar la existencia de condiciones efectivas –y no meramente formales- de igualdad. Nos referimos a los

llamados *derechos prestacionales*, también denominados, con mucha menos precisión, *derechos sociales*.

## 2 LA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS GENERAL Y LA PROCURA EXISTENCIAL

La cláusula del Estado social es vinculante, también, para la Administración Pública. Incluso, suele afirmarse que en cuanto a la consecución de los sometidos de es cláusula ha de preferirse la acción de la Administración sobre la del Poder Legislativo, lo que se traduce en una primacía de aquella sobre este, con importantes consecuencias para el principio de la legalidad, como veremos. Pero ahora interesa destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia no sólo ha admitido ese carácter vinculante sino que además, ha asumido a plenitud de la tesis sobre **la Administración como aportadora de prestaciones**. Ya la sentencia de la Sala Constitucional de 24 de enero de 2002 (antes citada) se refirió al postulado sobre la **procura existencial** como fin de Estado social, planteamiento reiterado en la decisión de esa Sala de 26 de mayo de 2004 caso *Federación Médica Venezolana*:

“...debe señalar que en el Estado Social de Derecho es el Estado de la procura existencial, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un standard de vida elevada, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento económico y social de sus ciudadanos...”.

Sostiene Hernández (2006), que la tesis en torno a la *procura existencial*, ha sido insistentemente invocada por el Tribunal Supremo de

Justicia para caracterizar a la Administración Pública como una **Administración prestacional**, aportadora de prestaciones básicas. En la base de la teoría de Forsthoff recibe una crítica a la noción meramente formal de Administración, defendida principalmente por Merkl. A ello apuntó también F. Fleiner: la Administración no se reduce a la simple aplicación lineal de la Ley; hay un *plus* que en modo alguno puede desconocerse. Que ello se así es una consecuencia obligada del artículo 141 de Constitución, norma que asume la noción *vicarial* de Administración, de arraigo alemán pero que es tomado del artículo 103.1 de la Constitución de España de 1978. La Administración está al servicio de los ciudadanos. Está, pues, al servicio y a la satisfacción de la procura existencial de aquellos. Es aquí donde se sostiene que la cláusula del Estado social imprime a la Administración un amplia libertad configuradora -como- ha reconocido en general la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo de Justicia – lo que justifica no solo su primacía sobre el Poder Legislativo- con la consecuente reducción de la eficacia del principio de legalidad – sino además, y conforme a cierto sector, la reducción del alcance ha de tener el control que sobre ella ejerza la jurisdicción contencioso- administrativo.

Precisamente, al socaire de los *derechos sociales o derechos prestacionales* recogidos en la Constitución de 1999, se ha planteado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia la discusión en torno a la efectividad de esos derechos. Una discusión en lo absoluto baladí, si se tiene en cuenta la excesiva prolijidad con la cual en constituyente dio cobertura a este tipo de derechos. Sobre ello, la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de 5 de octubre de 2000, caso *José del Carmen Rojas* enfatizó la necesidad de reconocer el carácter vinculante de esta categoría de derecho:

“Ciertamente, la interpretación integral del Texto Fundamental exige un cambio de criterio respecto a la efectividad de los derechos sociales, en este sentido, no basta la intención ni la gestión promotora y propulsora de la calidad de vida de las personas, sino que el rol de Estado se encuentra comprometido a crear, prever, y satisfacer las necesidades para el desarrollo humano. Así las cosas las potestades del Estado tienen que servir primordialmente, para ,mejorar las condiciones de vida del pueblo, reducir los desequilibrios sociales, mejorar la calidad de vida de las personas, y las búsqueda de la equidad y la justicia”

Derechos prestacionales como aquellos que persiguen “actos positivos”. Esta actuación positiva es referida al Estado pero también a los particulares, pues entra en juego el principio de la solidaridad –recogido en el artículo 135 constitucional- que supone básicamente el reconocimiento de la potestad del Estado de imponer *cargas positivas o mandatos de hacer* en cabeza de los particulares.

La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 26 de mayo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana* retomará este tema a través de una afirmación cuando menos polémica:

“Según esto, la cláusula del Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de sus estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los interés en la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser. Por ende, desde la cláusula no existen derechos, lo que impide afirmar que ellos por si mismos, estén en la esfera subjetiva del ciudadano, la aspiración de satisfacer las necesidades básicas de los individuos constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica a un Estado como Social de

Derecho, por lo que tales programas son elementos condicionadores del fin de la actividad, califica, por así decirlo, que debe ser entendido como interés público”.

Desde la cláusula del Estado social *no cabe afirmar la existencia de derechos subjetivos*. La polémica que la expresión entraña parece no necesitar de mayor realce. Bajo esta perspectiva, pareciera que la Sala Constitucional, apartándose de su propia doctrina, ha considerado que los llamados derechos sociales carecen de virtualidad práctica, al requerir un forzado desarrollo legislativo. Incluso, su carácter vinculante parece ser degradado, al afirmarse que se trata de simples “principios orientadores”.

En *primer* lugar, no cabe negar que estos casos nos encontramos ante derechos públicos subjetivos. La discusión debe centrarse en otro aspecto: cuál es el *alcance* que tales derechos tienen. Un alcance que debe llegar circunscrito al derecho de los particulares a exigir, por parte del Estado, la dotación del sistema prestacional necesario para dar satisfacción a ese derecho de forma mediata o inmediata. Por ejemplo, en el supuesto del derecho a la vivienda, su exigibilidad se reduce a exigir Estado la puesta del funcionamiento del sistema prestacional que permite materializar dicho derecho asegurando el acceso a los llamados *servicios básicos esenciales*. En *segundo* lugar el principio de solidaridad no permite a la Administración imponer cargas a particulares orientadas a satisfacer derechos prestacionales, en tanto esa limitación precisa de específica cobertura legal. En otros términos, la obligación de solidaridad de los particulares no puede ser mayor ni menor a la obligación desarrollada en la Ley. Si el Legislador no ha impuesto con obligación a los particulares la satisfacción de tales derechos, esos no son, pues, exigibles frente a aquéllos. Estaremos aquí ante

un típico supuesto de indebido desarrollo legislativo de derechos prestacionales, controlable ante la justicia constitucional.

Lo anterior permite afirmar que en relación con los particulares, y específico, en lo que respecta al ejercicio de la libertad económica, la satisfacción de derechos prestacionales solo puede materializarse en limitaciones al ejercicio de la libre iniciativa privada de conformidad con lo dispuesto en Ley. Lógica consecuencia del principio de legalidad que arropa a todas las restricciones de los derechos fundamentales. Ocasionalmente se ha defendido, sin embargo, otra posición: en áreas afines a derechos prestacionales el contenido de la libertad económica se debilita. Eventualmente, y no sin cierta exageración, se ha pretendido asimilar esta situación a las llamadas *relaciones jurídicas de especial sujeción*, con la natural matización del alcance del principio de legalidad.

Bajo estas perspectivas, sería posible arbitrar restricciones a la libertad económica a fin de asegurar la satisfacción de derechos prestacionales, al margen- o con independencia- de lo establecido en la Ley. Este planteamiento ha sido aceptado parcialmente por la sentencia de la Sala Constitucional de 24 de enero de 2002.

El contenido esencial de la libertad económica variará en función del mayor interés social presente en el área del quehacer económico en el que participa la libre iniciativa, lo que dependerá en buena medida de la satisfacción de derechos prestacionales. La *segunda* premisa atiende a la evidente matización –cuando no practica supresión- que esta conclusión deriva para el principio de la legalidad administrativa: aun en ausencia de texto expreso de Ley, la Administración puede arbitrar restricciones a la

autonomía empresarial si ello resulta necesario para dar satisfacción a estos derechos.

Sin embargo, no debe olvidarse que la fórmula empleada por el artículo 2 de la Constitución es la de *Estado Social de Derecho*, lo que impide, de plano, considerar cualquier posible colisión entre el Estado social y el Estado de Derecho. Afirmación corroborada por el artículo 141 de la Constitución, el cual –sin excepción alguna– sostiene que la Administración actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Aceptar la existencia de limitaciones implícitas a la libertad económica no sólo desconoce el alcance de esa subordinación *plena* a la Ley sino que, adicionalmente, implica un debilitamiento de la libertad económica contrario a su contenido esencial.

Así, concluye Hernández (2006), indicando sobre este punto que no se pretende defender el ejercicio absoluto de la libertad económica. Es este un planteamiento que tampoco tiene cobijo en la Constitución de 1999; no sólo la *economía del mercado* justifica la existencia de cortapisas a tal derecho; además, la propia reopción de un *sistema de justicia social* emplaza, también, a la limitación de ese derecho. Empero, nada tiene que ver con la aceptación del carácter *limitable* de la libertad económica con el menosprecio a la tutela de su contenido esencial y al respeto del principio de legalidad. Hay, sí, una importante acción limitadora de los Poderes Públicos que no puede enervar a la autonomía privada que insufla al ejercicio económica, acción que además deberá subordinarse a la Ley, sin perjuicio de la necesaria- y deseada- colaboración del Reglamento. Un aspecto que permite adentrarnos en otra de las aristas tratadas por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en relación a la cláusula del Estado social.

El alcance del principio de legalidad, en lo que respecta a la ordenación de la economía, no tiene carácter absoluto. La propia indeterminación de la materia a regular y su elevado carácter técnico son razones que aconsejan la flexibilización del principio de legalidad a favor de un mayor desarrollo normativo por parte de la Administración. De allí que lo que se exige es que sea la Ley quien aborde la regulación básica de la técnica de limitación que luego podrá desarrollar el Reglamento. Ese desarrollo normativo legal básico asegura que el ejercicio de la potestad reglamentaria se realice siempre con subordinación plena a la Ley.

También esta flexibilización del principio de legalidad se ha justificado en la cláusula del Estado social. Hay aquí una clara reminiscencia de la vieja controversia entre Estado social y Estado de Derecho: la promoción de condiciones reales de igualdad no puede ser obstruida por un exacerbado apego a la Ley. Además, habrá que considerar que la fórmula del Estado social impone la primacía de la Administración prestacional sobre el Poder Legislativo, lo que implica a la postre y como se observó, una matización del principio de legalidad.

### **3 LA ACTIVIDAD DE POLICÍA COMO FORMA DE LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA**

Para Grau (2005), La actividad de policía o coacción, o la actividad interventora de la Administración en el ámbito privado, se manifiesta a través de limitaciones y prohibiciones que afectan los derechos de los individuos (lo cual Garrido Falla denomina actividad de coacción) y las prestaciones obligatorias de los particulares, que se traducen en obligaciones de hacer y dar, entre estas últimas se ubican la afectación más severa a la propiedad,

como es la expropiación por causa de utilidad pública y social y la materia tributaria.

Afirma la autora comentada, que el concepto del Estado Absoluto de la actividad de policía general como actividad ligada a la conservación del orden público y seguridad (aseguramiento de la paz pública por el monarca y sus agentes), se mantuvo en el estado de derecho.

La Constitución del 99 en el artículo 3 propugna como fin esencial del Estado "...la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo..." Por ello, además de las normas típicas de policía administrativas tendientes a garantizar seguridad, salubridad y tranquilidad, incluidos aquellos aspectos que la modernidad impone como elementos integradores de la convivencia segura, pacífica y sana (medio ambiente, urbanismo, ordenación del territorio y todas las limitaciones atinentes al desarrollo de los derechos constitucionales: libertad de culto, manifestación, pensamiento, libre desenvolvimiento de la personalidad, prensa, libertad de circulación, etc.), observamos como el ámbito de la actividad económica de los particulares se encuentra también cada vez más interferido por la acción del Estado.

En este sentido, el artículo 112 Constitucional contempla el principio de la libre dedicación a la actividad económica de su preferencia, pero limitada no solo por la seguridad, sanidad y otras razones de interés social, **sino limitada también por la planificación y regulación estatal con el fin de promover el bienestar colectivo a través de la satisfacción de las necesidades de la población.**

El artículo 113, por su parte, que proscribe los monopolios y el abuso de la **posición de dominio y demandas concentradas, habilita al Estado a dictar medidas para proteger al público consumidor.**

En este mismo sentido, la Constitución del 99, garantiza el derecho a disponer de bienes y servicios de calidad y faculta al Estado para tomar medidas de defensa del público consumidor.

La propiedad, se reconoce, pero sometida a las restricciones establecidas por la Ley con fines de utilidad pública o de interés general, regulándose a texto expreso la expropiación, que es, uno de los mecanismos más importantes de la actividad de policía o coacción o de intervención.

En este mismo sentido, la regulación del régimen socioeconómico de la República contempla la promoción por parte del Estado del desarrollo armónico de la economía nacional para garantizar una existencia digna y provechosa a la colectividad (Artículo 299). En ese mismo capítulo (I) se prevé la intervención estatal en los sectores petroleros y otras industrias de carácter estratégico, el desarrollo rural, régimen de aguas y tierras, la pequeña y mediana industria, la artesanía y el turismo.

Esta intervención del Estado, Según afirma Grau (2005), **puede concretarse en actividad administrativa de policía, aun cuando se presente, no como limitación y control –actividad típica de policía- sino como ya se ha indicado, a través de la actividad de fomento, prestación o gestión económica siempre, que en las regulaciones pertinentes se instituyan mecanismos de afección de las esferas jurídicas de los particulares, acompañadas de la correspondiente coacción y sanción para el caso de irrespeto de tales regulaciones.**

De esta manera, para Grau (2005), **La noción de policía administrativa en el derecho administrativo moderno se define como la ejecución administrativa de toda limitación a los derechos o actividad de los particulares, por razones de interés público: bien, para garantizar el orden público, bien en atención al bienestar colectivo.**

En ese sentido, afirma la autora comentada que la actividad de policía se traduce en:

- a. Limitaciones y prohibiciones;
- b. Prestaciones obligatorias de los particulares:
  - a.1 De hacer;
  - a.2 De dar.

Los medios de policía son variados, así podemos mencionar algunos de ellos, como son: la autorización, la concesión, el permiso, la aprobación, la dispensa, la admisión, la orden, registro y certificación; coacción, la infracción y su sanción administrativa.

- **La autorización** es, precisamente, la anuencia de la Administración para el ejercicio del derecho, ésta puede encontrarse absolutamente reglada, lo cual ocurre cuando la Administración debe exclusivamente constatar el cumplimiento de los extremos fácticos previstos en la norma o permitiéndose un cierto margen de discrecionalidad, caso en el cual siempre se encontrará la autoridad administrativa limitada por los presupuestos del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como son, la competencia del funcionario, el

control de la causa, la finalidad de interés público y el cumplimiento de trámite legal.

La autorización es un acto de carácter declarativo, pues simplemente reconoce el derecho, levantando las barreras de ley para su ejercicio.

- **La concesión** es también una técnica que puede ser utilizada en materia de policía administrativa, pero en este caso, el acto es constitutivo del derecho.
- **El permiso**, entendido como el acto que autoriza el ejercicio de una actividad prohibida por el ordenamiento jurídico, se trata de una exención especial respecto de una prohibición general en beneficio exclusivo de quien lo pide.
- **La aprobación**, que se produce cuando la actuación de policía es *a posteriori*, así ocurre, en efecto, con la aprobación que se produce luego del acto controlado otorgándole eficacia jurídica.
- **La dispensa**, es un acto por el cual la Administración descarta la aplicación de una norma general a un caso concreto (vg. Dispensa para el cumplimiento del servicio militar).
- **La admisión** es un acto que incorpora a un particular a una actividad de interés público, otorgándole derechos y obligaciones y sometiéndolo a un régimen jurídico propio (v.g. la admisión en establecimientos educacionales).

- **La orden**, que se configura por la decisión de la Administración de la obligación o prohibición de hacer algo, esta actuación de policía se admite en forma verbal.
- **El registro y la certificación**, para dar certeza de ciertos hechos o actos jurídicos, la administración puede obligar a los particulares a realizar inscripciones con diversos efectos, como son, dar fecha cierta, efectos frente a terceros, perfeccionar un acto, darle fuerza legal, etc. La certificación por su parte es el acto por el cual la Administración afirma la existencia de ese hecho o acto.
- **La coacción**, que puede manifestarse mediante el apercibimiento, las medidas preventivas (Vgr. Ley de Bancos, art. 238, Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, arts. 5 y 17), la mediación, conciliación y arbitraje que pueden obligar al administrado a cumplir normas de policía (arts. 155 al 162 Ley de Protección al Consumidor y al Usuario), y también la sanción puede operar como medio de coacción (vg. Art. 80, numeral 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en materia de control de precios en el pasado cuando también se preveía la aplicación de multas sucesivas para obligar al cumplimiento debido)

En este caso de la sanción como medio de coacción no sólo se castiga el incumplimiento sino que la sanción persigue obligar a que se realice o deje de realizar determinada conducta que supone un incumplimiento continuado y se pretende que el mismo cese.

- **La infracción y su sanción**, el incumplimiento de las disposiciones de policía, puede configurarse como ilícitos administrativos y como consecuencia de ello configurarse como ilícitos administrativos y como consecuencia de ello estar sujetos a sanción. La sanción no es sólo un medio de coacción, antes bien y por el contrario, la sanción es por excelencia un mecanismo de represión, castigo o punición por la realización de la conducta prohibida o la no realización de la actividad ordenada. La sanción administrativa penaliza la infracción de carácter administrativo y es objeto de ponencia aparte en estas jornadas. La sanción puede consistir en multa, cierre del establecimiento, arresto, amonestación, destitución, etc.

Para Grau (2005), La actividad de policía si bien tiene por finalidad el bienestar común, **constituye al mismo tiempo un límite a la proclama de libertad individual y derechos constitucionales como sustento del Estado constitucional del derecho**. Por ello, la actividad de policía encuentra cabida en el sistema constitucional de derecho moderno, en la medida en que se entienda que esa potestad de intervención en el ámbito particular debe realizarse en respecto de las garantías constitucionales y de las reglas y principios que sustentan el ordenamiento constitucional.

Por su parte, Hernández (2004, 213), considera que las potestades atribuidas a la Administración por el ordenamiento jurídico para limitar la libertad de empresas, **se han asociado con la actividad de policía**, en ese sentido comenta que para la protección del orden público (en este ámbito el orden público económico), la Administración, en ejercicio de potestades de policía, limita la libertad de empresa. Sin embargo, comenta el mismo autor, tal extensión de los conceptos de policía y de orden pública desdibuja, por

completo, los caracteres que identifican a ambas instituciones, **lo que aconseja, por tanto, abandonar la noción de policía económica y orden económico. De allí que propone adoptar el concepto de actuación de limitación, desplegada por la Administración para coartar el libre ejercicio de la iniciativa privada, idea a la que responde también, la actividad de supervisión de la economía, estudiada por la doctrina alemana. La ventaja de esa posición -afirma- además de superar el genérico concepto de policía económica es que abandona, también, el concepto de orden público económico, el cual, conviene tener presente, suele emplearse para conferir a la Administración potestades irrestrictas y genéricas para limitar la libertad de empresa.**

En ese sentido, afirma el autor citado, que dicha posibilidad debe rechazarse categóricamente, pues, insiste, todas las potestades administrativas, y con mayor fuerza aquéllas que se manifiesten en restricciones a la libertad económica, son limitadas debiéndose ejercer con estricto apego al principio de la legalidad.

Afirma igualmente Hernández (2006, 121) que la intervención de la Administración, limitando el ejercicio de la libertad económica, ha sido abordada comúnmente desde la teoría de la policía administrativa, más en concreto desde la óptica de las policías especiales.

Así, el referido autor define policía en un sentido negativo, pues ella persigue la defensa del buen orden de la cosa pública, contra las perturbaciones que las exigencias individuales puedan ocasionar. Pues, a través de la policía la Administración consigue que los ciudadanos no perturben el orden público, referido a bienes de relativo interés general: salud, seguridad jurídica, bienestar, paz, y otros conceptos afines.

En alusión a las restricciones al ejercicio de la libertad económica, se hace referencia a la policía económica y su fundamento es el llamado orden público económico el cual responde, a su vez, al interés general que reside en el adecuado funcionamiento de los mercados.

No obstante, Hernández (2006) discrepa del uso de los conceptos de policía económica y orden público económico que han adoptado otros autores, pues, en su criterio, el empleo de dichos conceptos resulta inútil y supone además un riesgo importante para la libertad de empresas.

Hernández, siguiendo la tesis de Cassagne, sostiene que la ampliación del concepto de policía de equiparar este término a la noción más amplia de actividad de gravamen de la Administración, refleja inutilidad, también, del llamado orden público económico.

Para el autor antes comentado, el concepto de policía económica debe desecharse por desvirtuar la noción tradicional de orden público a la cual ha estado ligada, siempre, la actividad administrativa de policía. En su lugar, debe referirse a la actividad de limitación para reseñar los supuestos en los que la Administración, conforme a las habilitaciones y mandatos derivados de la Constitución económica, y respetando las garantías a las que está ligada la libertad económica, restringe el referido derecho.

Por esa razón, frente al concepto de policía económica, Hernández (2006), prefiere el empleo del concepto **de actividad de limitación**, pues éste facilita la comprensión de distintas modalidades de actuación de la Administración y su reconducción a dos tipos básicos: actuación de limitación, desplegada por la Administración para coartar el ejercicio de la

iniciativa privada, idea a la que responde también la supervisión de la economía; y de otra parte, la actuación de prestación, conforme a la cual la Administración actúa para favorecer la esfera jurídica de los particulares, ampliándola, en unos casos, o aportando prestaciones esenciales, en otros.

Concluye el aludido autor, afirmando que el empleo del concepto de **actividad de limitación** deviene en dos ventajas que podemos resumir de la siguiente manera, por una parte, el estudio de tal actividad de ordenación y limitación se hace sobre la base del concepto de potestad, entendido como el título cierto que el ordenamiento jurídico atribuye a favor de la Administración a fin de coartar el ejercicio de la libertad económica. Sin embargo dicha potestad no es ilimitada pues es la Ley quien predetermina el alcance de ésta. La otra ventaja a la que alude el autor comentado, es que el ejercicio de dichas potestades dará origen al surgimiento de relaciones jurídicas de ordenación y limitación entre las Administraciones y los operadores económicos, quienes podrán oponer a aquéllas un ámbito propio de actuación, muy especialmente, cuando su iniciativa es consecuencia del ejercicio de la libertad de empresa.

## **B. LIMITACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA A TRAVÉS DE LA ACTUACIÓN PRESTACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN**

Para Badell (2004), el derecho de libertad económica también puede ser limitado mediante reserva constitucional o legal de actividades, es decir, mediante una disposición normativa que establezca la competencia exclusiva del Estado para ejercer determinada actividad. En ese sentido, el artículo 302 de la Constitución establece que: “El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional,

la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico”.

La disposición constitucional precedentemente transcrita prevé la reserva de la actividad petrolera al Estado, con lo cual queda constitucionalmente excluida la participación de los particulares en dicho ámbito. Sin embargo, la reserva también puede producirse en virtud de un acto legislativo; en ese sentido, mediante Ley Orgánica, pueden ser reservadas otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. En tales casos, el legislador restringe la esfera de libertades económicas de los particulares, obligándoles a obtener una concesión para ejercer la industria, explotación, servicio o bien que ha sido reservado; dicho acto, por configurar una limitación a la libertad económica, debe hacerse mediante ley formal (i.e. ley orgánica).

Así ocurre, por ejemplo, con las reservas en materia de importación, fabricación y expendio de fósforos (cf. art. 1° del Estatuto Orgánico de la Renta Nacional del Fósforo), de transmisión o distribución de energía eléctrica (cf. arts. 44 y 45 de la Ley del Servicio Eléctrico) y de telecomunicaciones (cf. art. 1° Ley de Telecomunicaciones), en los cuales el legislador ha estimado conveniente establecer niveles de control más intensos para regular la intervención de particulares en dichas actividades, mediante la exigencia de concesiones

Esta disposición se complementa con el artículo 113 de la Constitución de 1999 que prevé la posibilidad de que se otorguen concesiones para la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o para la prestación de servicios de interés público.

También de manera similar a la Constitución anterior, el artículo 112 prevé la protección a la iniciativa privada en los siguientes términos: El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía, e impulsar el desarrollo integral del país.

La Constitución de 1999, con justificaciones formalmente distintas, mantiene intactas las facultades de intervención del Estado en la economía que establecía la de 1961. Dichos poderes de intervención per se, no constituyen un elemento negativo y, por el contrario, utilizados racional y oportunamente, atendiendo al principio de subsidiariedad, pueden servir para el logro de la finalidad para los cuales se han establecido.

La actuación prestacional de la Administración se encuentra principalmente vinculada a la noción de servicio público, en el cual, para Hernández-Mendible (1999), perviven dos ideas, la idea de servicio que consiste en la actividad de prestación asumida directamente por la Administración o indirectamente, por un particular o una organización destinada a aportar alguna utilidad general, pública o colectiva; y la idea de lo público que implica la gestión en nombre de la colectividad, en principio por parte del Estado, sin que ello excluya la posibilidad de gestión, a través de los particulares.

Es así como podemos señalar que el Servicio público se descompone en dos conceptos, (i) servicio que es el equivalente a la prestación técnica y (ii) público que está relacionado con la actividad del Estado.

Sostiene Araujo Juárez (1999), que el servicio público es un conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por particulares, según mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables, mediante prestaciones suministradas directa o indirectamente a los individuos bajo un régimen de derecho público.

La imprecisión del concepto de servicio público tiene su origen en la variedad de significados que han recibido los dos términos de la noción. Para unos “*servicio*” es una organización de medios; para otros, una actividad o función. El término “*público*” según las diversas tendencias doctrinales corresponde a: (i) la condición del sujeto titular del servicio (persona pública); (ii) a la naturaleza de las facultades jurídicas empleadas para su funcionamiento (poder público); (iii) el fin al que se dirige el servicio público ( fin público); (iv) el régimen jurídico al que se somete (Derecho Público); (v) o, en fin, los destinatarios o usuarios (el público).

Comenta el autor citado, que el servicio público deviene de la sustantivación del uso público cuando en el siglo XIX la necesidad de implantar nuevos servicios presionó sobre las categorías tradicionales cayéndose en la cuenta de que podía darse un uso general y público, desligado del bien general que le sirve de soporte. Fue cabalmente la idea de uso general lo que forjó los comienzos del concepto de servicio público.

Desde el punto de vista de su objeto y de su extensión, la ambigüedad de la expresión *servicio público*, tiene una gran amplitud en su

significado, si enfocamos dicha expresión desde una perspectiva orgánica, está relacionado con el órgano o ente que le presta, por ejemplo una Alcaldía, el mantenimiento de una calle, la salud en un hospital público, etc., es por esta razón que se debe diferenciar la óptica orgánica o el servicio material que es el relacionado con el servicio en sí, la actividad desplegada por el órgano o ente para alcanzar el fin.

El concepto de servicio público ha sido el fundamento jurídico-político de la actuación del Estado durante más de un siglo siendo eje de Derecho Administrativo continental. Se trata de servicios respecto de los cuales el Estado se reserva su titularidad para asegurar su prestación la cual esta obligado a garantizar, bien sea que los preste directamente o bien a través de terceros mediante concesión.

La declaratoria de servicios públicos es una de las formas mas severas de limitación de la libertad de empresa por parte del Estado, al punto de que para ello se exige una ley formal, por ser evidentemente una limitación a la libertad de empresa, ya que esta declaratoria trae consigo la sustracción de la actividad de la esfera jurídica de los particulares. De seguida, viene la decisión de si el servicio será explotado directamente por el Estado o por los particulares previa concesión.

Siempre de acuerdo con la teoría clásica, salvo los casos en los cuales se utilizan personas jurídicas publicas descentralizadas, en nuestro caso institutos autónomos, como ocurrió en Venezuela durante muchos años con los servicios de acueducto y alcantarillado, para la prestación directa de servicios públicos, generalmente se utiliza la forma de empresa del Estado a la cual nos referiremos más adelante: fue el caso de la telefonía fija en

Venezuela, servicio que fue prestado por la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), hasta 1991, año en el cual fue privatizada mediante la venta del 39% de las acciones que poseía el Estado venezolano aun consorcio operador y un 10% a los empleados de la empresa, otorgándole a partir de esa fecha una concesión para la telefonía fija bajo severas regulaciones que incluyeron la fijación de tarifas por parte del Estado, la programación de la expansión del servicio, la regulación de algunas aspecto laborales relacionados con el paso de empleados de su condición de funcionarios públicos a trabajadores regidos por el Derecho Privado, y después de un periodo de prestación monopoliza se abrió a la libre competencia.

Cambios económicos: Razones como el aumento de la demanda, no solo por aumento de la población sino también por una mayor exigencia de cantidad y calidad del servicio por parte de los usuarios, además del surgimiento de distintas técnicas de prestación del servicio, produjeron un fuerte aumento de los costos de prestación, tornándose estos insoportables para el Estado que requería de grandes sumas de dinero para financiar actividades fundamentales como seguridad, defensa, salud y educación, entre otros.

No es suficiente que una actividad sea asumida por el Estado para que sea clasificada como un servicio público, la clasificación de una actividad como tal se verifica por el concurso de tres (3) criterios fundamentales, conocida como la teoría del cúmulo de indicios, a saber:

- 1.- Interés general o colectivo.
- 2.- Que una persona pública asuma el ejercicio de esa actividad.

3.- El régimen jurídico especial sobre esa actividad. (Derecho Público).

Interés general: este varía según la época y los intereses del colectivo, depende de la ideología y del momento histórico que atraviese un Estado.

Asunción de la actividad: existe una presunción del Estado de considerarlo como servicio y por ende asume la organización y funcionamiento del mismo, hay una asunción de que la actividad deje de ser privada para convertirse en pública, este proceso se hace a través del Poder Legislativo, es decir mediante una Ley que declara al servicio como público.

En similar sentido se pronuncia Hernández (2006), indicando que la noción de servicio público implica aquellas actividades que, al satisfacer necesidades de interés general, se encuentran reservadas al Estado y, por tanto, suponen siempre la exclusión de la libertad económica y la libre competencia. Sin embargo, -advierte el aludido autor- que es conveniente aclarar tres aspectos básicos: primero, que la exclusión de la actividad económica trae su causa en la Reserva al Estado, inherente siempre al concepto de servicio público; segundo, la exclusión de la libertad económica lleva consigo en forma automática la exclusión de la libre competencia; y, tercero, los servicios públicos según su definición tradicional, pueden ser prestados por los particulares únicamente mediante concesión.

Para el aludido autor, no siempre que el legislador califica una actividad como servicio público, reserva su titularidad al Estado, en opinión de Hernández (2006), servicio público y reserva no son siempre “términos coincidentes”, pues en Venezuela las principales leyes que han reservado

una actividad al Estado no parten de su calificación como servicio público; así, es muy común que la declaración de servicio público efectuada por el legislador recaiga sobre actividades en las que rige, plenamente la libertad económica y la libre competencia. De allí la inconveniencia de entender que cada vez que el legislador califica una actividad como servicio público estamos frente a actividades reservadas. La reserva al Estado –máxima limitación permitida a la libertad económica- debe ser siempre expresa, nunca tácita o implícita.

En la actualidad el concepto de servicio público ha sido empleado en el contexto de la reciente reestructuración de mercados de relevante interés general, concretamente al analizar la ordenación de las telecomunicaciones, se ha defendido que ésta parte del concepto del “nuevo servicio público”, cuyas notas distintivas serían su prestación en régimen de libertad económica y libre concurrencia de operadores.

De esta manera, encontramos que la jurisprudencia admite la convivencia de la libertad de empresas en aquellas actividades que hayan sido declaradas servicio público, así la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en Sentencia N° 1841 de fecha 19 de noviembre de 1998, señaló: “(...) una vez que el particular obtiene la concesión por parte del Estado, puede efectuar dichas actividades, e incluso competir con otros concesionarios del ramo sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y la Ley, y las que reglamentariamente establezca el Ejecutivo Nacional”.

En este sentido, se tiene que el Estado, en su afán por alcanzar el interés general, delega en un particular a través de un contrato de carácter administrativo, la prestación de un servicio público, el cual puede ser

prestado dentro de un ambiente competitivo. Esta forma de prestación de servicios públicos por los particulares es mayormente llevada a cabo a través de la figura de la concesión, la cual para un sector de la doctrina, es un método para gestionar de forma indirecta los servicios públicos y de esta forma auxiliar a la Administración en la construcción de obras públicas.

El Estado durante un tiempo declaró ciertas actividades como servicio público reservado. Sin embargo, han existido situaciones en las que, dichas actividades pasan a ser de interés general y comienzan a prestarse por medio de particulares como es el caso de las Telecomunicaciones, cuya Ley (año 2000) le quitó a dicha actividad el carácter de servicio público (despublicación). Lo que hoy se ha denominado “nuevo” servicio público o actividades liberalizadas. En tal sentido de una vez debe dejarse claro que esta transformación o evolución del servicio público no implica su destierro, sino la adaptación de su contenido al contexto de la economía de libre mercado.

La Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2005, caso Cadafe, definió lo que debe entenderse por actividades de interés general al señalar: “(...) aquella actividad que por sí solo el mercado no daría satisfacción por su propio funcionamiento (...) en tales actividades de interés general se advierte un ausencia de declaración formal de servicio público, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial, con lo cual puede señalarse, que: i) son actividades que no se encuentran ni atribuidas ni asumidas por el Estado, por lo que se trata de actividades fundamentalmente privadas; ii) constituyen una actividad dirigida al público (...); iii) tales actividades se desarrollan en régimen de autorización y no de

concesión, pero sometidas a todo evento a un régimen reglamentario muy especial y controlador (...) y; iv) revisten no obstante un interés general muy caracterizado por la colectividad”.

La novedad de este servicio, o lo que denota su evolución es la urgencia de permitir el acceso de los particulares o la iniciativa privada para que en libertad de concurrencia y competencia presten servicios que antes eran exclusivos del Estado, ejemplo típico el caso de las Telecomunicaciones o el del Sector de Gas e Hidrocarburos.

### **C LIMITACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE ACCESO A BIENES Y SERVICIOS DE CALIDAD Y LA LIBRE CONCURRENCIA DE OPERADORES**

La Constitución en sus artículos 112 y 113 emplazan al Estado a intervenir en la economía a fin de asegurar condiciones efectivas de competencia dentro del mercado, pues los postulados de dichos artículos persiguen garantizar la existencia de un grado suficiente de autonomía en el desarrollo del derecho al ejercicio de la empresa que permita a los operadores concurrir en el mercado y adoptar autónomamente sus decisiones empresariales, con lo que el Estado debe necesariamente intervenir para asegurar el funcionamiento de la competencia.

Sostiene Mogollón-Rojas (2000, 10), que la competencia económica, en el mundo comercial y jurídico, se entiende como el estado natural de los agentes económicos, en donde éstos, por medio de acciones particulares, lucharán entre ellos mismo, en aras de poder atraer el mayor número de personas hacia sus propios mercados individuales.

Para Carpio (2004), la competencia, es un proceso en el que las empresas deben adaptarse a las condiciones de mercado, incluyendo por supuesto aquellas que son determinadas por el lado de la demanda. Esto implica que dependiendo de las características del mercado, las empresas tomarán determinadas acciones con el fin de conseguir una posición en el mismo o mantener una ya lograda. Tal idea es expuesta a través del paradigma Estructura-Conducta-Desempeño (ECD).

Según el paradigma ECD la estructura del mercado (concentración del mercado, condiciones de entrada y grado de diferenciación del producto), determina la conducta de las empresas (precio, investigación, inversiones, publicidad, etc.) y ésta a su vez determina el desempeño de las empresas, el cual se refleja en variables como la relación entre el precio y el costo marginal, gama de productos, tasa de innovación, beneficios y capacidad de distribución entre otras.

Si bien los postulados del paradigma ECD son bastante lógicos, el mismo enfoca al mercado como un ente estático incapaz de cambiar, con lo cual la relación entre estructura, conducta y desempeño siempre va a ser unidireccional. Sin embargo, las acciones llevadas a cabo por las empresas, es decir su conducta, puede alterar la estructura del mercado, con lo cual la relación estructura-conducta se da en dos direcciones.

Por su parte, Hernández (2004, 390), sostiene que el carácter limitable o relativo de la libertad económica se proyecta en el carácter limitable del derecho de acceso al mercado. La Administración puede por ello ordenar su ejercicio a través de diversas técnicas cuya intensidad deberá ser proporcional al interés general protegido.

Sostiene en ese sentido que el derecho al acceso al mercado sea un atributo limitable de la libertad económica, es premisa que se constata de su ordenación jurídico administrativa a través de diversas técnicas, entre las cuales es la autorización la que se perfila como el instrumento usual de ordenación de ese atributo.

En efecto, afirma la doctrina que la competencia constituye el mejor mecanismo para maximizar el bienestar económico del consumidor a través de una mayor eficiencia en la asignación de de recurso y a través de desarrollo de nuevas técnicas productivas que permitan utilizar mejor dichos recursos.

Para Hernández (2007, 107), no puede cuestionarse que la defensa de la competencia es erige como un estatuto de defensa de la libertad de empresas que, paradójicamente, redundando en la restricción de ese derecho.

Así, sostiene el referido autor, que bajo una visión tradicional la promoción de la eficiencia económica es el único objetivo reconocido del Derecho de Competencia, negándose la posibilidad de valorar otras variantes, incluso de corte social. La concepción del Derecho a la Competencia en función del bienestar general de los consumidores y usuarios ha sido asumida en Venezuela, principalmente, por la interpretación que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia ha dado a la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

Afirma Hernández (2006, 214), que la actuación de limitación de la Administración puede incidir, también, sobre la libre competencia. La regulación económica incide sobre la conducta que podrán desplegar los

operadores económicos, ahorrándola mediante limitaciones negativas y positivas. Desde esta perspectiva la regulación restringe el ámbito de la autonomía empresarial privada y por ende, la aptitud de competencia de los propios ordenadores. El Derecho de la Competencia, por el contrario, y desde su perspectiva tradicional, no ahorrando la conducta de los operadores económicos ni sustituye a su autonomía empresarial, el aludido derecho se manifiesta a través de un conjunto de prohibiciones que aseguran que la conducta de los operadores económicos no ocasione lesiones injustificadas al mercado y ende al bienestar de los consumidores y usuarios.

En ese sentido, concluye el aludido autor, que tanto la regulación económica como el derecho de la defensa a la competencia, constituyen formas de intervención del Estado en la economía y ambos se traducen en restricciones a la libre autonomía empresarial. Asimismo, la regulación económica y el derecho de la competencia propenden a que el mercado funcione en condiciones óptimas. Sin embargo, mientras que la regulación económica opera ex ante, definiendo las conductas que podrán desplegar los operadores económicos, el derecho de la competencia opera ex post, es decir, sobre conductas que transgreden las prohibiciones legalmente establecidas.

De esta manera, encontramos que el artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contiene la prohibición de Monopolios en los siguientes términos:

“ART. 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por

sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquéllos o aquéllas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras, y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”.

De conformidad con el artículo antes transcrito, el Estado debe adoptar medidas que aseguren la existencia de condiciones efectivas de competencia no sólo ante las conductas anticompetitivas realizadas por los operadores económicos, sino también, ante la regulación económica que, injustificadamente vulnere la libre competencia.

Para Hernández (2006, 223) para que **las regulaciones limiten justificadamente** la libre competencia y con ello la libertad económica, deben reunirse tres extremos que derivan del sistema de garantías jurídicas de la libertad de empresa. Así, la regulación **(i) debe estar establecida en la Ley; (ii) debe salvaguardar la autonomía empresarial privada que asegura la rivalidad entre los operadores y, (iii) no debe ir más allá de**

**lo estrictamente necesario para asegurar el fin de interés general perseguido. Si la regulación no cumple esos extremos, violará injustificadamente la libre competencia.**

En ese sentido, encontramos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 8 de diciembre de 2000 caso *Transporte Sicalpar S.R.L.*, analizó el aludido artículo 113 de la CRBV aludiendo que el mismo no puede ser interpretado literalmente, señalando al respecto que “si el Estado debe impedir los efectos nocivos y restrictivos del abuso de la posición de dominio, debe comenzar impidiéndolo con su propio proceder”, agregando que la Administración aun actuando dentro de sus potestades administrativas, queda sometida a las normas sobre libre competencia, directa o indirectamente.

Finalmente, Hernández (2006, 225, 226), considera que toda restricción administrativa a la libre competencia, esto es a la aptitud de los operadores económicos de disputar entre sí su posición como oferentes en determinado mercado, debe contar con cobertura legal suficiente. Además, cualquier restricción a tal aptitud deberá respetar las garantías jurídicas materiales de la libertad de empresa, entre ellos, el de menor intervención; interés general y de igualdad. Toda potestad administrativa que, afectando esa aptitud, ignore estas garantías jurídicas, deberá reputarse contraria a la libre competencia y, por ende, a la libertad económica.

### III. LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO EN LA LIBERTAD ECONÓMICA DE LOS PARTICULARES.

Encontramos que para Araujo (2003), la regulación económica tiene hoy día un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores. El sentido actual de la regulación económica, desarrollada con una intensidad mayor en el campo de los servicios públicos implica unas finalidades esenciales del Estado, a saber: *i) asegurar la estabilidad de los suministros; ii) alcanzar grados óptimos de eficiencia y calidad en los servicios y; iii) proteger las libertades de los usuarios, como por ejemplo lo sería la libertad del derecho a huelga en los servicios esenciales.*

En este sentido, de las afirmaciones anteriores se desprende que **Regular** significa continuo control, seguimiento de la actividad. Vgr. control de precio, control de producción, control de horario. Es el límite a la economía empresarial.

Conforme lo enseña la Real Academia Española, regular significa “Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona o cosa”.

En definitiva, desde la perspectiva administrativa, la regulación ordena, limita la actividad económica, que sustituye la autonomía empresarial a través de normas o actos concretos.

Según afirma Araujo (2003, 36), la regulación es fundamentalmente una actividad desarrollada por el Estado y que admite algunas variantes: “(i) la regulación básica en el sentido amplio, constituida por normas que regulan

con carácter general la totalidad de la vida social y privada; (ii) la regulación externa, intervencionismo simple, mera actividad de policía; y la última (iii) es la regulación económica en sentido estricto o regulación sectorial que se proyecta sobre sectores específicos, incide sobre el acceso y salida de la actividad y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla...”.

Para el autor Gordillo (2001, VII-6), la Regulación está relacionada directamente con la economía, al respecto afirma lo siguiente:

“...Es frecuente leer acerca de la regulación económica y no de regulación social; pero ello parece una dicotomía proclive a errores. Toda regulación social tiene efectos económicos, toda regulación económica tiene efectos sociales (...). Lo antedicho se aprecia mejor cuando se advierte que difícilmente exista una decisión regulatoria económica intrascendente: si se destruye el medio ambiente para producir energía barata, esto es hoy económicamente conveniente, pero no socialmente; mañana será social y económicamente inconveniente. Si la regulación de tutela del medio ambiente es excesiva y prohíbe la actividad económica, ello tendrá ventajas para el medio ambiente y desventajas en lo inmediato para la economía; y mañana la ecuación será otra vez diferente. Sea en términos sociales o económicos, siempre ambas cuestiones interactúan en toda regulación...”.

Continúa indicando el citado autor, que en la actualidad nadie propone que el Estado deba siempre regular, sino que es menester analizar según la época, y caso por caso, qué regular, cómo regular y por cuánto tiempo.

Realizadas las anteriores consideraciones sobre las regulaciones económicas, pasemos a profundizar sobre su naturaleza.

## A. NATURALEZA DE LAS REGULACIONES ECONÓMICAS

La **exposición de Motivos de la Constitución** señala que el Estado tiene un papel fundamental como regulador para asegurar la protección del sistema socio-económico. Por tanto, se reconoce la función reguladora del Estado para establecer un marco normativo estable que brinde seguridad jurídica a las actividades socioeconómicas. En este sentido, cuando el artículo 112, de la Constitución se refiere que frente a la libertad de empresas, el Estado habrá de promover la iniciativa privada, la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, es sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país, por lo que la intervención del Estado en la economía, y concretamente en la defensa del libre mercado, se justifica según la jurisprudencia, y porque lo que básicamente está en juego es la defensa de los superiores intereses de la colectividad.

En palabras de Araujo (2007, 361, 362), la regulación en sentido amplio o mera función de policía administrativa, consiste en lograr un equilibrio entre los derechos de los administrados, evitando que la consecuencia del ejercicio de determinados derechos, perjudiquen a los de terceros, que se formalizan como intereses de la colectividad, o más propiamente, el interés público, Vr.gr. medio ambiente, protección al consumidor, entre otras.

Para el citado autor, la regulación económica, a diferencia de la regulación en sentido amplio, penetra en el interior de la actividad empresarial y profesional y sustituye las condiciones de funcionamiento de los mercados, estableciendo barreras de entrada y de salida sobre las

actividades y el número de operadores e imponiendo las decisiones esenciales de la producción, qué; cómo; cuánto producir y a qué precio.

Sigue comentado el autor antes señalado, que el grado de intervención económica que se da en los diferentes sectores de actividades económicas, se traduce en una mayor o menor intensidad de sujeción en que se encuentran los agentes económicos en cada uno de los sectores.

Comenta Araujo (2007), que la regulación sobre la actividad socio-económica -la cual fue una respuesta tardía y por demás insuficiente- ha evolucionado considerablemente en las últimas décadas, pero también necesita ser renovada al compás de los sucesivos avances y modificaciones de los conocimientos científicos, con técnicas novedosas. Ahora bien, el problema que presenta un derecho fundamental social como el de la regulación de la actividad socio-económica, es que su protección obliga a una regulación de la libertad individual y también de las libertades económicas.

La regulación –sostiene Araujo (2007)- **queda configurada como una función pública o estatal y, como tal, de naturaleza jurídica. La función pública es, sobre todo, muestra de un Estado regulador.** En general, ese es el papel del Estado en el ámbito económico. El problema subsiguiente es, claro está, determinar cuál es el contenido de esta función pública, sus modalidades y también los límites. De ahí que la incardinación dentro del Derecho administrativo de la función de regulación, puede explicarse considerando que la protección o defensa de lo socio-económico es una

manifestación de la intervención pública, del Poder Público, lo cual justifica ampliamente la necesidad de su explicación.

La función de regulación es probablemente la manifestación más significativa del intervencionismo público, cada vez más preocupado por no entorpecer la libre iniciativa privada, sin descuidar los intereses colectivos, armonizando interés público y economía. Por otro lado, tras la aceptación y aplicación de múltiples recomendaciones en el sentido de reducir el Estado, no puede olvidarse la importancia de la intervención pública para afrontar retos tan disímiles como la lucha frente al desempleo, la dotación de infraestructuras, la promoción de las nuevas tecnologías, o lo que nos es de consideración presente, el mercado y la economía.

La doctrina ha sostenido –y con razón- que las características del Derecho administrativo son la flexibilidad, la mutabilidad e, incluso la indeterminabilidad, como expresión y consecuencia de una Administración Pública dinámica y cambiante, influenciada por el progreso social y técnico, y de la ideología y los intereses predominantes de cada época y país concretos.

De la misma manera, el aludido autor comenta que la función de regulación, como categoría cardinal del Derecho administrativo moderno, se presenta como un concepto paradigmático de estos atributos congénitos de la Administración Pública moderna y de su Derecho estatutario. Por lo tanto, su definición, por su propia naturaleza, rara vez y por poco tiempo se presenta rígida, inmutable y mucho menos validez y aceptación general y universal. En todo caso, bástenos una breve referencia para evidenciar rigurosa y suficientemente, la importancia que tiene esta noción para el Derecho público, en general, y para el Derecho administrativo, en particular.

En vocabulario **político y económico contemporáneo**, el término **regulación** es frecuentemente empleado para caracterizar tal cual **intervención pública que tenga por objeto ordenar, en función del interés público, el comportamiento de los actores de la vida económica y social. Desde esta acepción, el concepto de regulación no tiene alcance jurídico propio. Sólo una intención, un objetivo, pero no revela ni las formas de acción empleadas ni el régimen jurídico que le es aplicable.**

Nuestra intención es demostrar que al interior de una gama muy diversa de intervenciones públicas, una forma bien definida de función pública, precisamente denominada regulación, se ha progresivamente consolidado en el mismo marco de construcción del Derecho administrativo moderno, en el curso de los últimos años. Es ahí donde se sitúa el concepto jurídico de regulación.

## **1 SIGNIFICADO DE REGULACIÓN ECONÓMICA**

Para Araujo (2007), La noción de regulación tiene una historia donde se puede señalar su trayecto en diferentes disciplinas científicas –desde la mecánica a la economía a la economía política –pasando por la biología, antes de penetrar en las ciencias sociales, las ciencias políticas y, por último, el Derecho.

Afirma el comentado autor, que el término regulación encuentra su origen latino en las 2 locuciones *regere*” (dirigir) y “*regula*” (la línea derecha, la regla, norma en sentido amplio). Sin embargo, la aparición moderna del término se constata en la mitad del siglo XIX dentro del vocabulario científico,

y se corresponde con la idea de asegurar el funcionamiento correcto de una sistema complejo. Así definido, el término describe a fin de cuenta varias de las funciones del Derecho. Lo que explica sin duda su aceptación y utilización en el lenguaje jurídico.

Así, para Araujo (2007), la función de regulación se convierte en el nuevo paradigma de la teoría general de la intervención del Estado, ya que tiene el protagonismo que en otras épocas históricas correspondía, entre otras modalidades, a la planificación, al servicio público, o incluso a la empresa pública, técnicas que por otro lado no han desaparecido del panorama de la intervención pública, aunque sí han experimentado profundas mutaciones en algunas de sus características (por ejemplo), el servicio público, según analizaremos en esta misma obra.

Los medios o más bien las técnicas de intervención pública cambian, transformándose las mismas en función de las nuevas circunstancias sociales y, desde luego, dependiendo de la estructura socioeconómica pragmática a las nuevas circunstancias, desde la función de regulación, debe contribuir a la búsqueda por parte de la Administración Pública de instituciones más adecuadas y a la elección correcta de los ámbitos y de las formas de intervención pública. Porque, digámoslo desde ya, la intervención del Estado es imprescindible, como reconoce el Informe del Banco Mundial de junio de 1997 sobre el papel del Estado en un mundo en cambio: aunque históricamente haya podido actuar como aparato de dominación y represión, es también un factor irrenunciable de desarrollo, y la Sociedad no funciona sin su efecto catalizador.

Por otro lado, apunta Araujo (2007), **la búsqueda de un punto de equilibrio entre intervención pública y libertad debe ser el objetivo de la**

**función de regulación:** (i) intervención, para asegurar un mínimo vital a todos los ciudadanos, es decir, seguridad, asistencia y protección frente a los abusos del poder económico, y confianza frente a las defraudaciones de los sujetos participantes en la economía; y (ii) libertad, para elegir entre opciones diversas de bienes y servicios (educativos, sanitarios, asistenciales, de transporte, etc.), en función de calidad y costo. **Así, la regulación como manifestación de la teoría general de la intervención del Estado, debe tener en cuenta ambos objetivos, para que ni una excesiva injerencia ahogue las libertades, ni el abuso del poder económico perjudique los intereses de los consumidores, el medio ambiente o, en suma, el Estado Social.**

Lo importante, de lo que debe preocuparse la función de regulación, es que la intervención pública se produzca garantizando los derechos y libertades de las personas (también de las empresas), y permitiendo una economía saneada, manteniendo niveles de inflación aceptables y estimulando la competencia como factor de producción de riqueza y de bienestar. Pero, repetimos, la intervención pública es imprescindible, y un breve repaso histórico nos demostrará que además es una constante a lo largo del tiempo.

Para Ariño Ortiz (2001), El término regulación, acuñado por los economistas anglosajones, se ha incorporado al acervo jurídico continental europeo e iberoamericano al hilo de las políticas públicas de liberalización de la economía. En una primera aproximación, **la regulación se ocupa de analizar el Derecho en una perspectiva dinámica, en cuanto proceso de elaboración, aprobación y aplicación de normas jurídicas o de actos o contratos con eficacia normativa. Por tanto, la regulación es Derecho; y viceversa, el Derecho es regulación.**

Continúa señalando el aludido autor, que la regulación debe ser el instrumento previo de cualquier actividad de intervención pública en las actividades privadas, puesto que la cláusula constitucional del Estado de Derecho, presidida por el principio de la legalidad, exige una norma legal que podrá ser desarrollada a su vez por reglamentos de las Administraciones Públicas y, posteriormente, ejecutadas a través de las concretas medidas de intervención –regulación “*strictu sensu*” diseñadas de las normas.

Afirma Araujo (2007), que la regulación de la actividad social y económica resulta imprescindible para que los agentes económicos tengan seguridad jurídica o certeza respecto de las reglas del juego que deben respetarse (v.gr. derechos de propiedad, contratación, responsabilidad) y puedan reducir, la incertidumbre y el riesgo a las decisiones estrictamente empresariales. De ahí que una de las funciones esenciales del Estado es desarrollar la base institucional y el ordenamiento jurídico básico sobre los que descansa cualquier actividad humana y, por ende, aquellas que inciden más directamente en la actividad social y económica.

Comenta el aludido autor, que **en su vertiente económica, la expresión regulación se ha venido refiriendo a una de las formas de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos por razones de equidad, para alterar la distribución del ingreso, o de eficiencia, para mejorar la asignación de recursos. Por ende, el elemento central del concepto de regulación es la “interferencia” pública intencional en las opciones abiertas al administrado en el desarrollo de una actividad. La regulación como un conjunto de normas o de acciones específicas, impuestas por una autoridad pública que interfiere directamente, alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y empresas.**

Dentro de la definición propuesta, la función de regulación así entendida, se caracteriza por tres (3) elementos principales.

(i) Un ámbito o dominio de intervención pública que cubre sectores donde existe a la vez una pluralidad de agentes, entre los cuales habrá de organizarse la actividad de que se trate, y la voluntad de la Administración Pública para hacer prevalecer ciertos objetivos de interés general.

(ii) Una gama original de medios jurídicos o potestades públicas, asociando tanto las intervenciones públicas como la protección de las actividades sociales y económicas en consideración, y aplicando al efecto, tanto técnicas del Derecho público como del Derecho privado.

(iii) Las potestades son otorgadas a una autoridad especializada (entre regulador o autoridad de regulación), dotada de una cierta independencia para emplear todo o parte de los medios que ostenta en el ámbito al que se dirige la regulación.

Afirma el autor Martín Retortillo (1997), que el concepto de regulación aparece con fuerza en el campo del derecho público vinculado al proceso de liberalización de la economía. Proceso por el que entendemos la apertura de sectores de la actividad económica antes reservados al sector público (reserva jurídica, que podría ir o no acompañada de la reserva de gestión) a la libre iniciativa económica.

En palabras del autor Rodríguez (2007, 507), la regulación puede ser definida de la siguiente manera:

“...El término regulación, de origen anglosajón, no cuenta con una definición exacta y unívoca. De manera general, la doctrina anglosajona asocia el vocablo con un concepto político-económico propio del sistema colectivista de organización económica y social, caracterizado por una

acentuada intervención estatal dirigida a la consecución de objetivos de interés colectivo o general, en contraposición al sistema alternativo de mercado, en que el Estado juega un rol residual y el derecho se concibe como un mero instrumento de facilitación de las transacciones entre particulares. **Así, en un sentido lato, la regulación constituye una forma directiva de acción estatal deliberadamente dirigida a influenciar la conducta social o económica, como correctivo necesario de las deficiencias del mercado en el logro de objetivos de interés público. De este modo, según la doctrina anglosajona, la regulación encuentra su razón de ser en la necesidad de corregir o subsanar los llamados ‘fallos de mercado’, bajo la premisa de que el mercado, si se le deja a su propio albedrío, siempre le fallará al interés público...’.** (Resaltado añadido).

## 2 CUÁNDO Y POR QUÉ REGULAR

Para Torrealba (2007, 473), los escenarios que pueden presentarse para que el Estado tome en cuenta la opción de regular tendrán en común la existencia de una “falla de mercado”. Cuando existe una falla de mercado la regulación económica no sólo está justificada, sino que es absolutamente necesaria para poder controlar las distorsiones que se generen en causa de la mencionada falla, pues en estos casos el mercado por sí mismo, será insuficiente para producir las conductas o resultados requeridos por el interés público.

Afirma el autor antes comentado, que en algunos casos la regulación será necesaria y justificada por la “ausencia de mercado”, tal como sucede en materia ambiental o de defensa, en cuyos casos, la regulación de las actividades que pueden afectar tales ámbitos se hace necesaria para poder garantizar la protección del interés público.

Continúa indicando Rodríguez (2007, 510), que la regulación se aplica a un vastísimo conjunto de actividades económicas y no económicas, y adopta las más variadas formas y modalidades para lograr sus cometidos. Así, la doctrina suele distinguir entre regulación social y regulación económica. La primera, relativa a materias tales como salud, salubridad, seguridad, protección del medio ambiente, ordenación del territorio, protección al consumidor, defensa de la producción y empleo nacional, entre otras, mientras que, la regulación económica, en cambio, tiene un alcance mucho más restringido; su ámbito de aplicación está circunscrito a aquellos sectores específicos de la economía que presentan tendencias monopólicas o constituyen mercados incompletos. En algunos casos, Vgr., cuando una actividad constituye un monopolio o un oligopolio natural, es económicamente preferible que sólo exista uno o unos pocos proveedores el mercado. El objeto de la regulación económica es suplir la falta de competencia, incidiendo sobre las condiciones de entrada y salida del mercado, el precio y el quantum y calidad de la producción. En este sentido, la regulación económica es por definición sustitutiva del mercado y de la competencia.

Conforme a lo señalado por Torrealba (2007), la doctrina anglosajona, representada en Baldwin y partiendo de la definición de Selznick sobre la noción de regulación **como un control sostenido y concentrado ejercido por un ente público sobre actividades que son valoradas por la comunidad, ha dado diferentes sentidos al mismo concepto:**

- Como un específico grupo de reglas destinadas a ser aplicadas por un ente específicamente encargado de tal tarea.

- Como una influencia deliberada del Estado, acepción en la que definitivamente habría que incluir toda acción del estado diseñada para influenciar el desarrollo de una actividad o de una industria determinada. En este sentido, la influencia del Estado puede manifestarse perfectamente mediante la aplicación de un grupo determinado de reglas por parte de un ente encargado de hacerlo o bien por otros medios como lo sería el uso de incentivos (actividad de fomento).
- Como toda forma de control o influencia social, concepción según la cual cualquier mecanismo que afecte el comportamiento, sea proveniente del Estado o no, es considerado como regulatorio.

De esta manera, Torrealba (2007), sostiene que la regulación puede ser entendida como una actividad que restringe la conducta de las personas y previene la ocurrencia de ciertas actividades indeseables (*red light*) pero puede también ser un instrumento para hacer posible que determinada actividad pueda ser realizada (*green light*) tal como sucede con la regulación del espacio electromagnético para la transmisión de señales de radio o televisión. No obstante lo anterior, en el Reino Unido es común asociar la regulación con el control de los servicios públicos por parte de los entes reguladores en la etapa de las post-privatización.

Los escenarios que pueden presentarse para que el Estado tome en cuenta la opción de regular tendrán en común, como ya se expresó, la existencia de una “falla de mercado”. Cuando existe una falla de mercado la regulación económica no solo está justificada, sino que es absolutamente necesaria para poder controlar las distorsiones que se generan a causa de la mencionada falla, pues en estos casos el mercado, por si mismo, será

insuficiente para producir las conductas o resultados requeridos por el interés público.

Una de las razones que según Torrealba (2007), son necesarias para que entre en juego la regulación es la **existencia de Monopolios y Monopolios Naturales**, pues, en algunos casos la regulación será necesaria y justificada por la “ausencia de mercado”, tal como sucede en materia ambiental o de defensa, en cuyos casos, la regulación de las actividades que pueden afectar tales ámbitos se hace necesaria para poder garantizar la producción del interés público.

Comenta, Piras (1993), que se denominan **monopolios naturales** aquellos casos en los que las economías de escala son tan significativas que es más eficiente tener una sola empresa que controle todo el mercado que muchas empresas compitiendo. Esta situación se explica porque las economías de escala permiten reducir los costos a medida que aumenta la producción. **Por esta razón un monopolista natural puede producir a menor costo que un competidor.**

El monopolista natural es más eficiente pero seguirá cobrando un precio más elevado que el de competencia. **La solución tradicional en estos casos es permitir la existencia de un monopolio y crear un organismo regulador encargado de controlar que se cobren precios de competencia.**

**Existen tres factores que dan lugar a mercados monopólicos:**

- Un agente económico que ocupa todo el mercado,
- El producto vendido es único y no existe otra opción para los consumidores y

- Existen barreras de mercado que hacen difícil la entrada de nuevos competidores o la salida de los que ya compiten.

Resulta evidente que **cuando existe un agente económico que monopoliza el mercado, la libre competencia se ve duramente afectada y puede asegurarse que hay una falla en el mercado. Ahora bien, cabe preguntarnos ¿cómo se ve afectado el interés público por la existencia de un monopolio? La respuesta se concentra básicamente en la alta posibilidad de que el monopolista disminuya drásticamente la calidad del producto con la finalidad de rebajar costos y obtener mayores ganancias, pues el precio seguramente se verá muy por encima de los costos marginales.**

Para Torrealba (2007), la reacción del Estado frente a un monopolio es la aplicación de las normas sobre libre competencia con la finalidad de crear las condiciones necesarias para que haya una competencia efectiva en el mercado.

A diferencia del monopolio descrito, el monopolio natural según Torrealba (2007), "... ocurre cuando las economías de escala disponibles en el proceso de producción son tan grandes que el mercado relevante puede ser satisfecho al menor costo por una sola firma". Lo que a su vez implica que la sociedad obtiene mayores beneficios cuando la producción la realiza un agente económico sin ninguna competencia en el mercado.

Según el citado autor, determinar si existe un monopolio natural debe ser el producto de comparara la demanda del producto o servicio con la extensión de las economías de escala disponibles.

La respuesta que el Estado debe dar a la actividad en un monopolio natural debe estar destinada a limitar sus defectos, pero en este escenario, la aplicación de las normas de libre competencia no son aplicables. **Por el contrario, el Estado debe regular la actuación del monopolista sobre el precio y la calidad con la finalidad de originar en el monopolista la necesidad de comportarse tal y como si se encontrará en un mercado competitivo.**

Por otra parte, sostiene el autor Torrealba (2007), que **otra de las razones para regular** es la existencia de **un agente económico que obtenga ganancias imprevistas excesivas** cuando encuentra una fuente de suministro que sea sustancialmente más económica que la que se encuentre normalmente disponible en el mercado, abaratando sus costos y haciendo que obtenga ganancias sobre lo que puede considerarse normal en el mercado.

En estos casos, el Estado puede optar por regular el mercado para transferir a los consumidores o usuarios los beneficios obtenidos por la rebaja en los costos de producción, lo que encontrará una mayor justificación cuando la rebaja en los costos ha sido producto de la casualidad y no de la investigación.

Cuando sí se ha realizado inversión y la rebaja en costos no es por tanto fruto de la casualidad, o cuando existe un interés público en incentivar el ejercicio de la actividad que se ha visto beneficiada, el escenario se presta para que las ganancias imprevistas excesivas sean permitidas.

Otra de las razones para regular, para Torrealba (2007), parafraseando a Baldwin, **es en los casos de externalidades**, las cuales se encuentra en los efectos que éstas tienen en el mercado, **pues el precio del**

**producto no refleja el verdadero costo social que tiene su producción, lo que da como resultado un consumo excesivo acorde con lo anteriormente comentado.**

Por otra, parte, para Torrealba (2007), **la información inadecuada, así como la absoluta falta de información, determina el comportamiento del mercado pues los consumidores no cuentan con las herramientas suficientes para evaluar las diferentes opciones.** La información puede ser inexistente o inadecuada por una gran variedad de razones que pueden variar desde los costos hasta los bajos incentivos para producirla.

**En estos casos, el objetivo de la regulación** –alude el citado autor– es hacer que la información disponible tenga mayor precisión y mejor acceso por parte de los consumidores, así como menores costos para su producción y difusión. De esta manera, la regulación contribuye a que el flujo de información sea suficiente para que los consumidores se encuentren en un mercado saludablemente competitivo.

Comenta el autor antes citado que en los mercados competitivos una de las principales garantías de que no habrá ineficiencias es que exista un equilibrio en el poder de negociación entre los diversos actores que participan. **El desequilibrio en el poder de negociación podría justificar la aplicación de la regulación con el propósito de proteger el interés público, que podría verse afectado si un sector o un determinado agente económico cuenta con la posibilidad de imponer condiciones sobre otros sectores del mercado u otros agentes económicos.**

Otro de los factores propicios para dar paso a las regulaciones económicas impuestas por el estado es **el escenario de escasez o el racionamiento de un servicio o producto**, pues el mercado abierto y competitivo tendrá como prioridad la eficiencia sobre el interés público que requerirá, en estas condiciones, que la distribución del producto o prestación del servicio sean capaces de satisfacer las necesidades generales de la población.

Aun y cuando los mercados competitivos tienden a ofrecer mayor eficiencia en la producción de bienestar, generalmente esa eficiencia no es suficiente para la distribución de ese **bienestar en la sociedad**. Esa falla de mercado **es regulada con la finalidad de redistribuir ese bienestar o riqueza entre aquellos que no la reciben por la presencia de la mencionada falla de mercado**.

Comenta el autor citado, que la regulación económica tiene obvias ventajas sobre los acuerdos o contratos que puedan efectuarse entre particulares cuando se dan las condiciones mencionadas en el párrafo anterior. La razón para realizar tal afirmación es precisamente la mayor facilidad que tiene el ente regulador de transmitir información por medios oficiales y estandarizar los medios de producción.

Ahora bien, lo mas importante que debemos destacar es que cuando se presentan las fallas de mercado que se señalan en este punto, el papel de la regulación se debe orientar hacia el mejoramiento de los medios de producción y la coordinación del mercado y no debe concentrarse en evitar las conductas que no son deseadas por la sociedad, que podrán ser restringidas por otros medios y mediante la aplicación de otras normas, como podrían ser las reglas de libre competencia.

Tal como se ha dicho anteriormente, los mercados competitivos han demostrado que son muy eficientes en la producción de bienestar, sin embargo, es muy probable que estos mercados no tomen en cuenta dentro de sus prioridades los derechos de las generaciones futuras u otros temas de naturaleza altruista.

Resulta entonces necesario que el Estado, **que es llamado a la protección del interés social y a la búsqueda del bien común intervenga para efectuar la planificación necesaria para satisfacer y cumplir con esos requerimientos que más por razones prácticas que de otro tipo, son olvidadas por el mercado.**

### **3. LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y LA LIBRE COMPETENCIA**

La Constitución de 1999, ha dispuesto también un sistema de economía social de mercado en la cual la libertad económica y la competencia deben existir, pero no de manera absoluta, ya que los derechos, tal y como lo hemos afirmado a lo largo de este análisis, deben tener “límites”, a los cuales resultan “posibles e incluso necesarios, aunque sólo como límites extrínsecos y al único objeto de prevenir la colisión destructiva de los propios derechos y de posibilitar su ejercicio a todos”.

En efecto, como señala el Brewer-Carías (2001), la nueva Carta Magna venezolana de 1999 ha seguido las orientaciones de la Constitución anterior al establecer un sistema de economía mixta aunque con un marcado acento estatista y limitador. Tal como lo afirma este autor: el sistema económico, por tanto, se fundamenta en la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia, pero con la participación del Estado como promotor del desarrollo económico, regulador de la actividad económica, y planificador con la participación de la sociedad civil.

Dentro del referido contexto constitucional, -afirma el autor antes citado- y aun frente a las conocidas movimientos de retirada o huida de lo público en la economía (a través de operaciones de privatización, liberación, desregulación, economía de mercado, etc) resulta que el “intervencionismo” sigue presente, situación de la cual no escapa la “competencia” en el mercado, en la que a su vez el Derecho Público y su doctrina incluso conocen una “renovada vitalidad” (J. ISRAEL) Sin duda, el Estado sigue estando metido en todo y la nueva Constitución de 1999 parece incluso fortalecer esta visión. En buena medida, por tanto, todavía está presente el Estado del *Daseinvorsorge*, caracterizado hoy por ser intervencionista y prestacional (*Leistungtaat*) y que para sus fines administra, planifica, controla, dirige y subvenciona a través de una Administración directora (*Leistungsverwaltung*).

Para Hernández (1999), una de las rentas más importantes del monopolio es la tranquilidad. Un entorno competitivo en el mercado del producto que genera la empresa constituye un poderoso incentivo para eficiencia; así, el término regulación es el conjunto de reglas y normas que da la autoridad pública para conformar la acción de una empresa, o un mercado, según unos principios que se consideran correctos o justos, fundamentalmente el comportamiento competitivo. **Como instrumentos de regulación suelen emplearse fundamentalmente, el control de precios, el establecimiento de exigencias de calidad del servicio o bien producido, la erección de barreras de entrada o salida, la fijación de planes de producción o inversión.**

Según este autor español, los elementos esenciales o ideas- fuerza de esta nueva forma de regular son las siguientes:

- Competencia y regulación se complementan, no se contraponen. Prueba de ello son las experiencias estadounidense y británica.
- La regulación está al servicio de la competencia.
- Supuestos justificadores de la regulación: efectos externos, exigencia de “posición dominante” en un mercado Vgr. Existencia de monopolio natural, existencia de información asimétrica.
- Existe en los gobiernos occidentales una tendencia a sobrerregular entre otras cosas porque la regulación es una fuente de poder.
- Ha de evitarse el riesgo regulatorio que es básicamente el riesgo de que el regulador cometa arbitrariedades. Para ello es importante dotar de estabilidad y transparencia al sistema regulatorio.

Para el aludido autor, habría cuatro libertades fundamentales que debería asegurar la regulación en las actividades competitivas y no competitivas

En las competitivas serían:

- Libertad de entrada y salida.
- Libre acceso al mercado, es decir, a la red o infraestructuras.
- Libertad de contratación y formación competitiva de los precios.
- Libertad de inversión.

En las actividades no competitivas habrá de regularse los siguientes aspectos:

- Instalación y gestión de infraestructuras; en particular debe asegurarse una gestión autónoma no burocratizada de aquéllas.
- Acceso a terceros a las redes.
- Régimen de precios: será fundamental evitar una fijación de precios políticos, confiscación camuflada.

En similar sentido, encontramos que para Ortíz-Álvarez (2001), el derecho de la competencia guarda muchas similitudes con la regulación de liberalización. **Básicamente, ambos instrumentos persiguen el mismo objetivo: promover y proteger la libre competencia como medio para lograr la asignación eficiente de recursos y aumentar el bienestar de los consumidores. Por otra parte, su ámbito de aplicación es en gran medida el mismo: las actividades o mercados abiertos a la libre competencia.** Igualmente, la estrategia o forma de acción de ambos regímenes coincide en muchos casos: sanción de conductas anticompetitivas e imposición de condiciones a los agentes del mercado. Sin embargo, estas similitudes superficiales, muchas veces circunstanciales, no deben hacer perder de vista las profundas y fundamentales diferencias que separan a ambos instrumentos reguladores.

Ante todo, el derecho de la competencia, según Ortíz-Álvarez (2001), es una estrategia de regulación aplicable bajo una premisa de libre mercado. La significación de esta característica es doble. En primer lugar, y a diferencia de la regulación de liberalización –dirigida esencialmente a crear las condiciones para que surja la competencia donde antes no la había-, el derecho de la competencia actúa mediante el control de conductas anticompetitivas en mercados en donde, se supone, ya existe al menos un mínimo grado de competencia. En otras palabras; mientras el derecho de la

competencia persigue controlar las conductas ilícitas de los participantes de un mercado preexistente, una de las funciones primordiales de la regulación de liberalización es abrir o crear un mercado, de manera originaria, donde antes no lo había. En segundo lugar, el derecho de la competencia nunca actúa como un sustituto del mercado y de la competencia, a diferencia de la regulación de liberalización. En efecto, la regulación de liberalización actúa en gran parte a través de medidas de regulación económica (regulación de precios, exigencias de calidad, prohibiciones asimétricas de entrada a algún mercado), cuyo propósito es disciplinar el comportamiento del operador establecido mientras la competencia no pueda hacerlo. De este modo, la regulación de la liberalización sustituye a la competencia en determinados mercados o segmentos de la industria, como medio para que el proceso competitivo se desarrolle en esos y otros mercados relacionados. El derecho de la competencia, en cambio, lejos de sustituir el proceso competitivo con medidas restrictivas de la libertad económica, lo que persigue es promover y proteger la libre competencia frente a conductas anticompetitivas que distorsionan el correcto funcionamiento del mercado.

Por otra parte, -sigue comentando el aludido autor- el derecho de la competencia actúa principalmente a través de intervenciones correctivas de conductas ilícitas, es decir *ex post facto*, y normalmente a iniciativa o por denuncia de parte interesada. Por el contrario, la regulación de liberalización es principalmente de carácter preventivo; actúa *ex ante*, sin necesidad de que se haya verificado alguna conducta anticompetitiva por parte del operador dominante. Finalmente, el derecho de la competencia se caracteriza por actuar principalmente a través de medidas sancionadoras y correctivas de conductas atribuibles a los agentes económicos que participan en el mercado, a diferencia de la regulación de liberalización, cuya preocupación primordial es de tipo estructural. En efecto, mientras que el fin

primordial de la regulación de liberalización es crear estructuras de mercado donde la competencia pueda surgir y desarrollarse, el objeto del derecho de la competencia es impedir que posibles conductas anticompetitivas distorsionen el proceso competitivo que se desenvuelve en el marco de una estructura de mercado preexistente.

Así, el derecho de la competencia **se presenta como una estrategia o forma de regulación, aplicable bajo una premisa de libre mercado, dirigida a controlar y prevenir conductas anticompetitivas por parte de los agentes que participan en un mercado ya existente.**

En todo caso una de las misiones normales del Estado intervencionista es la de asegurar un mínimo de orden sobre el mercado económico, con el fin de que la reglamentación, las “reglas del juego”. El Estado, “se ocupa de la competencia” lo cual empieza por una “intervención normativa” de libre competencia, cuya ejecución y salvaguarda no se entrega primeramente a la sede judicial sino que, en el caso de Venezuela y de muchos otros países, se entrega inicialmente –si se quiere en *premier ressort*- a la sede *administrativa* la cual, por medio de autorizaciones o controles preventivos *ex ante* y de actuaciones sancionadoras *ex post*, está encargada de hacer cumplir la normativa especial, sobre la cual, además de promover, también puede realizar labor consultiva. Y es que, existe un “orden público económico” cuya salvaguardia se encarga a una función de policía específica, tesis que igualmente confirma la doctrina nacional así como Procompetencia.

Es allí, pues, donde en materia de competencia **entra en juego en Venezuela la vigente Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la cual crea la Superintendencia Procompetencia a**

los fines de vigilar y controlar las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. Esta función de control o policía administrativa económica de la libre competencia, al igual que en otras materias relacionadas, puede estar sometida, en un segundo nivel o *dernier ressort*, a un posterior *control judicial*, por lo demás lógico y normal en un Estado de Derecho, ello no sólo para buscar una revisión y ratificación de lo decidido en sede administrativa sino también para controlar y rectificar posibles actuaciones contrarias a Derecho en que haya incurrido el organismo administrativo especializado, en nuestro caso Procompetencia, intervenciones erradas (tanto en la forma como en el fondo) que incluso pueden causar daños a los particulares y al mercado.

Como entre nosotros lo ha apuntado, Grau (2005), la especialidad de la materia y la dificultad que la regulación económica pueda plantear en cuanto a la actuación del órgano administrativo para el establecimiento de conductas prohibidas, no impide la necesaria aplicación de los principios reguladores de la actividad administrativa, fundamentalmente, de aquellos que atañen a la actividad sancionadora del Estado.

Afirma Ortiz-Álvarez (2001) **que tanto en la Constitución de 1961 como en la nueva Constitución de 1999, un sistema de economía social de mercado en la cual la libertad económica y la competencia deben existir pero de forma controlada por el Estado y habiendo demostrado la experiencia en los ordenamientos extranjeros que “no basta con una liberalización generalizada del mercado, con una desregulación sistemática, para poder esperar que el mercado como tal se constituya con todas virtualidades potenciales”** siendo preciso “*defender este mercado* de las agresiones que los agentes económicos”, por lo que “la política de competencia y la legislación antimonopolio que la sustenta, son un

complemento fundamental para una economía de mercado... (Pues) *el mercado puede fallar...*” lo que dicho de otra forma significa que ciertamente hay que “proteger la competencia contra ella misma...” Ya que la competencia puede matar a la competencia, es por todo lo cual no debe llamar a dudas que también en nuestro país, al igual que en muchos otros países americanos, existe y persista una normativa especial que regule la materia de la libre competencia.

En efecto, entrando dentro de la competencia de la tendencia “*antitrust*” y de defensa de la competencia, tendencia cuya paradigma puede encontrarse en los Estados Unidos de América y en los países de la Comunidad Económica Europea, fue promulgada en Venezuela una legislación dirigida a promover y proteger la competencia empresarial y a sancionar las prácticas anticompetitivas. Se trata, como anunciamos, de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Ley Pro-Competencia), publicada en Gaceta Oficial N° 34.880 del 13 de enero de 1992. En complemento de la Ley de Procompetencia, existe una serie de regulaciones complementarias las cuales –además de las regulaciones de la Comunidad Andina.

Como se señaló precedentemente, la Ley Pro-Competencia es una Ley con carácter de “orden público”, por lo cual incluso está, en principio, por encima de la actividad contractual de los particulares, ya que en definitiva el objeto de la Ley es la protección a la libre competencia y a la libertad económica consagradas en la Constitución. En este sentido, la Superintendencia Pro-Competencia ha afirmado que “las normas de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, y por tanto las infracciones a las mismas, son de orden público” (Resolución N°. SPPLC.001-94, de fecha 10 de enero de 1994, caso *avavit*, p. 24), y que

ciertamente “con la Ley Pro-Competencia se precisa uno de los aspectos más relevantes del *orden público económico*, desarrollando el alcance de los derechos económicos” (resolución N° SPPLC- 0028-93, de fecha 15-11-1993, caso *Gases*, p. 17; en sentido similar la Resolución SPPLC-002-93, de fecha 17 de mayo de 1993, caso *Pre- Mex y otras concreteras*, p. 5; ver tamb. Resolución SPPLC/004-2001 de fecha 16 de enero de 2001, caso *Jinetes*.

Pues bien, con la finalidad de proteger este “orden público económico” y reaccionar ante la violación de la prohibición general y de las prohibiciones particulares mencionadas, la misma Ley Pro-Competencia crea un organismo público especializado con autonomía funcional, aunque sin personalidad jurídica y adscrito al Ministerio de Fomento. Se trata de la Superintendencia de Protección y Promoción de la Libre Competencia (Superintendencia Pro-Competencia), ente que la jurisprudencia nacional, al igual que la europea, ha calificado de “autoridad de policía económica” (CPCA, 29-06-1995, caso *Premezclados Avila*)

Y es que, tal como autorizada doctrina extranjera coincide en afirmar, el carácter de las normas sobre competencia es de freno, limitativo de posibles descontroles y al mismo tiempo orientativo, siendo normal que la postura de la Superintendencia Procompetencia sea una “posición vigilante y de dirección del proceso competitivo” Es oportuno mencionar, además, que el ejercicio de las facultades de la Superintendencia Pro-Competencia necesariamente supone la potestad de restablecer *a posteriori* el *orden* en el mercado cuando se hayan producido efectos perjudiciales como consecuencia de la ejecución de conductas o prácticas prohibidas –lo que obviamente supone un desorden en ese mercado-, además de las facultades de control *a priori* en cuyo caso la Superintendencia debe estar atenta,

vigilante, a los efectos de detectar cualquier desajuste o desorden. Bajo estos supuestos, el mencionado Organismo, en principio, está plenamente autorizado para reajustar –ordenar- el mercado, para lo cual, como veremos, se le han asignado –legalmente- *amplias* facultades para imponer condiciones y obligaciones a aquellos agentes económicos infractores del sistema normativo contenido en la Ley Pro-Competencia. Este debe ser –y es- el sentido y alcance de los ordenamientos jurídicos –como el nuestro- destinado a regular el comportamiento de las empresas en los mercados de libre competencia; restarle importancia y margen de actuación a los encargados de administrar y ejecutar las reglas procompetencia, sería a todas luces contrario al desenvolvimiento mismo de las relaciones jurídicas presentes en un libre, mercado amen de ser contrario a la propia Constitución.

De acuerdo a lo expuesto, la Ley Pro-Competencia representa una herramienta efectiva para *preservar* el ejercicio del derecho a la libertad económica, y a los efectos de concretizar esta normativa la Superintendencia Pro-Competencia tiene el poder-deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para evitar que las empresas actúen de tal manera que genere efectos negativos o indeseados sobre el mercado para sus propios beneficios, perjudicando el equilibrio del sistema económico nacional y al conjunto de los administrados.

La normativa Procompetencia, se aplica indistintamente a todo tipo de sujetos privados y públicos, e incluso la aplicabilidad de esta normativa va a tener incidencia en las materias que el Estado se ha reservado tales como, para dar un ejemplo en materia de hidrocarburos, lo cual se evidencia e intensifica aún más en materias o servicios públicos y de interés general en las cuales el Estado a establecido una suerte de neo-regulación, como ha

sucedido con las recientes regulaciones del sector eléctrico, del gas y de las telecomunicaciones donde expresamente se han establecido principios para fortalecer la libre competencia incluso con remisiones expresas a la Ley Procompetencia y a la actividad de la superintendencia Procompetencia. En los últimos campos el legislador no ha optado por o crear o mantener una reserva a favor del Estado, por el contrario dichas actividades han sido liberalizadas o desregularizadas, pero, a la par, para precisamente garantizar un equilibrio y condiciones de competencia, los operadores de dichas actividades tiene ciertas cargas y éstas han de quedar sometidas a los principios y a la normativa sobre libre competencia. Tal como lo presenta la doctrina, “la *activa* intervención indirecta Administración económica venezolana, limitando el derecho constitucional a la libertad económica, ha sido objeto de profundas reformas en el sector de la *electricidad, el gas y las telecomunicaciones*. Dicha reforma pasan por afianzar la libertad económica y la libre competencia, sin desconocer las *necesarias* potestades de intervención de la Administración”.

Si bien en materia de sectores neo-regulados o liberalizados, donde incluso se ha instaurado una nueva visión de servicio público como en materia de electricidad, gas y telecomunicaciones resulta indiscutida la aplicación de la normativa de libre competencia, la cual se hace –en apariencia- menos obvia respecto a los sectores “reservados” al Estado, donde parte de la doctrina y alguna jurisprudencia llegaron a postular la inaplicabilidad de tales principios, lo cual como veremos, resulta sumamente discutible, por lo que en la actualidad la doctrina moderna esta más clara en que aún en estos sectores de la normativa de la libre competencia debe tener operatividad, aún cuando esta puede ser más limitada.

Afirma Hernández (2005), que la doctrina venezolana alude a los objetivos de la libre competencia; defiende la proscripción de las prácticas anticompetitivas y recalca que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia permite una protección reforzada de la libertad económica pero no define *que es* libre competencia. Tampoco ha colaborado en esta tarea la Legislación, dado los términos por demás censurables empleados por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, cuyo artículo tres trae una “definición autentica” de libre competencia: se entiende por tal “aquella actividad en la cual existen las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer algunas condiciones en las relaciones de intercambio”. Una norma, insistimos muy cuestionable.

En *primer lugar*, sostiene el referido autor, mal puede concebirse a la libre competencia como una “actividad”, tal y como hace el artículo comentado; es, cuando mucho, atributo de ciertas actividades económicas. Además, en *segundo lugar*, la norma se basa en un concepto *absoluto* de la libre competencia que no tiene, sin embargo, reflejo en la práctica: son pocas las actividades económicas en las que existe “completa libertad” de entrada y salida. No todos los mercados, como se sabe, son contestables ni la competencia perfecta –teoría que subyace tras esa norma- tiene virtualidad más allá de determinados modelos económicos. Así lo ha entendido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo:

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 19 de septiembre de 2002, caso *Laboratorio Leti, S. A. V*, apuntó al respecto que: “...En efecto, el concepto de libre

competencia no depende de la completa libertad de entrada y salida del mercado, sino de actitud de los agentes económicos que actúan en el mercado (como oferentes o demandantes), de fijar libremente las condiciones de los intercambios comerciales que se realicen...”.

En criterio del autor comentado, la libre competencia – *es la aptitud de los operadores económicos de disputar entre sí en condiciones de igualdad, en ejercicio del derecho fundamental de la libertad económica*”. Libre competencia como el derecho de los operadores económicos privados de rivalizar entre si como oferentes en el mercado. Asumimos, por ello, que la libre competencia es un atributo de la libertad económica, en concreto, del derecho al ejercicio de la empresa, que conforme a la tradicional doctrina francesa (Devolvè) se fundamentan dos pilares: la libre autonomía privada y la libertad de competir. La esencia del concepto asumido reside entonces en esa, *dimensión conflictual*. A ella se ha referido la doctrina de la Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, al indicar que “*la competencia del mercado genera una lucha entre las empresas competidoras por captar clientela, en el que resultan vencedoras las mas eficientes*” (Resolución N° SPPLC/ 036-1998 de 23 de noviembre de 1998, caso *Duracell vs. Energizar*, entre muchas otras).

Según ha entendido la sentencia del Tribunal Constitucional español de 1 de julio, N° 88/1986, la protección de la competencia *aparece como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de empresas*. Ciertamente, el mandato positivo que dimana de los 112 y 113 de la Constitución impone a la Administración garantizar, proteger y promover el ejercicio de la libertad de empresa o libertad económica, de lo que se deriva la obligación de aquella de procurar el normal funcionamiento – en condiciones de *competencia efectiva*- del mercado del cual se ejercerá la

empresa que se ha emprendido con todo, y sin embargo, entendemos que el criterio de la sentencia comentada es *relativo*, pues la defensa de la libre competencia –que es defensa, también de la libertad de empresa- puede requerir la restricción de la libertad económica. Paradójica situación sin duda, que encuentra claro reflejo en los supuestos que hemos mencionado anteriormente, y en los cuales la ordenación jurídico-administrativa del derecho al ejercicio de la empresa tiene, como *titulo habilitante básico*, la defensa de la libre competencia. Frente a esa ordenación se erigen las garantías jurídicas de la libertad de empresa que han sido estudiadas.

Si la Administración se encuentra emplazada por la Constitución económica a fin de defender la libre competencia, en tanto ello es necesario para garantizar la libertad de empresa, los operadores económicos tienen, en ejercicio de su libre iniciativa dos garantías genéricas: primero, que la Administración cumplirá tal mandato, facilitando el desarrollo de la empresa en condiciones efectivas de competencia; segundo, que la Administración *no violará, con su actuar, la libre competencia cuya protección a ella encomienda la Constitución*.

El Derecho de la Competencia, históricamente, surge para proteger a la libertad económica de los *abusos* en los que podían incurrir los particulares al ejercer su libre iniciativa privada: protección de libertad económica de unos frente al abuso en el ejercicio de la libertad de otros. Tal origen marco una impronta en el Derecho de la Competencia, pues su ámbito subjetivo de aplicación se refiere al *ejercicio de actividades económicas* sometidas al Derecho Privado, con independencia de la naturaleza formando el operador económico que las realiza. Defensa de la competencia como el control sobre el ejercicio de actividades económicas.

No niega el carácter *privado* de las conductas cuyo control se encomienda a la Administración: los contratos, acuerdos o conductas que pidan reputarse contrarios a la libre competencia y ser objeto de medidas administrativas punitivas, son esencialmente actos y negocios regidos por el Derecho Privado.

La aplicación de este principio dificulta el sometimiento de la Administración económica al Derecho de la Competencia, en tanto, ésta no actúa –siempre- a través de actos y negocios privados. Sin embargo, si consideramos, como antes se ha hecho, que la libre competencia es inherente a la libertad económica y que ha de enfocarse siempre desde este derecho constitucional, podemos concluir que toda vulneración ilegítima a la libre competencia es, en el fondo, una restricción al principio de autonomía que informa a la libertad de empresa. Libre competencia y libertad económica son, por tanto, dos conceptos inseparables. Este razonamiento es extensible a la Administración: cuando ésta, en el ejercicio de sus potestades, reduce el ámbito de autonomía de la libre iniciativa está afectando también la libre competencia; y asimismo, cuando menoscaba ésta, afecta a la libertad de empresa. Por tanto, si la Administración se encuentra sujeta a ese derecho subjetivo de rango constitucional, debiendo incluso fomentar su ejercicio, forzoso es concluir que, igualmente –y con la misma intensidad- se encuentra sujeta a libre competencia como principio de valor constitucional, cuya protección le es encomendada directamente por la Constitución. Lo anterior cobra especial importancia si nos detenemos en una particularidad: las restricciones a la libre competencia provienen no sólo de los propios operadores económicos, sino también, y muy especialmente, de la intervención que, sobre la economía, despliegan los poderes públicos (y en concreto la Administración económica). De allí que –y es esta la conclusión central de lo aquí expuesto- en los mismos términos en que la

Administración, mediante el ejercicio de potestades de ordenación y limitación, debe respetar el desarrollo de la libertad económica, debe también respetar la libre competencia. Ello no quiere decir, en absoluto, que esto no pueda afectar la libre competencia, esto es, la libertad de disputa de los operadores económicos; antes por el contrario, la Administración puede afectar tal libertad bajo las mismas condiciones en que puede restringir el derecho al ejercicio de la empresa, esto es, respetando sus garantías jurídicas.

Lo precedentemente expuesto permite afirmar, en nuestra opinión, la sujeción de las potestades administrativas a la libre competencia. Esa posibilidad ha sido ampliamente tratada en el Derecho Comparado. Resalta la experiencia española: se reconoce, así, que tales potestades pueden, bajo ciertas condiciones, ser examinadas en atención a su adecuación a la libre competencia, eventualmente, por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia. Igualmente, en el Derecho Comunitario Europeo priva el principio general conforme al cual las potestades administrativas –y en general, cualquier *medida* de los Estados miembro- se encuentran sujetas a las normas sobre libre competencia del Tratado de la Comunidad Europea, *cuando éste resulten aplicables*, esto es, cuando se afecte sensiblemente el comercio intracomunitario.

La sujeción de la Administración a la libertad de empresa supone, en idénticas condiciones, su sujeción a la libre competencia. Si la Administración no puede restringir ilegítimamente la libertad de empresa, tampoco puede restringir, ilegítimamente la libre competencia. Conclusión que se mantiene desde las perspectiva de los artículos 112 y 113 de la Constitución de Venezuela, que fuerzan a la reforma –inminente- de la todavía vigente Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Notar que no

se defiende la imposibilidad de la Administración de afectar la libre competencia: tal afectación es válida siempre y cuando se respeten las garantías jurídicas de la libertad de empresa, en sus dos vertientes –formales y materiales- ya analizadas.

Así toda restricción administrativa a libre competencia, esto es, a la actitud de los operadores económicos de disputar entre sí su posición como oferentes en determinado mercado, debe contar con cobertura legal suficiente. Además, cualquier restricción a tal aptitud deberá respetar las garantías jurídicas materiales de la libertad de empresa, especialmente, los principios favor libertate; de menor intervención; de proporcionalidad; el fin de interés general y, también, el principio de igualdad. Las restricciones que a esa aptitud se establezcan, así mismo, deberán respetar la autonomía privada que informa al derecho al ejercicio de la empresa. Toda potestad administrativa que, afectando esa aptitud, ignore estas garantías jurídicas, deberá reputarse contraria a la libre competencia y, por ende, contraria a la libertad de empresa.

Los supuestos bajo los cuales la Administración puede afectar la libre competencia a través del ejercicio de potestades administrativas que incidan sobre el derecho al ejercicio de la empresa son muy variados, por lo que convendría efectuar algunas breves consideraciones sobre las formas y modos en los que, para nosotros, tal restricción puede llevarse a cabo. Así, en lo que atañe a las formas, toda la manifestación de la actividad -o inactividad- de la Administración puede ser susceptible de menoscabar la libre competencia, aunque algunas técnicas son más propensas a restringir tal bien jurídica. Así, el Reglamento puede afectar la libre competencia cuando, ilegítimamente, restrinja la aptitud de los particulares de competir entre sí. Restricciones a la competencia que se manifiestan, también, a

través de actos administrativos. Los ejemplos, nuevamente, son muy variados: controles a la libertad de precio o la libertad contractual que discriminen al operador afectado reduciendo su aptitud de disputa o rivalidad. Junto a esta distinción debe, para nosotros, hacerse otra: las potestades administrativas pueden incidir negativamente sobre la libre competencia mediante dos modos: directa e indirectamente. Bajo el primer supuesto, la Administración, a través del ejercicio de sus potestades, restringe inmediatamente la libre competencia: así ocurriría, por ejemplo, cuando esta reduce significativamente los atributos que pueden desarrollarse a consecuencia del derecho al ejercicio de la empresa, reduciendo la actitud para competir. Puede suceder que la Administración, indirectamente, afecte la libre competencia: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunidad Europea reiteradamente se ha pronunciado sobre uno de los casos en que tal modo de proceder puede manifestarse, a saber, cuando el ejercicio de las potestades administrativas fuerza a determinada empresa a abusar de su posición de dominio.

Las anteriores consideraciones se efectúan, únicamente a título ejemplificativo. Lo realmente importante es que toda potestad que ilegítimamente afecte la libre competencia queda proscrita por el reconocimiento, como derecho subjetivo de rango constitucional, de la libertad económica. Es necesario aclarar, de otra parte, que el análisis de los supuestos en los cuales determinada potestad es considerada anticompetitiva únicamente puede realizarse en atención al caso concreto, y según las características puntuales del mercado en el cual inciden estas potestades: la libre competencia, se insiste, tiene un carácter relativo y limitado. Recordad, además, que la incidencia negativa de las potestades administrativas dependerá del ámbito de competencia efectiva que permita la ordenación jurídica del mercado correspondiente: si estas intervenciones

determinan el ámbito efectivo de la libre iniciativa privada puede sostenerse que, igualmente determinan el ámbito efectivo de la aptitud de los operadores de competir entre sí en desarrollo del derecho al ejercicio de la empresa.

La coyuntura actual de la libertad de empresa en Venezuela es, en resumen, ésta: muy pálido reflejo del sistema de economía social de mercado garantizado por la Constitución, ello, ante la continua marginación de la iniciativa privada, aun cuando la Exposición de Motivos de la Constitución, de dudosa procedencia por los demás, apuntaba a la existencia de un sistema económico basado en el respeto a esa iniciativa. Modelos como el que deriva del control de cambio vigente, son incompatibles con la Constitución, no ya por los puntuales vicios que han sido alegados, sino también, por resultar contar contradictorios con el sistema económico que recoge el Texto de 1999. El carácter vinculante de la Constitución económica no debe predicarse, únicamente, para justificar la intervención de limitación de la Administración; también, ha de invocarse para exigir *en cada caso*, el respeto a las garantías jurídicas de la libertad de empresa.

En su coyuntura actual, la libertad de empresa en Venezuela es notablemente afectada por numerosas disposiciones, muy pocas de ellas, debe reconocerse, con el anclaje legal indispensable. Las restricciones a las que se somete esa libertad son, también notables. Desproporcionadas en sus efectos, e innecesarias en sus fundamentos. Inutilidad de muchas de las restricciones a la que esa libertad es sometida. Ahí así, al menos potencialmente, una suerte de *expropiación de hecho* de la empresa privada, que se convierte en una *empresa privada de gestión pública*. Y no nos referimos a meras consideraciones especulativas. La advertencia que se hace no es, para nada, baladí: el ultimo informe sobre la libertad económica

que publican *The Heritage Foundation* y *The Wall Street Journal*, 2004, cataloga la actuación del Estado sobre la libertad económica como represiva, ubicando a Venezuela en el rango 143, de un total de 155, junto a países como Tajikistan, Irán, Uzbekistán y Turkmenistán. Delicada situación que se agrava si nos atenemos a las cuatro notas cardinales del Estado venezolano contemporáneo: un Estado ampliamente *interventor* en la economía; *centralista* en la distribución político-territorial de los poderes; *presidencialista* en la toma de decisiones políticas públicas, y *unitario*, en la conformación de su estructura política partidista.

En la base de esta coyuntura actual encontramos la interpretación reciente de la cláusula del Estado social: los Poderes Públicos, desde esta visión, deben intervenir en el orden económico a fin de dar satisfacción a las necesidades sociales ineludibles para la procura existencial y en particular, para dar oportuna satisfacción a los derechos sociales prestacionales. Ello incluso habilita a la Administración económica para desplegar potestades de ordenación y limitación aun cuando no siempre cuente con la respectiva habilitación legal: el principio de legalidad tiende a aminorarse ante la contundencia de la acción social Estado.

Se trata, conviene insistir en ello una vez más, de interpretaciones que no se compadecen con la lectura jurídica de la Constitución de 1999, dentro de cuyo marco, sencillamente, no puede tener cabida tal acción avasalladora del Estado social: éste no es un Estado absoluto, ilimitado en su actuar; por el contrario, es un Estado subordinado al Derecho. Es, en fin, Estado social de Derecho. Se resalta expresamente que con lo anterior no quiere promoverse una exaltación indiscriminada de la libertad económica. De igual manera que bajo el Texto de 1999 no tiene cabida una matizada interpretación *social* del principio de legalidad, tampoco al amparo de ese

Texto puede defenderse la existencia de una libertad económica de absoluto ejercicio. Como hemos sostenido en otro lugar, la libertad económica si tiene una función social y en tal virtud puede y debe ser limitada por el Estado. Lo que se exige es que, al llevar a cabo esa limitación, el Estado, y en especial la Administración se ajuste a los causes formales que impone el Estado de Derecho.

## **B. REGULACIÓN ECONÓMICA COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA LIBERTAD DE EMPRESA.**

Realizadas las anteriores notas sobre el significado de la regulación y cuando el Estado debe emplear dicho método, pasemos entonces a puntualizar de qué manera el Estado emplea la regulación como forma de intervención en la libertad de los particulares de dedicarse a la actividad económica de su preferencia.

Tal y como lo sostiene Hernández-Mendible (2004), en el mundo se han desarrollado dos modelos de regulación económica, uno es el modelo del derecho anglosajón que ha otorgado poderes a las agencias o comisiones -en Estados Unidos de América-, así como las autoridades unipersonales -en Inglaterra- para realizar la regulación, supervisión, control, fiscalización de determinadas actividades económicas y el otro es el modelo continental europeo, que ha establecido un sistema bicéfalo, en el cual participan los órganos del gobierno, como son los Ministerios y las autoridades administrativas creadas para realizar la regulación específica de sectores económicos concretos.

En Venezuela, según apunta el autor antes comentado, conforme al marco constitucional y legal, la regulación económica **se encuentra**

**atribuida al Poder Público Nacional, la cual se desarrolla bajo cuatro modalidades:**

- **La regulación económica efectuada por el Poder Legislativo, durante el estado de normalidad institucional.**
- **La regulación económica efectuada por el Poder Ejecutivo, durante el estado de normalidad institucional.**
- **La regulación económica efectuada por el Poder Ejecutivo, durante el estado de anormalidad institucional.**
- **La regulación económica efectuada por las autoridades administrativas.**

En primer lugar, -sostiene el comentado autor-, se ubica la competencia del Poder Legislativo, que puede establecer normas reguladoras de la actividad económica, en ejercicio de las atribuciones que le otorgan el artículo 156, numerales 32 y 33 en concordancia con el artículo 187, numeral 1 de la Constitución, conforme a los cuales éste debe legislar en materia de derechos y garantías constitucionales, así como aquellas materias que la Constitución atribuya al Poder Público Nacional o que le correspondan por su índole o naturaleza.

La legislación que desarrolle los derechos constitucionales debe tener rango orgánico, por mandato expreso del artículo 203 de la Constitución y ello debe ser así, porque todo lo concerniente a la regulación de los derechos constitucionales es materia de reserva legal del Poder Público Nacional. Por ello, solo mediante ley orgánica se puede excluir o limitar el ejercicio de los derechos constitucionales económicos.

En segundo lugar, la potestad regulatoria se encuentra atribuida al Poder Ejecutivo, quien la lleva a efecto mediante los decretos con rango y

fuerza de ley, los reglamentos o mediante actos administrativos generales o individuales, conforme a la normativa constitucional.

Es así como los artículos 203 y 236, numeral 8 de la Constitución, establecen que la ley habilitante es aquella sancionada por el Poder Legislativo, mediante el voto calificado de las tres quintas partes de sus integrantes, con el objeto establecer las directrices, los propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, para que dicte decretos con rango y fuerza de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo para que el Ejecutivo Nacional ejerza la habilitación legislativa.

En el ordenamiento constitucional vigente, dentro del marco de normalidad institucional, el Ejecutivo Nacional en principio, **sólo puede regular la actividad económica, mediante decretos con rango y fuerza de ley, previa autorización del Poder Legislativo, en la cual se establecerán los límites de la delegación.**

Por otra parte, encontramos que el Ejecutivo Nacional para regular la actividad económica a través de actos administrativos, debe actuar con total y absoluto apego al ordenamiento jurídico, so pena de incurrir en actuaciones que no solo afectan los derechos constitucionales, sino que al ser contrarias a Derecho, comprometan la responsabilidad individual del Presidente de la República (artículos 25, 139, 232 de la Constitución y 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública) y la responsabilidad de la República (artículos 6, 140, 141, 259 de la Constitución y 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública).

La Constitución establece la posibilidad de restringir temporalmente la garantía del ejercicio de los derechos constitucionales, en los casos que se

haya declarado un estado de excepción, conforme a los artículos 337 al 339 del texto constitucional.

El Presidente de la República, en Consejo de Ministros puede decretar estados de excepción, en aquellos casos en que existan circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico que afecten la seguridad de la nación, de las instituciones y de los ciudadanos, que no puedan ser enfrentadas por el Poder Público, mediante los mecanismos jurídicos contemplados en el ordenamiento jurídico ordinario, por resultar éstos insuficientes para el restablecimiento de la normalidad institucional. La declaratoria de estado de excepción puede conducir a la restricción temporal de las garantías reconocidas en la Constitución (artículo 236, numeral 7 de la Constitución), salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

El Estado de emergencia económica puede decretarse cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica del país y el Decreto que lo declare, deberá regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, disponer la adopción de las medidas oportunas, destinadas a resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis e impedir la extensión de sus efectos.

La declaratoria de Estado de emergencia económica puede recaer sobre todo o parte del territorio nacional, durante un plazo de sesenta días, prorrogable por un plazo igual, debiendo someterse el Decreto en uno u otro caso, dentro del lapso de ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada para su consideración y

aprobación. También se enviará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.

**Según lo expuesto, la restricción del ejercicio de los derechos constitucionales económicos debe realizarse conforme a la Constitución y a la Ley.**

Finalmente, encontramos que luego del Presidente de la República, la autoridad administrativa desde el punto de vista jerárquico, **competente para realizar la actividad de regulación general son los respectivos Ministerios, los cuales deben actuar con fundamento en las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública, del Decreto de organización y funcionamiento de la Administración Pública Central y de las respectivas leyes sectoriales. En tal sentido, los Ministerios del ramo correspondiente son órganos reguladores generales de aquella actividad económica, que potencialmente pueden realizar actividad regulatoria, siempre y cuando se observe el régimen de libre competencia.**

Continúa comentando Hernández-Mendible (2004), que Lo ideal es que cada sector de la actividad económica tenga un ente especializado, al cual el legislador encomiende la misión de regular dicha actividad económica. Se trata de un ente estructurado jurídica, económica y técnicamente con los instrumentos necesarios para cumplir la función regulatoria sectorial. Sin embargo, lo ideal no siempre se corresponde con la realidad y en el caso concreto de Venezuela, la realidad es disímil, pues los entes reguladores especializados no atienden a una tipología única, ni tienen una estructura homogénea o una atribución de competencias uniformes, sino que cada uno ha sido estructurado de una forma asistemática y hasta

caprichosa, lo que conduce a que se **cuenta con autoridades administrativas técnicamente concebidas como auténticos entes reguladores y autoridades administrativas que calificarlas como entes reguladores, no constituye más que una declaración voluntarista, porque se encuentran muy lejos de serlo.**

Puntualiza la anterior afirmación, comentando que aunque existen competencias regulatorias genéricas atribuidas a los Ministerios, sin embargo, ello no obsta a que se le atribuyan competencias específicas en el ámbito de los sectores de la actividad económica. Estas atribuciones regulatorias le son otorgadas por las leyes, que conforman el marco jurídico de las distintas actividades económicas.

Igualmente, existen institutos autónomos a los que se les ha encomendado la misión de entes reguladores de la actividad económica. El más antiguo de estos entes es la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, instituto autónomo que en el sector bancario y financiero tiene atribuida la regulación, supervisión, inspección, vigilancia y control de los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras, casas de cambio, operadores cambiarios fronterizos y empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito. Se trata de un ente de dirección unipersonal, exceptuado de cumplir con las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo, respecto a los directores laborales (artículos 213, 217 y 235 del Decreto con fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras).

Tal y como se apuntó, la actividad regulatoria se lleva a cabo por diferentes órganos y entes que van desde el presidente, con su actividad reglamentaria, el poder legislativo a través de leyes y los diferentes

ministerios e institutos autónomos que tienen atribuida competencia para regular.

De esta manera, vemos como en el marco de la Constitución de 1999, el Estado se encuentra emplazado a intervenir en el orden económico a fin de asegurar la satisfacción de necesidades básicas y esenciales de los ciudadanos, especialmente las relacionadas con la atención de derechos fundamentales. Tal intervención puede llevarse a cabo para prestar actividades económicas o fomentar la actuación de los particulares o bien para limitar la conducta de los operadores económicos.

Para garantizar a los consumidores el acceso a bienes y servicios anejos a la procura existencial, el Estado puede limitar el derecho a los proveedores a comercializar tales bienes, esto es, puede restringir su libertad de empresas y su propiedad privada. Esa limitación puede abarcar, así, entre otros, la restricción del precio de venta de esos bienes a fin de establecer un precio que asegure el libre acceso de los consumidores en condiciones homogéneas. Es por lo anterior que el control de precios es una de las formas en que **ser regula la actividad económica de los particulares al no poder éstos libremente establecer las políticas de su actividad.**

Al respecto se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 1° de octubre de 2003, caso *Parkimundo* aduciendo sobre este tema lo siguiente:

“...Los Poderes Públicos pueden regular el ejercicio de la libertad económica para la atención de cualquiera de las causas de interés social que nombra la Constitución, entre las cuales se encuentra la protección al consumidor y al

usuario. En efecto, en concordancia con el sistema de economía social que asumió el texto fundamental, el constituyente admitió que la libertad económica podía ser limitada para la protección de los derechos de consumidores y usuarios que reconoce el artículo 117 de la Constitución.

Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que se califican esenciales para los consumidores y usuarios. Se considera así que la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales puede restringir el acceso a éstos por parte de los consumidores, en detrimento del derecho que reconoce el artículo 117 Constitucional, con relación a la disposición de 'bienes y servicios de calidad'. Frente a tal eventualidad, la regulación de precios –junto a otras medidas económicas– encuentran plena justificación dentro del marco de la Constitución económica.

Ahora bien, observa esta Sala que, en criterio de los recurrentes, la sola regulación del precio de los servicios de estacionamiento, guarda y custodia de vehículos automotores, constituye per se, una violación al derecho a la libertad económica, argumento que debe desestimarse, por cuanto, en el marco de una economía social de mercado, la regulación de precios es una técnica de limitación que encuentra suficiente basamento jurídico. Evidentemente, en la implantación de esa regulación, los Poderes Públicos deben respetar las exigencias que derivan del artículo 112 constitucional, por lo que dicha regulación sólo podrá acordarse en los términos en que expresamente establezca el legislador nacional, porque la materia es de reserva legal...”.

La sentencia antes transcrita ha sido cuestionada por Casal (2006), quien sostiene que el análisis llevado a cabo por la Sala Constitucional,

reduce el análisis de las garantías de de la libertad económica, además se observa que la aludida sentencia considera que el control de precios debe permitir la relación de los costes asociados con la explotación de la actividad económica.

De esta manera, se tiene que La regulación económica atañe la potestad de establecer normas. Ordenación a través de normas jurídicas mediante las cuales, se limita la actividad económica. No obstante, las medidas ordenadoras no sólo se hacen a través de normas sino a través de actos concretos.

La regulación en Venezuela, tiene lugar a través de toda medida del poder público que interviene en la economía. Por ejemplo, cuando el Instituto Nacional de Educación al Consumido y al Usuario INDECU dicta medidas.

Así, la regulación es cualquier técnica que sustituye la autonomía empresarial y se puede manifestar a través de (i) normas jurídicas; (ii) reglamentos; (iii) sanciones y; (iv) actos concretos.

Finalmente, sobre este punto concluye Hernández (2006, 219, 220), sosteniendo que la regulación económica al definir *ex ante* las conductas que pueden emplazar los operadores económicos, puede contribuir a la existencia de condiciones efectivas de competencia. Sin embargo, es posible también que la regulación, al incidir sobre la conducta de los operadores, afecte negativamente su aptitud de competir. En estricto sentido, toda regulación reduce el ámbito de libertad económica. Ahora bien, que la regulación económica afecte negativamente la aptitud de competir de los operadores, no implica que tal regulación sea contraria a la Constitución: la regulación siempre afectará negativamente la libertad de empresas, lo que se debe tener en cuenta es cuando dicha afectación es ilegítima.

Continúa señalando el autor comentado, que si la Administración se encuentra emplazada por la Constitución económica para defender la libre competencia, en tanto ello es necesario para garantizar la libertad de empresa, los operadores económicos tienen, en ejercicio de su libre iniciativa, dos garantías genéricas: primero, que la Administración cumplirá tal mandato, facilitando el desarrollo de la empresa en condiciones efectivas de competencia; segundo, que la Administración no menoscabará con su actuar, la libre competencia cuya protección le ha sido encomendada por la Constitución.

Por otra parte, encontramos que para Miranda Londoño (2005), la intervención del Estado en la Economía se representa en diferentes facetas y funciones; en primer lugar, desarrolla una función de garantía, la cual consiste en garantizar los derechos que, para el liberalismo clásico, justifican la existencia del Estado, esto es, la seguridad individual y la propiedad de éstos, según afirma este autor, la garantía de la propiedad se constituye en la principal función del Estado en materia económica, pues ésta garantiza el intercambio, en el cual se basa la economía de mercado. Posteriormente otros derechos de contenido económico como la libre asociación, la libertad de competencia, de información los cuales también han sido tutelados por el Estado.

Según el aludido autor, de la función de garantía se deriva la de fomento por medio de la cual el Estado interviene en la economía y desarrolla una labor de estímulo o impulso a favor de la población, con el fin de lograr que el mayor número de personas accedan a los derechos garantizados.

De esta manera, continua indicando el citado autor colombiano, que la segunda forma de intervención del Estado en la economía se refiere a su actuación como agente económico, es decir, cuando se comporta como productor o como consumidor de bienes y servicios. En efecto, el Estado interviene en el mercado monetario, crediticio, bursátil, asegurador, etc., antes como exclusivo y dominante productor y en la actualidad como productor (en algunos casos), pero principalmente como consumidor. Del mismo modo, interviene como demandante de mano de obra en los mercados laborales, o bien como proveedor monopolístico de bienes y servicios provenientes de la explotación de monopolios estatales, de algunos recursos naturales o de bienes de su propiedad, entre otras actividades de intervención directa en la economía.

Otra de las formas como el Estado interviene en la economía, -según apunta el autor comentado- es por medio de la actividad de dirección, de esta manera, encontramos que como consecuencia de la influencia del socialismo de finales del siglo XIX y principios del XX, las constituciones de muchos países le entregaron al Estado, no sólo la guarda de los derechos a la propiedad y la seguridad como garantía para la operación del sistema de mercado, sino también la facultad de dirigir y regular la economía bajo las directrices contenidas en la Constitución y la Ley, a lo cual se ha denominado intervención normativa en la economía.

De esta manera, para Miranda Londoño (2005, 147), la intervención normativa es la definición de restricciones a la libertad empresarial. Dicha potestad, no debe dirigirse a corregir fallas del mercado, ni a buscar un orden económico preciso, sino que debe reflejar la política y los intereses del Estado, los cuales se encuentra plasmados en la Constitución y desarrollados por la Ley. Es por esta razón que el Estado establece las

autoridades u organismos encargados de velar por el cumplimiento de las normas que limitan la actividad empresarial, las cuales actúan en ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control. Adicionalmente, se otorgan también a las autoridades administrativas, **facultades de regulación económica, cuyo objetivo es el de orientar la actividad económica hacia el equilibrio. La regulación económica es la nueva forma de intervención con la cual el Estado impone orden y equilibrio en las actividades del mercado.**

## INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad de empresa se encuentra previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en su artículo 112 que contiene el bloque de normas y principios que establece el derecho de los particulares a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, así como las limitaciones que el Estado Venezolano puede imponer a éste, lo cual ha sido definido por la doctrina nacional como la Constitución Económica.

La libertad económica como derecho constitucional tiene numerosas implicaciones. Una de ellas es que los poderes públicos han de procurar que las facultades comprendidas por esta libertad puedan ejercerse tan ampliamente como sea posible, de lo cual es expresión del propio artículo 112 de la Carta Magna, que impone al Estado el deber de promover la iniciativa privada. El derecho a la libertad económica admite limitaciones, como lo señala el mismo precepto constitucional, pero el punto de partida en materia de derechos constitucionales es siempre el de reconocimiento y garantía de la libertad correspondiente, la cual solo podrá ser sometida a aquellas restricciones adoptadas con base en la Ley que superen la prueba de la proporcionalidad y del respeto al contenido esencial, y que se ajusten a otros principios constitucionales que puedan estar en juego.

El artículo 112 de la Constitución vigente, contiene varios principios que comprenden por una parte, el reconocimiento de la libertad económica, es decir, la autonomía que tienen los particulares de dedicarse a la actividad

productiva que estimen conveniente y; por la otra, las limitaciones que el propio Estado puede ejercer sobre dicha libertad, al mismo tiempo que lo proyecta como promotor de la iniciativa privada.

Las garantías económicas consagradas en el Texto Fundamental son entre otras: las de creación de la riqueza y su justa distribución, las de la producción de bienes y servicios capaces de satisfacer las necesidades de la población; las de libertad de trabajo; libertad de empresa; las de libertad de comercio; y, las de libertad de industrias.

Sin embargo, todas estas garantías se encuentran sometidas a la potestad del Estado de limitarlas a través de medidas destinadas a planificar, racionalizar, regular e impulsar el desarrollo integral del país.

Las actuaciones del Estado en la economía permiten que se intente una clasificación de los diferentes roles que le son asignados y que han sido denominados por la doctrina como: i) Estado promotor, esto es, en ejercicio de la llamada actividad de fomento; ii) la figura del **Estado regulador**, en el cual se enmarca la actividad normativa que establece tanto los derechos como los límites de las facultades que los particulares ejercen; iii) el Estado empresario, que se refiere a la actuación de éste asumiendo por sí mismo los riesgos de la gestión económica y; iv) el Estado planificador que establece las modalidades del régimen económico.

De esta manera se puede afirmar que el sistema económico sancionado por la Constitución de 1999, básicamente tiene dos pilares

fundamentales, de un lado se encuentra la *libertad económica*, y por el otro, la *cláusula del Estado social*, prevista en el artículo 2 de la Constitución, es por ello que dicho sistema se puede definir como un “*sistema de economía social de mercado*”.

Con relación a la *libertad económica*, la Constitución se pronuncia a favor a la libre iniciativa privada y a la propiedad privada, como lo establece la Exposición de Motivos de la misma, un sistema económico basado en el respeto a la acción individual. Igualmente, la Carta Fundamental instituye el principio del *mercado* en el que ha de desarrollarse la libertad económica, sustentado en la libre competencia (artículo 299), fortalecida esta última, por la prohibición de monopolios y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía (artículo 113).

En cuanto al segundo de los pilares mencionados, la Constitución prevé la influencia que sobre el sistema económico ejerce la cláusula del Estado social, y es por ello que el derecho constitucional de la libertad económica es limitado por el interés social. Asimismo, a lo largo del texto constitucional encontramos otras normas que justifican la intervención del Estado en la economía, tal como se ha afirmado, el artículo 112 faculta al Estado para planificar, racionalizar **y regular la economía** e impulsar el desarrollo integral del país, asimismo, el ya indicado artículo 299, ordena que el Estado, con la iniciativa privada, deberá promover el desarrollo armónico de la economía nacional; el artículo 300, faculta la intervención directa del Estado a través de las empresas públicas, y la posibilidad prevista en el artículo 302 de que el Estado se reserve servicios y bienes de interés público.

En estos términos, es pues como hablamos de un sistema de economía social de mercado consagrado por la Constitución, donde la *economía de mercado* la vemos patentada en el reconocimiento y protección de la libre iniciativa privada y la libre competencia y lo social, en la forma como el Estado puede limitar el ejercicio de esa libre iniciativa.

En definitiva, si bien el marco constitucional establece los pilares fundamentales del sistema económico regente en Venezuela, su desarrollo y ejecución dependerán directamente de los órganos del Estado (legislador y gobierno), con el acento político imperante del momento actual.

De esta manera, tenemos que el Estado a través de las denominadas **Regulaciones Económicas interviene en forma directa en la actividad económica**, encontrándose la libre empresa fuertemente limitada pues la tendencia ha sido orientada más a restringir que a favorecer a ésta.

En este mismo sentido, resulta necesario establecer un concepto integral tanto de lo que debe entenderse por libertad de empresa, como de lo que significa la regulación económica, para luego analizar, en principio, los caracteres que revisten esta figura, muy especialmente lo que respecta a las distintas posiciones, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, respecto a si el derecho a la libertad de empresa está fuertemente limitado por las regulaciones económicas; al punto que éste se ve en peligro de ser vaciado en su contenido esencial; seguidamente a ello, se hará un análisis centrándonos en especial en el estudio de los criterios jurisprudenciales que

la jurisdicción constitucional y contencioso administrativa han sentado al interpretar el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para finalmente, determinar si conforme a los criterios jurisprudenciales que se analizarán, el derecho a la libertad de empresas se encuentra fuertemente limitado por las Regulaciones Económicas impuestas por el Estado venezolano.

Visto lo anterior, resulta necesario hacer referencia al hecho de que esta investigación es un estudio monográfico a un nivel descriptivo; monográfico porque consiste en un estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo principalmente de fuentes bibliográficas y documentales, y descriptivo porque se seleccionaron una serie de cuestiones y se midieron cada una de ellas independientemente, para así concluir con lo que se estaba investigando.

La técnica utilizada fue la de análisis de contenido, representada en una matriz de análisis necesaria para registrar y analizar la información extraída de las fuentes documentales.

El presente trabajo está estructurado en cuatro (4) capítulos y sus correspondientes subdivisiones; en el capítulo I se analizó la ordenación jurídico administrativa de la libertad económica y su contenido esencial; en el capítulo II se establecieron los límites de la libertad económica como garantía de los particulares a dedicarse a la actividad económica de su preferencia; en el capítulo III se analizaron las regulaciones económicas como forma de intervención del Estado venezolano en la libertad de empresas de los particulares y, en el capítulo IV se precisaron los fundamentos jurídicos y económicos de las Regulaciones Económicas.

Con el desarrollo de los capítulos antes identificados se logró el objetivo general de la investigación, el cual era determinar el alcance del Derecho a la Libertad Económica previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los límites que el Estado venezolano impone a los particulares a través de las regulaciones económicas.

## **IV FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE LAS REGULACIONES ECONÓMICAS DEL ESTADO VENEZOLANO**

Tal y como lo hemos apuntado en capítulos anteriores, la regulación es una forma de expresión de la intervención del estado en la economía la cual se encuentra además limitada por la Constitución y la Ley.

Pasemos de seguida a realizar las siguientes consideraciones sobre los fundamentos de las regulaciones económicas.

### **A. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS REGULACIONES ECONÓMICAS**

Nos comenta De León, (1993), que desde principios de los sesenta hasta 1989, Venezuela emprendió una estrategia de desarrollo hacia adentro con enormes barreras al comercio internacional y diversas medidas proteccionistas para el productor local. Esta estrategia económica se complementaba y **nutria por un marco legal hecho a la medida de un Estado paternalista, que era además, propietario de una elevada renta petrolera bastante significativa. Durante esos treinta años, el Estado ejerció su control directo sobre prácticamente todos los aspectos de la actividad económica: precios de producción, presupuestos de divisas para insumos, tasas de interés y tasa de cambio múltiple. A las compañías les resultaba imposible tomar cualquier decisión estratégica sin tener que pasar previamente por algún tipo de autorización gubernamental.**

En 1989, -continúa reseñando el aludido autor- cuando Venezuela decidió cambiar radicalmente su estrategia económica, se adoptaron reformas económicas para liberalizar el comercio, los mercados de divisas, los precios, las tasas de interés y otras áreas de la economía. **Esta liberalización vino acompañada por reformas sustanciales de la estructura legal, para poder constituir el marco regulatorio adecuado para una economía de mercado.**

Junto con las reformas económicas, se introdujeron reformas legales para crear un marco más estable para la nueva estrategia económica orientada hacia el mercado. **Para lograrlo, se promulgaron tres leyes que sientan los parámetros dentro de los cuales los venezolanos pueden ejercer su libertad económica, a saber: la Ley de Competencia, la Ley Antidumping y la Ley de Protección al Consumidor.**

La Ley Antidumping se promulgó para limitar la competencia extranjera desleal, y la Ley de Protección al Consumidor limita la capacidad del gobierno para controlar precios, mientras estipula otras formas de proteger al consumidor. La Ley de Competencia.

Para De León (1993), de acuerdo a la Constitución Venezolana, las limitaciones a la libertad económica individual para dedicarse a cualquier actividad rentable sólo pueden promulgarse por ley y debido a razones de "seguridad, salud pública e interés social". Esta parte de la Constitución, generalmente conocida como garantías económicas, estuvo suspendida durante treinta años, desde 1961 hasta julio de 1991. **La suspensión le daba al gobierno la capacidad para regular la actividad económica por decreto.** En otras palabras, **le daba al Poder Ejecutivo las bases legales para regular la economía sin aprobación del Congreso. El gobierno**

**controló así, directamente, por decreto-ley casi todos los aspectos de la economía durante más de 30 años.**

Esto generó un ambiente legal muy volátil, pues los gobiernos ejercían su poder a su entera discreción, regulando, por ejemplo, cosas como el precio de un corte de pelo o la distancia mínima entre dos farmacias.

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia fue aprobada por el Congreso en diciembre de 1991, después de más de 10 años de debate intermitente en el Congreso. Todos estaban de acuerdo en que se necesitaba una ley antimonopolio inmediatamente después de restituidas las garantías económicas, de forma tal que existiera una regulación que desalentara a los monopolistas y oligopolistas locales ejercer su poder en el mercado.

En la redacción de la Ley de Competencia venezolana se tomaron como modelo los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Se prohíben automáticamente las prácticas restrictivas (entre competidores y entre vendedores y compradores), salvo cuando así lo *autorice explícitamente la oficina de competencia*, la cual puede conceder exenciones individuales o en el bloque. Para autorizar una práctica potencialmente restrictiva, las partes tienen que demostrar su impacto positivo sobre la eficiencia. En otras palabras, bajo la ley venezolana, todas las prácticas restrictivas mencionadas en la ley quedan prohibidas *per se*, salvo si la oficina de competencia decide conceder exenciones *individuales* o en *bloque*. Por otra parte la Ley no provee, como en otras legislaciones, criterios para el análisis de aquellas prácticas que pudieran, de acuerdo a su impacto en la eficiencia económica, ser beneficiosas para la competencia. **Estos casos, de acuerdo a otras legislaciones, se analizan de acuerdo al principio de la regla de la razón.**

Por otra parte, encontramos que para Hernández (2006, 147), que los fundamentos que justifican la actividad de ordenación y limitación económica pueden ser abordados desde dos niveles. En un primer nivel, toda restricción al ejercicio de la economía **deberá estar basada en una causa de interés general. Una determinación que corresponde principalmente al legislador** que deberá dar cobertura, en cada caso, a las restricciones que sobre el ejercicio de la libertad de empresa desee imponer la Administración. Sin embargo, es usual que el legislador delegue en la Administración la calificación de ese interés general, sucede así en las potestades discrecionales de ordenación y limitación, en las cuales la Administración, para afectar el ejercicio de esa libertad, **deberá valorar razones de oportunidad y mérito. Además, en un segundo nivel, corresponde a la propia Administración justificar razonable y objetivamente que la limitación que impone a la libertad económica responde a la imperiosa labor de interés general previamente delimitada por el legislador.**

En igual sentido, encontramos que el Tribunal Constitucional Español ha señalado que las regulaciones que se imponen para limitar la libertad económica **deben ser proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden**; así lo dejó establecido en sentencia N° 109/2003 de fecha 05 de junio de 2003, en la que se indicó lo que sigue:

**“...Este Tribunal ya se ha manifestado reiteradamente acerca de que el legislador puede optar legítimamente entre alguna de las alternativas existentes para la regulación de un sector o aspecto del mismo, con tal de que cumpla los requisitos o exigencias constitucionales que correspondan en cada caso. En**

este supuesto, las exigencias materiales de la normativa básica que ahora nos ocupan se concretan en que el legislador, en ejercicio de su función legítima, ha configurado una regulación uniforme para todo el territorio nacional, en relación con las autorizaciones de apertura de las oficinas de farmacia, que se justifica en el preámbulo de la Ley, de modo que la opción material relativa a la transmisibilidad de dichas autorizaciones es la que determina el modo de satisfacción del interés público sanitario presente en la dispensación de medicamentos.

En relación con el derecho a la libertad de empresa **hemos declarado que «viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites ... está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial. No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal» (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2).**

*(...Omissis )* **Asimismo hemos precisado que las regulaciones autonómicas que prevengan la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico, introduciendo un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación es admisible con tal de que dentro del ámbito competencial respectivo ‘resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias**

**previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin'** (STC 88/1986, FJ 6).

**Y en fin, desde sus primeras resoluciones (STC 26/1981, FJ 15) ha venido a decir que no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor».**

**En definitiva, «para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes, como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad ... es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición, en cuanto medio ordenado para hacerlo posible» (STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2).**

Lo razonado encuentra aún mayor sustento por el hecho de que las oficinas de farmacia han sido configuradas por el legislador como «establecimientos sanitarios privados de interés público», pues esta dimensión pública justifica en mayor medida la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio farmacéutico de acuerdo con las peculiaridades territoriales, siempre que resulten proporcionadas.

**En definitiva, el principio general de que «la vigencia de la libertad de empresa no resulta**

**constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado» (STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6.d) se encuentra reforzado por esa publicación del servicio sanitario (STC 17/1990, de 7 de febrero)”. (Resaltado añadido).**

En igual sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1422 del 30 de junio de 2005 caso *Hugo Nemirovsky* que sobre el tema señaló lo siguiente:

“...Respecto a la libertad de empresa, la Sala comparte la posición sostenida por parte de la doctrina (vid. ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Tercera Edición, 2004. Pp. 259 y ss.) referente a que si bien existe una notoria dificultad para analizar dentro de la perspectiva constitucional los diversos elementos esenciales relacionados con cada sector económico en particular, **la consagración del principio de igualdad y el basamento general del derecho a la libertad, son los pilares esenciales de los cuales debe partir todo desarrollo vinculado con el ejercicio de actividades económicas. En tal sentido, debe entenderse que las mismas operan hacia todos los factores económicos de un sector que posean idénticas peculiaridades y disfruten de una misma libertad dentro de la clase a la cual pertenecen, considerando para ello, las perspectivas mínimas esenciales de los elementos vinculados al ingreso, desarrollo y posibilidad de abandono del derecho a la actividad empresarial, los cuales deben considerarse en el siguiente orden: en cuanto al acceso, el reducto infranqueable debe ser mínimo, en el sentido de no prohibir de manera absoluta y no imponer el ingreso de forma forzosa, sólo debe matizarse a través de requerimientos**

**pautados para permitir la habilitación al sector; respecto al abandono de la actividad, dicho reducto también debe ser mínimo, no debe imponerse la obligación de continuar, salvo que deban cumplirse determinadas obligaciones que exijan en razón de la actividad, el cumplimiento de un proceso necesario antes de permitir el cesamiento; mientras que, en cuanto al ejercicio, quien ejerza la actividad ha de gozar de un mínimo, pero suficiente reducto infranqueable de autonomía que le permita el ejercicio de la actividad de empresa.**

La Constitución también matiza los elementos integradores del derecho de propiedad, en virtud de las posibilidades limitantes establecidas en el artículo 115 constitucional, relativas a la utilidad pública o al interés general. En estos casos, la propiedad puede limitarse obedeciendo a la función social de la misma, pero su restricción proveniente de los agentes externos del Poder Público no puede constreñir su elemento esencial ni generar consecuentemente la desnaturalización del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, por lo que en el caso de uno de los elementos del derecho de propiedad, como lo es, la disposición de los bienes que sean susceptibles de transacción, como ocurre en el caso de los títulos valores, no puede prohibirse por atentar contra el núcleo de la propiedad y de la libertad de empresa, lo cual no impide que pueda controlarse y regularse de acuerdo a las normas dictadas por los agentes del Poder Público en razón de la protección de los intereses superiores de la colectividad.

(...)

Conforme a lo expuesto, existe la posibilidad de la regulación de los derechos **siempre que materialmente no se anule su contenido esencial, se cumpla con las debidas garantías formales de conformidad con los**

**parámetros de la reserva legal y su correcta habilitación reglamentaria, así como el correcto proceder del acto sublegal, y que tales limitaciones obedezcan también a principios de rango constitucional en razón del amparo del interés general o de la función social de la actividad a normarse.**

En nuestro ordenamiento, existen regulaciones generales y elementales que delimitan el desenvolvimiento de las actividades desarrolladas por los particulares, tal es el caso de las disposiciones establecidas en el Código Civil y en el Código de Comercio; no obstante, **hay sectores de la vida social que, por la importancia que tienen para el interés general, pueden requerir de la instrumentación de regulaciones especiales que los abstraigan de las normas generales, siempre y cuando, tal como se señalase, ese régimen particular no desnaturalice los derechos fundamentales.**

**En el caso del mercado de capitales, dicha materia comprende una relevancia sumamente importante que motiva la intervención del Estado en los procesos relacionados con esta materia, toda vez que las negociaciones efectuadas pueden incidir en aspectos de interés general relacionados con los principios fundamentales de la libre competencia; igualmente, a la modalidad de las transacciones da lugar a que se motive la protección de los inversionistas menores, así como de los demás accionistas quienes deberán estar debidamente informados de las ofertas que tengan lugar y de recibir las mismas oportunidades de participación, así como de los accionistas mayoritarios quienes buscarán concurrir con participación a cambio del mejor precio; del mercado de valores, por el impacto que pueda producir la liquidez de las acciones; de la colectividad reflejada en los consumidores, ante el cambio de control de una compañía que preste bienes y servicios; de los**

trabajadores de las compañías, ante la sustitución patronal, y por último, de la seguridad nacional, en virtud de que pueden haber empresas de suma relevancia, cuya toma de control debe estar vigilada por los entes nacionales ante su posible adquisición por compañías foráneas o ante la intención de supuestos inversores que tenga por finalidad legitimar capitales provenientes de negocios ilícitos, fundamentos éstos que, en su conjunto, ameritan la intervención estatal para limitar esta materia, así como de los derechos de los particulares que estuviesen involucrados, sobre todo aquellos referentes a la autonomía de la voluntad para efectuar negociaciones, así como de la disposición de los bienes a ser transados, comprendidos dentro de los derechos a la propiedad y a la libertad económica, de conformidad con el lineamiento establecido en los artículos 112 y 115 de la Constitución...”. (Resaltado añadido).

Por su parte, De la Cruz Ferrer (2005), sostiene que el ordenamiento jurídico de la economía resulta imprescindible para que los agentes tengan “seguridad jurídica” o certeza respecto de las reglas de juego que deben respetarse en el mercado (derechos de propiedad, contratación, responsabilidad) y puedan reducir la incertidumbre y el riesgo a las decisiones estrictamente empresariales. **Una de las funciones esenciales del Estado es desarrollar la base institucional y el ordenamiento jurídico básico sobre el que descansa cualquier actividad humana.**

En idéntico sentido, continua afirmado el comentado autor, que una de las aportaciones más interesantes de los primeros estudios sistemáticos de la regulación consiste en distinguir los tipos de regulación y su incidencia

sobre las libertades y los mercados: (i) La regulación constitucional de las instituciones públicas y privadas y de reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas constituye el ordenamiento básico de la sociedad, la política y la economía; (ii) la regulación civil institucional de las personas, derechos de propiedad, contratos, responsabilidad, familia, formas de organización empresarial, lo cual según afirma De la Cruz, no sólo aporta la seguridad jurídica imprescindible para la vida económica y social, sino que también la facilita, al reducir los costes de información y transacción; (iii) La regulación administrativa define los límites de los derechos, protegiendo a los consumidores, la seguridad y la salud de los diferentes sectores y mercados; (iv) Finalmente, la regulación económica incide a causa de los fallos de mercado sobre las decisiones empresariales y sobre la organización de los mercados, sustituyendo el orden de la competencia en el mercado por el orden de la regulación.

Para Araujo (2007), la regulación económica ha pretendido sustituir la libertad de competencia, persiguiendo efectos que se suponen similares, mediante tres grandes técnicas: (i) Empresas Públicas, con o sin nacionalización y/o declaratoria de reserva de la actividad, con la expectativa de que los mecanismos de dirección y responsabilidad política serían suficientes para conseguir los fines públicos. (ii) Condiciones Empresariales la regulación coactiva de las condiciones de producción, calidad y precios de los servicios prestados tanto por empresas públicas como privadas. (iii) Estructuras empresariales, la regulación de la estructura empresarial del sector; limitándose el número de operadores que puedan acceder al mismo.

Coincide el referido autor al indicar que el fundamento de la regulación económica se ha justificado en la existencia de las denominadas fallas de

mercado. Así, para Araujo (2007), la regulación económica priva de facultades propias a los derechos y libertades económicas.

## **B. FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LAS REGULACIONES.**

### **1. LOS FALLOS DE MERCADO COMO FUNDAMENTO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA**

Como se ha señalado anteriormente, los fallos de mercado son el fundamento de las regulaciones económicas, pasemos entonces a desarrollar que se entiende por dichos fallos.

Según nos comenta De León (1993), los mercados son sistemas complejos de cooperación humana en que por definición la rivalidad puede ser eliminada con miras a alcanzar objetivos que individualmente fueran imposibles de obtener, y cuyo efecto principal es un incremento en la eficiencia social. Debe colegirse, entonces, que la existencia de eficiencia para el mercado en la realización de una práctica o acuerdo excluye cualquier intención monopolística u oligopólica de restringir la competencia.

El referido autor (2005, 361), para regular los mercados adecuadamente, es preciso comprender su funcionamiento. Por ello, hay que partir de una perspectiva que asuma, no sólo la condición naturalmente desinformada de los agentes del mercado, sino también del investigador o analista. De modo que el problema económico no está ligado al uso de los recursos sociales, que pueda ser resuelto por un tercero capaz de obtener la información necesaria para guiar los agentes económicos hacia el bienestar

social. Más bien está relacionado con la coordinación de actividades de los agentes económicos para superar su incertidumbre sobre el mercado.

Para el aludido autor, en la visión convencional de la teoría de organización industrial se afirma que las fallas de mercado son responsables de la asignación sub-óptima de los recursos sociales. El comportamiento monopolístico hace que dichos mercados incurran en fallas, en tanto dicho comportamiento permite la creación de condiciones en las cuales las asimetrías de información se explotan a favor de los presuntos monopolistas.

Explica De León (2007), que las fallas económicas producen fallas sociales y viceversa. Por consiguiente, se debe concebir también **la regulación como mecanismo de intervención de solución de las fallas sustantivas de las relaciones sociales consideradas sensibles por el Estado, tales como la salud, la educación, a la seguridad social, el ambiente y otros sectores de innegable trascendencia socioeconómica.**

Por tanto, dentro de la regulación en cuanto función pública compleja, concurren varias atribuciones de distinto orden, y por eso mismo, se le considera como una solución original del Derecho público contemporáneo, para atender, resolver o corregir las fallas existentes, a saber:

- (i) La politización de las decisiones sectoriales, se supera con la previsión de decisiones políticamente neutras, ajeno al partidismo, las contiendas electorales y la corrupción pública.
- (ii) La excesiva formalización de la democracia se corrige con la ampliación de la democracia sustancial, ampliando la transparencia y la participación ciudadana.

- (iii) La poca eficiencia de las prestaciones públicas, se corrige con la sectorialización y la especialización de la actuación administrativa, en la línea clásica de la división del trabajo.

Para la poca eficiencia de las protecciones públicas, o sea, el déficit de las garantías administrativas de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas, se introducen un conjunto de mecanismos de garantía como por ejemplo, la composición extrajudicial de intereses, antes de recurrir a los órganos judiciales.

Por su parte, Londoño y Márquez-Escobar (2005, 163), sostienen que los problemas que la economía neoclásica busca resolver con la regulación son los derivados de las fallas de mercado, fallas que pueden presentarse en tres supuestos de comportamiento y tres características comunes a todos los mercados competitivos, así:

- (i) Los agentes del mercado maximizan racionalmente, son tomadores de precios y no hay barreras de entrada o salida del mercado. Esto quiere decir que ninguno de ellos tiene la capacidad o el poder de, por sí sólo, influenciar los precios del mercado sea por intermedio de las cantidades producidas o de la variación del número de agentes.
- (ii) Los bienes y servicios transados en el mercado son homogéneos, están en cabeza de propiedad privada y ellos son garantizados por el Estado. Cuando se dice que el bien es homogéneo se busca analizar los bienes de un mercado particular para que puedan ser sujetos a adición como lo que son. Así pues, aun cuando sean bienes sustitutos, para los mercados no es posible sumar peras con manzanas a menos

que estemos estudiando el mercado agregado de las frutas. Por otro lado, los derechos de propiedad y su garantía permiten que la asignación de bienes y servicios del mercado se manejen de forma eficiente.

- (iii) La información de los particulares en el mercado es simétrica y, por ello, cada uno de los agentes posee previsión perfecta (conoce que quiere cada agente) y completa (conoce la utilidad esperada de cada agente por cada acción). Esto quiere decir que, en el mercado, ninguno de los agentes tiene más información que otro, de manera tal que cada uno conoce qué saben los demás y los demás saben que cada uno de los participantes conoce lo que los demás saben. Así, sin ventajas, todos tienen la capacidad de prevenir perfectamente el comportamiento de los demás, de manera que es posible determinar cuál será el efecto de la acción de cada agente.

Para estos autores, el modelo de competencia perfecta se introduce como el principal objetivo de la regulación, de manera que el esfuerzo del Estado se dirige única y exclusivamente a corregir las fallas del modelo de competencia perfecta.

Para Piras (1993), un mercado que pueda caracterizarse como perfectamente competitivo presenta las siguientes características fundamentales:

- (i) El producto que se negocia es absolutamente homogéneo, por lo cual a los consumidores no les importa a que vendedor le compran suponiendo que el precio es el mismo.

- (ii) Hay muchos vendedores u oferentes y muchos compradores o demandantes. Cada uno de ellos representa una proporción ínfima del mercado por lo cual sus decisiones no afectan las decisiones de los demás agentes. Ninguno tiene suficiente poder para que sus decisiones tengan algún impacto en el precio.
- (iii) El mercado es transparente en término de información. Esto significa que todos los participantes del mercado tienen pleno conocimiento de las variables precio y producción.

A pesar de que el modelo de competencia perfecta parezca utópico por la dificultad de conseguir que sus premisas se cumplan en el mundo real, resulta de gran utilidad comprender que debería ocurrir si estuviésemos en presencia de un mercado perfectamente competitivo. En la medida que un mercado se asemeje más al modelo de competencia perfecta sabremos que esperar de él.

Por otra parte, encontramos que para Hernández (2004, 542), los fallos de mercado son alteraciones naturales e inherentes al mercado que afectan negativamente la aptitud de disputa de los operadores que en éste desarrollan su libre iniciativa, entabando por tanto el ejercicio de la libertad de empresa. Así, para este autor, dichos fallos tienden a justificar las razones que impulsan a la Administración a desplegar su actuación de limitación, reiterándose así un planteamiento defendido anteriormente: toda restricción a la libertad de empresa debe estar justificada por alguna razón de interés general.

Según nos explica Hernández (2006, 148), desde un punto de vista económico, se han esbozado sólo dos causas para justificar la llamada

*Regulación*, casusa económicas, ancladas en los denominados fallos de mercado; otras fundadas, especialmente en externalidades. Para el referido autor, la regulación económica o social se fundamenta en las llamadas externalidades. En ocasiones, la causa que legitima la actuación de limitación de la Administración económica responde a circunstancias externas de la empresa. Se atiende básicamente, a dos tipos de externalidades. En un primer grupo, encontramos los efectos que se desprenden de la realización de actividades económicas, que en ocasiones se traducen en daños o beneficios a ciertos bienes esenciales. Según se trate de uno u otro tipo, estaremos ante externalidades negativas y positivas. En el primer supuesto se habla de costes externos al proceso de producción, que como tales, no son asumidos por la empresa que los origina. En un segundo grupo, suelen ubicarse externalidades que responden a la insatisfactoria atención de ciertas necesidades de relevante interés general, por parte de libre iniciativa privada.

Continúa comentando Hernández (2006), que el típico ejemplo de la externalidad negativa lo encontramos en las actividades económicas que pueden tener efectos nocivos sobre el ambiente (contaminación). Esos efectos nocivos, que ocasionan un daño, son externos a la empresa: no forman parte de su estructura de costos ni probablemente serán un criterio determinante para decidir emprender la actividad económica.

Para el citado autor, comúnmente suelen destacarse tres fallos de mercado:

- (i) Uno de carácter subjetivo, atañe a la estructura empresarial de los operadores que intervienen en el mercado. Así, la existencia de concentraciones verticales u horizontales, y en especial, la

existencia de un reducido número de operadores, son circunstancias que disminuyen nocivamente el alcance que pueda tener la libre competencia.

- (ii) Otro de carácter objetivo, se refiere a la existencia de condiciones que propendan al monopolio natural. Tal fallo supone la existencia de un mercado en el cual la producción de bienes o la prestación de servicios podrían efectuarse más eficientemente por una sola empresa, principalmente ante la necesidad de utilizar redes indispensables para el ejercicio de la libertad económica. De allí que lo relevante, es la tecnología necesaria para explotar determinadas actividades económicas que exigen el uso de estas infraestructuras.
- (iii) Por último, ciertos fallos atienden a la capacidad económica asimétrica de los actores que intervienen en el mercado relevante. Son varios los ejemplos que cita Hernández (2006), así, cuando la asimetría alude al poder de negociación, la regulación tiende a controlar el poder de aquel agente con mayor capacidad de negociación: sucede así, por ejemplo, en el contexto de la protección de los consumidores y usuarios.

Es importante hacer **énfasis** en una reflexión que realiza Hernández (2006), pues éste alude a los **fallos de gobierno** los cuales según nos apunta, tienen su origen en los daños que ocasiona la regulación. Para el citado autor, la regulación no ataja siempre los fallos de mercado: sus efectos pueden aparejar daños mayores a los evitados. Junto a los fallos de mercado y las externalidades, cabe encontrar entonces los fallos de gobierno, pues los efectos de **los fallos de mercado pueden aparejar daños mayores de los que evitan**.

Nos comenta el autor en referencia, que en el ámbito de la Administración económica, los fallos de gobierno se manifiestan por el uso ilegítimo de las potestades de ordenación y limitación: falso supuesto, desproporcionalidad, desviación de poder, violación al principio de mesurabilidad, son todas las técnicas tradicionales del control de la Administración que, en este contexto, adoptan una nueva tesitura. De esta manera, citando a Londoño y Márquez-Escobar, afirma que la regulación tiende a convertirse en un instrumento de discriminación empresarial, el cual permite que las empresas reguladas demanden regulación específica que le dé ventajas comparativas con la competencia o frente a los consumidores y, a su vez, es instrumento a través del cual los políticos pueden responder a demandas de grupos de interés.

Sobre este particular, concluye Hernández (2006, 163), indicando que la llamada regulación económica, desde la perspectiva de las formas de actuación de la Administración económica, coincide básicamente con la noción general de potestades de ordenación y limitación, en el doble sentido que cabe acuñar a la expresión *ordenación* de la economía mediante normas sub legales y limitación de la conducta de los operadores económicos mediante aspectos particulares. Lo relevante del concepto de regulación es, pues, su incidencia sobre la autonomía privada empresarial (pues la regulación siempre es externa, y procede en sectores no reservados al Estado) y además, sus fundamentos (en tanto la regulación se justifica en los llamados fallos de mercado).

Por su parte, Londoño y Márquez-Escobar (2005), sostienen que el modelo de falla de mercado ha sido objeto de múltiples críticas, centrándolas en tres principales a saber:

- (i) Primero, que otorgar tanto poder a la Administración para dirigir el mercado puede llevar a que las consecuencias de la regulación sean incluso más perjudiciales para la economía que la falla del mercado misma.
- (ii) Segundo, la incompetencia del regulador para analizar fenómenos reales en los que las fallas de mercado recaen sobre problemas de información e incertidumbre y;
- (iii) Tercero, la “falacia” de la existencia de las “fallas” del mercado, es decir, que lo que sucede es que no es que se presentan fallas del mercado, sino que esa es la forma en que naturalmente funciona el mismo.

Sostienen los aludidos autores (2005, 168) que “la principal crítica al modelo de falla del mercado tiene que ver con la incapacidad que dicho modelo tiene para enfocar la regulación hacia el interés de la comunidad. En efecto la búsqueda del interés privado en lugar de la búsqueda del interés público, parece ser el principal efecto negativo de la regulación como respuesta a los fallos de mercado. La razón es simple: la regulación tiende a convertirse en un instrumento de discriminación empresarial, el cual permite que las empresas reguladas demanden regulación específica que les de ventajas comparativas con la competencia o frente a los consumidores, y a su vez, es un instrumento por medio del cual los políticos pueden responder a demandas de grupos de interés”.

Concluyen los referidos autores, comentando que en vista de las críticas que han surgido del modelo de fallo de mercado y de la regulación como fundamento de éste, ha surgido un nuevo papel del derecho y del derecho público referido a la regulación económica, principalmente, está dirigido a la eliminación de la excesiva reglamentación, a formar parte de los

procesos de flujo de información, transmisión de conocimiento, descubrimiento y coordinación de los mercados, por medio de la libertad en lugar de la imposición. De este modo, el derecho de la regulación podrá ser efectivo, si evita la imposición de una idea irreal de lo que es el mercado competitivo, busca simplemente coordinar (equilibrar) y mejorar los procesos de información entre agentes del mercado, y estructura autoridades públicas que operan como otro agente que contrata, negocia e informa dentro del mercado. Así, si en lugar de tratar de limitar las oportunidades de acción de los agentes, dentro del contexto empresarial, indica un nuevo grupo de mecanismos que definan los procedimientos que faciliten el acceso a mercados por intermedio de las normas de propiedad y de los contratos, el derecho de la regulación eliminará su intrusividad y permitirá obtener mayores niveles de eficiencia y satisfacción de las necesidades de los consumidores, a pesar de lo cual continuará siendo intervención del Estado en la economía.

## **2. LA REGULACIÓN Y LA DESPUBLIFICACIÓN DE ACTIVIDADES**

Para abordar el tema de la despublificación de actividades, es necesario hacer referencia a uno de los más amplios temas del derecho administrativo, el cual por no ser objeto de análisis del presente trabajo, se tratará de una manera muy breve, nos referimos a la noción de servicio público, el cual, como lo ha reconocido la doctrina extranjera, -Santa María Pastor (1999)- es un conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por particulares, según mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables, mediante prestaciones suministradas directa o indirectamente a los individuos bajo un régimen de derecho público.

Para Araujo (1999, 70), La imprecisión del concepto de servicio público tiene su origen en la variedad de significados que han recibido los dos términos de la noción. Para unos “servicio” es una organización de medios; para otros, una actividad o función. El término “público” según las diversas tendencias doctrinales corresponde a: (i) la condición del sujeto titular del servicio (persona pública); (ii) a la naturaleza de las facultades jurídicas empleadas para su funcionamiento (poder público); (iii) el fin al que se dirige el servicio público ( fin público); (iv) el régimen jurídico al que se somete (Derecho Público); (v) o, en fin, los destinatarios o usuarios (el público)

El servicio público deviene de la sustantivación del uso público cuando en el siglo XIX la necesidad de implantar nuevos servicios presionó sobre las categorías tradicionales cayéndose en la cuenta de que podía darse un uso general y público, desligado del bien general que le sirve de soporte. Fue cabalmente la idea de uso general lo que forjó los comienzos del concepto de servicio público.

Para Araujo (1999), desde el punto de vista de su objeto y de su extensión, la ambigüedad de la expresión *servicio público*, tiene una gran amplitud en su significado, si enfocamos dicha expresión desde una perspectiva orgánica, está relacionado con el órgano o ente que le presta, por ejemplo una Alcaldía, el mantenimiento de una calle, la salud en un hospital público, etc., es por esta razón que se debe diferenciar la óptica orgánica o el servicio material que es el relacionado con el servicio en sí, la actividad desplegada por el órgano o ente para alcanzar el fin.

No es suficiente que una actividad sea asumida por el Estado para que sea clasificada como un servicio público, la clasificación de una actividad como tal se verifica por el concurso de tres (3) criterios fundamentales, conocida como la teoría del cúmulo de indicios, a saber:

- 1.- Interés general o colectivo.
- 2.- Que una persona pública asuma el ejercicio de esa actividad.
- 3.- El régimen jurídico especial sobre esa actividad. (Derecho Público).

Interés general: este varía según la época y los intereses del colectivo, depende de la ideología y del momento histórico que atraviese un Estado.

Asunción de la actividad: existe una presunción del Estado de considerarlo como servicio y por ende asume la organización y funcionamiento del mismo, hay una asunción de que la actividad deje de ser privada para convertirse en pública, este proceso se hace a través del Poder Legislativo, es decir mediante una Ley que declara al servicio como público.

Régimen jurídico especial: se refiere principalmente al Derecho Administrativo y a la teoría de los contratos administrativos.

Para Santa María Pastor (1999), el Estado u otro ente territorial puede asumir el deber y responsabilidad de garantizar la prestación regular y correcta a los ciudadanos, bien realizándola por sí o asegurando su prestación por terceros, mediante un acto de asunción que suele ser conocido como “**publicatio**”.

Esta **publicación se refiere al acto formal (ley)** que le confiere a un servicio el carácter de público, en atención al interés general que está llamado a satisfacer.

Pues bien, realizadas estas necesarias referencias al servicio público y a la publicación, pasemos a verificar lo que significa la despublicación de actividades.

De esta manera encontramos que el Estado, en su afán por alcanzar el interés general, delega en un particular a través de un contrato de carácter administrativo, la prestación de un servicio público, dicho contrato se conoce como concesión, como se señaló previamente, el servicio público fue una actividad reservada al Estado, que sólo podía ser realizada bien por éste directamente o bien por los particulares previa “concesión”, en este último caso se establecía una severa regulación en casi todos los aspectos de esa actividad.

El nuevo concepto de servicio público ha dejado atrás la condición de actividad reservada al Estado, ciertamente ha habido un cambio importante, pero siempre se trata de servicios a los cuales el Estado les dedica especial atención debido a su importancia para la comunidad. En todo caso se debe tener presente que estos cambios se refieren a los servicios de contenido económico.

Este criterio se ha basado en el principio de subsidiariedad, según el cual el Estado sólo debe asumir aquello que no pueden hacer los particulares, por lo que, una vez que la empresa privada puede asumir la prestación de los servicios, respetando las condiciones que exigen las normas, el Estado debe hacerse a un lado para permitirle ejercer la libertad

de comercio que le corresponde a los particulares según las disposiciones consagradas en la Constitución.

Al transferirse la prestación de los servicios públicos a la esfera económica de los particulares, lo que sucede es que el Estado asume una posición distinta no de actor, sino de regulador y controlador justamente para asegurar que los servicios son prestados en condiciones adecuadas, lo cual da origen a las llamas cargas de servicios públicos.

La actividad reguladora del Estado, como se apuntó en capítulos anteriores, ha estado presente desde siempre y ha evolucionado a través de la historia, modernamente la Constitución de 1999 acepta dentro de las funciones del Estado la Regulación, señalando en su exposición de motivos que éste tiene un papel fundamental en la regulación de la actividad económica.

El Estado durante un tiempo declaró ciertas actividades como servicio público reservado. Sin embargo, han existido situaciones en las que, dichas actividades pasan a ser de interés general y comienzan a prestarse por medio de particulares como es el caso de las Telecomunicaciones, cuya Ley (año 2000) le quitó a dicha actividad el carácter de servicio público (despublicación), pues desde 1940 los servicios de telecomunicaciones se encontraban reservados al Estado, admitiéndose en todo caso la gestión de los particulares mediante técnicas concesionales. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 derogó la Ley de 1940 y con ello, suprimió la reserva existente; de hecho, en su artículo 1 reconoció el derecho de todos los particulares a explotar, libremente, servicios de telecomunicaciones. Suprimida la reserva y extinguida la técnica concesional, **la Ley implementó una auténtica regulación económica** sobre el sector, es decir, que el

Estado ha procedido a su ordenación jurídica mediante técnicas que, externamente, disciplinan el acceso al mercado de las telecomunicaciones; condicionan la explotación de esos servicios y limitan el derecho de los operadores a cesar en la prestación de tales servicios.

La liberalización de los servicios públicos implica su adaptación a las nuevas realidades socio-económicas, operando un cambio del sistema tradicional del servicio público, caracterizado por la titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derecho de exclusividad, obligación de suministro, precios administrativamente fijados y carácter temporal, por un nuevo sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, con determinadas obligaciones o cargas de servicio público y en régimen de competencia abierta como cualquier otra actividad comercial o industrial.

En idéntico sentido se pronuncia Badell (2002), señalando que la liberalización, como política del Estado, está orientada a fomentar la iniciativa privada y la libre competencia en actividades en las cuales se encontraba originalmente excluida o disminuida, despublificando la actividad y aplicando nuevas técnicas de regulación orientadas a la protección del interés público que subyace en estas actividades.

De igual manera, el aludido autor nos comenta que la liberalización está presente principalmente en la prestación de los servicios públicos, lo que implica su adaptación a las nuevas realidades socio-económicas, operando un cambio del sistema tradicional del servicio público, caracterizado por la titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derecho de exclusividad, obligación de suministro, precios administrativamente fijados y carácter temporal, por un nuevo sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, con determinadas obligaciones

o cargas de servicio público y en régimen de competencia abierta como cualquier otra actividad comercial o industrial. Así, en nuestro ordenamiento jurídico la liberalización se encuentra principalmente en actividades económicas como las telecomunicaciones, el sector eléctrico y los hidrocarburos gaseosos.

Durante los últimos años se ha generalizado un proceso de liberalización de los servicios públicos a consecuencia de las corrientes político-económicas de corte liberal. La liberalización implica, según afirma Ariño Ortiz (2001), que el poder público deja de gozar de la exclusividad en la gestión de la actividad publicitada dando cabida a la iniciativa privada en su gestión. Ello lleva consigo una pérdida de áreas de regulación tradicional del derecho administrativo, dando paso a un régimen de mercado liberalizado en el que lo esencial son las relaciones de derecho civil que entablan los agentes privados intervinientes en dicho mercado y donde el Estado funge como regulador y contralor de la actividad.

Estas actividades de interés general según sostiene Hernández (2005) aluden a un concepto mucho más amplio que la noción tradicional de servicio público, pero también se refieren a un punto de vista diferente, pues no tratan de actividades publicitadas, sino a servicios regidos por una libertad de empresa matizada, en la cual se imponen a quienes gestionan tales actividades, cargas de servicio universal que persiguen que todos los usuarios reciban un conjunto mínimo de servicios de una calidad determinada y a un precio asequible, y en las que se sustituye al Estado gestor de actividades económicas por un Estado encargado de ejercitar las potestades de regulación y control de las mismas.

El Estado tiene entonces un nuevo papel frente al servicio público: debe intervenir en el mercado liberalizado como regulador de la actividad, a los fines de corregir las desviaciones que el libre mercado pudiera ocasionar. Su función no puede ser otra, como ya se apuntó, que la de solventar los fallos del mercado, manteniendo el orden y la seguridad jurídica, velando por el cabal cumplimiento de los contratos y la protección de los usuarios, sin afectar con ello la libertad empresarial y la gestión de las empresas.

Continúa comentando Badell (2002), que debe procurarse el establecimiento de un modelo de regulación económica orientado al estímulo de la sana competencia, por lo que el Estado debe procurar regular el mercado de manera de garantizar la adecuada prestación del servicio y su continuidad, en niveles de calidad y precio adecuados, por lo que en la medida en que el Estado deba intervenir en el mercado para mantener estos estándares de prestación del servicio liberalizado, dicha intervención estará justificada.

Es sobre la base de estas concepciones que ha surgido el “nuevo” concepto de servicio público, orientado hacia actividades que ya no son de titularidad estatal sino de iniciativa privada, prestadas en un régimen de libre competencia, con obligaciones de servicio universal (que son las mismas obligaciones de servicio público), las cuales han sido denominadas “actividades de interés general” o actividades liberalizadas.

Según afirma Hernández (2006, 158), la despublificación es el acto a través del cual se deroga la previa reserva existente sobre determinado sector económico. Si la reserva implica la proscripción de la libertad económica, la despublificación trae como consecuencia el resurgimiento de esa libertad como título habilitante para el ejercicio de la iniciativa económica

privada. **Esta realidad es denominada con varios términos: privatización funcional o “despublicatio”, a través de esta operación el Estado elimina la previa “publicación” acordada sobre cierta actividad.**

Afirma el comentado autor (2005, 116), que también suele emplearse el término privatización, para hacer referencia a la transformación de la titularidad de actividades económicas, así, comenta el aludido autor, que cuando actividades están reservadas al Estado –de titularidad pública- se traspasan al sector privado considerándose entonces de titularidad privada y que a este proceso se le denomina despublicación.

De esta manera nos enseña Hernández (2006), que al eliminarse la reserva queda suprimida igualmente la ordenación interna del sector económico, que había sido reservado, indicándonos que la regulación de dicho sector será externa, en tanto que se trata de una actividad de titularidad privada que puede ser explotada en virtud del derecho fundamental de la libertad económica.

Así, afirma el autor citado (2006, 159), que el término regulación económica ha sido empleado a consecuencia de la despublicación de ciertos sectores económicos. Así, la ordenación jurídica de los sectores que anteriormente se encontraban reservados al Estado, es llevada a cabo a través de potestades administrativas que operan en un plano externo, afectando la autonomía privada empresarial, recobrándose de esta manera la garantía formal o material del derecho a la libertad económica, esto es, el principio de legalidad.

En ese sentido, nos comenta que la principal particularidad de esta regulación, es que ella se desarrolla en consonancia con las garantías

materiales de la libertad económica, especialmente, de aquellas que propugnan el principio de menor intervención: la Administración sólo intervendrá en la estricta medida necesaria para atender al fin del interés general perseguido.

### **C. PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO FUNDAMENTO DE LAS REGULACIONES ECONÓMICAS.**

Según comenta Mogollón-Rojas (2000, 13), el derecho de competencia económica, ha de cumplir una función niveladora, que promoviendo y protegiendo la libre competencia, hará que los bienes y servicios se distribuyan más fácilmente a todo lo largo y ancho de la sociedad; permitiendo a su vez, que todos los interesados establezcan su actividad lucrativa preferida, sin que medien barreras infranqueables por estos ciudadanos.

De esta Manera, para Carpio (1993), el objetivo de las políticas de competencia ha sido fuente de debate entre economistas y especialistas en la materia. Algunos han concluido que la finalidad de tales políticas es el bienestar del consumidor. Otros apoyan la idea del progreso técnico como propósito de las agencias de competencia. Por otra parte, en la mayoría de las ocasiones se asocia la defensa de la competencia con la eficiencia, constituyéndose ésta en el estandarte de las políticas antimonopolio. Pero, en qué consiste la eficiencia y por qué se le relaciona con tanta frecuencia con la competencia.

La eficiencia contempla un amplio rango de elementos, por lo que no existe una definición única. Adicionalmente es importante destacar el hecho

de que la eficiencia posee tres componentes básicos: eficiencia en la producción, eficiencia en la asignación y eficiencia en la innovación.

Así lo afirma la comentada autora, al indicar que la eficiencia en la producción se alcanza cuando los bienes se producen utilizando la combinación más efectiva, de recursos disponibles bajo la tecnología existente, es decir aquellas que permita alcanzar el mayor nivel de producción con los menores costos. En cuanto a la eficiencia en la innovación, la misma consiste en conseguir, mediante la invención y el desarrollo, la difusión de nuevos productos que incrementen la riqueza social. Este tipo de eficiencia puede relacionarse con la visión *shumpeteriana* del proceso competitivo la cual contempla los siguientes tipos: la introducción de un nuevo producto o una mejora en la calidad de los existentes; la introducción de un nuevo método de producción; el desarrollo de un nuevo mercado; la explotación de una nueva fuente de oferta y el replanteamiento de los métodos de organización. Todos resultan más importantes que la competencia vía precios. Por lo tanto la eficiencia en la innovación, también puede definirse como eficiencia dinámica.

Por último, la eficiencia en la asignación se obtiene cuando el stock existente de bienes e insumos es asignado mediante el sistema de precios, a aquellos compradores que lo valoran más. Tal concepción de la eficiencia se conoce también como eficiencia *paretiana*, es decir una situación en la que no se pueden reasignar los bienes o recursos para mejorar las condiciones de algún agente, sin perjudicar los de algún otro.

Para Jatar (1993), bajo la normativa legal venezolana, las conductas unilaterales que restringen la competencia pueden adoptar la forma de *abuso*

*de posición de dominio* en el mercado en cuestión, o de cualquier otra conducta unilateral que restringe la competencia *sin* requerir la existencia de una posición dominante. El Artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (la Ley), prohíbe los abusos por parte de las empresas que ocupan posiciones predominantes en el mercado. Estos abusos incluyen discriminación de precios, limitación injustificada de la producción y distribución, negativa injustificada a negociar con una persona o empresas injustificadas cláusulas atadas.

Por otra parte, el Artículo N° 8 prohíbe, por ejemplo, *toda conducta unilateral* orientada a "manipular los factores de producción, distribución, desarrollo técnico o las inversiones". El Capítulo II de la Ley enumera las prácticas prohibidas. Comienza con una disposición general que señala: "Se prohíbe toda conducta, práctica, comportamiento, contrato o decisión que impida, falsee, restrinja o limite la competencia".

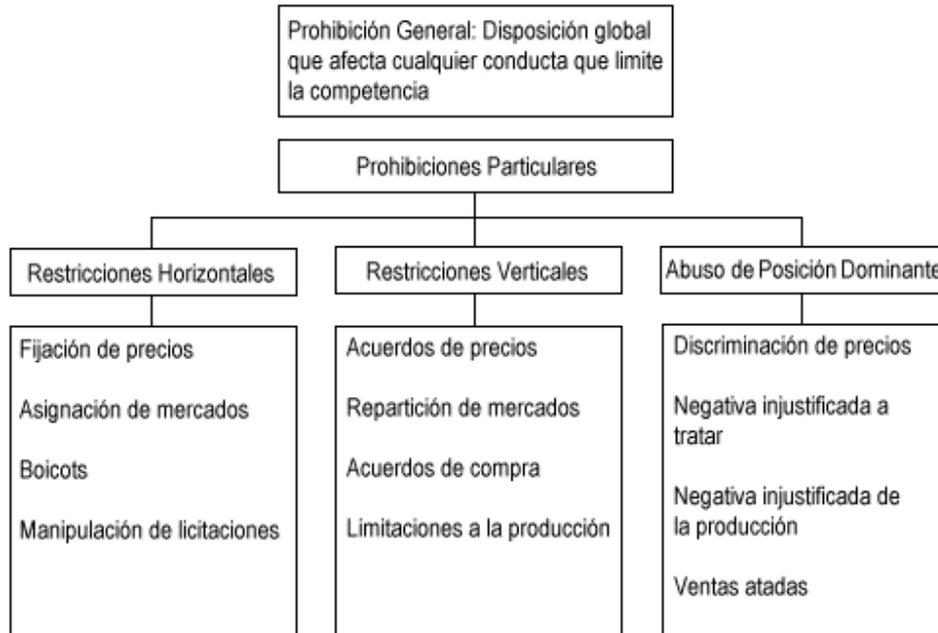
El capítulo II también define una serie de disposiciones específicas respecto a las conductas anticompetitivas, denominadas *prohibiciones particulares*. Dichas prohibiciones se dividen en dos grupos diferentes: primero, las prácticas restrictivas *bilaterales*, las cuales incluyen las restricciones verticales y horizontales a la competencia; y, luego, las conductas *unilaterales*, representadas en el abuso de su posición dominante por parte de las empresas que tienen una elevada participación de mercado en el mercado relevante, y cualquier otra conducta unilateral, independientemente del poder de mercado que tenga la compañía.

Desafortunadamente, -según nos comenta la aludida autora- la lista de prácticas bilaterales prohibidas no establece claramente la diferencia entre

restricciones verticales y horizontales; y esto no resulta muy problemático, pues las restricciones verticales tienen mayor probabilidad de generar mejoras en la eficiencia que las horizontales.

El Artículo N° 10 de la Ley enumera los acuerdos o acciones concertadas que quedan prohibidos. Entre ellos tenemos: acuerdos de fijación de precios, para limitar la producción, para asignar mercados, para forzar la venta y para discriminar a algún cliente. Dada la limitación de la ley antes mencionada, en los Reglamentos se diferencié entre restricciones verticales y horizontales, como puede apreciarse en la Figura N° 1. También en los Reglamentos de Ley se hicieron ciertas mejoras para introducir criterios de *per se* y *de la regla de la razón* para ciertas prácticas.

### Prohibiciones Bajo la Ley Venezolana



Nos comenta De León (2007), que las legislaciones de América Latina, establecen un listado de objetivos que persiguen su normativa, que

generalmente incluye la eficiencia, el bienestar del consumidor, la equidad, la competencia en sí misma y el progreso del técnico. Los objetivos mencionados se relacionan de tal forma que se puede afirmar que la finalidad última de las normas de libre competencia es el beneficio del consumidor. En efecto, se espera que la aplicación activa de la política de competencia permitirá a los consumidores acceder a una mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio.

De esta manera, continua señalando el comentado autor, que el funcionamiento del mercado requiere la garantía por parte del Estado de varios derechos tales como el derecho de propiedad, de libre empresa, libertad para escoger la profesión, libertad de asociación y libertad de competencia económica, entre otros.

Así, se entiende que la libertad de competencia puede ser restringida tanto por el Estado como por los particulares. El Estado puede restringir de varias formas, por ejemplo **mediante regulaciones sectoriales, monopolios estatales y derechos de propiedad industrial**. En las legislaciones latinoamericanas –afirma De León (2007), este tipo de restricciones no contravienen las normas de competencia, pues se consideran legítimas por su protección a bienes jurídicos de interés general. Para algunos economistas, una aplicación errónea de las normas de competencia también puede ser contraproducente.

Por su parte, Hernández (2006, 164), sostiene que la economía de mercado exige la actuación de los Poderes Públicos quienes deben proveer el marco institucional indispensable para promover el ejercicio de la citada libertad, según lo dispone el artículo 112 constitucional. Incluso, la intervención del Estado en la economía para defender el ejercicio de la

libertad económica, fue “el valuarte del Estado Liberal y la explicación teleológica de la aparición del Derecho de la Competencia”, precisamente, en un contexto en el cual se postulaba la promoción –irrestric- de la libertad empresarial del ciudadano: los abusos en el ejercicio de la libertad económica –en detrimento de la libre competencia- impulsaron la intervención del Estado en su protección.

De esta manera, una de las formas básicas de la regulación de la libertad de empresa y que además fomenta la libre competencia es sin duda **la regulación de precios o restricción de precios.**

La teoría de los precios –De León (1993)- es la teoría de la firma que se encarga de determinar la forma en que se produce la toma de decisiones en la empresa en relación a las cantidades a producir y al precio a cobrar.

Para Hernández (2007 b, 19), para garantizar a los consumidores el acceso a bienes y servicios, el Estado puede limitar el derecho de los proveedores a comercializar tales bienes, esto es, puede restringir su libertad de empresa y su propiedad privada. Esa restricción puede abarcar la **restricción del precio** que asegure el libre acceso de los consumidores en condiciones de homogeneidad. Es por lo anterior que el control de precios no es, en sí mismo una política contraria a la libertad económica. Antes por el contrario se trata, se trata de una técnica usual en el marco de la economía social del mercado.

Continua indicando Hernández (2007 c, 249), que la aplicación del sistema jurídico-administrativo de defensa de la competencia impone determinar, en primer lugar, la realización de un acto de competencia subsumible en las prohibiciones de la Ley; la capacidad del actor de afectar –

aun potencialmente- el mercado relevante y la irracionalidad e irrazonabilidad de la restricción procurada a la libre competencia. Para ello será preciso determinar si la restricción no va más allá de lo necesario para cumplir con ese objetivo y si, por consiguiente, no hay ninguna otra alternativa menos restrictiva a la libre competencia.

Así, concluye sobre el punto el aludido autor, señalando que siempre y conforme al caso concreto, el análisis de ese último requisito podrá relajarse, en el sentido que no será necesario un exhaustivo análisis si la comisión del acto de competencia prohibida prueba, en sí mismo, la violación a los consabidos principios de racionalidad y razonabilidad, en casos extremos, en que la restricción a la competencia sea severa y no medien justificaciones plausibles, la prueba de esa práctica conllevará la prueba de la racionalidad y razonabilidad; lo cual deberá tratarse de supuestos excepcionales, cuya aplicación requerirá de una adecuada motivación por parte de la Administración.

Concretamente, sostiene Hernández (2004, 532), que la libre competencia es principio que se proyecta en y desde la libertad económica, ya que atañe a la autonomía de los particulares que, en ejercicio de esa libertad, disputan entre sí para ocupar, mantener o ampliar su posición como oferentes en un mercado determinado. Lo cual, en criterio del aludido autor, entronca con la vertiente objetiva de esa libertad, en tanto es un principio que garantiza la economía del mercado.

De esta manera por Hernández (2004), la libertad de empresa, frente a las restricciones que a su ejercicio pueda imponer la Administración a fin de defender la libre competencia, se encuentra protegida en virtud de un doble sistema de garantías. Frente a la actuación de la Administración orientada a

defender ex post la libre competencia, tal libertad se encuentra salvaguardada por los principios que derivan de la aplicación de la teoría general de las sanciones administrativas, pues es a través de éstas que se manifiesta comúnmente ese control posterior. Por el contrario, frente a la actuación de la Administración orientada a defender ex ante la libre competencia resultarán aplicables el sistema de garantías jurídicas como la explicada en relación a los fallos de mercado.

Apunta el aludido autor que, la defensa a la libre competencia es en sí misma una garantía de la libertad de empresa, tal y como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Español en sentencia del 1 de julio número 88/1986, al indicar que la defensa de la competencia se concibe “como una necesaria defensa y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado”.

Sin embargo, comenta Hernández (2004) que frente a los operadores económicos la defensa de la competencia también se traduce en la imposición de diversas medidas restrictivas que bajo el esquema tradicional, revestirán la forma de sanciones administrativas; bajo la nueva perspectiva derivada de la liberalización, se traduce en distintos instrumentos cuyo fin será asegurar la existencia de condiciones efectivas de libre competencia, en tanto ello es necesario para proteger, garantizar y promover la libre iniciativa económica, de conformidad con lo postulado en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Finalmente, se puede concluir este tema con el análisis que acertadamente realiza Hernández (2004, 541-542), quien indica que la Administración cumpliendo mandatos positivos de rango constitucional, puede ordenar y limitar el ejercicio de la empresa, encauzando positivamente

las conductas que podrán desplegar los operadores económicos, a fin de promover la existencia de condiciones efectivas de competencia. **El esquema que propone el comentado autor es el siguiente: primero:** La Administración interviene a fin de ordenar positivamente el derecho al ejercicio de la empresa de los particulares que intervienen en determinado mercado, ajustando la conducta de éstos a los parámetros que aseguren la existencia de condiciones de competencia efectiva, la cual será una **competencia regulada, que obedece a diversas técnicas de ordenación de este atributo de la libertad económica.** **Segundo,** y dentro de este marco jurídico administrativo, la Administración controlará que las conductas de los operadores se ajusten a las normas sobre la libre competencia que resulten aplicables, siempre dentro de la especial incidencia que en dicha materia comporta la satisfacción del interés general.

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA PREVISTO EN LA  
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
Y LAS REGULACIONES ECONÓMICAS IMPUESTAS POR EL ESTADO  
VENEZOLANO A LOS PARTICULARES**

**Trabajo Especial de Grado, presentado  
como requisito parcial para optar al  
Grado de Especialista en Derecho  
Administrativo.**

**Autor: Nildred Marlene Das Fontes Carrero.**

**Asesor: Prof. Ramsis Ghazzaoui.**

**Caracas, noviembre de 2007.**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ACEPTACIÓN DEL ASESOR**

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **Abogada Nildred M. Das Fontes Carrero**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: **El derecho a la libertad económica previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las regulaciones económicas impuestas por el Estado venezolano a los particulares**. Considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre de 2007.

---

**RAMSIS GHAZZAOUI**

**CI. 11.536.703**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA PREVISTO EN LA  
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
Y LAS REGULACIONES ECONÓMICAS IMPUESTAS POR EL ESTADO  
VENEZOLANO A LOS PARTICULARES**

Por: **Nildred M. Das Fontes Carrero**

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Administrativo, aprobado en nombre de la **Universidad Católica “Andrés Bello”**, por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ de 200\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_  
Nombres y Apellidos

C.I. N°

\_\_\_\_\_  
Nombres y Apellidos

C.I.N°

**A DIOS, por iluminar siempre mi camino.**

**A mis padres y amigos, por apoyarme y soportarme durante la elaboración de este trabajo.**

**A mi tutor y amigo, por su apoyo, su tiempo y su valioso aporte.**

## ÍNDICE GENERAL

	Pág.
<b>APROBACIÓN DEL ASESOR</b>	ii
<b>APROBACIÓN DEL JURADO EXAMINADOR</b>	ii
<b>AGRADECIMIENTOS</b>	ii
<b>ÍNDICE GENERAL</b>	iii
<b>RESUMEN</b>	v
<b>INTRODUCCIÓN</b>	v
<b>I. ORDENACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA DE LA LIBERTAD ECONÓMICA Y SU CONTENIDO ESENCIAL.</b>	
A. Naturaleza jurídica de la libertad económica.	9
1. Significado de la libertad económica.	15
2. Vertiente objetiva y subjetiva.	24
3. Influencia de la cláusula de estado social.	29
B. . Potestades normativas de la administración económica.	36
1. La relación entre la ley y el reglamento en el derecho administrativo económico.	37
2. La reserva legal como garantía del respeto al contenido esencial del derecho.	49

3. La interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el alcance de la garantía formal de la libertad económica.	58
C. . Contenido esencial del derecho a la libertad económica.	64
1. El contenido esencial de los derechos constitucionales.	64
2. Principio de proporcionalidad de las restricciones y la intangibilidad del contenido esencial del derecho a la libertad económica.	71

## **II. LÍMITES DE LA LIBERTAD ECONÓMICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.**

A Limitación al derecho a la libertad económica por razones de interés social.	84
1. Influencia de la cláusula del estado social en la actuación de los Poderes Públicos.	90
2. La satisfacción del interés general y la procura existencial.	101
3. La actividad de policía como forma de limitación de la libertad económica.	107
B. Limitación al derecho a la libertad económica a través de la actuación prestacional de la Administración.	116
C Limitación al derecho a la libertad económica como garantía del derecho de acceso a bienes y servicios de calidad y la libre concurrencia de operadores.	125

### **III. LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO EN LA LIBERTAD ECONÓMICA DE LOS PARTICULARES.**

A Naturaleza de las regulaciones económicas.	132
1. Significado de regulación económica.	135
2. Cuándo y por qué regular.	140
3. La regulación económica y la libre competencia.	146
B Regulación económica como forma de intervención del estado en la libertad de empresa.	163

### **IV FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE LAS REGULACIONES ECONÓMICAS DEL ESTADO VENEZOLANO**

A. Justificación jurídica de las regulaciones económicas.	181
B. Fundamentos económicos de las regulaciones.	192
1. Los fallos de mercado como fundamento de la regulación económica.	192
2. La regulación y la despublificación de actividades.	201
C. Promoción y protección de la libre competencia como fundamento de las regulaciones económicas.	210
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>219</b>

**ANEXO**

226

**NECESARIA REFERENCIA AL PROYECTO DE REFORMA  
CONSTITUCIONAL SANCIONADO EL 2 DE NOVIEMBRE DE 2007 Y  
SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA  
PREVISTO EN EL ARTÍCULO 112 CONSTITUCIONAL**

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

241

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**“EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA PREVISTO EN LA  
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
Y LAS REGULACIONES ECONÓMICAS IMPUESTAS POR EL ESTADO  
VENEZOLANO A LOS PARTICULARES”**

Autor: Nildred Marlene Das Fontes Carrero

Fecha: noviembre, 2007

**RESUMEN**

En el presente trabajo se determinó el alcance del derecho a la libertad económica previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los límites que el Estado venezolano impone a los particulares a través de las regulaciones económicas. Para ello se tomó como base lo escrito por autores especialistas en derecho administrativo y constitucional, lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, igualmente, se efectuó un estudio de las decisiones judiciales reiteradas por el Tribunal Supremo de Justicia en esta materia, por lo que se trató de una investigación analítica y de desarrollo jurídico conceptual, que se apoyó en la revisión extensa de bibliografía y el análisis de contenido. Se analizó la ordenación jurídico administrativa de la libertad económica y su contenido esencial; se establecieron los límites de la libertad económica como garantía de los particulares a dedicarse a la actividad económica de su preferencia; se analizaron las regulaciones económicas como forma de intervención del Estado venezolano en la libertad de empresas de los particulares y; se precisaron los fundamentos jurídicos y económicos de las Regulaciones Económicas. Con ello se pudieron obtener respuestas que permitieron determinar que el derecho a la libertad económica tiene un contenido esencial que no se puede perder de vista y se debe siempre reflexionar que a mayor intervención y regulación estatal, menor será el campo para ejercer el derecho a la libertad económica lo que en definitiva, sólo constreñirá el ámbito en el cual se desarrolla la libre empresa en perjuicio de la igualdad buscada eminentemente por el Estado Social. Así, se debe procurar un equilibrio entre la regulación y el fomento de la libre empresa, asegurándose la libre competencia y las condiciones de igualdad, fomentando la seguridad jurídica de la iniciativa privada, lo que sería el contenido esencial del derecho fundamental de la libertad económica.

**Descriptor:** Constitución económica, libertad de empresa, regulaciones económicas, fallos de mercado.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Araujo-Juárez, J. (1999) ***Servicio Público Balance y Perspectiva***. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Araujo-Juárez, J. (2003) ***Manual de Derecho de los Servicios Públicos***. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Araujo-Juárez, J. (2007) ***Derecho Administrativo Parte General***. Caracas: Ediciones Paredes.
- Ariño, G. (2001) ***Principios de Derecho Público Económico***. (2da ed.) Fundación de Estudios para la Regulación. Granada: Editorial Comares.
- Badell, N. ***La Libre Competencia como Límite a La Actividad de Fomento***. Disponible en <http://www.badellgrau.com> [Consulta: 2007, Noviembre 2].
- Badell, R. (2002) ***La Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela***. en **II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. "Allan Randolph Brewer-Carías"**. Disponible en <http://www.badellgrau.com> [Consulta: 2007, Noviembre 2].
- Badell, R. (2005) ***Fundamentos Jurídicos de la Regulación Económica***. en **VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. "Allan Randolph Brewer-Carías"**. (pp. 39-63). Tomo II. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA
- Brage Camazano, J. (2004). ***Los Límites a los Derechos Fundamentales***. Madrid. Editorial Dkinson.
- Brewer-Carías, A. (2000) ***La Constitución de 1999***. Caracas: Editorial Arte.

- Brewer-Carías, A. (2001) **Reflexiones Críticas sobre la Constitución de 1999**. en **Biblioteca de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas**. Caracas. Disponible en <http://www.allanbrewercarias.com> [Consulta: 2007, Septiembre 23].
- Brewer-Carías, A. (2007) **Estudio sobre el proyecto de Reforma Constitucional inconstitucional y fraudulentamente sancionado el 2-11-07**. Disponible en <http://www.allanbrewercarias.com> [Consulta: 2007, Noviembre 11].
- Carpio, M. (1993). **Análisis Económico de la Legislación de Competencia**. Caracas. Disponible en <http://www.procompetencia.gov.ve> [Consulta: 2007, Noviembre 3].
- Casal, J. (2005). **Libertad Económica y Derechos Fundamentales**. en **VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. "Allan Randolph Brewer-Carías"**. (pp. 39-63).Tomo II. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.
- Casal, J. (2006). **Los Derechos Humanos y su Protección**. Caracas: Publicaciones UCAB.
- Cassagne, J. (2006). **El Futuro de los Servicios Públicos**. en **Congreso Internacional de Derecho Administrativo "En Homenaje Al Prof. Farías Mata"**. (pp. 91-122). Caracas: Publicaciones UCAB.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta oficial de la República de Venezuela**, 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- De la Cruz Ferrer. J (2005). **Fundamentos Jurídicos de la Regulación Económica**. en **VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. "Allan Randolph Brewer-Carías"**. (pp. 93-114).Tomo II. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.

- De León, I. (1993). ***Algunas Consideraciones Generales sobre la Investigación y Represión de Prácticas Monopolísticas***. Caracas. Disponible en <http://www.procompetencia.gov.ve> [Consulta: 2007, Noviembre 3].
- De León, I. (1998) ***Análisis Positivo del Sistema Constitucional Económico en Homenaje a la Procuraduría General de la República 135 Aniversario***. Caracas.
- De León, I. (2005). (2005) ***El Espejismo de la Eficiencia Económica***. en VII **Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. “Allan Randolph Brewer-Carías”**. (pp. 341-372). Tomo I. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.
- De León, I. (2007). ***¿Políticas Antimonopolio o Políticas Anti-Competencia? en Jornadas Internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia*** (pp. 163-194). Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.
- García-Pelayo, M. ***Derecho Constitucional Comparado***. Caracas. Fundación Manuel García-Pelayo.
- Gordillo, A. (2001). ***Tratado de Derecho Administrativo. La Defensa del Usuario y del Administrado***. Tomo II. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.
- Grau, M. (2005). ***La Actividad Administrativa de Policía y sus Garantías Constitucionales***. en ***II Jornadas sobre Derecho Administrativo. “Las Formas de la Actividad Administrativa”***. (pp. 43-62). Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.
- Hayek, F. (1991) ***Los Fundamentos de la Libertad***, colección de obras completas, Volumen XVIII. Madrid: Unión Editorial.

Hernández, N. (1999). **Privatizaciones: Significado y Razón de ser Desde un Punto de Vista Económico**, en Privatización y Liberalización de Servicios. Universidad Autónoma de Madrid. 1999 pp 39-60.

Hernández, J. (2004) **La Libertad de Empresas y sus Garantías Jurídicas. Estudio comparado de Derecho Español y Venezolano**. Caracas: FUNEDA-IESA.

Hernández, J. (2006) **Derecho Administrativo y Regulación Económica**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Hernández, J. (2007 a). **Cuestiones Actuales de Derecho de la Empresa en Venezuela**. Caracas: Editorial Texto C.A.

Hernández, J. (2007 b). **Comentarios a la Ley Contra el Acaparamiento**. Caracas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.

Hernández, J. (2007 c). **El Sentido de las Prohibiciones a la Iniciativa Económica en el Derecho a la Competencia**. en **Jornadas Internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia** (pp. 195-273). Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.

Hernández, J. (2007 d). **Reflexiones sobre la Reforma de la Constitución Económica**. en **Temas Constitucionales Planteamientos ante una Reforma** (pp. 151-176). Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.

Hernández, J. (2007 e). **Reflexiones sobre la Reforma de la Constitución Económica. Los principios del “Modelo económico socialista”**. Disponible en [http:// www.ghm.com.ve](http://www.ghm.com.ve) [Consulta: 2007, noviembre 15].

Hernández-Mendible, V. (2004). **La Regulación Económica**. en **Estudios de Derecho Público, Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en sus 50 años**. Caracas. Disponible en [http:// www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com) [Consulta: 2007, Septiembre 23].

Hernández-Mendible, V. (2005). **La Actividad de Servicio Público y la Regulación Bancaria**. en **II Jornadas Internacionales sobre Derecho Administrativo. "Las Formas de la Actividad Administrativa"**. (pp. 87-106). Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.

Jatar, A. (1993). **Políticas de Competencia en Economías Recientemente Liberalizadas: El caso de Venezuela**. Caracas. Disponible en <http://www.procompetencia.gov.ve> [Consulta: 2007, Noviembre 3].

Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. (1992). **Gaceta oficial de la República de Venezuela**, 34.880. Enero 13 de 1992.

Miranda Londoño A. Márquez-Escobar C. (2005). **Intervención Pública. Regulación Administrativa y Economía** en **VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. "Allan Randolph Brewer-Carías"**. (pp. 139-189). Tomo II. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.

Mogollón-Rojas, I. (2000). **Estudios sobre la Legislación Pro Competencia Venezolana**. Caracas. Ediciones Liber.

Ortíz-Álvarez, L. (2001). **Antitrust Competencia y Contencioso Administrativo**. Caracas: Editorial Sherwood.

Peña Solís, J. (2003). **Manual de Derecho Administrativo**. Volumen III. Caracas: Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia.

Perrino, P. (2005). **Potestades Normativas de la Administración Económica.** en **VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. “Allan Randolph Brewer-Carías”.** (pp. 265-296). Tomo II. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.

Piras, C. (1993). **Aspectos Económicos de la Política de Competencia.** Caracas. Disponible en <http://www.procompetencia.gov.ve> [Consulta: 2007, Noviembre 3].

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Disponible en <http://www.rae.es>.

Rodríguez, O. (2007) **La Relación entre el Derecho de Competencia y las Regulaciones Sectoriales de Telecomunicaciones** en **Jornadas Internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia.** (pp. 505-542). Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.

Rondón de Sansó, H. (2005) **Análisis de la Constitución Venezolana de 1999.** Caracas: Editorial Ex Libris.

Santa María Pastor, J. (1999). **Principios de Derecho Administrativo.** (3era ed.) Volumen II. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal, de fecha 20 de julio de 1996 caso Air France.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 8 de diciembre de 2000 caso *Transporte Sicalpar S.R.L.*,

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 6 de abril de 2001 caso *Manuel Quevedo Fernández.*

Sentencia de la Sala Constitucional en sentencia del 21 de noviembre de 2001 caso Ley Sobre Régimen Cambiario.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002, caso *Deudores Hipotecarios Vs. Superintendencia de Bancos*.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19 de septiembre de 2002, caso *Laboratorio Letí, S. A. V*

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1° de febrero de 2003, caso *Parkimundo*.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fecha 26 de mayo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*.

Sentencia de la Sala Constitucional año 2005, caso Festejos Mar C.A., Disponible: <http://www.tsj.gov.ve> .

Sentencia de la Sala Constitucional año 2005 de fecha 15 de diciembre de 2005, caso Cadafe.

Sentencia N° 1422 del 30 de junio de 2005 caso *Hugo Nemirovsky*. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve>

Torrealba, J. (2007) ***Liberalización de Mercados Regulados*** en ***Jornadas Internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia***. (pp. 469-504). Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.

Urosa, D. (2005) ***La Inactividad Reglamentaria de la Administración Económica*** en ***VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. "Allan Randolph Brewer-Carías"***. (pp. 139-179). Tomo I. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA.