

# INTERVENCIÓN ECONÓMICA Y LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS ESENCIALES EN VENEZUELA

*José Ignacio Hernández G.\**

*"Sólo la presión unánime de la opinión pública obliga al gobernante a liberalizar; él jamás lo haría por su propio impulso"*

VON MISES\*\*

## SUMARIO

### INTRODUCCION

- I. LIBERTAD ECONOMICA Y "CONSTITUCION ECONOMICA" EN LA CONSTITUCION DE 1999. ¿INTERVENCION VS. LIBERTAD?
- II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMIA VENEZOLANA.
- III. REGIMEN TRADICIONAL Y ACTUAL EN LA ORDENACION DE LOS SECTORES DE LA ELECTRICIDAD, EL GAS Y LAS TELECOMUNICACIONES
- IV. ANALISIS CRITICO SOBRE LA LIBERALIZACION DE SERVICIOS ESENCIALES EN VENEZUELA

### REFLEXIONES FINALES

## INTRODUCCION

La relación entre la intervención administrativa y la libertad económica se corresponde en general con la evolución que ha tenido el Derecho Administrativo venezolano, informado por el advenimiento, desarrollo y posterior crisis del Estado social. Comenta en este sentido ALLAN R. BREWER-CARIAS que tal evolución ha girado en torno a dos extremos: por una parte "... la regulación del instrumento de la acción política del Estado: la Administración Pública, sus potestades, prerrogativas y privilegios; y por la otra, la protección de los particulares o administrados frente a la acción cada vez más creciente de aquella. Entre estos dos extremos, prerrogativas de la Administración Pública y derechos de los administrados, está toda la esencia del derecho administrativo..."<sup>1</sup>. Estas potestades y prerrogativas de la Administración *afectan* a los derechos y libertades de los particulares; sin embargo, es lo cierto que tales potestades y prerrogativas encuentran su límite en estos derechos y libertades. Como enseñan EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-

\* Abogado *Summa Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello, 1997. El presente trabajo se inserta dentro de la investigación que el autor realiza a los fines de la obtención del Título de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid, en el marco del Programa "Problemas actuales del Derecho Administrativo".

\*\* La cita se toma de *Sobre liberalismo y capitalismo*, Unión Editorial, Madrid, 1995, p. 81.

<sup>1</sup> "El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela", en *Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera, Tomo II*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1979, p. 1140.

José Ignacio Hernández G.

RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ "... las libertades públicas básicas están primariamente dirigidas a imponer límites materiales a la acción administrativa, precisamente, y más en concreto a la actividad de policía, tanto en el sentido específico de la policía de orden público o de la libertad personal, como en el más general de la actividad administrativa de limitación..."<sup>2</sup>.

Hay un aspecto que debe siempre tenerse en cuenta: el interés general que *satisface* la Administración y que motiva, justifica e impulsa su actuar, atañe en definitiva a las libertades públicas y, también, a los derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos. Ese interés general –de nuevo siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ- es el respeto y servicio de los derechos constitucionales y libertades públicas de los ciudadanos. No puede haber, por tanto, contradicción u oposición alguna entre el *interés general* que persigue la Administración y los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>3</sup>. Este principio –*sujeción* de las Administraciones a las *libertades públicas*- tiene una *notable* importancia en el ámbito de la *Administración económica*, en cuya actuación ésta queda vinculada a la *libertad* reconocida en el artículo 112 de la Constitución, esto es, la *libertad económica*.

La Constitución de 1999 ha sancionado principios –novedosos en Venezuela- que refuerzan lo anteriormente expuesto. Así, en su artículo 141, la Constitución proclama que la Administración (y dentro de ella, la Administración económica) *actúa siempre* al servicio de esas *libertades públicas*:

"...la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho..."

Se recoge así el carácter instrumental de la Administración pública. Instrumentalidad, también, de la *Administración económica*. La realidad es sin embargo muy distinta: la historia económica venezolana, al menos de los últimos cincuenta años, se ha caracterizado por una *importante* presencia del Estado en la economía y por una *limitación* creciente de la libertad económica, sometida a variadas, complejas e intensas intervenciones administrativas; limitaciones que, en la mayoría de los casos, no se han desarrollado *al servicio de los ciudadanos*.

El Derecho Administrativo Económico venezolano se ha caracterizado por la creciente intervención de la Administración económica, *limitando* el derecho constitucional de la libertad económica, ordenando, disciplinando, supervisando y dirigiendo el ejercicio de actividades económicas de los particulares. Pero también esa Administración económica ha actuado conforme técnicas de *prestación*, sustituyendo e incluso, excluyendo la iniciativa económica privada. Creciente afectación de la libertad económica. Esa ha sido, a no dudarlo, la característica más resaltante de la Administración económica venezolana.

No le falta razón a LUIS ORTIZ ALVAREZ cuando expresa que el *intervencionismo económico* "es una de esas cosas –comunes en el Derecho- que todos saben lo

<sup>2</sup> *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1996, p. 65.

<sup>3</sup> Cfr.: *Curso...*, cit., p. 66.

que es, pero nadie puede definir las”<sup>4</sup>. Nuestra intención es *aproximarnos*, en este estudio, al concepto de *intervención administrativa*; estudio que lo haremos siempre partiendo del *Derecho venezolano* y de la *coyuntura actual de Venezuela*. En lo primero, debemos tener muy presentes las reflexiones de BREWER-CARIAS: el Derecho Administrativo y sus instituciones –incluyendo también a la Administración económica– no deben estudiarse desde una perspectiva “... puramente formal, como si existiese un derecho administrativo puramente formal, como si existiese un derecho administrativo universal, aplicado y aplicable por igual en todos los países y en todos los tiempos, sino que, al contrario, la ausencia de una perspectiva realista y pragmática relativa a los fines del Estado y a sus métodos políticos, con frecuencia distorsionan enormemente su verdadera perspectiva...”<sup>5</sup>. Lo segundo –el enfoque de este estudio desde la *coyuntura actual de Venezuela*– nos exige considerar una realidad *objetiva y perfectamente constatable*: la *liberalización reciente de servicios esenciales económicos*, en concreto, de la electricidad, del gas y de las telecomunicaciones. Precisamente, el alcance actual de esa liberalización es el tema central del presente estudio.

De esa manera, el *plan* conforme al cual se desarrollará este estudio es el siguiente: en *primer lugar* esbozaremos los principios generales de la *libertad económica* y de la *intervención administrativa* en la Constitución de 1999. En nuestra opinión, no puede analizarse la *reciente liberalización* que se ha producido en Venezuela, sin ponderar cuál es el impacto que, en la ordenación pública de la economía, tiene la llamada *Constitución económica*. En *segundo lugar*, desarrollaremos el régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía venezolana, desde *dos perspectivas*: así, el tema será tratado *dogmáticamente*, estableciendo cuáles son las características –orgánicas y funcionales– de la *Administración económica*. Pero también analizaremos cuál ha sido, en la *práctica*, el alcance que en Venezuela ha tenido esa Administración, con especial referencia a la *impronta* del régimen de excepción: En *tercer lugar*, abordaremos el análisis del *régimen tradicional* y del *régimen actual* de la ordenación jurídico-administrativa de los servicios que hasta ahora han sido liberalizados en Venezuela, a saber, la electricidad, el gas y las telecomunicaciones. Finalmente, realizaremos un análisis *crítico* de la liberalización de esos tres sectores, especificando además, cuáles son los *supuestos* bajo los cuales la Administración interviene en cada uno de estos servicios liberalizados.

Partimos, al elaborar este estudio, de la siguiente premisa: el mantenimiento de las estructuras (tradicionales) del Estado venezolano, basadas en la intervención y sustitución de la iniciativa económica privada y en la prestación y dotación de toda clase de servicios, resulta ya insostenible. Creciente, permanente e “imperceptible” intervención del Estado en la economía que situaba al ciudadano venezolano –como el *John Smith* que evocaba SYDNEY WEBB, fundador de la *Fabian Society* y de

<sup>4</sup> Vid. *La responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 388.

<sup>5</sup> *Derecho Administrativo, Tomo I*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 11. Ello condiciona las referencias bibliográficas y jurisprudenciales empleadas, que se basan, principalmente, en el Derecho Venezolano.

José Ignacio Hernández G.

la *London Scholl of Economics and Political Science*- ante diversas prestaciones, servicios y bienes de origen *público*, pero que, en la actualidad, lo ubican ante una deficiente e *ineficaz* actuación del Estado<sup>6</sup>. Circunstancia que debe tenerse muy presente al analizar —como haremos nosotros— la liberalización que recientemente se ha implementado en Venezuela, respecto a servicios económicos esenciales sometidos tradicionalmente a una intensa intervención administrativa.

## I. LIBERTAD ECONÓMICA Y “CONSTITUCIÓN ECONÓMICA” EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999. ¿INTERVENCIÓN VS. LIBERTAD?

### 1. *La libertad económica como derecho constitucional limitable. Actividades económicas y fin de lucro*

La libertad económica es un derecho subjetivo constitucionalmente consagrado. En efecto, la Constitución, en su artículo 112, dispone lo siguiente:

“... 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...”.

No se trata de una disposición novedosa. Por el contrario, la libertad para ejercer actividades económicas ha estado consagrada en Venezuela desde la Constitución de 1811, aunque su significado sí ha variado sustancialmente, producto de las *transformaciones* del Estado venezolano. Concebida en un principio como una de las libertades propias del *Estado Liberal*, sufrió una lenta evolución caracterizada por su progresiva limitación, primero por razones de orden público, luego como consecuencia del advenimiento del Estado social. La fórmula empleada por el constituyente en 1999 es tributaria de la Constitución de 1947, cuyo artículo 73 preservaba el derecho de todos a dedicarse *libremente al comercio*, norma que (a excepción de la Constitución de 1953, propia del régimen *de facto* que en aquel

---

<sup>6</sup> El ejemplo de WEBB, sumamente vivido, fue reflejado por LUIS JORDANA DE POZAS en su artículo “El problema de los fines de la actividad administrativa” (*Revista de Administración Pública número 4*, Madrid, 1951, p. 17), comentado por FERNANDO GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 74, concretamente nota de pie 31) y también por BREWER-CARÍAS (*Derecho Administrativo*, cit., pp. 11-12, concretamente nota de pie 5). La descripción que hacía WEBB, tal y como la reflejó JORDANA DE POZAS, era la siguiente: John Smith (un ciudadano *ordinario*)“.. se despierta en la vivienda que le ha proporcionado el Municipio por las campanas del reloj municipal. Enciende la luz eléctrica de la fábrica municipal, hace su aseo con el agua del abastecimiento municipal, toma él tranvía o el autobús municipal. Gracias a la policía municipal llega seguramente a su oficina. Smith comerá posiblemente en un restaurante municipal, leerá los periódicos o revistas de una biblioteca municipal, consumirá alimentos conservados en las cámaras frigoríficas municipales y distribuidos en los mercados municipales o tal vez en las expendedorías reguladoras del mismo carácter. Si no pertenece a la clase bastante pudiente de la ciudad será asistido y hospitalizado en los establecimientos y por los facultativos municipales, y allí dará a luz su mujer. Cuando se encuentre sin trabajo acudirá a la oficina municipal de colocación. Y habrá realizado sus estudios en las escuelas municipales. Un día, como todos los humanos, John Smith morirá y, después de la inscripción en el registro municipal, será llevado por el servicio fúnebre municipal al cementerio municipal...”.

entonces imperaba) sería recogida en las posteriores Constituciones, incluyendo la Constitución vigente, de 1999<sup>7</sup>.

Ahora bien, la interpretación del significado y alcance de esa libertad supone considerar *tres* aspectos: (i) los orígenes de la libertad económica y su concepción como *parte de la libertad individual* del ciudadano; (ii) la consideración de esa libertad como un *derecho constitucional* y (iii) el *significado* del derecho a la libertad económica.

Sin embargo, antes de proseguir con estos planteamientos, debemos hacer una aclaratoria. Parte importante de la doctrina y jurisprudencia venezolana que empleamos en este estudio se refieren a la Constitución de 1961. Son aplicables, sin embargo, y por entero, a la Constitución de 1999, la cual –al menos en esta *específica* materia- se limitó a incorporar los principios económicos de la Constitución de 1961. Esta circunstancia ha sido reconocida en recientes decisiones del Tribunal Supremo de Justicia.

La primera sentencia que aceptó este principio fue dictada por la Sala Constitucional el 25 de abril de 2000, caso  *nulidad de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganiqueles*. La Sala conocía de la impugnación de la mencionada Ley, fundamentada en la presunta violación de (entre otras disposiciones) diversas normas de la Constitución económica contenida en el Texto Fundamental de 1961. Como punto previo, la Sala aclaró lo siguiente:

“... Cabe señalar que si bien la Constitución de 1961 fue abrogada en virtud de la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *los contenidos esenciales de las normas presuntamente transgredidas* por la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganiqueles, *subsisten en la nueva Constitución de 1999*, en los artículos 24, 27 numeral 1, 112, 113, 203, 316, 317 primer aparte y 314, por lo cual, los vicios de inconstitucionalidad denunciados -de ser procedentes-, también lo serían respecto de la Carta Magna vigente...” (destacado nuestro).

Este criterio sería reiterado en las sentencias de la Sala Constitucional de 11 de mayo de 2000, caso *Técnica Aduanal e Industrial* y de 8 de junio de 2000, caso *Inversiones Las Canteras C.A.* En esta última sentencia, y ante la impugnación de una ordenanza municipal (por contradicción con varias normas de la Constitución económica de 1961) la Sala volvió a establecer que:

“...En tal sentido, resulta necesario señalar, que *los principios y derechos consagrados en la Constitución de 1961* que constituyen el fundamento del presente recurso in-

<sup>7</sup> Siguiendo a BREWER-CARIAS, podemos identificar *cuatro etapas* de evolución de la libertad económica en Venezuela: la primera, propia del Estado liberal (1808-1909); la segunda, insertada también en el Estado liberal, pero en la que se aceptan las limitaciones a la libertad económica, en salvaguarda del orden público (1909-1947); la tercera, en la que las limitaciones a la libertad económica se amplían, en correspondencia a la mayor intervención pública en la economía (1947-1961) y la última, en la que dicha libertad aparece limitada, fundamentalmente, por razones de interés social (1961-1999) Cfr.: “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, cit., p. 1200. Esa evolución se corresponde con la *disminución de lo privado* y el consecuente *incremento de lo público* en las distintas Constituciones venezolanas. Sobre esta evolución, véase el completo estudio de SUÁREZ, JORGE LUIS, “Lo público y lo privado en las actividades económicas en Venezuela”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas número 101*; Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, pp. 144-183

José Ignacio Hernández G.

terpuesto, al alegar la accionante su violación por parte de la Ordenanza impugnada, *subsisten en la reciente Constitución de 1999*, manteniendo su esencia en lo dispuesto en los artículos 112, 138, 156 numeral 2, 157, 116, 316 y 317, respectivamente, por lo cual los vicios de inconstitucionalidad denunciados -de ser procedentes-, también lo serían respecto al Texto Fundamental vigente...” (destacado nuestro).

Finalmente, en decisión de 9 de agosto de 2000, caso *Instituto Nacional de Hipódromos*, ante una situación parecida a las anteriormente expuestas, el Tribunal reiteró que:

“...Fundamenta la presente acción en la violación de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la propiedad y a la *libertad económica* consagrados en los artículos 61; 99 y 96 de la Constitución de 1961; *derechos estos previstos ahora en los artículos 21, 115 y 112 de la Constitución de 1999...*” (destacado nuestro).

Vigencia de los principios y derechos económicos de la Constitución de 1961. En concreto, vigencia de la libertad económica que establecía el artículo 96 de la Constitución de 1961, en el actual artículo 112 de la Constitución de 1999. Cuestión que no deja de ser paradójica, pues la supuesta “*refundición*” de la República a la que alude el Preámbulo de la Constitución de 1999, no operó en lo que se refiere al *sistema* económico constitucionalmente consagrado. En esa materia —como lo ha entendido la Sala Constitucional— subsiste, afortunadamente, la Constitución de 1961<sup>8</sup>.

#### A. *La libertad económica como parte de la libertad ciudadana: de la Revolución Francesa a las teorías de Friedman*

La libertad económica —bajo la forma de la *libertad de industria y comercio*— surge históricamente como una defensa hacia los *gremios* y las *corporaciones* que controlaban el ejercicio de todas las actividades comerciales. Amplia *dominación* de los *gremios* y *corporaciones* sobre el desarrollo de la industria y comercio; esa era la principal característica del sistema económico del *Ancien régime*. Tal sistema se caracterizaba además por las potestades de los poderes políticos de carácter local que imponían verdaderas *fronteras* (*barrières douanières*). Los gremios, por un lado, y los poderes locales, por el otro, reducían significativamente la *autono-*

<sup>8</sup> Esta permanencia, en nuestra opinión, resulta sumamente ventajosa, pues la Constitución económica de 1961, *en su conjunto*, no requería de una *transformación* o *refundición*, como aceptó la doctrina que analizó el tema durante las discusiones llevadas a cabo ante la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Sin embargo, esta peculiar situación contrasta con algunas de las modificaciones introducidas en el Texto Fundamental vigente, de lo que resulta, lo veremos más adelante, una *importante* contradicción. Así, en la obra colectiva *La Constitución económica*, coordinada por JANET KELLY (IESA, Caracas, 1999), se analizó los eventuales cambios que, en la materia, podía introducir la futura Constitución. En tal sentido, JANET KELLY sugería incorporar *modificaciones muy puntuales* (cfr.: Bases conceptuales y la Constitución económica”, pp. 30-31). IGNACIO DE LEÓN, por su parte, consideraba oportuno introducir algunos cambios, para “... reformular principios que han estado en la letra, mas no en el espíritu que ha guiado la acción de todos los actores sociales...”, advirtiendo que la reforma de la Constitución económica de 1961 “... debe ser cuidadosamente examinada, pues la Constitución vigente establece un régimen que puede cómodamente adecuarse a las necesidades actuales de la colectividad venezolana...” (“Reflexiones para una reforma del sistema económico de la Constitución venezolana”, pp. 54 y 60).

mía de los ciudadanos para desarrollar actividades industriales y comerciales. Sistema económico que, con ocasión de la Revolución Francesa, sufre una importante transformación, motivada por dos razones.

En primer lugar, debemos destacar la Declaración de Derechos de 1789, cuyo artículo 4 –verdadero dogma de la Revolución– postula que *la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro*. En dicha Declaración no aparece, ciertamente, la libertad de industria y comercio; mas su silencio equivale a un reconocimiento implícito (DELVOLVÈ), pues la libertad económica *se entiende comprendida dentro del principio general de libertad*, que el artículo 4 sanciona. Libertad económica como *manifestación de la libertad del hombre*. Sobre esa premisa volveremos más adelante.

La segunda razón que motivó la transformación del sistema económico del *Ancien régime*, fue la dura crítica que, sobre el sistema de *gremios y corporaciones*, formuló la doctrina fisiocrática (QUESNAY y principalmente TURGOT) la cual tuvo, en este punto, una influencia determinante: bajo premisas indudablemente *liberales*, se postula la existencia de una “sociedad abierta e igualitaria, ordenada únicamente por el juego natural del mercado sobre la base de la propiedad” (GARCÍA DE ENTERRÍA). Influencia determinante, decimos, pues los fisiócratas propugnarán la implantación del *germen liberal* en el sistema económico, la abolición de los *gremios* y, consecuentemente, la ampliación de la libertad económica *individual*. Abolición de los gremios: ese fue uno de los objetivos perseguidos por los fisiócratas, quienes postulaban que “la fuente de todo mal está en la facultad de asociarse en gremios que se otorga a los artesanos de un mismo oficio” (TURGOT).

1791 sería el año en el que estas dos razones cobrarían importancia. Así, la Ley de 2-17 de marzo de 1791 –*décret d'Allarde*– establece que toda persona será libre de negociar o ejercer su profesión, arte o *métier*, esto es, se sanciona la libertad de *emprender* cualquier actividad económica. Esta Ley, conviene destacar, no sería derogada; su aplicación, incluso, ha sido común en diversas decisiones –aún recientes– del Consejo de Estado. Pero además, en ese año de 1791 se dictó la Ley 14-17 de junio –*loi Le Chapelier*– que prohibió el régimen de las corporaciones, con lo cual el ejercicio de la industria y comercio quedaba comprendido, efectivamente, dentro del ámbito de libertad *individual* de los ciudadanos<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Véase, en general, a DELVOLVÈ, PIERRE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, pp. 105-107. Sobre la doctrina fisiócrata y su influencia en la Revolución Francesa, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 81-86. En cuanto a la *Ley Chapelier*, vid. ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “Significado actual de la noción del servicio público”, en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 19997, pp. 19-20. Dicha Ley permitiría, además, el surgimiento de una institución *dogmática* dentro del Derecho Administrativo Económico: el servicio público. En efecto, abrogados los gremios y las corporaciones, el Estado se vería forzado a intervenir para satisfacer las necesidades colectivas que, usualmente, atendían dichas corporaciones. Cuestión por demás *paradójica*, como reconoce ARIÑO ORTIZ, pues la intención original era muy distinta: reducir el papel del Estado en el desarrollo de actividades industriales y comerciales; el resultado, fue el contrario, esto es, el incremento de esa intervención, a consecuencia del surgimiento del servicio público.

José Ignacio Hernández G.

Bajo estos postulados surge la libertad económica, asociada a la libertad general de los ciudadanos. Libertad económica como parte de la libertad del hombre: esa es la concepción *actual* de la libertad económica, aceptada por la doctrina venezolana (BREWER-CARIÁS, DE LEÓN y GRAU FORTOUL) y también por la jurisprudencia. En efecto, se acepta que el libre desenvolvimiento de la personalidad —según sostiene la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 6 de diciembre de 1989— presupone la facultad de escoger la *esfera económica* y de *libertad general*. Es, en definitiva, la consagración *más absoluta del pensamiento liberal*. Por tanto, la libertad que la Constitución de 1999 reconoce en su artículo 112, debe entenderse *como derivación* del derecho reconocido en el artículo 20 constitucional, según el cual “toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, *sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social*”<sup>10</sup>.

Esta tesis de la *indivisibilidad* de la libertad ha sido defendida también en la doctrina económica, especialmente por MILTON FRIEDMAN. Para este autor, hay una “íntima conexión” entre la política y la economía, pues las limitaciones a la libertad política trascienden, también, a las libertades económicas. Según FRIEDMAN, la experiencia demuestra que no puede desplegarse una *economía de mercado* (basada en el respeto a la libertad económica) sin libertad política. Es una relación *recíproca*, en cuya base encontramos la *indivisibilidad* de la libertad del ciudadano, pues las libertades políticas y las libertades económicas, en definitiva, dimanan del derecho al *libre desenvolvimiento de la personalidad* en todos los ámbitos de la acción humana<sup>11</sup>. Sobre esta relación entre la libertad política y la libertad económica MARÍA ELENA GONZÁLEZ DELUCA ha efectuado un completo análisis históri-

<sup>10</sup> Vid. BREWER-CARIÁS, ALLAN, *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I*, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1996, p. 556. IGNACIO DE LEÓN, inclinándose por la posición de SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, señala que “... la libertad económica, reconocida en el primer párrafo del artículo 96 de la Constitución, es la proyección en lo económico del principio de libertad, el cual es uno de los pilares de la ordenación establecida en la Constitución, y uno de sus valores superiores...” (“Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, en *SUMMA, Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1998, p. 319). La libertad —escribe S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER— no puede fragmentarse, pues “la libertad no es más que una” (*Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1988, p. 154). Esa es, recordemos, premisa *derivada* de la evolución que, en Francia, ha tenido la libertad de industria y comercio. En este mismo sentido, escribe GUSTAVO GRAU FORTOUL que el *orden económico* que la Constitución consagra se extiende al “... principio general de libertad que, contemplado con carácter de auténtico derecho fundamental, pero en el plano individual, se encuentra regulado en el artículo 43...” [equivalente al artículo 20 de la Constitución vigente] (vid. “El *encaje* como mecanismo de política monetaria, sujeto en su instrumentación a la legalidad”, en el número 4 de esta *Revista*, pp. 84-85).

<sup>11</sup> Cfr.: FRIEDMAN, MILTON (con la asistencia de FRIEDMAN, ROSE), *Capitalism and Freedom*, The University of Chicago Press, 1962, pp. 7-21. Expone FRIEDMAN que “... economic arrangements play a dual role in the promotion of free society. In one hand, freedom in economic arrangements is itself a component of freedom broadly understood, so economic freedom is an end in itself. In the second place, economic freedom is also an indispensable means toward the achievement of political freedom...” (p. 8), concluyendo en lo siguiente: “... historical evidence speaks with a single voice on the relation between political freedom and a free market...” (p. 9).

co sobre los intereses privados (representados en el gremio mercantil de Caracas) y las instituciones públicas o estatales en Venezuela. Afirma así que la ausencia de libertad política se tradujo, comúnmente, en una limitación a la libertad económica<sup>12</sup>, aunque la relación inversa no es siempre coincidente, pues la promoción de las libertades políticas no siempre favoreció a la libertad económica. De esa manera, la intervención del Estado *limitando* las libertades políticas y, en general, las libertades individuales (libertad de expresión, libertad religiosa...), acción propia de regímenes *de facto* o autoritarios, repercute *negativamente* en la libertad económica.

B. *La libertad económica como un derecho constitucional "limitado". Significado de esa libertad en la Constitución venezolana*

La libertad económica es un *derecho público subjetivo*, desde que es consagrado en la Constitución como un *haz de facultades y poderes* a favor de los particulares, que resulta oponible al Estado<sup>13</sup>. Pero además, se trata de un *derecho público subjetivo constitucionalmente consagrado*, esto es, de un *derecho constitucional*.

Doctrina y jurisprudencia reconocen, pacíficamente, esa situación<sup>14</sup>. Sin embargo se ha insistido en que no se trata de un derecho absoluto *sino relativo*, ya que

<sup>12</sup> GONZÁLEZ DELUCA, MARÍA ELENA, "La paradoja de la libertad escindida: el gremio mercantil de Caracas y las relaciones entre lo público y lo privado", en *Lo público y lo privado. Redefinición de los ámbitos del Estado y de la Sociedad, Tomo I*, obra colectiva editada por SORIANO DE GARCÍA-PELAYO, GRACIELA y NJAIM, HUMBERTO, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 1996, pp. 95-139. Aunque, insistimos, la *relación inversa* no es siempre coincidente, esto es, que no toda acción del Estado dirigida a *promover* las libertades políticas se traduce en una promoción de la libertad económica (ob. cit., p. 121). Ejemplo de ello es la evolución de la economía venezolana a partir de 1961: indudablemente las libertades políticas se afianzaron con la evolución de la democracia; la libertad económica, en contra, fue objeto de progresivas limitaciones e intervenciones.

<sup>13</sup> Empleamos el concepto de derecho subjetivo comúnmente aceptado, y que se ha sido acogido por la Sala Constitucional al señalar que "... los derechos subjetivos han sido definidos como un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio de su titular y, en consecuencia, por él protegido de modo directo e inmediato. Es decir, un poder concedido en el ordenamiento a un determinado sujeto, tutelado, incluso, judicialmente, que puede hacer efectivo frente a los terceros o el Estado..." (sentencia de 27 de julio de 2000, caso *Seguros Corporativos*).

<sup>14</sup> La Constitución venezolana de 1999 regula unitariamente todos los derechos constitucionales en su Título III, relativo a los "derechos humanos y garantías, y de los deberes". Dentro de ese Título se ubica el Capítulo VII, relativo a los *derechos económicos*, que abarca a la libertad económica, aunque, aclaramos, no todos los artículos de ese Capítulo recogen *derechos económicos*. Así, el Capítulo VII del Título III del Texto Constitución vigente no consagra exclusivamente *derechos subjetivos*; de hecho, sólo se reconocen en tal Capítulo *cuatro* derechos constitucionales económicos: el derecho a la libertad económica (artículo 112); el derecho de propiedad (artículo 115); el derecho a disponer de bienes y servicios de calidad (artículo 117) y el derecho de los trabajadores a desarrollar asociaciones de carácter social y participativo (artículo 118). Esta *imprecisión* deriva de la Constitución de 1961, tal y como denunció la doctrina en ese entonces. Cfr. MAYOBRE, JOSÉ ANTONIO, "Derechos económicos", en *Estudios sobre la Constitución*, cit., pp. 1127-1128; MEIER, HENRIQUE, "Fundamento constitucional de la actividad económica del Estado Venezolano. Bases constitucionales del Régimen Económico de la República de Venezuela [Principios Generales de Dere-

José Ignacio Hernández G.

puede ser *limitado* por la *Constitución* y las *Leyes*. Es, resaltamos, un criterio *my reiterado*. Así, en doctrina, BREWER-CARIAS ha señalado que "... la libertad económica, sin embargo, no se establece en la Constitución como absoluta, sino que se la somete a las limitaciones 'previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes'..."<sup>15</sup>. CARRILLO BATALLA sostiene que la *libertad* se consagra en el orden económico de manera limitada, por lo que hay una "gama de restricciones" frente a la facultad constitucionalmente reconocida "de que cada quien puede consagrarse a aquella actividad lucrativa que más esté conforme con sus preferencias"<sup>16</sup>. Expresiones influenciadas por la Constitución de 1961, pero que son sustentables, también, bajo la Constitución de 1999<sup>17</sup>. Por todo ello, la jurisprudencia ha concluido que la libertad de industria y comercio no es absoluta, sino limitada. Así, la Sala Político-Administrativa en sentencia de 22 de octubre de 1992, caso *Asfapetrol* señaló que "... los derechos económicos, si bien reconocidos como fundamentales por el texto constitucional, no están en cambio establecidos en forma absoluta e ilimitada en su contenido o en la posibilidad de su disfrute...", criterio que parte de la sentencia de la Sala de 24 de marzo de 1986, en la cual se precisó que la libertad económica se encuentra constitucionalmente garantizada, pero sujeta "... a las limitaciones y restricciones que establezca la ley; en consecuencia no se trata de derechos o libertades ciudadanas ilimitadas en su contenido o en su posibilidad de disfrute...". Igualmente, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia de 22 de diciembre de 1992, caso *Rubén A. Istúriz* ha señalado que la Constitución consagra una libertad económica "...relativa, limitable por ley...", sentencia reiterada en el fallo de 4 de marzo de 1999, caso *Oscar Antonio Reyes Manzo*.

Las anteriores afirmaciones, en nuestra opinión, no son del todo exactas. La Constitución consagra el derecho de todos a dedicarse *libremente* a *cualquier* actividad económica. Ese derecho es recogido de manera general y absoluta, esto es, que no hay ninguna *limitación originalmente consagrada* a la libertad económica. Lo que la Constitución admite en el artículo 112 es que tal libertad *puede ser limi-*

---

cho Público Económico]], en *Revista de la Facultad de Derecho número 22*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1975, pp. 160-161, y OROPEZA, AMBROSIO, *La nueva Constitución Venezolana de 1961*, Caracas, 1961, p. 303.

<sup>15</sup> *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I*, cit., p. 556. Del autor, véase además "Reflexiones sobre la Constitución Económica", en *Revista de Derecho Público número 43*, Caracas, 1990, pp. 5-16, especialmente p. 11. En cuanto a la Constitución de 1999, vid. *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000, pp. 204-205.

<sup>16</sup> "El sistema económico constitucional venezolano", en *Estudios sobre la Constitución...*, cit., p. 1056.

<sup>17</sup> En efecto, la *Exposición de Motivos* de la Constitución de 1961 establecía que la libertad económica constitucionalmente consagrada "no es la que puede impedir al Estado reservarse determinadas industrias, la explotación o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional y dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, así como regular la circulación, la distribución y el consumo de las riquezas con el objeto de impulsar el desarrollo económico del país". Véanse los comentarios que, sobre esta *Exposición de Motivos*, hace HENRIQUE MEIER ("Fundamento constitucional de la actividad económica del Estado Venezolano. Bases constitucionales del Régimen Económico de la República de Venezuela...", cit., pp. 169-174).

tada por la Ley, en atención a las previsiones constitucionalmente consagradas. Es, por tanto, un derecho constitucional *limitable*, que no *limitado*.

En *abstracto*, la libertad económica es reconocida por la Constitución como un derecho *amplio*, sin limitaciones *intrínsecas*. Es por ello que las limitaciones que pueden imponer los Poderes Públicos –previstas en la Constitución y establecidas en las Leyes– son externas, no internas. La Constitución, por tanto, permite la *limitación* de la libertad económica, no su *delimitación*: en el caso del derecho a la libertad de industria y comercio, sólo pueden imponerse *limitaciones externas* que afecten su ejercicio. De allí que, como sostienen ZAJIA TOBIA y ACOSTA-HOENICKA, estas limitaciones sólo *comprimen el ejercicio* de tal libertad<sup>18</sup>.

De lo anterior se desprende otra consecuencia: esa libertad puede ser limitada según lo *establecido en la Ley*. Esto es, que las limitaciones a esa libertad son consideradas por la Constitución materia de la *reserva legal*, pudiendo sólo regularse, en consecuencia, por actos con rango y fuerza de Ley<sup>19</sup>. Trasladando lo anterior al ámbito de actuación de la Administración económica, podemos señalar que las limitaciones administrativas a la libre iniciativa económica privada requieren de una *base legal suficiente*, lo que impone, en garantía de los particulares, la necesaria intervención del Poder Legislativo. Sin embargo, la relación *equilibrada* entre la Administración económica y el Poder Legislativo suele *romperse* a través del ejercicio, por parte de la Administración, de *potestades normativas extraordinarias*. Luego veremos que lo común, en Venezuela, ha sido la *ruptura* de esa relación de *equilibrio*.

Ahora bien ¿cuál es el *significado* del derecho reconocido en el artículo 112 de la Constitución, y en qué medida ese derecho es afectado por la intervención administrativa en la economía?

La jurisprudencia se ha encargado de establecer ese *significado*. Así, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 20 de julio de 1996, caso *Air France*, señaló que esa libertad se refiere al 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

<sup>18</sup> ZAJIA TOBIA, MARÍA F. y ACOSTA-HOENICKA, OSWALDO, “La limitación al derecho al libre ejercicio de la actividad lucrativa de los particulares en la Constitución de 1961”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas número 74*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990, p. 142.

<sup>19</sup> Sobre esta *reserva legal*, vid. BREWER-CARÍAS, ALLAN, “Reflexiones sobre la Constitución económica”, cit., p. 11 y ZAJIA TOBIA, MARÍA F. y ACOSTA-HOENICKA, OSWALDO, “La limitación...”, cit., p. 142. Especialmente, véase el trabajo de CARLOS AYALA CORAO (“Intervención legislativa del Estado Venezolano en la economía”, en *Revista de la Facultad de Derecho números 39-40*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1988, páginas 162 y siguientes), en el que se analiza el régimen jurídico de las *intervenciones legislativas* que limitan la libertad empresarial. Como ha expresado recientemente HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ que las limitaciones a la libertad económica *son taxativas*, bien por establecerlas la Constitución, bien por estar contenidas en las leyes (cfr.: *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, p. 241).

José Ignacio Hernández G.

preferencia”. La libertad económica es, entonces, el derecho de todos los particulares a desarrollar *libremente* actividades comerciales e industriales.

Hay un aspecto en el que forzosamente debemos detenernos, y que aparentemente ha pasado desapercibido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Hemos señalado que, según esa jurisprudencia, la libertad económica a que se refería el artículo 96 de la Constitución de 1961 *es idéntica* a la libertad recogida en el artículo 112 de la Constitución vigente. La afirmación, sin embargo, no es del todo exacta, pues *mientras el hoy derogado artículo 96 sancionaba el derecho a dedicarse a cualquier actividad lucrativa*, el artículo 112 vigente se refiere al derecho a *dedicarse a cualquier actividad económica*. Y los términos “actividades lucrativas” y “actividades económicas” no son similares, desde que hay actividades económicas desplegadas con fin de lucro y actividades económicas no lucrativas. ¿A cuál de los dos tipos de actividades se refiere la Constitución?

Este tema ha sido muy debatido en el derecho comparado, especialmente en España, país en el que se discute si la libertad de empresa que la Constitución sanciona, ampara el ejercicio de actividades económicas *no lucrativas*<sup>20</sup>. En Venezuela, la redacción del artículo 96 derogado excluía cualquier discusión, por lo que doctrina, jurisprudencia e incluso legislación, se referían siempre a *actividades lucrativas*<sup>21</sup>, aunque en un sentido bastante amplio. Así, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, consideró que “... los conceptos de actividad económica y beneficio material son inseparables, independientemente de que este beneficio material favorezca directa y exclusivamente a quien realiza la actividad o que el beneficiario sea un tercero, una colectividad o la sociedad misma. Como corolario de estas ideas, puede afirmarse que toda actividad económica debe considerarse, o cuando menos presumirse, que es una actividad lucrativa...”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> En efecto, en España un sector de la doctrina sostiene que el fin de lucro es *inherente* a la libertad económica (GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, “La libertad de empresa”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo III*, Edersa, Madrid, 1996, p. 740), posición rechazada por ARAGÓN REYES, quien expresamente niega que el *fin de lucro* sea inherente a la libertad de empresa (cfr.: *Libertades económicas y Estado social*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p.19). La discusión ha sido zanjada por el Tribunal Constitucional, el cual, en sentencia de 22 de marzo de 1988 sostuvo que la libertad de empresa “... se refiere a empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro, y garantiza en último término la existencia de una economía de mercado...”. El fallo cuenta con un Voto Particular, formulado por LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, en el cual se sostuvo que “... el art. 38 de la Constitución garantiza la libertad de empresa, cualquiera que sean las características de ésta y lo mismo si tiene o no finalidad de lucro. En definitiva se trata de que existan agentes económicos de carácter privado. Por empresa, en el sentido del art. 38 de la Constitución, hay que entender toda organización estable de capital y trabajo, que ejercita habitual y profesionalmente actividades de carácter económico, en una economía de mercado...”.

<sup>21</sup> Cfr.: artículo 3 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia. Según esa norma, el concepto *actividad económica* —cuyo libre ejercicio quedaba garantizado por el artículo 96 de la Constitución de 1961— se refería a *toda manifestación de producción o comercialización de bienes y prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos*.

<sup>22</sup> Cfr.: sentencia de la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 23 de julio de 1986, caso *Entidad de Ahorro y Préstamo Oriente*. Es importante resaltar que la doctrina había

La libertad consagrada en el artículo 112, por tanto, ampara al ejercicio de *cualquier actividad económica*, incluso cuando su titular no persiga un *fin de lucro personal*. La reforma introducida en la Constitución de 1999 no supone, sin embargo, que la *obtención de lucro* como consecuencia del ejercicio de actividades económicas no se encuentre constitucionalmente garantizado. Por el contrario, ese *fin lucrativo* ha de comprenderse dentro del ámbito de *autonomía privada* que la Constitución reconoce en el artículo 112.

## 2. La evolución de la doctrina y jurisprudencia sobre el alcance de la Constitución económica

Ahora bien, la interpretación acerca del significado de la libertad económica no puede abordarse desde la sola perspectiva del artículo 112. Muy por el contrario, es necesario considerar que ese derecho constitucional se encuentra *inserto* dentro de unas normas constitucionales que, articuladas, conforman la Constitución económica. La interpretación de esa libertad, en marco de la Constitución económica, concibe a ésta como un *derecho limitable* por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, todo ello, como indica BREWER-CARIAS "... dentro de los principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad...". La libertad económica, siguiendo a MEIER, debe ser *concordada* con el resto de las normas fundamentales que sancionan el *papel del Estado en la economía*<sup>23</sup>.

La Constitución económica tiene en la actualidad una concepción bastante distinta a la que tenía en sus orígenes. Este concepto surge en Alemania en el siglo XIX, bajo el término *wirtschaftsverfassung*, con una connotación, según enseña MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, estrictamente económica: aludía así a las bases, pilares o estructuras del orden económico. *Constitución económica* equivalía a *sistema o principios económicos*, sin ninguna connotación jurídica. El advenimiento del Estado social y su inserción en las Constituciones políticas a través de la *cláusula*

---

criticado ya el artículo 96 de la Constitución de 1961, al señalar que éste no se refería a las actividades económicas *no lucrativas* (cfr.: DE LEÓN, IGNACIO, "El capitalismo popular como alternativa para una Constitución Económica posible", en *La Constitución de 1999*, coordinada por VALERA, IRENE, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2000, p. 195).

<sup>23</sup> Vid. BREWER-CARIAS, ALLAN, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo IV, cit., p. 119, así como a MEIER, HENRIQUE, "Fundamento constitucional de la actividad económica...", cit., p. 170. Dentro de esta misma posición, aunque con una conclusión bastante cuestionable en la actualidad, véase a CARRILLO BATALLA, TOMÁS, "El sistema económico constitucional venezolano", cit.. Para este autor "... el encuadramiento de la estructura económica [de la Constitución] es uno que consagra la propiedad privada y la producción capitalista pero a la vez la limita, la restringe y somete a obligaciones como las que acabamos de referir y que configuran un marco de disposiciones de economía dirigida o economía privada intervenida..." (p. 950). No compartimos, sin embargo, la consecuencia que de esa afirmación se hace, tal y como expondremos después. Asimismo, JOSÉ ANTONIO MAYOBRE, al comentar el derogado artículo 96 (reflexión válida también respecto el artículo 112 vigente) señalaba que la Constitución, además de consagrar la libertad económica como derecho del ciudadano, define al mismo tiempo "... los límites que el interés social impone al ejercicio de ese derecho..." (Derechos económicos", cit., p. 1129). Vid. el planteamiento del tema en la Constitución actual, en BREWER-CARIAS, ALLAN, *La Constitución de 1999*, cit., p. 204.

José Ignacio Hernández G.

del Estado social, primero en la Constitución mexicana de 1917 y luego, con mayor amplitud, en la Constitución de Weimar de 1919, daría un giro *muy distinto* a ese término<sup>24</sup>. La Constitución tenía que responder a las *transformaciones del Estado*; por ello, las Constituciones contemporáneas recogen la participación del Estado en el orden económico, como medio para *configurar* el orden social, ocupándose también de los *principios constitucionales que informan la actuación de los Poderes Públicos* en la economía. Así ha ocurrido en Venezuela, particularmente desde la Constitución de 1936, y así ocurre en la actualidad, en la Constitución de 1999, la cual regula estos principios con el *revelador* título de la “*Función del Estado en la Economía*”.

Desde esa *perspectiva jurídica* es que se analiza, actualmente, la Constitución económica, la puede ser definida en palabras de MANUEL GARCÍA PELAYO como “... las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico...”<sup>25</sup>. La Constitución económica comprende, entonces, los *principios fundamentales* que informan, por un lado, la participación e intervención de los Poderes Públicos en la economía y por el otro, la participación e intervención de los particulares en ese orden. Es en la Constitución económica en la que *convergen* lo público y lo privado en la ordenación de la economía; es también, conforme a esa Constitución, como debe ser interpretada la libertad de industria y comercio.

La *interpretación* de la Constitución económica es entonces fundamental para la interpretación de la libertad de industria y comercio. ¿Cuál es el “modelo” o “sistema” que recoge la Constitución, si es que recoge alguno?. La respuesta a esa pregunta ha sido abordada en Venezuela por la jurisprudencia, a través de dos sentencias distantes no sólo en el tiempo sino también en la ideología: la sentencia de 5 de octubre de 1970, de la Sala Político-Administrativa, caso *CANTV* y la sentencia de 15 de diciembre de 1998 de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno,

<sup>24</sup> Para lo aquí expuesto véase a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Derecho administrativo económico*, cit., pp. 21-29, así como en “La ‘Constitución económica’ en el Texto de la Constitución Española de 1978”, consultado en original. Vid. asimismo la obra fundamental de GARCÍA-PELAYO, MANUEL, *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, *in totum*. Desde la doctrina alemana, vid. FORSTHOFF, ERNST, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, en *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 92 y siguientes. En el derecho venezolano, vid. COMBELLAS, RICARDO, “La Constitución económica”, en *Una Constitución para el Ciudadano*, COPRE, Caracas, 1994, pp.395-403 Véanse también a BREWER-CARIAS, ALLAN, *Derecho administrativo*, cit., pp. 107 y siguientes, quien analiza la influencia del advenimiento del Estado social en el constitucionalismo venezolano y a SUÁREZ, JORGE LUIS, “Lo público y lo privado en las actividades económicas en Venezuela”, cit., pp. 144-183.

<sup>25</sup> “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, obra coordinada por RAMÍREZ, M., Zaragoza, 1979, pp. 27-53, tomada de *Obras Completas, Tomo III*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2857. El impacto de esa definición ha sido considerable: es ese el concepto de Constitución económica que recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (sentencia número 1/1982, de 28 de enero, reiterada —entre otras— en la sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de noviembre de 1999) y es esa también, como veremos de inmediato, el concepto acogido en la jurisprudencia venezolana.

caso nulidad de la Ley de Privatización. Sobre estas dos sentencias pivotan, en general, las distintas opiniones de la doctrina venezolana sobre el tema.

Así, la primera sentencia a la que nos referimos, de 5 de octubre de 1970, parte de la siguiente premisa:

“...las actividades del sector público pueden aumentar en la misma medida en que disminuyen las del sector privado, o viceversa, de acuerdo con el uso que hagan las autoridades competentes de los poderes que les confiere el constituyente en las citadas disposiciones (...)

Y en razón de ello, es posible que un servicio pase del sector público al sector privado, para que sea explotado como actividad comercial o industrial con fines de lucro, o que el Estado reasuma la responsabilidad de prestar el servicio directamente o por medio de un órgano contratado por él, entre otros motivos por razones de ‘conveniencia nacional’ ....”<sup>26</sup>.

Conforme ese fallo, los Poderes Públicos y los particulares concurren *indiscriminadamente en el orden económico*; la amplitud del sector privado en la economía depende entonces del uso que “hagan las autoridades competentes de los poderes que les confiere el constituyente en las citadas disposiciones”. Sobre la base de esa sentencia, BREWER-CARIAS concluyó (en una interpretación *inicial*, debemos advertir), que “...el sistema económico venezolano, constitucional y realmente, es un sistema de economía mixta que si bien protege ‘la iniciativa privada’ permite al Estado una gran e ilimitada intervención, no sólo de carácter regulador, sino activa, como Estado Empresario (...) se consagra constitucionalmente un sistema de economía mixta en el cual el Estado puede tener una amplísima participación sometida materialmente a muy pocos límites: el ámbito del sector público respecto del sector privado, por tanto, dependerá de la política económica y social concreta del gobierno...” interpretación que sería acogida posteriormente por la doctrina (CARRILLO BATALLA)<sup>27</sup>. La conclusión, por tanto, era que en el régimen venezolano “la intervención estatal ni es subsidiaria de la iniciativa privada ni tiene límites” (BREWER-CARIAS). De allí que MAYOBRE afirmara que “... la dirección económica del país es responsabilidad y está a cargo del Estado, el cual está dotado al efecto de los *más amplios poderes* para planificar y regular la actividad económica, incluyendo la propiedad y el control de las industrias básicas...”<sup>28</sup>. Se llegó a considerar a la libertad económica, incluso, como un “derecho relativizado, vulnerable”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> El texto de la sentencia puede ser consultado en la *Gaceta Oficial* número 1447 extraordinaria de 15 de diciembre de 1970, así como en BREWER-CARIAS, ALLAN, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I*, Caracas, 1975, pp. 133 y siguientes.

<sup>27</sup> Vid. BREWER-CARIAS, ALLAN, *Derecho administrativo...*, cit., pp. 114-115. Conviene advertir que la opinión de BREWER-CARIAS estaba contenida en la *primera edición de esa obra*, aparecida en 1975; se encuentra recogida, también, en “El derecho a la propiedad y la Libertad económica...”, cit., pp. 1213-1214. La referencia a la fecha, como luego veremos, no es fútil. En este mismo sentido, vid. CARRILLO BATALLA, TOMÁS, “El sistema económico...”, cit., pp. 1110-1111.

<sup>28</sup> MAYOBRE, JOSÉ ANTONIO, “Derechos económicos”, cit., p. 1132.

<sup>29</sup> Cfr.: URDANETA TROCONIS, GUSTAVO, “Algunos aspectos teóricos de las nacionalizaciones”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, Archivo de Derecho Público y Ciencias

José Ignacio Hernández G.

Según la jurisprudencia y doctrina transcritas, imperaba en la Constitución económica de 1961 un *sistema de economía mixta*, en cuya virtud correspondía a los Poderes Públicos, y entre ellos a la Administración económica, *configurar ampliamente* la extensión del sector privado. Reconocimiento de *amplias y discrecionales potestades* por parte del Estado para *limitar, afectar y restringir* la libre iniciativa económica privada. Amplias potestades que, además, no encuentran límite en la Constitución. Sin duda alguna se trata de una interpretación en la que, como bien señala GUSTAVO LINARES BENZO, la libertad económica *no saca nada del juego*<sup>30</sup>. Las críticas que de esa posición ha efectuado IGNACIO DE LEÓN son, en nuestra opinión, perfectamente justificadas. Afirmar que el sistema venezolano consagra un régimen de economía mixta —escribe— resulta “...sumamente ambiguo, porque este adjetivo de naturaleza económica y no jurídica impide delinear en absoluto las esferas de actuación naturales del Estado y de los individuos, con el consiguiente riesgo de interferencia indebida en la esfera de actuación individual...<sup>31</sup>”. Ambigüedad, discrecionalidad, potestades administrativas *expansivas*, amplia limitación y configuración de la libertad económica. Son esas las consecuencias que se derivan de la interpretación que se comenta y que resultaba *insostenible* tanto a la luz de la Constitución de 1961 como a la luz de la vigente Constitución. En efecto, esa libertad ha sido reconocida, en ambos Textos Constitucionales, con carácter general; se deriva incluso del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Esa libertad general que insufla todas las actividades económicas privadas es el principio sobre el que gravita el “sistema económico” de la Constitución. Ello supone que los Poderes Públicos no tienen una *ilimitada potestad* para configurar y limitar esa libertad general. Pueden limitarla, sí, pero respetando las garantías que la propia Constitución sanciona.

Es esta la posición que, *posteriormente*, fue asumida por BREWER-CARIAS, al señalar que las limitaciones *legales* a esa libertad económica no suponen “ejercicio alguno de poderes discrecionales”, pues los Poderes Públicos “a pesar de su soberanía, no podrán incurrir en arbitrariedad y pretender calificar por ejemplo, como ‘razones de interés social’ limitaciones a la libertad económica que conduzcan a negarla; que resulten contrarias a los principios de justicia social...”; en definitiva, la *flexibilidad* de la Constitución económica y las amplias potestades de los Poderes públicos para *limitar* la libertad de industria y comercio no pueden derivar en la

---

de la Administración, Volumen 3, 1972-1979, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, p. 66.

<sup>30</sup> Véase la detallada exposición que el autor hace en “Lo que la libertad económica saca del juego”, cit., consultado en original, y el estudio del autor sobre la libertad económica contenido en *Revista del Banco Central de Venezuela número 4, Economía y Derecho Constitucional*, Caracas, 1999, páginas 287-291. LINARES BENZO analiza, en esos escritos, la *evolución* de la doctrina venezolana sobre el tema que aquí se trata.

<sup>31</sup> Las críticas de este autor se extienden, incluso, al propio término “economía mixta”: “...calificar el sistema venezolano como uno de economía mixta, en el fondo equivale a no decir nada en el ámbito de lo jurídico, que es la postre lo que en el ámbito de lo concreto permitiría delimitar la actuación discrecional de la Administración y distinguirla del frecuente y tentador ejercicio arbitrario del poder...” (“Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, cit., p. 303).

desnaturalización de ese derecho constitucional<sup>32</sup>. Esta posición, subrayamos, ha sido *expresamente* aceptada en reciente sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2000, caso *Consortio Ayari*, en la cual se señaló lo siguiente:

“...De las normas antes transcritas se puede colegir, que las mismas consagran la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante la ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe destacarse que ello *no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del legislador*, el cual, *no podrá incurrir en arbitrariedades* y pretender calificar por ejemplo, como “razones de interés social” limitaciones a la libertad económica que resulten contrarias a los principios de justicia social, ya que, si bien la capacidad del Estado de limitar la libertad económica es flexible, dicha flexibilidad existe mientras ese derecho no se desnaturalice. En este mismo sentido debe entenderse que cuando la norma transcrita se refiere a las limitaciones a dicho derecho, y señala sólo “las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes...” *no puede interpretarse que la Constitución establezca garantías cuya vigencia pueda ser determinada soberanamente por el legislador ya que todos los derechos subjetivos previstos en la Constitución son eficaces por sí mismos*, con independencia de la remisión legal a la que pueda aludir la Constitución. Lo que la Ley Fundamental ofrece es un “*estatuto completo de la libertad*, efectivo por sí mismo, no necesitando de ningún complemento para ser operativo inmediatamente” (E. García de Enterría, citado por Linares Benzo, Gustavo, en su ponencia “Lo que la Libertad Económica saca del Juego” en el IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional)...”. (destacado nuestro).

Se trata, insistimos, de un pronunciamiento jurisprudencial que debe tenerse muy en cuenta al analizar la libre iniciativa privada en el marco de la Constitución económica. Esa libertad es un *derecho constitucional* con autonomía propia, oponible a los Poderes Públicos, especialmente a través de la garantía del contenido esencial. La Constitución —dice la Sala Constitucional, citando a GARCÍA DE ENTERRÍA— sanciona un *estatuto completo de la libertad*, agregamos, de la *libertad económica*. Todos los particulares, sin excepción, pueden dedicarse a la actividad económica de su preferencia, y las limitaciones que a ese derecho puedan imponerse *no pueden ser arbitrarias*, sino que por el contrario, han de ser *razonables, proporcionales y justificadas objetivamente*.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, podemos sostener que la Constitución sanciona a la libertad económica como un *derecho limitable*, que puede ser afectado por los Poderes Públicos y también por la Administración. Mas no permite la Constitución una intervención *desmesurada, ilimitada o arbitraria*: la intervención de los Poderes Públicos en la economía y, en concreto, la afectación que puedan realizar de la libertad empresarial, no carece de limitación.

### 3. El sistema consagrado en la Constitución económica de Venezuela

Los límites a la actuación de los Poderes Públicos en la economía y la extensión de la libertad de industria y comercio derivan de la propia Constitución, específicamente, de la *Constitución económica*. En necesario, por tanto, ahondar sobre el “sistema” o “modelo” que sanciona esa Constitución, aspecto en el que resulta de

<sup>32</sup> Vid. BREWER-CARIÁS, ALLAN, *Instituciones políticas y constitucionales*, Tomo I, cit, pp. 552-560.

José Ignacio Hernández G.

obligada mención la sentencia de 15 de diciembre de 1998 de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, caso *nulidad de la Ley de Privatización*, cuya importancia justifica la extensión de la cita:

“...Las Constituciones modernas de los distintos países, si bien establecen de manera general la forma de actuación de los Poderes Públicos y de los individuos en la actividad económica, dicha consagración se hace en términos principistas; de esta forma, la *Constitución Económica*, 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 observe los límites constitucionales.

En el caso concreto de la Constitución Venezolana de 1961, esta propugna una serie de valores normativos superiores del régimen económico, consagrando como tales la *libertad de empresa* en el marco de una *economía de mercado* y fundamentalmente el del *Estado Social de Derecho* (...) los valores aludidos 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).

Las premisas señaladas precedentemente permiten determinar el grado de flexibilidad de nuestra Constitución Económica dentro de la economía de mercado, el cual puede tener como contenido la economía social de mercado o la economía dirigida o controlada de mercado, adaptándose de esta forma, a las necesidades de su tiempo, atendiendo a principios ideológicos...”.

La sentencia cubre los aspectos generales de la Constitución Económica venezolana. En particular, se pronuncia sobre *dos postulados*: la *neutralidad* de la Constitución y su carácter *amplio y flexible*. Analicemos cada uno de ellos por separado.

#### A. Sobre la neutralidad de la Constitución económica venezolana

En *primer lugar*, la sentencia se pronuncia sobre la *neutralidad* de la Constitución económica venezolana, pues la Constitución –según ese fallo– *no está destinada* a garantizar la *existencia* de un determinado orden económico, desde que parte de una “base neutral”. Esa *neutralidad* permitiría al legislador configurar, ampliamente, el orden económico<sup>33</sup>. Debemos advertir que la *neutralidad* de la Constitu-

<sup>33</sup> Quien fuera ponente de esa sentencia –HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ– ha insistido, en posteriores oportunidades, sobre la *neutralidad* de la Constitución económica. Véase así la intervención de la autora en el *III Encuentro Internacional de Economía* celebrado durante los días 19 al 21 de julio de 1999 en el Banco Central de Venezuela, y que aparece recogida en la *Revista del Banco Central de Venezuela número 4*, cit., pp. 211-215 y 235-236. Sin embargo, y con posterioridad, la autora reconoce que sí hay, en la Constitución de 1999, una *Constitución económica* basada en una dualidad de principios que convergen en *equilibrio* (cfr.: *Ad imis fundamentis...*, cit., pp. 235, 239 y 242.

ción Económica es una tesis de origen alemán; de allí que sea pertinente plantear los aspectos centrales dentro de los cuales esa teoría se ha desarrollado, para luego precisar si, efectivamente, la Constitución venezolana puede ser catalogada como *neutral*<sup>34</sup>.

La *neutralidad* de la Constitución Económica es una tesis desarrollada principalmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, en concreto, en la sentencia de 1 de marzo de 1979, en la cual sostuvo que la Ley Fundamental *no contiene* determinación o garantía de modelo económico alguno, pues el régimen económico es encomendado *al legislador*, quien decidirá *libremente dentro de los márgenes trazados por la Ley Fundamental* sobre el alcance de ese régimen, sin requerir para ello mayor fundamento que su genérica legitimación democrática. J. J. PAPIER se refiere así a la *neutralidad político-económica* de la Constitución económica, neutralidad que permite al legislador “desarrollar la política económica a su juicio más adecuada”, siempre y cuando respete la Ley Fundamental y los Derechos Fundamentales (sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 20 de julio de 1954). Se niega, por tanto, que la Constitución sancione un determinado *sistema económico* que “... a modo de *objetivización* por encima de los Derechos fundamentales, vinculara al Estado a un determinado modelo de ordenación...”. La *neutralidad* alude entonces a la ausencia de configuración de un *sistema económico* en la Constitución<sup>35</sup>. Una posición distinta es la asumida por OSSENBÜHL. Según refiere este autor, en la Ley Fundamental alemana se ha “... sentado un modelo básico de economía competitiva que, ciertamente, es concebible de muchas formas diferentes...”. El Tribunal Constitucional ha considerado, incluso, que “... uno de los

<sup>34</sup> En España –país del cual son tributarios varios de los principios económicos del sistema venezolano, que aquí se analizan- esta teoría no ha tenido mayor acogida. Aparece reflejada en un Voto Particular de la sentencia del Tribunal Constitucional número 37/1981, de 16 de noviembre, en el cual se señaló que “...la Constitución económica en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona, permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos. Por ello, nos parece que la referencia del artículo 38 a la libre empresa en el marco de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa...”. Vid. los comentarios de este Voto en BERMEJO VERA, JOSÉ, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 705-711. La teoría de la *neutralidad* se relaciona también con la concepción según la cual la Constitución económica es *una norma abierta* que no prejuzga sobre ningún “sistema” o “modelo” económico. Véase en ese sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1984 –que alude a la obra de GARCÍA PELAYO- según la cual “...el principio de libertad de empresa y de economía de mercado, proclamado en el art. 38 del repetido Texto Constitucional, no prejuzga nada, porque, como han apuntado prestigiosos comentaristas del mismo, concedores de su proceso de elaboración, no existe un modelo de economía de mercado, sino varios, y, sobre todo, la fórmula empleada en este artículo fue una fórmula consensuada, a la que prestaron adhesión partidos sociológica e ideológicamente antagónicos, mediante la transacción de incluir en él, tanto este principio, como el contrapuesto, que defiende las exigencias de la ‘economía general’ y de la ‘planificación’ ...”.

<sup>35</sup> Para lo aquí expuesto, véase a PAPIER, JORGE JUAN, “Ley Fundamental y orden económico”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 561-562.

José Ignacio Hernández G.

principios básicos de la actual Constitución económica es la libre competencia de los empresarios que crean oferta y demanda en el mercado...”<sup>36</sup>.

La *neutralidad económica* de la Ley Fundamental de Bonn supone, a la postre, la *inexistencia de una Constitución Económica en Alemania*. No se debe ello a una cuestión ideológica o de interpretación doctrinal, sino a razones mucho más sencillas: la *Grundgesetz*, la Ley Fundamental, carece de *principios económicos*, al menos hasta 1967. Así lo indica PAPIER, quien señala que dicha Ley Fundamental “no contiene normativa explícita alguna respecto de la constitución económica y social”. También OSSENBÜHL alude a que “las libertades económicas de la Constitución no conforman una Constitución económica acabada, pero resultan determinantes para el orden económico”. Asimismo, expone STÖBER que la *interpretación gramatical y sistemática* “no aportan más que el dato de que la Ley Fundamental no se ha decantado por una determinada Constitución económica”<sup>37</sup>. Esta posición, en todo caso, ha de *matizarse* ante las recientes reformas *constitucionales e institucionales* producidas en Alemania, las cuales apuntan al definitivo abandono de la teoría de la *neutralidad* de la Constitución económica<sup>38</sup>.

Partiendo de estas consideraciones, debemos rechazar que la Constitución económica venezolana de 1961 –así como la Constitución de 1999– sea *neutral*. A diferencia de lo que ocurría con la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución económica recoge, por un lado, derechos económicos y por el otro, principios *rectores* del orden socioeconómico, que *orientan y condicionan* la actuación de los Poderes Públicos en la economía. Hay, indudablemente, un *marco jurídico fundamental del orden económico*. Ahora bien, que exista en Venezuela una Constitución económica definida no supone que el constituyente se haya pronunciado sobre determinado *modelo económico*. Aquí es importante subrayar la diferencia existente entre *sistema y modelo económico*, a la cual se refiere DE LEÓN. El *sistema* alude a los *principios rectores del orden económico* plasmados en la Constitución; el *modelo*, por

<sup>36</sup> OSSENBÜHL, FRITZ, “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en *Revista Española de Derecho Constitucional número 32*, Madrid, 1991, pp. 10-11.

<sup>37</sup> Cfr.: OSSENBÜHL, FRITZ, “Las libertades del empresario...”, cit., p. 11; PAPIER, JORGE JUAN, “Ley Fundamental y orden económico”, cit., p. 563 y STÖBER, ROLF, *Derecho Administrativo Económico*, Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, pp. 63-68.

<sup>38</sup> Según el planteamiento de la doctrina alemana, la Ley Fundamental de Bonn es económicamente neutral, desde que no contiene ninguna disposición sobre los principios que han de regir la actuación del Estado en la economía. Sin embargo, la reforma del artículo 109 de la Ley Fundamental llevada a cabo el 8 de junio de 1967, al disponer como obligación del Estado el mantenimiento del *equilibrio económico general*, motivó la sanción, en esa misma fecha, de la *Ley de fomento de la estabilidad y del crecimiento de la Economía (Stabilitätsgesetz)*, la cual dispone, como mecanismo para alcanzar tal equilibrio, la promoción de la economía de mercado. De allí que la *economía de mercado* ha de entenderse, en los términos antes expuestos, como *principio constitucional de la ordenación de la economía*. Hay además otro factor que abona a favor del rechazo de la *neutralidad* de esa Constitución: la inserción de Alemania en la *Unión Europea* y en la *Comunidad Europea*. El Derecho Comunitario Europeo parte, precisamente, del reconocimiento de la *libertad económica, libre competencia y economía de mercado*, principios directamente aplicables en Alemania, incluso con valor preferente a lo dispuesto en la Ley Fundamental. Para nosotros, estas reformas impiden afirmar, en la actualidad, el carácter neutral de la Ley Fundamental de Bonn en materia económica.

el contrario, se refiere a determinado régimen económico concreto. Por ello "... si bien es indispensable que la Constitución se pronuncie acerca de un determinado *sistema* que trace las líneas fundamentales dentro de las cuales habrá de desarrollarse la actuación concreta de los poderes públicos que afecte los derechos de sociedad, es posible concebir diversos *modelos* económicos —o grados de intervención— según la opción política de turno..."<sup>39</sup>. En conclusión, sí existe, perfectamente delimitado, un *sistema económico* en la Constitución venezolana, la cual no puede ser considerada, por tanto, como *económicamente neutral*. Incluso, lo desarrollaremos después, la existencia de ese *sistema* favorece, bastante, a la libre iniciativa empresarial privada.

### B. El carácter abierto y ambiguo de la Constitución económica venezolana

En *segundo lugar*, la sentencia afirma que en la Constitución económica venezolana "puede tener como contenido la economía social de mercado o la economía dirigida o controlada de mercado, adaptándose de esta forma, a las necesidades de su tiempo, atendiendo a principios ideológicos". Este pronunciamiento de la jurisprudencia venezolana —en nuestra opinión— parte de una *interpretación* de la posición mantenida por GARCÍA Pelayo, y que ha causado cierta polémica en el Derecho Español. A ella debemos remitirnos, por tanto, para *ponderar* el juicio contenido en la sentencia que se comenta.

Al analizar la Constitución española, MANUEL GARCÍA Pelayo se preguntaba si la "constitución económica contenida en la Constitución política ha de garantizar la existencia de un determinado sistema u orden económico". La respuesta "... es indudablemente afirmativa para las Constituciones socialistas de modelo soviético, pero dista de serlo cuando se trata de Constituciones de otro tipo...". La similitud de este planteamiento con el razonamiento empleado por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que se comenta, es evidente.

Basándose en esas consideraciones, GARCÍA Pelayo entra a analizar el significado del término "economía de mercado", consagrado en el artículo 38 de la Constitución española, el cual reconoce la libertad de empresa *en el marco de la economía de mercado*. Este término, debemos aclarar, es *deliberadamente ambiguo*, producto del *amplio consenso político* que inspiró la elaboración de la Constitución española de 1978. Pues bien, reconociendo esa circunstancia, GARCÍA Pelayo señala que "... no hay uno, sino varios sistemas a los que se designa como economía de mercado...". Y dentro de esa *amplitud terminológica*, el autor indica que, bajo el rubro *economía de mercado* puede abarcarse "la economía libre de mercado", la "economía social de mercado" y la "economía dirigida (o controlada) de mercado", que es, subrayamos, el *mismo razonamiento* empleado en la sentencia que se co-

<sup>39</sup> Cfr.: DE LEÓN, IGNACIO, "Análisis positivo del sistema constitucional...", cit., p- 296. Sobre la diferencia entre *sistema* y *modelo*, vid. FONT GALÁN, JUAN IGNACIO, *Constitución económica y Derecho a la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 131 y ROJO, ANGEL, ROJO, ANGEL, "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española", cit., p. 316.

José Ignacio Hernández G.

menta<sup>40</sup>. Frente a esta posición, un sector de la doctrina expresó duras críticas. Así, GASPAR ARIÑO ORTIZ señaló que los conceptos de la *Constitución económica* "... no son tan relativos ni tan ambiguos. Así, no es posible razonar en Derecho. Si en la Constitución cabe todo, se la vacía de virtualidad normativa (...) los conceptos constitucionales deben ser flexibles pero no deben ser vaciados de contenidos..."<sup>41</sup>.

El estudio de esa polémica excede del simple rigor académico. Tiene, por el contrario, un alcance mucho mayor. En efecto, conviene insistir en que el criterio mantenido por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, acoge, enteramente, las *reflexiones* formuladas por GARCÍA PELAYO, al señalar que cabe, en la Constitución de Venezuela "la economía social de mercado o la economía dirigida o controlada de mercado". Y esa ambigüedad, sostenida en tales términos, vacía ciertamente de contenido y de utilidad a la Constitución económica. Lo que ocurre, sin embargo, es que tanto la sentencia comentada, como ARIÑO ORTIZ, parten de una *interpretación peculiar* de la doctrina de GARCÍA PELAYO. En pocas palabras, GARCÍA PELAYO no afirmó que cabían, en la Constitución de España, "la economía social de mercado o la economía dirigida o controlada de mercado". La expresión de ese autor se refiere a la diversa interpretación que, *dogmáticamente*, podía hacerse del término "economía de mercado". Pero inmediatamente después de aclarar que se trata de un concepto que es "susceptible de distintas formulaciones y de manifestarse en distintos tipos", *acota* que "... la 'economía de mercado', en el sentido de la Constitución española, *nos parece que se aloja en el tercero de los tipos mencionados...*", esto es, en la *economía dirigida o controlada*<sup>42</sup>.

Por tanto, el planteamiento de GARCÍA PELAYO era el siguiente: el término "economía de mercado" resulta muy impreciso; de él cabe hacer distintas y variadas interpretaciones: economía social de mercado, economía libre de mercado o economía dirigida de mercado. Sin embargo, en la Constitución española el concepto ha de entenderse como *economía dirigida de mercado*. Así lo ha entendido recientemente SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, quien luego de referirse a la anterior polémica, señala que "... García Pelayo en ningún momento defendió que en el modelo económico de la CE [Constitución Española] cupiera cualquier tipo de sistema económico. Su posición (...) es muy otra. En aquél, obviamente, no cabe cualquier tipo de política económica..."<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> La posición de GARCÍA PELAYO, que hemos tratado de seguir textualmente, está contenida en "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", cit., pp. 2857 y 2864.

<sup>41</sup> La opinión de ARIÑO ORTIZ estaba inicialmente contenida en su estudio "Comentarios introductorios al Título VII de la Constitución", en *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 1983, y aparece recogida, también, en la obra colectiva *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Comares Editorial, Granada, 1999, pp. 134-137.

<sup>42</sup> Cfr.: "Consideraciones...", cit., p. 2864.

<sup>43</sup> "La 'Constitución Económica' en el texto de la Constitución Española de 1978", cit., pp. 31-33.

C. *La flexibilidad de la Constitución económica no se opone al sistema económico constitucionalizado*

Lo precedentemente expuesto puede servir de interpretación para *ponderar* la Constitución económica que recoge la Constitución venezolana, y para *analizar* la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia que comentamos. No cabe en esa Constitución, como enseña MARTÍN-RETORTILLO, cualquier tipo de política; el legislador tiene un *amplio margen* para configurar el orden económico, pero no puede sancionar, insistimos, cualquier tipo de política. La Constitución económica de Venezuela no es *ambigua o imprecisa*. Es, ciertamente, *flexible*; en su ejecución pueden adoptarse, por tanto, distintos *modelos*. Pero no cabe postular una *indeterminación* absoluta del Texto Constitucional en materia económica.

No negamos por tanto, con lo anterior, que dicha Constitución sea *flexible*. Flexibilidad de la Constitución económica que, como sostiene BREWER-CARIAS, puede "... permitir la actuación sucesiva de gobiernos democráticos, cada uno con sus propias concepciones económicas e ideológicas, sin que para implantarlas se hagan necesarias reformas constitucionales..."<sup>44</sup>. Estas consideraciones tienen plena vigencia en la Constitución económica contenida en la Constitución de 1999, cuya *Exposición de Motivos* (dejando a salvo las irregularidades, por demás lamentables, que informaron a su "supuesta" elaboración en la Asamblea Nacional Constituyente)<sup>45</sup> señala que "... el régimen socioeconómico no se define de forma rígida, no obstante se consagran principios de justicia social, eficiencia, democracia, libre competencia e iniciativa, defensa del ambiente, productividad y solidaridad, fuera de cualquier dogmatismo ideológico con relación a la ya superada disputa sobre los roles del mercado y el Estado, evitando una visión extrema y excluyente de los

<sup>44</sup> *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I*, cit., pp. 552-553. Y continúa BREWER-CARIAS señalando que "... la Constitución venezolana, al contrario, aunque como se dijo no formula una Constitución económica neutra, lo hace de manera que permite el libre juego democrático de las ideologías (...) la Constitución económica en el Texto Fundamental venezolano, por tanto, no sólo no está formulada rígidamente sino que además no conduce, en modo alguno, a que el modelo económico formulado se tenga que concretar políticamente en una vía exclusiva o excluyente..." (p. 553). Del autor, véase asimismo "Reflexiones sobre la Constitución económica", cit., p. 8.

<sup>45</sup> Lamentables irregularidades, sin duda, rodearon la redacción de tal "asombroso" texto. En primer lugar, pues fue dictado *con posterioridad* a la aprobación, por referendo popular, del Texto sancionado por la Asamblea en 1999. En segundo lugar, pues se ha discutido —por la doctrina más autorizada— que dicha *Exposición* haya sido efectivamente discutida por la Asamblea. Cfr.: BREWER-CARIAS, ALLAN, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 10. Véase asimismo los comentarios críticos que, sobre tal *Exposición de Motivos*, efectúa CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO, en "La futura justicia constitucional en Venezuela (En contra de la *Exposición de Motivos* de la Constitución de 1999 y a favor del Anteproyecto de Ley aprobado por la Corte Suprema de Justicia)", en *Revista de Derecho Constitucional* número 2, Caracas, 2000, pp. 93 y siguientes. Muy recomendable es la lectura del estudio que este autor realiza en *El preámbulo de la Constitución Venezolana de 1999* (consultado en original), sobre el alcance de esa *Exposición de Motivos*. Salvando esas irregularidades, es lo cierto que tal *Exposición* refleja el espíritu de la Constitución económica contenida en la Constitución de 1999.

José Ignacio Hernández G.

contenidos sociales de todo el sistema económico, pero sentando las bases de una economía de respeto a la acción individual...”<sup>46</sup>.

La Constitución económica de Venezuela, en conclusión, es *flexible*, pues si bien se pronuncia sobre un sistema económico concreto, fijando los límites dentro de los cuales han de actuar los Poderes Públicos, permite que, en su ejecución, se adopten decisiones muy distintas. Además, téngase en cuenta que la existencia de una Constitución económica *definida*, aunque *flexible*, es una *garantía fundamental para el respeto de la libertad empresarial*. En efecto, admitir que los Poderes Públicos pueden adoptar *válidamente* cualquier tipo de decisión, supone aceptar que éstos tienen amplísimas facultades para *configurar y limitar* esa libertad. De allí que la existencia de un *sistema económico* en la Constitución, al fijar los *límites de acción del Estado en la economía*, protege y afianza el derecho constitucional a la libertad de industria y comercio.

#### D. *La economía social de mercado es el sistema recogido en la Constitución económica de Venezuela*

Desarrollado lo anterior, queda por analizar qué sistema económico sanciona la Constitución. En nuestra opinión, la Constitución de 1999 recoge el *sistema de economía social de mercado*, cuyos dos pilares son, de un lado, la *libertad económica* y, por el otro, la *cláusula del Estado social* contenida en el artículo 1 de la Constitución<sup>47</sup>. Así, en virtud del *primer pilar*, la Constitución se pronuncia por un sistema de respeto a la libre iniciativa privada y a la propiedad privada; un sistema, como dice la *Exposición de Motivos* de la Constitución, de “respeto a la acción individual”. También la Constitución se pronuncia por el principio rector del *mercado* en el que ha de desarrollarse la libertad económica: la libre competencia, proclamado como *principio del orden socioeconómico* por el artículo 299 de la Constitución. La libre competencia aparece *reforzada y fortalecida* en la Constitución de 1999, la cual, además de consagrar la prohibición de monopolios, impuso en su

<sup>46</sup> Véase, en este sentido, el detallado análisis que efectúa RONDÓN DE SANSÓ sobre el origen de la Constitución económica de 1999, y que se refleja en su *flexibilidad* (*Ad imis fundamentis...*, cit., pp. 236 y 236-243, especialmente nota número 188.

<sup>47</sup> Sobre este *sistema* económico se había inclinado ya la doctrina (DE LEÓN), al interpretar la Constitución económica de 1961. Para este autor “... la Constitución venezolana asume y formaliza de un modo preciso y concreto la actividad económica pública y privada, definiendo un sistema pero no un modelo económico. *El sistema de Economía de Mercado del Estado Social*. Este sistema se fundamenta en la protección que dio el Constituyente a la libertad del individuo para actuar en el quehacer económico, lo que en el caso venezolano se revela en diversos dispositivos (...) la libertad individual no es contraria a la intervención del Estado, ni se encuentran en una relación dialéctica o de oposición, pues ambas interactúan para alcanzar los fines constitucionales establecidos en su preámbulo...” (“Análisis positivo...”, cit., pp. 303-304 y 306). Posteriormente este autor se pronuncia por el llamado “capitalismo popular”, entendido como el “... arreglo institucional que procura el acceso de todos a la propiedad, entendida ésta no sólo en el sentido de riqueza, también *asegurando un adecuado nivel de vida para todos*, dentro de un marco de justicia, equidad e igualdad ante la ley...” (“El capitalismo popular como alternativa para una Constitución Económica posible”, cit., p. 164). Aunque ambos conceptos (economía social de mercado y capitalismo popular) se aproximan bastante.

artículo 113 un mandato *vinculante y obligatorio* a los Poderes Públicos: el Estado deberá asegurar “las condiciones *efectivas* de competencia en la economía”.

Pero además hay en la Constitución un segundo *pilar*, que justifica y condiciona la participación del Estado en la economía: nos referimos a la influencia que sobre la Constitución económica tiene la *cláusula del Estado social*. Es por ello que la libertad económica aparece como un derecho constitucional limitable por razones de *interés social*. Además, hay en la Constitución distintos títulos que justifican la intervención del Estado en la economía. Así, conforme al artículo 112, la protección y reconocimiento de la libertad económica deja a salvo la facultad del Estado para “planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”. Además, el artículo 299 postula que el Estado –junto con la iniciativa económica privada- deberá promover el *desarrollo armónico de la economía nacional*, norma que, junto con el artículo 300, facultan la *intervención directa del Estado* a través de las *empresas públicas*. Debe tenerse en cuenta, además, la posibilidad del Estado de *reservarse servicios y bienes de interés público*, que aparece reconocida en el artículo 302.

Sobre esos dos pilares se asienta el sistema de economía social de mercado que la Constitución consagra. *Economía de mercado*, pues el sistema reconoce y protege la libre iniciativa privada y la libre competencia; *social*, pues el Estado puede *limitar* el ejercicio de esa libre iniciativa para conseguir los fines inherentes a la cláusula del Estado social. Estos pilares no se encuentran en *contradicción u oposición*; antes por el contrario, aparecen *unidos* en el *sistema de economía social de mercado*. Ni la libertad es un principio *prevalente*, ni la Constitución recoge, lo hemos dicho ya, el principio de *subsidiariedad*. No es esta la ocasión de analizar si dicho principio ha debido o no ser recogido; nos limitamos a constatar que, simplemente, éste no aparece consagrado en la Constitución. Por ello, la Constitución económica de 1999 pivota sobre el principio de *coinciativa* económica entre el sector público y el sector privado, aunque, debe resaltarse, la iniciativa pública económica, en los términos en que ha sido consagrada en la Constitución, sólo puede ejercerse para atender fines inherentes a la cláusula del Estado Social. Por tanto, lo público y lo privado, en la Constitución económica, han sido sancionados en *equilibrio*<sup>48</sup>.

Ahora bien, este término (“economía social de mercado”), es ciertamente *ambiguo*. Incluso, su concepción original en Alemania (a través de MÜLLER-ARMACK, BÖHM y ERHARD) lo hace *deliberadamente impreciso*, pues trata de *englobar* a dos sistemas ciertamente antagónicas como son la economía de mercado y la economía centralista. Y es por ello que el Informe Anual Económico del Gobierno Federal Alemán de 1990 se refirió a ese sistema cómo “la tercera alternativa entre Capitalismo y Socialismo”<sup>49</sup>. Sin embargo, no nos referimos al término *economía social de mercado* desde un plano abstracto o conceptual; por el contrario, empleamos ese

<sup>48</sup> En este mismo sentido, vid. RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, *Ad imis fundamentis...*, cit., pp. 239 y 242.

<sup>49</sup> Es por ello que JANET KELLY refiere que el término *economía social de mercado* permitió “unir” a Alemania en un “proyecto aceptable para todos” (“Viejos principios...”, cit., p. 25). Para lo aquí expuesto, vid. STÖBER, ROLF, *Derecho Administrativo Económico*, cit., p. 51.

José Ignacio Hernández G.

término desde la Constitución de 1999. Y dentro de esa Constitución, el término *economía social de mercado* adquiere un matiz muy concreto y preciso. Por un lado, respeto y vigencia de la libertad económica y de la libre competencia; por el otro, la necesidad de los Poderes Públicos de *intervenir* en el orden económico para la conformación del orden social. En la Constitución de 1999, lo público y lo privado se relacionan entre sí: lo público ha de estar al servicio de lo privado y lo privado al servicio de lo público. No hay ni puede haber, en el Texto Fundamental, contradicción alguna entre estas dos *vertientes*. De allí que IGNACIO DE LEÓN señalara que la Constitución reconoce "...en lo económico un carácter instrumental...", pues la economía (de mercado) es *instrumento* en el contexto de los propósitos del desarrollo económico, propósitos que gravitan sobre el *valor superior* a que se refiere el Preámbulo de la Constitución (*justicia social*), reflejado, a su vez, en los principios contenidos en el artículo 299<sup>50</sup>. Este carácter instrumental del mercado, resaltamos, aparece ahora reflejado en la *Exposición de Motivos* de la Constitución vigente, según la cual:

"...el Estado no está ausente, tiene un papel fundamental como regulador de la economía (...) En suma, se plantea un equilibrio entre el Estado y mercado, en razón de que el problema no es más Estado o menos Estado, sino un mejor estado y el mercado no es un fin en sí mismo, sino un medio para satisfacer las necesidades colectivas; ese equilibrio debe prevalecer entre productividad y solidaridad, entre eficiencia económica y justicia social, dando libertad a la iniciativa privada y preservando el interés del colectivo...".

Ese es, si se quiere, el *techo ideológico* de la Constitución de 1999 en materia económica. Sin embargo, que la iniciativa privada y la iniciativa pública se encuentren en equilibrio en la Constitución, no supone que, en la práctica, dicho equilibrio siempre esté presente. Suele haber una contradicción entre la Constitución económica formal y la Constitución económica material, que se manifiesta, muchas veces, en detrimento de la libertad empresarial<sup>51</sup>. Ese es, como veremos, el caso de Venezuela.

---

<sup>50</sup> "Consideraciones acerca de los principios económicos de la Constitución venezolana", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela número 98*, Caracas, 1996, p. 43. Sobre los principios contenidos en el artículo 299, con carácter general, vid. LEJARZA, JAQUELINE, "El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional número 1*, Caracas, 1999, p. 216

<sup>51</sup> El gran problema que confrontamos las sociedades latinoamericanas —escribe EMETERIO GÓMEZ— es que "... las Constituciones escritas nada tienen que ver con nuestras Constituciones como pueblo..." ("Ética y Constituyente", en *La Constitución económica*, cit., p. 10. Vid. en ese libro colectivo, además, a DE LEÓN, IGNACIO, "Reflexiones para una reforma del sistema económico...", cit., pp. 38-49).

## II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA VENEZOLANA

### I. *La Administración económica y el "intervencionismo económico". Algunas precisiones conceptuales*

El Derecho Administrativo Económico se caracteriza por el empleo de términos equívocos y confusos. Lo desarrollado precedentemente, al precisar los conceptos de *economía de mercado* y *economía social de mercado* es buen ejemplo de ello. Esta confusión se presenta también al momento de *delinear* el concepto de "*intervencionismo económico*".

De nuevo hay aquí importantes reminiscencias en la doctrina alemana, que se ha ocupado de precisar el concepto de *intervencionismo económico* (*wirtschaftslenkung*). En una primera aproximación, el concepto se refiere a dos órganos del Poder Público: se diferencia así el *intervencionismo económico* del legislativo del *intervencionismo económico* de la Administración. Este último podríamos decir que es un fenómeno propio del Estado social, pues los distintos cometidos asumidos por el Estado provocaron un *desplazamiento* del Poder Legislativo a la Administración, para la ordenación de la economía. También se distingue según la *materia* de ese intervencionismo. Así, de un lado el intervencionismo supone la "tutela o vigilancia del proceso económico" (*Staatsaufsicht in der Wirtschaft*); por el otro la "actividad económica de la Administración pública realizada dentro del marco de la Administración de prestación"<sup>52</sup>. En contra, la doctrina clásica española — MARIANO BAENA DEL ALCAZAR — califica de "inútil" el concepto de *intervencionismo económico*, proponiendo su sustitución por el concepto de *intervención económica*, que se refiere a toda las formas de intervención del Estado en la economía<sup>53</sup>.

Superado el concepto de *intervencionismo económico*, debemos analizar el término *intervención económica* haciendo una *primera* delimitación: nos referiremos, exclusivamente, a los supuestos de *intervención económica* de la Administración. Para ello, debemos remitirnos a la Constitución, que en sus artículos 112 y 300 precisa los supuestos bajo los cuales la Administración puede intervenir en el orden económico: conforme a la primera norma, la Administración puede intervenir *planificando, racionalizando y regulando* la actuación de los particulares. Según la norma del artículo 300, la Administración puede intervenir, también, a través de *empresas públicas*, prestando servicios o aportando bienes al mercado. Uno y otro supuesto configuran, a *grosso modo*, las *formas* de intervención de la Administración en la economía. Así, ésta puede intervenir *indirectamente*, limitando la acción de los particulares a través de la "planificación, racionalización o regulación", o *directamente*, prestando determinados servicios o comercializando bienes.

<sup>52</sup> Cfr.: CARRO, JOSÉ LUIS, "Aproximación jurídica al concepto de intervencionismo económico", en *Revista Española de Derecho Administrativo número 3*, Madrid, 1974, pp. 473 y siguientes.

<sup>53</sup> *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Madrid, 1966, pp. 363-367.

José Ignacio Hernández G.

Es esa la clasificación adoptada por el autor argentino ROBERTO DROMI y seguida en Venezuela por parte de la doctrina<sup>54</sup>.

De lo hasta aquí planteado puede afirmarse que la Administración interviene en la economía de dos maneras: prestando directamente *actividades económicas*, con fundamento en el artículo 300 de la Constitución, o *limitando* la libre iniciativa privada, en virtud de lo preceptuado en el artículo 112 constitucional. De allí que la *intervención administrativa económica* puede ser definida como la acción de las Administraciones Públicas destinadas a *participar* en el orden económico y *limitar* las actividades económicas privadas, a través de la prestación de servicios o la comercialización de bienes o a través de la *limitación, ordenación, dirección y disciplina* de la libertad económica.

La *intervención administrativa económica* es, entonces, una modalidad de *actuación* de la Administración, con lo cual queremos enfatizar que se trata de verdaderas *actuaciones materiales* que despliega la Administración por así disponerlo la Constitución. Tal *intervención* forma parte del *giro o tráfico* administrativo, lo que supone, también, su inserción dentro del *estatuto* propio de las *Administraciones Públicas*, que no es otro que el Derecho Administrativo<sup>55</sup>. Por ello, y a los fines de ahondar sobre los principios que, en Venezuela, rigen a esta *forma* de actuación de las Administración Públicas, nos corresponde abordar el estudio de la *intervención administrativa económica* desde dos perspectivas, por demás tradicionales: *materal y orgánicamente*.

#### A. Criterio material: la actuación administrativa de intervención económica

La actuación que despliega la Administración al intervenir en la economía es parte, obviamente, de la *función administrativa*. Por ello, algunas consideraciones previas a ese concepto deben esbozarse para poder abordar, luego, la *conceptualización* de la intervención económica administrativa.

<sup>54</sup> Enseña ROBERTO DROMI que el Estado *-latu sensu-* interviene en la economía a través de dos técnicas. En primer lugar, mediante la *intervención directiva*: "... es la intervención de *orientación* o de *política económica estricta*, también llamada '*administración ordenadora*'...". Acota el autor que esta intervención es preponderantemente legislativa: y en efecto, corresponde al Legislador precisar cuál es la *ordenación* de la economía que la *Administración* podrá implementar. De otro lado, distingue la intervención directiva: "... es la intervención de *ejecución*, también llamada '*administración prestacional*', en la cual el Estado es un sujeto económico más que participa y dirige actividades económicas. Es una intervención estatal *administrativa*, pues generalmente se traduce su obrar por medio de empresas públicas...". (*Reforma del Estado y Privatizaciones*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, p. 9). En Venezuela, se ha señalado que la Administración actúa a través de la denominada *actividad de gestión económica*, aunque se aclara que "... esta especial modalidad de la actividad administrativa no se agota con el desarrollo directo de actos comerciales e industriales por parte de la Administración Pública Central o Descentralizada; antes bien, son igualmente manifestaciones de la '*actividad de gestión económica*', las tareas de la Administración enderezadas a dirigir, promover y corregir la economía del país..." (cfr.: BADELL MADRID, RAFAEL, et al, *Régimen Jurídico de la Privatización*, Caracas, 1998, p. 11).

<sup>55</sup> Seguimos en este punto a GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso...*, ob. cit., p. 54.

Determinar qué es *función administrativa* es una tarea no exenta de grandes dificultades. Suele adoptarse (MERKL), por ello, una noción *residual*, circunscribiendo al ámbito de la *función administrativa* todo aquello que escapa de las funciones legislativas y judiciales. Pero esa posición, quizás excesivamente simplista, no resuelve del todo el problema que nos ocupa<sup>56</sup>. El concepto de *función administrativa* debe poder hilvanarse independientemente; ha de tener, por tanto, sustento propio. Ya la doctrina venezolana se ha ocupado de *definir*, independientemente, esta *función*: el Estado —enseña BREWER-CARIAS— ejerce la “... función administrativa, a través de la cual entra en relación con los particulares, como sujeto de derecho, gestor del interés público...”<sup>57</sup>.

La Constitución de 1999, en su artículo 141, antes citado, nos proporciona elementos *adicionales* que facilitan la *delimitación* del concepto de función administrativa: la *instrumentalidad* y la *subordinación a la “ley y al derecho”*. Por ello, la función administrativa, según nuestra Constitución, alude a las *potestades* que la Constitución encomienda a determinados órganos para la satisfacción de los intereses de los ciudadanos, a través actuaciones concretas, mediante el establecimiento de relaciones jurídicas, con sometimiento pleno a la “ley y al derecho”<sup>58</sup>. Sobre la base de ello, podemos señalar que la *intervención económica administrativa* se caracteriza por estos cuatro elementos:

En *primer lugar*, por la satisfacción del *interés general*. Toda la actuación de la Administración en la economía debe perseguir un *interés general* justificable y razonable. En especial, es ese interés general el que ha de legitimar la *limitación* del ejercicio de la libertad económica: así lo dispone la propia Constitución, al señalar en el artículo 112 que la libertad de industria y comercio solamente podrá ser limitada por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de *interés social*.

En *segundo lugar*, esa especial manifestación de la *función administrativa* se despliega, siempre, *al servicio de los ciudadanos*. Impone ello que la *intervención administrativa en la economía* ha de respetar, en todo momento, la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos y, concretamente, la libre iniciativa empresarial privada.

Además, y en *tercer lugar*, al desplegar esa *forma de actuación*, la *Administración económica* se encuentra, constitucionalmente, *vinculada a la libertad de in-*

---

<sup>56</sup> No podemos dejar de transcribir la crítica que, de este doctrina, realiza GARRIDO FALLA: “...ni siquiera es correcto, como tantas veces ha propuesto la doctrina alemana, partir de la tripartición de funciones para, después de definir positivamente la legislación y la jurisdicción, concluir que la Administración es aquello que queda de la actividad estatal una vez que se ha prescindido de lo que constituye típicamente aquellas otras dos funciones. Es ésta una manera de razonar cuya incorrección lógica no se ha puesto debidamente de manifiesto...” (*Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, cit., p. 37*).

<sup>57</sup> *Derecho Administrativo...*, cit., p. 381.

<sup>58</sup> Por supuesto, *función administrativa* y *actuación administrativa* no son términos enteramente equivalentes, pues la Administración *actúa* en ejercicio de funciones *distintas* a la función administrativa. Sobre este aspecto y, especialmente, sobre la *instrumentalidad* propia de la *actividad administrativa*, vid. RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, *Teoría general de la Actividad Administrativa*, Caracas, 1995, p. 19.

José Ignacio Hernández G.

dustria y comercio<sup>59</sup>. No se trata de una especial derivación del carácter *normativo* de la Constitución, sino de un *principio con autonomía propia*, en cuya virtud esa libertad (i) es *directamente alegable* ante la Administración, para lo cual (ii) no requiere de un desarrollo legislativo, ni la vinculación se sujeta al contenido de las normas que concreten, ordenen o limiten su ejercicio; (iii) pudiendo ejercerse su *tutela judicial* directamente ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>60</sup>. Como derivación de este principio, tal libertad *penetra en la totalidad del Derecho Administrativo Económico*, lo que supone la *dimensión subjetiva* del Estado de Derecho como principio rector de las relaciones jurídico-administrativas<sup>61</sup>.

Finalmente, y en *cuarto lugar*, la actividad de intervención administrativa económica se encuentra *subordinada a la "ley y al derecho"*, esto es, se trata de una *actividad sublegal*, sometida a la Ley, a la Constitución y, en general, a todo el *ordenamiento jurídico*. Pero además, esta *subordinación* supone que la *intervención administrativa económica* se despliega *siempre* en atención a lo que la Ley disponga. En lo que se refiere a la actuación directa, el artículo 300 constitucional remite a la Ley la fijación de las condiciones para la *creación de entidades funcionalmente descentralizadas* destinadas a la *realización de actividades sociales o empresariales*. La norma del artículo 112, por su parte, prevé que las *limitaciones* a la libertad empresarial *deben estar siempre establecidas en la Ley*. Subordinación de la intervención administrativa económica a la Ley. Imposibilidad, por tanto, de que esa intervención *afecte* el ejercicio de la libre iniciativa privada sin una *cobertura legal*<sup>62</sup>.

#### B. Criterio orgánico: la Administración económica

La *Administración Económica* alude al conjunto de *órganos y entes administrativos* a los que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, les corresponde desplegar la *actividad de intervención económica*, cuyas notas han quedado delineadas anteriormente. Precisamente, en atención a estas características, la doctrina extranjera (RAMÓN MARTÍN MATEO) ha subrayado el carácter *instrumental* de la

<sup>59</sup> En Venezuela, tal principio deriva de la interpretación concordada del artículo 3 (que impone como deber del Estado la garantía y cumplimiento de los derechos constitucionales) y del artículo 19 (conforme al cual los órganos del Poder público deberán respetar y garantizar los derechos constitucionales).

<sup>60</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 73.

<sup>61</sup> PAREJO ALFONSO –siguiendo la postura de SCHMIDT-ASSMANN– afirma que en virtud de la "vinculación más fuerte" de los derechos constitucionales, la relación jurídico-administrativa *pasa a primer plano* configurando al particular como portador de una posición jurídica *de especial consistencia* "capaz de moldear desde sus contenidos propios" a tales relaciones jurídicas (PAREJO ALFONSO, LUCIANO, JIMÉNEZ-BLANCO, ANTONIO, y ORTEGA ALVAREZ, LUIS, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, pp. 67-68).

<sup>62</sup> Sobre la *actividad administrativa* en el orden económico, véase en general a RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, *Teoría general...*, cit., pp. 30-33.

Administración económica<sup>63</sup>, cuyo *estatuto* es, precisamente, el *Derecho Administrativo Económico*. Algunas peculiaridades propias de ese ámbito distinguen a éste del Derecho Administrativo en general.

No se olvide que esta Administración está llamada a actuar en la *economía*, lo cual condiciona el régimen jurídico propio de esa *compleja organización*. Tal condicionamiento deriva de la *flexibilidad* que el Derecho Administrativo Económico requiere para *ordenar* la economía. Ahora bien, de esta flexibilidad participa, ciertamente, el Derecho Administrativo en general; sin embargo, tal característica se realza en el orden económico<sup>64</sup>. En efecto, la economía está sujeta a cambios continuos; de allí que la *acción interventora* de la Administración, para adoptarse a esa *mutabilidad*, debe ser *flexible*. La sentencia de la Sala Político-Administrativa de 14 de agosto de 1996 (caso *Británica de Seguros*) así lo ha considerado, al señalar que la actuación de la Administración en la economía se caracteriza por una mayor *laxitud* frente al “sacramental” cumplimiento de las formalidades propias del Derecho Administrativo general.

Esta *flexibilidad* repercute en la *organización* de la Administración económica, pues la *intervención* en la economía aconseja la *creación de entes especializados* para atender esa delicada misión. Es por ello que en Venezuela esa *intervención administrativa* se ha desplegado, comúnmente, a través de *entes descentralizados*<sup>65</sup>. Son excepcionales los casos en que tal ordenación es atendida *directamente* por la Administración Pública Central. Lo anterior, a su vez, se enlaza con la *instrumentalidad orgánica* de la Administración económica, pues al acudir a formas descentralizadas, la *coherencia y unidad* propias del orden económico se garantizan a través del *control* que la Administración Central ejerce sobre esa Administración *descentralizada funcionalmente*. El principio general, en Venezuela, es que las *líneas*

---

<sup>63</sup> Cfr.: *El marco público de la Economía de Mercado*, Trivium, Madrid, 1999, p. 71. Por ello, conviene aclarar que la *instrumentalidad* de la Administración Económica puede entenderse en dos sentidos: conforme al *primer sentido* la Administración se encuentra al *servicio de los ciudadanos* y de allí que sea instrumental; según el segundo criterio, la Administración actúa normalmente conforme a los *criterios fijados por el Gobierno o la Administración Central*, siendo por tanto también, orgánicamente, instrumental. Se distingue entonces la *instrumentalidad funcional* y la *instrumentalidad orgánica*.

<sup>64</sup> BREWER-CARIÁS señala que el Derecho Administrativo regula una parcela fundamental de la acción del Estado, que se caracteriza por su mutabilidad (“El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela”, en *Revista de Administración Pública número 100-102*, Madrid, 1983, p. 686). La materia económica, al ser mutable, requiere por tanto una acción administrativa *flexible*. Sobre ello, véase a GARCÍA-TREVIJANO FOS, JOSÉ A., “Aspectos de la Administración económica”, en *Revista de Administración Pública número 12*, Madrid, 1953.

<sup>65</sup> Es por ello que BREWER-CARIÁS, al analizar la evolución de la Administración Descentralizada en Venezuela, refiere como principal causa de ese fenómeno el advenimiento del Estado social: “... este fenómeno, hasta cierto punto, puede considerarse como una característica de la transición del Estado liberal, tradicional abstencionista, al Estado Social de Derecho, pues éste, ante la incapacidad de su estructura tradicional ministerial para asumir los nuevos cometidos que las exigencias económicas y sociales fueron planteando, optó por establecer una estructura administrativa paralela a la administración central: la administración descentralizada...” (*Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991. p. 134.

José Ignacio Hernández G.

de acción de estos entes descentralizados son trazadas por el Poder Central<sup>66</sup>. Adscripción de la Administración económica descentralizada a la Administración Central. Principio general que, sin embargo, admite importantes matizaciones.

La *adscripción e instrumentalidad* de la Administración económica descentralizada suelen aparejar una consecuencia nociva para la ordenación del mercado: la “*politización*” y *parcialidad* de los entes encargados de *intervenir* en la economía. La ausencia de objetividad presenta riesgos importantes en la *regulación* de ciertos sectores en los que intervienen distintos operadores. En esos casos, el ente regulador suele adoptar decisiones *influenciado* por los agentes del sector. Por tanto, si el problema reside en la *instrumentalidad orgánica* de estos entes reguladores, la solución en el Derecho Comparado ha sido *eliminar tal instrumentalidad*. Surgen así las llamadas *Administraciones Independientes*, cuya nota característica es, precisamente, la *autonomía política* frente al Poder Central (SALA ARQUER). Esta figura no ha estado exenta de críticas, pues la *independencia* de estas Administraciones es asumida, muchas veces, como *independencia respecto al Estado de Derecho*. Sin embargo, y exceptuando el caso del Banco Central de Venezuela, la figura no ha tenido aplicación en nuestro país<sup>67</sup>.

El Banco Central de Venezuela es, decíamos, la única excepción. Efectivamente, la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela, en 1992, estableció que dicho ente es una *persona jurídica pública de naturaleza única*, cuya autonomía es reconocida *en el ejercicio de sus funciones* (artículo 22). Dicha configuración permite encuadrar a este ente dentro de la tipología de las “*Administraciones Independientes*”, pues, precisamente, la Administración Central no ejerce *ningún tipo de control* sobre el Instituto emisor, al menos, hasta la Constitución de 1999<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> El fundamento jurídico de lo aquí expuesto, lo encontramos en el principio de *adscripción* y en el *control de tutela*. En el ámbito nacional, estos principios se encuentran regulados en la Ley Orgánica de Administración Central (GO 36.807 de 14 de diciembre de 1999), cuyo artículo 7 dispone que “de conformidad con la Constitución y las leyes, se podrán crear entes descentralizados funcionalmente con las competencias que se determinen en el instrumento jurídico de creación. En todo caso, estos entes estarán siempre adscritos administrativamente al Ministerio regulador y rector del sector de políticas públicas donde desarrollen su actividad y ejercerá sobre ellos el control correspondiente”, principio luego reiterado en el artículo 70.

<sup>67</sup> Sobre esta figura, vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS, *Las Administraciones independientes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, *in totum*; DESDENTADO DAROCA, EVA, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administración independiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, pp. 137-155; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, “Reflexiones sobre la ‘Huida’ del Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública* número 140, Madrid, 1996, pp. 25-67 y SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL, “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* número 42, Madrid, 1982, pp. 410 y siguientes.

<sup>68</sup> El Texto Constitucional vigente, si bien reconoce la autonomía del Banco Central de Venezuela, somete a éste a diversos controles que, en definitiva, han mermado tal *autonomía* (cfr.: artículos 318-319). Ello no ha pasado desapercibido en la doctrina. Por el contrario, BREWER-CARIAS sostiene que la autonomía del Banco Central de Venezuela “... se encuentra limitada por las regulaciones que la propia Constitución establece con la previsión de responsabilidades y de normas de control; y además, por la remisión a la Ley, a tal punto, que puede neutralizarse completamente, politizándose la gestión del Instituto (...) con este esquema

C. El Derecho Administrativo Económico como el régimen estatutario de la Administración económica y la interaplicabilidad del Derecho Privado

Ahora bien, la *flexibilidad* de la Administración económica se manifiesta no sólo en la *organización administrativa* sino que, además, tiene consecuencias muy importantes en lo que atañe a su *régimen jurídico*. El Derecho Administrativo Económico es el *derecho estatutario* de esa Administración, esto es, su *derecho común*. Pero no es un *derecho exclusivo*. Por el contrario, la Administración económica –según enseña MARTÍN-RETORTILLO BAQUER– se caracteriza por el *recurso a fórmulas jurídico-privadas*<sup>69</sup>. Es una realidad constatable en Venezuela pero que, subrayamos, debe *reducirse* en extremo.

En efecto. La economía y, en general, las relaciones jurídico-económicas, encuentran su *regulación natural* en la *regulación civil y mercantil*. La actuación de los particulares en el orden económico se rige entonces, principalmente, por el Derecho Privado. Pero además, la actuación de la Administración económica supone el sometimiento de esas actividades a un régimen *jurídico público*. Penetración del Derecho Administrativo en las relaciones jurídico-económicas; junto a la *regulación civil* encontramos, entonces, la *regulación económica* de carácter *administrativo*<sup>70</sup>. Sin embargo, esta afirmación, de inmediato, debe ser matizada, pues no

---

constitucional, la consagrada autonomía del Banco Central de Venezuela puede ser minimizada, pudiendo abrirse campo a la politización de la Institución...” (*La Constitución de 1999*, cit., pp. 219-220). La intención del constituyente venezolano de minimizar la autonomía del Banco Central contrasta con las tendencias actuales en el Derecho Comparado. Así, y a título meramente indicativo, destaca la tendencia del Derecho Comunitario Europeo de incentivar la *autonomía* de los Bancos Centrales, considerándose ello un requisito indispensable para la Unión Económica y Monetaria. Paradigmático resulta el artículo 108 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según el cual el Banco Central Europeo y los Bancos Centrales de los Países Miembros están impedidos de “aceptar instrucciones de las instituciones y organismos comunitarios, ni de los Gobiernos ni de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano”.

<sup>69</sup> Escribe SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: “... y debe notarse que el recurso a fórmulas de Derecho privado por parte de la de Administración económica, so pretexto de su mayor flexibilidad, aparece referido tanto a sus procedimientos de gestión (...) como a las fórmulas organizativas a través de las que actúa; muchas de ellas de carácter societario. Solución reiterada. Es prácticamente la habitual, diríase que lo normal, en la actuación de la Administración económica. Utilización de instituciones jurídico-privadas por la Administración económica que, por ello mismo –es un dato a tener en cuenta–, asumirán también peculiaridades y matices muy específicos; en cierto modo propios...” (*Derecho administrativo económico*, cit., p. 63).

<sup>70</sup> De allí que la doctrina extranjera distingue distintos tipos de regulación: la *regulación civil*, referida a la regulación privada de los derechos de propiedad y de los contratos y acuerdos inherentes a la realización de actividades económicas; la *regulación de policía*, promovida por la Administración para la tutela de bienes sociales (i.e: la *policía sanitaria*) y la *regulación económica*, desarrollada por la Administración para *afectar* el ejercicio de actividades económicas privadas en atención al denominado *orden público económico*, término por demás confuso y contradictorio (cfr.: DE LA CRUZ FERRER, JUAN, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 95-99, también en “Regulación, Desregulación y neo-regulación”, en *Don Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 347-385).

José Ignacio Hernández G.

siempre la *intervención administrativa* en la economía supone la aplicación del Derecho Administrativo. Así, la Administración, cuando interviene *directamente en la economía*, suele adoptar formas jurídicas propias del Derecho Privado: la *empresa pública*, entendida en su sentido *formal*, es buen ejemplo de ello. En contra, cuando la Administración actúa como *potentior persona*, limitando el derecho constitucional a la libertad económica, resulta aplicable, *por entero*, el Derecho Administrativo.

Es a ello que se reduce -a ello *debe reducirse*- la aplicación, por parte de la *Administración económica*, del Derecho Privado. La doctrina venezolana se ha referido a estos supuestos. Así, BREWER-CARÍAS ha analizado la *interaplicación* del Derecho Público y del Derecho Privado: el frecuente empleo de las empresas públicas en Venezuela -derivadas de la "peculiar circunstancia de la estructura de la economía venezolana"- supone, para este autor, la aplicación del Derecho Privado, pero también la aplicación del Derecho Público<sup>71</sup>. QUIROZ RENDÓN, también, ha estudiado sistemáticamente los supuestos en los que esta *interaplicación* resulta aplicable en Venezuela, especialmente, en materia económica<sup>72</sup>. De allí que cuando la Administración interviene *como agente económico*, la aplicación del Derecho Privado es, si se quiere, una *consecuencia necesaria*.

Asunto del todo distinto a lo precedentemente expuesto es el fenómeno de la *huida del Derecho Administrativo*. En estricto sentido, este término se refiere a aquellos supuestos en los que la Administración económica ejerce *potestades administrativas* en un régimen jurídico privado<sup>73</sup>. Y *en ese sentido*, la huida del Derecho Administrativo debe reputarse *inconstitucional*, pues hay en la Constitución principios que *siempre* debe respetar la Administración cuando ejerce potestades públicas, no pudiendo excusarse del cumplimiento de éstos a través del empleo de recursos propios del Derecho Privado. En efecto, los principios de responsabilidad (artículo 140); transparencia y objetividad (artículo 142); de sometimiento pleno e integral a la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259) y de eficiencia en la gestión fiscal (artículo 311) son siempre referibles a la Administración económica. En especial, el respeto y vinculación a los derechos constitucionales y, entre ellos, a la libertad económica (artículo 3) es principio que ha de regir, también,

---

<sup>71</sup> Así, a pesar de que "... los entes descentralizados del Estado se hayan creado con formas jurídicas del derecho privado con el objeto de que se sometan a un régimen jurídico más flexible de derecho privado, el derecho público siempre les resulta aplicable cuando una normativa legal integradora regule dichos entes en la misma forma que los de derecho público...". Cfr.: "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 1996, p. 31.

<sup>72</sup> Cfr.: "El uso de los instrumentos de Derecho Privado en la Actividad Administrativa", ponencia presentada en las V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, 2000, consultado en original. Como indica este autor, es "...el ámbito de la actividad de gestión económica el campo más fértil para el desarrollo de la actividad privada de la Administración, y han sido las empresas mercantiles su forma de expresión más acabada ....".

<sup>73</sup> Cfr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, "Reflexiones sobre la Huida del Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública número 140*, Madrid, 1996. p. 58.

todo el actuar de la Administración. La inaplicabilidad de estos principios a consecuencia del uso del Derecho Privado, se insiste, es inconstitucional<sup>74</sup>.

La *huida del Derecho Administrativo* por parte de la Administración económica reviste mayor gravedad cuando ésta despliega potestades públicas destinadas a limitar el ejercicio de la libertad económica. En esos casos, de tal *huida* resulta la *inaplicación* del Derecho Administrativo Económico que es, también, Derecho de *garantía* de la posición jurídica de los agentes económicos privados. Sólo ese Derecho, y el control propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, afianzan y garantizan la posición de la libre iniciativa económica privada. Huida del Derecho Administrativo que, en esos casos, se refleja como huida de un sistema jurídico-público de garantías y cuya consecuencia suele ser el *quebrantamiento* de la integridad del orden contencioso-administrativo<sup>75</sup>. Afortunadamente este fenómeno, en los términos en que ha quedado expuesto, no ha tenido –aún– aplicación en nuestro país<sup>76</sup>.

Derecho Administrativo Económico como *sistema de garantías* de los particulares. Esa es otra característica del *estatuto* de la Administración económica que conviene resaltar. Como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, el Derecho Administrativo no sólo otorga privilegios a la Administración; también limita y condiciona –bastante– el actuar de ésta<sup>77</sup>. De esa manera el Derecho Administrativo

<sup>74</sup> Vid. lo que, en este sentido, expone S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, cit., pp. 39-43. La *huida del Derecho Administrativo* es, como reconoce ARIÑO ORTIZ, *huida del Derecho* (cfr.: *Principios de Derecho Público Económico*, cit., pp. 35-86.

<sup>75</sup> Este quebrantamiento obedece a la tesis en virtud de la cual el orden contencioso-administrativo sólo conoce de las *acciones* incoadas contra la Administración *con fundamento en el Derecho Administrativo*. Si éste no resulta aplicable –pues ha sido sustituido por el Derecho Privado– la jurisdicción contencioso-administrativa resulta incompetente. Ruptura, en definitiva, de la *universalidad de control* de esa jurisdicción. En Venezuela existe un importante precedente: removido el Presidente del Banco Central de Venezuela, se recurre el acto de remoción ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, se consideró que el Banco Central era un *ente de derecho privado*, estimándose que el acto de remoción, al no estar sometido a Derecho Administrativo, no resultaba controlable ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trataba –en opinión de la Sala Político-Administrativa– de un acto dictado en ejercicio de una *potestad de derecho privado* (cfr.: sentencia de 18 de julio de 1995, caso *Leopoldo Díaz Bruzual*). Véanse las consideraciones críticas que, sobre la *huida del Derecho Administrativo* y la *jurisdicción contencioso-administrativa* realiza CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO, *Reflexiones para la reforma del sistema Contencioso Administrativo Venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, pp. 66-67.

<sup>76</sup> Nos remitimos al completo estudio efectuado por DAVID QUIROZ RENDÓN (“El uso de los instrumentos de Derecho Privado en la Actividad Administrativa”, cit.) en el que se analiza casuísticamente los supuestos de *aplicación del Derecho Privado* por parte de la Administración económica.

<sup>77</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ se remiten, en este punto, a RIVERO, el cual indica que, por una parte “... las reglas del derecho administrativo se diferencian de las reglas del derecho privado en que ellas confieren a los órganos públicos poderes que no podrían existir en las relaciones entre particulares: es el conjunto de prerrogativas de la potestad pública. Pero en el sentido opuesto, el derecho administrativo impone frecuentemente a la administración, obligaciones mucho más estrictas que aquellas que el derecho privado hace pesar sobre los particulares...” (*Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 37).

José Ignacio Hernández G.

“coloca, junto a los privilegios, las garantías”, y de allí que “... el Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto difícil, pero posible) entre privilegios y garantías...”<sup>78</sup>.

## 2. Características de la Administración económica venezolana. La impronta del régimen de excepción

El análisis del desarrollo de la Administración económica venezolana exige considerar dos supuestos: de un lado, la dependencia de la economía venezolana al petróleo y, por el otro, la *impronta* del régimen de excepción de la libertad económica. En virtud de la primera característica, la Administración económica ha tenido, y tiene, una importancia y presencia *fundamental* en la economía; en virtud de la segunda consecuencia, la libertad económica –en los términos en que fue analizada en la primera parte- no ha tenido *vigencia efectiva en Venezuela*.

### A. La dependencia petrolera de la economía venezolana. El auge y crecimiento de la Administración económica y la crisis –material- del Estado social

La economía venezolana es dependiente del petróleo. Realidad incuestionable que ha derivado en la presencia activa del Estado en la economía; tanto así, que esa dependencia ha sido considerada como uno de los supuestos *socioeconómicos* del Derecho Administrativo venezolano. No obstante, y como ha ocurrido ya en el ámbito mundial, las estructuras del Estado venezolano, basadas en la amplia intervención (de *prestación y limitación*) de la Administración económica ha entrado en crisis. Fenómeno de la *crisis del Estado social* que ha calado intensamente en la conformación *actual* de la Administración económica, tal y como desarrollaremos de inmediato.

#### a. Consecuencias de la dependencia petrolera de la economía venezolana en la Administración

ALLAN BREWER-CARIÁS ha señalado, reiteradamente, la influencia del petróleo en la economía venezolana, influencia que ha determinado la presencia del Estado en el orden económico, bien directamente, bien de manera indirecta<sup>79</sup>. GONZÁLEZ

<sup>78</sup> Todos los problemas jurídico-administrativos consisten –continúan estos autores- en “...buscar ese equilibrio, asegurándolo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos...” (*Curso...*, cit, p. 46).

<sup>79</sup> Plantearse la situación y potestad interventora del Estado en un sistema económico como el Venezolano –expone BREWER-CARIÁS- exige “...hacer una referencia a una de las causas fundamentales de la transformación de Venezuela en las últimas décadas y quizás uno de los motivos que han provocado la institucionalización del sistema de economía mixta: el petróleo y su explotación y control. Es claro, en este sentido, que así como no pueden comprenderse bien los rasgos fundamentales de la transformación del país sin la referencia a las vicisitudes del auge petrolero, en la misma forma, no podría calibrarse adecuadamente el papel que el Estado juega en la economía venezolana, sin una referencia al proceso de control, venezola-

DELUCA, en esa misma línea, concluye que "... el cambio brusco a las condiciones de la Venezuela petrolera, tuvo entre sus primeras manifestaciones la disminución y pronto la desaparición de la capacidad de control directo del sector privado sobre la economía..."<sup>80</sup>. Y es que el surgimiento de la industria petrolera en Venezuela marcaría la *forma* de intervención del Estado sobre ese sector. Como se sabe, la industria petrolera era, en la década de los años treinta, fundamentalmente extranjera; de allí que el petróleo era considerado un *producto extranjero* (GONZÁLEZ DELUCA). La intervención del Estado, sin embargo, fue aumentando paulatinamente a través de "la participación del Estado en los beneficios de la industria" (BREWER-CARIAS)<sup>81</sup>.

A partir de ese momento puede ubicarse el advenimiento *efectivo* del Estado Social en Venezuela. El Estado comienza a intervenir en la economía para prestar servicios y comercializar bienes: el *sector empresarial público* iniciaría su vertiginoso ascenso; que no se *detendría* sino hasta décadas después. La filosofía imperante en ese momento quedó plasmada en la Constitución de 1961, cuyo artículo 97 establecía —en contradicción con el principio de *flexibilidad* analizado antes— que el Estado "propenderá a la creación y desarrollo de una industria pesada bajo su control". La *empresa pública* sería un instrumento *común* de intervención de la Administración en la economía, y no sólo en aquellos sectores económicos declarados o considerados *estratégicos*. Desde hoteles, centrales azucareras y fábricas de cemento, hasta la industria siderúrgica o petrolera, el Estado participó, directamente, en la economía<sup>82</sup>.

También esa participación se hizo presente de manera *indirecta*. En primer lugar, a través de la *reserva* de distintas actividades económicas. Ciertamente es que no se desarrolló en Venezuela un proceso de *nacionalizaciones masivas*, como en otros países europeos, pero la técnica de la *reserva* fue, sin duda alguna, común<sup>83</sup>. Inter-

---

nización y nacionalización paulatina de la industria petrolera..." (*Derecho Administrativo*, cit., p. 117).

<sup>80</sup> Y continúa afirmando que "... el intervencionismo estatal en la economía, iniciado durante la última etapa de la dictadura gomecista como una política coyuntural en respuesta a las solicitudes de ayuda de comerciantes y productores, pasó a ser parte estructural de las relaciones con ese sector, y en esa medida fue acompañado por una mayor participación de los grupos económicos en asuntos del Estado..." ("La paradoja de la libertad...", cit., p. 101).

<sup>81</sup> Véase el estudio efectuado por BREWER-CARIAS sobre el incremento de la participación e intervención del Estado en la industria petrolera, en *Derecho Administrativo*, cit., pp. 117-124. Vid. asimismo el estudio de GONZÁLEZ DELUCA, MARÍA ELENA, "La paradoja...", cit., pp. 125-128.

<sup>82</sup> Vid. las críticas que sobre el artículo 97 de la Constitución de 1961 señaló RAFFALLI en "Bases conceptuales y Constitución económica", *La Constitución económica*, cit., pp. 19-22.

<sup>83</sup> Véanse así las siguientes leyes, algunas de ellas, advertimos, hoy derogadas: *Ley de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial número 20.248 de 1 de agosto de 1940); *Decreto-Ley número 474 de Correos* (Gaceta Oficial número 25.841 de 18 de diciembre de 1958); *Ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural* (Gaceta Oficial número 29.594 de 26 de agosto de 1971); *Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos derivados de Hidrocarburos* (Gaceta Oficial número 1.591 extraordinario de 22 de junio de 1973); Decreto-Ley número 580, de *Reserva al Estado de la Industria de la Explotación del Mineral del Hierro* (Gaceta Oficial número 30.557 de 16 de diciembre de 1974) y *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos* (Gaceta Ofi-

José Ignacio Hernández G.

vención indirecta, también, en la *regulación* de distintas actividades económicas privadas: control de cambios; control de precios; sustitución de importaciones y protección del comercio interno. Como bien concluye ANA JULIA JATAR, 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..."<sup>84</sup>.

Podría afirmarse, incluso, la existencia de una *relación* entre la *intervención económica administrativa* y los *ingresos petroleros*: mientras mayores sean éstos, habrá menor tendencia de la Administración para intervenir en la economía; mientras menor sea el ingreso petrolero, la Administración será más propensa a intervenir en la economía. De allí que durante crisis petroleras, los controles e intervenciones de la Administración económica venezolana suelen incrementarse notablemente<sup>85</sup>.

b. *La crisis material del Estado social y la contradicción entre la "Constitución económica" y la "Constitución social" en la Constitución venezolana de 1999*

La intervención del Estado venezolano en la economía, como derivación de la necesidad de *conformar* el *orden social*, produjo distintas y variadas consecuencias. Por todos es conocida la clásica figura de la *Administración aportadora de prestaciones*, cuyo fin último, como expusiera FORSTHOFF, era la realización de la *procura existencial*<sup>86</sup>. Lo propio ocurrió en Venezuela: el Estado Social conformó una Administración que intervenía a través de empresas públicas; que limitaba la acción de la iniciativa económica privada; que fomentaba y protegía determinados sectores y que atendía directamente distintas *prestaciones sociales*. Este modelo entró en crisis –generalizada– a partir de la década de los setenta. Diversas causas,

---

cial número 1.769 extraordinaria de 29 de agosto de 1975). Los comentarios de estas *reservas* pueden verse en BADELL MADRID, RAFAEL, et al, *Régimen jurídico de la privatización*, cit., pp. 75-93 y BREWER-CARIAS, ALLAN, et al, *Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, cit., especialmente pp. 23-112.

<sup>84</sup> "Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: el caso de Venezuela", en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, serie D-22, Madrid, Octubre, 1994, pp. 234-240. Restricciones cuantitativas y cualitativas, aunadas a una política arancelaria proteccionistas, coadyuvaron a restringir el comercio exterior. A ello debe agregársele la *burocratización* derivada del régimen de control de cambios impuesto a partir de la década de los ochenta. Además, según indica la autora, el control de precios, para 1987, afectaba a *cuarenta y tres* categorías de productos y servicios.

<sup>85</sup> De allí la tendencia *cíclica* de la economía venezolana, a la que se refiere HERNÁNDEZ DELFINO, CARLOS, en "El ciclo de expansión y recesión en los programas de ajustes: Una nota sobre el caso venezolano", *Fondos de Estabilización Macroeconómica*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 2000. Como plantea ese autor "... históricamente los resultados fiscales en Venezuela han sido volátiles en razón de la elevada dependencia de los ingresos fiscales petroleros..." (p. 89).

<sup>86</sup> Vid. la monografía *Sociedad industrial y Administración Pública* (Estudios Administrativos, Madrid, 1967, pp. 21-90) en la que ERNST FORSTHOFF analiza la figura de la *Administración aportadora de prestaciones*.

cuyo análisis escapa de nuestro estudio, motivaron a esa crisis; todas ellas derivaron en el *replanteamiento de los fines del Estado Social*, el cual no podía seguir desplegando su acción sobre la base de la sustitución, coacción y restricción de la iniciativa privada. Ahora bien, resulta inconveniente *exagerar* el alcance y dimensión de esa crisis: no se trata de defender, aquí, las ventajas de *lo privado* frente a lo *público*; tampoco de negar la existencia necesaria del Estado Social. Pues esa crisis, nótese bien, afecta a la *extensión* de los cometidos que el Estado debe alcanzar, no a la concepción del Estado Social en sí misma<sup>87</sup>. No se cuestiona si el Estado ha de intervenir o no en la economía y en el orden social; el cuestionamiento reside en la *forma e intensidad* con la que tal intervención se manifiesta.

La Constitución de 1961 fue sancionada en un momento histórico en el que la *omnipresencia* del Estado era lo usual, lo necesario. Treinta años después, sin embargo, esa filosofía había demostrado que la consecución de la *justicia social* bien podía procurarse sin una presencia *intensa* del Estado. La Administración económica podía atender a sus fines, sin necesidad de transformarse en una *Administración aportadora de prestaciones*. Era de esperar, entonces, que la reforma constitucional de 1999 tomara muy en cuenta estas circunstancias, no para *eliminar* la forma del *Estado social* sino para replantear los medios del Estado para la conformación del orden social.

Sin embargo, y muy lamentablemente, no fue ello lo que sucedió. La Constitución económica, como indicamos antes, parte del respeto de una economía basada en la acción individual, esto es, en la libertad económica y, también, en la libre competencia. No obstante, junto a este cuadro general, la Constitución establece en determinados sectores económicos (vid. artículos 305-310) una intervención del Estado que prácticamente reduce el ámbito de la iniciativa privada. La intervención del Estado aparece aún más resaltada en la Constitución social: los artículos 75 al 111 de la Constitución de 1999, insisten una y otra vez en que el Estado debe prestar, atender, garantizar, servir y procurar distintas y variadas *necesidades sociales*. El Estado Social, en la Constitución de 1999, aparece reforzado, ampliado y aumentado; la crisis material de esa *expansión*, entonces, pasó desapercibida para el constituyente.

La Constitución incurre incluso en términos absolutamente censurables, impropios de la técnica que ha debido inspirar la elaboración de una Carta Magna. Ejemplo de ello es el artículo 84: para garantizar el “derecho a la salud” —dispone esa

<sup>87</sup> Para BREWER-CARÍAS “...el Estado rico, todopoderoso, intervencionista, empresario, prestador de todos los servicios, asistencial, asegurador de los beneficios sociales, benefactor, y por tanto, industrial, hotelero y hasta organizador monopólico de loterías y juegos, simplemente terminó y ya no puede ser más lo que fue (...) en esta forma, cada vez aparece con más claridad el cuadro actual: tenemos un Estado que hace lo que no tiene que hacer y que no hace lo que no tiene que hacer, para asegurar la justicia social en un sistema de economía libre. El Estado, así, todo lo controla, lo dirige, lo regula y lo somete, y no deja libre a la iniciativa privada, no pudiendo ya ni siquiera suplirla a medias, pues ni siquiera tiene recursos financieros para ello y más bien, está altamente endeudado...”. Pero hace BREWER-CARÍAS una advertencia que tiene que tenerse muy en cuenta: “... la crisis del Estado Social, por ello, no toca su existencia misma, sino a la extensión y a la intensidad de la presencia estatal...” (“Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina”, en el número 1 de esta *Revista*, pp. 36-40).

José Ignacio Hernández G.

norma- el Estado *creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud*. Ya esta afirmación resulta excesiva, pues la satisfacción y protección del “derecho a la salud” no requiere la *gestión pública* de los servicios destinados a satisfacer ese derecho. Pero la norma comentada despliega aún más la filosofía interventora, al señalar que *los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados*. La norma, se insiste, en censurable: no corresponde a la Constitución pronunciarse, tajantemente, sobre la *privatización* de determinados servicios, mas aún si se considera que tal término (privatización) es multívoco. Con ello se dificulta la *reforma* del sistema de salud en Venezuela, pues bien podría *privatizarse la gestión de tal servicio*, manteniendo el Estado el control sobre éste<sup>88</sup>.

En nuestra opinión, hay una importante contradicción entre la Constitución económica y la Constitución social: la primera se basa en el respeto y promoción de la acción individual; la segunda, en la sustitución de esa acción individual<sup>89</sup>. La acción que el Estado debe desplegar en el orden social —en respeto a los múltiples mandatos que la Constitución le impone— conforma una verdadera *Administración prestadora*, clásica forma que, según hemos señalado, se encuentra en crisis, precisamente, por la *exagerada* carga social que el Estado ha asumido. Hay que considerar, además, que la acción del Estado en ese orden social repercute, también en el orden económico: y es así que para atender las *obligaciones sociales* derivadas del Texto Fundamental, la Administración debe intervenir en la economía, incluso, limitando la actuación de los particulares. Peculiar característica que condicionará, también, a la Administración económica venezolana.

### B. La impronta del régimen de excepción

Pero probablemente la característica más palpable de la Administración económica venezolana deriva del régimen de *excepción* que, por más de treinta años, imperó en Venezuela. Jurídicamente, tal *régimen* se basó en la *restricción de la garantía de la reserva legal de la libertad económica*, en atención a lo que preceptuaba la Constitución de 1961. Restricción que permitía a la Administración dictar actos *con rango y fuerza de ley*, limitadores del ejercicio de la libertad empresarial. Lo más peculiar de ese régimen es que el Ejecutivo *restringió indefinidamente* esa garantía. Efectivamente, el Decreto dictado a tales efectos, restringió —entre otras—

<sup>88</sup> No es extraño, en el Derecho Comparado, la privatización de *servicios sociales* como la salud. Antes por el contrario este método ha ido aplicado con éxito en varios países. Vid. BADELL MADRID, RAFAEL, *Régimen jurídico de la Privatización*, cit., p. 30-32. Sin embargo, y dada la redacción del artículo 84 constitucional, la *privatización* de la *gestión* del sistema de salud en Venezuela encuentra un importante impedimento.

<sup>89</sup> Al comentar las disposiciones de la *Constitución social*, BREWER-CARIAS efectúa dos importantes consideraciones. En primer lugar, critica el reconocimiento del “derecho a la salud” pues “... ello equivale a consagrar, en la Constitución, ‘el derecho a no enfermarse’, lo cual es imposible pues nadie puede garantizar a otra persona que no se va a enfermar...”. Además, señala que “... en la regulación de los derechos sociales, en la nueva Constitución no sólo se pone en manos del Estado excesivas cargas, obligaciones y garantías, de imposible cumplimiento y ejecución en muchos casos, sino que se minimiza, al extremo de la exclusión, a las iniciativas privadas ...” (“Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”, en VALERA, IRENE (coordinadora), *La Constitución de 1999*, ob. cit., pp. 80-81).

la garantía de la libertad económica "... en la medida en que lo determine el Presidente de la República en Consejo de Ministros..."<sup>90</sup>. Durante toda la vigencia de ese Decreto, la Administración pudo, sin necesidad de habilitación legal, limitar el ejercicio de la libertad económica<sup>91</sup>. De allí que la *subordinación* de la Administración a la Ley, según derivaba de la Constitución de 1961, no tuvo vigencia práctica. Por el contrario, el régimen de excepción derivó en la *supremacía* de la Administración económica<sup>92</sup>.

Los efectos de ese sistema sobre la economía venezolana y sobre el Derecho Económico Venezolano pueden estudiarse conforme dos perspectivas, completamente compatibles. En un primer sentido, el régimen de excepción derivó, como hemos señalado, en la *supremacía* de la Administración, especialmente, a través de la intensa *limitación al libre ejercicio de la libertad económica*. Como describió MORLES HERNÁNDEZ, al amparo "... de la restricción existente ha florecido un conjunto de normas cuyo contorno es extenso, confuso e inamovible..."<sup>93</sup>, normas cuya eliminación, tal y como señaló JATAR, presentaba no pocos inconvenientes<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Mediante Decreto número 445 (publicado en la Gaceta Oficial número 26.464 de 24 de enero de 1961) el Presidente de la República *restringió*, entre otras, la garantía de la libertad económica. Posteriormente se restablecieron algunas de las garantías afectadas, a excepción de la garantía de la libertad económica, que permaneció restringida (Decreto 674, Gaceta Oficial número 26.476, de 8 de enero de 1962). Tal régimen —de *excepción*— estuvo vigente hasta que fue dictado el Decreto número 1724 (Gaceta Oficial número 34752 de 10 de julio de 1991).

<sup>91</sup> La consecuencia práctica de esa restricción era que la Administración, indefinida y generalmente, podía dictar *actos con rango de Ley*, desvirtuándose por tanto la subordinación de ésta al Poder Legislativo (sobre este efecto, vid. sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 2 de febrero de 1995, caso *Perfumería La Diadema Capital*). Además, para los distintos *Decretos* que, con rango de Ley, fueron dictados, véanse los siguientes estudios de ALLAN BREWER-CARÍAS: "Consideraciones sobre la Suspensión o Restricción de las Garantías Constitucionales", en *Revista de Derecho Público número 37*, Caracas, 1989, pp. 5-25 y "El caso del bono compensatorio o de cómo se ignora el régimen de los Decretos-Leyes y se desquicia el régimen de la economía", en *Revista de Derecho Público número 33*, Caracas, 1988, pp. 173-181. A esas potestades normativas extraordinarias de la Administración debe agregarse, además, las *habilitaciones legislativas* que, durante tal período, el Poder Legislativo confirió a favor de la Administración.

<sup>92</sup> Es por ello que la doctrina distinguió entre la *Constitución económica formal* y la *Constitución económica material*. Escribe al respecto IGNACIO DE LEÓN lo siguiente: "...en Venezuela, la Constitución económica ciertamente no ha sido el reflejo de la realidad económica imperante. La ideología del momento proponía la necesidad de una intervención pública como actora del proceso de desarrollo económico (...) la única forma en la cual era posible conducir el sistema económico vigente era desaplicando la Constitución. Para ello, se apeló dos vías, esencialmente: en primer lugar, al recurso de construir un sistema jurídico de excepción, paralelo al constitucional, el cual reguló efectivamente las actividades económicas de los agentes en Venezuela, y sus relaciones con el sector público. En segundo lugar, la constante habilitación del Poder Legislativo al Ejecutivo para dictar leyes en la esfera económica y financiera terminó por desarticular la base del equilibrio constitucional entre individuos y Estado..." ("Reflexiones para una reforma...", cit., pp. 40-41).

<sup>93</sup> "La Bolsa de Valores, Institución de Economía de Mercado", en *Revista de Derecho Público número 37*, Caracas, 1989, p. 33.

<sup>94</sup> ANA JULIA JATAR, al analizar las *consecuencias* de la *intensa* intervención indirecta de la Administración económica venezolana, en materia de precios, señala que "...esta larga historia de controles de precios nos ha dejado una extensa lista de conductas y actitudes que costa-

José Ignacio Hernández G.

En una segunda perspectiva, el régimen de excepción se ha traducido en la ausencia de *bases y principios* sobre el significado y alcance de la libertad económica, y sobre los postulados que informan el actuar de la Administración venezolana. Sobre ello, DE LEÓN sostiene que "... con el transcurrir del tiempo, la prolongada excepción ha empobrecido la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia sobre las cláusulas económicas y sociales que conforman el régimen ordinario de la Constitución..."<sup>95</sup>.

Teniendo en cuenta la *impronta del régimen de excepción*, resulta elogiable la regulación que la Constitución de 1999 desarrolla en la materia. El *nuevo* régimen jurídico de los *estados de excepción* impide que la anterior situación, de restricción *indefinida* de la libertad económica, pueda repetirse<sup>96</sup>.

---

rá mucho olvidar, tanto a empresas, como a consumidores..." ("Políticas de competencia...", cit., p. 240).

<sup>95</sup> "Consideraciones acerca de los principios...", cit., p. 32. Continúa el autor señalando que "...el prolongado régimen de excepción que permitió restringir la libertad económica hasta su virtual supresión práctica; los pocos años transcurridos desde que ésta fuera restituida en 1991 y las intermitentes suspensiones y restituciones de la garantía que la protege habidas desde entonces, han obstaculizado la formación de corrientes doctrinales y jurisprudenciales sólidas y definidas en la materia; estamos pues, muy lejos de poseer un corpus estable de interpretación, que sólo de manera incipiente se ha proyectado sobre algunos de los temas más difíciles y debatidos..." (pp. 32-33).

<sup>96</sup> A efectos de ahondar sobre las ventajas del sistema actual, conviene efectuar un breve análisis comparativo de las Constituciones de 1961 y 1999, refiriéndonos en concreto a la restricción de la garantía formal de la libertad económica. Bajo la Constitución de 1961, el Presidente de la República, mediante Decreto, podía restringir tal garantía. Una vez dictado ese Decreto —y sin *límite temporal* alguno— podía el Presidente *regular y limitar* el ejercicio de la libertad económica. El control que efectuaba el Poder legislativo, además, se extendía al Decreto de restricción, no a las *medidas* regulatorias dictadas por la Administración, en ejecución de ese Decreto. Conforme la Constitución de 1999, el Presidente de la República puede restringir por Decreto la garantía formal de la libertad de empresa. Sin embargo, *en el propio Decreto de restricción*, deberán dictarse las normas de *regulación* del ejercicio de la libertad económica. Ya no es posible entonces *restringir* la garantía de la libertad económica, sin *dictar* las normas *reguladoras* de su ejercicio. Ello fue precisamente lo que ocurrió entre 1961 y 1991, lapso de vigencia de la *restricción* de la garantía de la libertad económica en Venezuela. En efecto, se suspendió tal garantía, por Decreto, en 1961, pero las medidas de *regulación* del ejercicio de ese derecho fueron dictadas durante *todo* el lapso de vigencia de esa restricción. Otra ventaja del sistema actual es la *extensión* de los *controles* que ejercen los otros órganos del Poder público sobre el Decreto de *restricción* de la garantía de la libertad económica y de las normas *reguladoras* de su ejercicio. Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, tal control era ejercido por el Poder legislativo, solamente respecto el Decreto de restricción. Bajo la Constitución de 1999 este control aparece ampliado: en *primer lugar*, desde que será ejercido —con carácter previo— tanto por el Poder legislativo como por el Poder judicial; además, dicho control se extiende al Decreto de restricción, así como a las normas *reguladoras* de la libertad económica, contenidas en ésta.

### III. PRINCIPIOS TRADICIONALES Y ACTUALES EN LA ORDENACION DE LOS SECTORES DE LA ELECTRICIDAD, EL GAS Y LAS TELECOMUNICACIONES

#### 1. *La intervención tradicional de la Administración económica en las telecomunicaciones, la electricidad y el gas*

La Administración económica venezolana se ha caracterizado entonces por su *intensa* participación en la economía, especialmente, limitando el libre ejercicio de la libertad económica, situación *estimulada*, especialmente, por el régimen de excepción que tradicionalmente imperó en Venezuela. Los efectos que sobre la economía nacional ha producido tal intervención, son importantes. No nos corresponde a nosotros pronunciarnos sobre ello; nos limitamos simplemente a constatar la anterior situación: la creciente intervención de la Administración económica (y del Estado, en general), ha repercutido negativamente en la economía. Así se reflejaba en un estudio efectuado en 1996, sobre el *índice de libertad económica* en Venezuela<sup>97</sup>. Recientemente esta conclusión ha sido ratificada<sup>98</sup>.

Esa *intensa intervención de la Administración económica*, especialmente de manera *indirecta*, se ha desplegado en general en todos los sectores económicos. Destacaremos, en este punto, las notas características de esa *intervención* en tres sectores: la electricidad, el gas y las telecomunicaciones. La selección de éstos no es fortuita: antes por el contrario, estos tres sectores, desde 1999, han sido sometidos a una *nueva ordenación* que replantea –supuestamente– los dogmas tradicionales sobre los que ha actuado la Administración económica<sup>99</sup>. Conviene precisar

<sup>97</sup> Nos referimos al índice de libertad económica desarrollado por WALKER, MICHAEL; GWARTNEY, JAMES; LAWSON, ROBERT y BLOCK, WALTER, “El concepto y la medida de la libertad económica”, *Economic Freedom of The World: 1975-1995*, Fraser Institute, Vancouver, 1996, tomado de la traducción publicada en *Revista del Instituto de Estudios Económicos número 1/1996*, Madrid, 1996, pp. 29 y siguientes. En el número 2/1996 de esa *Revista* se analizó el *índice de la libertad económica* en algunos países latinoamericanos (Argentina, Chile, Perú, Costa Rica y Venezuela), concretamente en lo que se refiere a los programas de *ajuste macroeconómico* adelantado en éstos. Las conclusiones respecto Venezuela son por demás reveladoras: al no haber implementado ningún programa de ajuste, la economía venezolana se ha deteriorado progresivamente, afectando el *desarrollo y cohesión social*. El “... aumento del desempleo, la inflación y los desequilibrios macroeconómicos han incidido duramente en las condiciones de vida...”. Al comparar la situación de Venezuela con los países que adoptaron un programa de ajuste, se afirma que “... hemos visto como en Argentina, Chile, Perú y Costa Rica mejoraban sensiblemente los indicadores sociales, especialmente el indicador de pobreza. Esta favorable evolución apunta ineludiblemente al positivo efecto del modelo económico de libre mercado en la cohesión social de todos ellos. Por el contrario, Venezuela no sólo no ha conseguido mejorar el conjunto de sus indicadores sociales sino que la mayoría de ellos ha empeorado...” (Cfr.: PAMPILLÓN OLMEDO, RAFAEL y DOSIL PARÉS; HUGO, “Economía de mercado, crecimiento económico y cohesión social en Iberoamérica [1990-95]”, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos número 2/1996*, Madrid, 1996, pp. 206-207).

<sup>98</sup> Se ha destacado que el informe anual de la Fundación Heritage y The Wall Street Journal, sobre el índice de la libertad económica, otorga a Venezuela 3,55 puntos, lo que situó a ese país dentro de la categoría de *economía mayormente controlada*, destacándose que “desde 1996, la ubicación de Venezuela ha ido trasladándose hacia los últimos lugares” (cfr.: *El Nacional*, 23 de noviembre de 2000).

<sup>99</sup> En cuanto a la nueva ordenación de la electricidad, vid. el Decreto-Ley número 319, de 17 de septiembre de 1999, publicado en la Gaceta Oficial número 36.791 de 21 de septiembre de

José Ignacio Hernández G.

por tanto los lineamientos generales del régimen *tradicional* de esos tres sectores económicos.

#### A. El confuso régimen jurídico de la electricidad

Analizar el régimen jurídico *tradicional* de la electricidad requiere un análisis por demás delicado, dado lo ambiguo y confuso de ese régimen<sup>100</sup>. Conviene señalar, *en primer lugar*, que no existía ninguna Ley que regulase el sector; por el contrario, la regulación de éste estaba contenida en normas *sublegales*. Lo anterior resulta muy significativo: al no estar regulado *legalmente*, tal sector no se encontraba *reservado* al Estado. Efectivamente, conforme la Constitución de 1961, la *reserva* sólo podía declararse mediante Ley; luego, al no existir ninguna Ley sobre el sector eléctrico, no podía encontrarse *reservado*. En *segundo lugar*, el *régimen tradicional* del sector eléctrico sometía a la libre iniciativa económica privada a variadas y distintas *limitaciones*, tanto para *acceder al mercado* como para *desarrollar las actividades propias del sector eléctrico*. Lo anterior nos revela otra importante consecuencia: dichas limitaciones estaban contenidas en *normas de rango sublegal*; la Constitución de 1961, por el contrario, exigía que *cualquier limitación* a la *libre iniciativa privada económica* estuviese contemplada en *actos con rango y fuerza de Ley*. Es por ello que el régimen tradicional del sector eléctrico *carecía de la jerarquía formal* necesaria para afectar, legítimamente, el derecho constitucional a la libertad económica. En adición a lo anterior, y en *tercer lugar*, la Administración ha intervenido también *directamente*, mediante las *empresas públicas*. Cuantitativamente, las empresas públicas se equiparan a las empresas privadas; cualitativamente, la presencia del sector público es aún más importante, en especial, en la actividad de generación<sup>101</sup>.

Si bien la electricidad no se encontraba *reservada al Estado*, el ámbito de la iniciativa privada y de la libre competencia era bastante escaso, ante los intensos controles que –inconstitucionalmente– la normativa sublegal contemplaba

---

1999, en lo adelante, la *Ley del Sector Eléctrico*. Véanse asimismo los comentarios que, respecto tal Ley, efectuamos en “Reflexiones sobre la nueva ordenación del sector eléctrico Venezolano”, *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila número 1*, Caracas, 2000, pp. 167-228. La nueva ordenación del gas se encuentra en el Decreto-Ley número 310, de Hidrocarburos Gaseosos (Gaceta Oficial número 36.793, de 23 de septiembre de 1999), en lo adelante, *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos*. Finalmente, la nueva ordenación de las telecomunicaciones está contenida en la *Ley Orgánica de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial número 36.970, de 12 de junio de 2000).

<sup>100</sup> El régimen tradicional derivaba, principalmente, del Decreto 1.558 de 30 de octubre de 1996, publicado en la Gaceta Oficial número 36.085, de 13 de noviembre de 1996. Sobre este tema ya nos hemos pronunciado en “Reflexiones sobre la nueva ordenación del sector eléctrico Venezolano”, cit., pp. 169-179. Véase, asimismo, el completo estudio que, sobre tal régimen, efectúan ORTIZ-ALVAREZ, LUIS y FISCHBACH, NOEMI, “Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela”, en el número 3 de esta *Revista*, pp. 83 y siguientes.

<sup>101</sup> Con mayor amplitud desarrollamos estas características en HERNÁNDEZ G., JOSÉ IGNACIO, “Reflexiones sobre la nueva ordenación...”, cit., pp. 223-228. Véase asimismo la *Exposición de Motivos* del Decreto-Ley número 319, la cual contiene datos reveladores sobre la situación del sector eléctrico venezolano.

B. Las telecomunicaciones y el gas como servicios de titularidad pública

El sector del gas y las telecomunicaciones contaban con un régimen común: la reserva del Estado sobre estas actividades (*publicatio*) y su sometimiento a las amplias potestades de control y dirección de la Administración económica<sup>102</sup>. Ahora bien, caben distintos tipos de reserva o *publicatio*: básicamente, el Estado puede reservarse la titularidad de la actividad, permitiendo que el sector privado participe a través de concesiones, o puede el Estado reservarse, también, la gestión de la actividad, lo que excluye, completamente, la participación de ese sector. La reserva del gas natural y de las telecomunicaciones se compadece con el primer supuesto, pues los particulares podían intervenir, aunque muy limitadamente, en esos sectores.

Siguiendo a BREWER-CARIAS, podemos indicar que, en el sector del gas, los particulares podían intervenir a través de tres instrumentos: en primer lugar, mediante la celebración de *convenios operativos* que son, en realidad, meros *contratos de servicio*; a través de los *convenios de asociación*, en cuya virtud del sector privado interviene activamente en el sector, siempre bajo el control del Estado y por último, podían los particulares intervenir mediante *convenios de comercialización* del Gas de Petróleo Licuado (GPL). En las telecomunicaciones, los particulares podían participar en tal mercado a través de dos instrumentos: mediante la *concesión*, cuando el particular perseguía *fines comerciales o lucrativos*, y los *permisos*, cuando el partir no perseguía fines lucrativos<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> Según el artículo 1 de la *Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural* "... se reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, la industria del gas proveniente de yacimientos de hidrocarburos...". Además, disponía el artículo 1 de la *Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los productos derivados de Hidrocarburos* que "... se reserva al Estado como servicio de interés público y por razones de conveniencia nacional la explotación del mercado interno de los siguientes productos derivados de hidrocarburos: (...) gases de petróleo licuado (GPL) (...) el servicio de interés público reservado al Estado por la presente ley comprende las actividades de importación, de transportación, suministro, almacenamiento, distribución y expendios de los mencionados productos en el Territorio Nacional...". La reserva quedó confirmada, ya con carácter general, en la *Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos*, dictada en 1975. El régimen legal derogado del gas natural era, como se desprende de lo anterior, bastante complejo. Véase así el estudio efectuado por BREWER-CARIAS, en cuanto a las distintas leyes aplicables en la ordenación de ese sector ("Comentarios sobre el régimen legal de la industria y el comercio del gas como actividades reservadas al Estado", en *Revista de Derecho Público números 63-64*, Caracas, 1995, pp. 105-127).

Igualmente, disponía el artículo 1 de la *Ley de Telecomunicaciones* que "...el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse, corresponde exclusivamente al Estado...". Por tanto, "... su administración, inspección y vigilancia..." también correspondía al Estado.

<sup>103</sup> En cuanto al sector del gas, vid. artículo 5 de la *Ley Orgánica que Reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos* y el artículo 3 de la *Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos derivados de Hidrocarburos*. Sobre el tema, véase además a BREWER-CARIAS, ALLAN, "Comentarios sobre el régimen legal...", cit., pp. 125-127. Ejemplo de la intervención privada en el sector del gas, fue el llamado *Pro-*

José Ignacio Hernández G.

La reserva a favor del Estado, sobre los sectores del gas y de las *telecomunicaciones*, tiene al menos dos importantes consecuencias: en *primer lugar*, los particulares requerían el previo otorgamiento del *derecho de acceso* a esos dos mercados; en *segundo lugar*, que el otorgamiento de ese derecho (a través de los mecanismos antes mencionados) no afectaba la *naturaleza pública* de la actividad. Antes por el contrario, la Administración mantenía *siempre* las potestades de control y supervisión sobre la *gestión* de esas dos actividades de *titularidad pública*. La iniciativa privada se encontraba sometida, entonces, a amplias limitaciones por parte de la Administración.

En varias oportunidades la jurisprudencia constató esa premisa. Así, la importante sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, de 23 de abril de 1991, caso *Lagoven* (por medio de la cual se resolvió el *conflicto* existente entre las distintas Leyes que ordenaban el sector del gas), señaló que la *reserva* sobre el *sector del gas* producía, a favor del Estado "... un monopolio fundamentalmente de derecho (...) eliminándose los derechos de los particulares a continuar su *gestión*...". En ese sector, expuso la Corte "... no pueden existir derechos particulares, sino la intervención amplia e integral del Estado...".

La jurisprudencia se pronunció, en similares términos, al interpretar los efectos de la *publicatio* sobre las *telecomunicaciones*. El régimen jurídico de éstas, como actividades de titularidad pública, se caracterizaba por "...el ejercicio por parte de la Administración, precisamente en defensa del interés público, de incidentes poderes de regulación, dirección, vigilancia, inspección, control e intervención ..." y por la *vinculación* de los particulares a "... una indiscutible relación de sujeción especial respecto de la Administración concedente en todo lo concerniente a la actividad que desarrolla al prestar el servicio ..." (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*). Conforme a este fallo, las particulares se relacionaban con la Administración económica a través de una *relación especial de sujeción*, relación que quedaba "... sumida en todo un régimen jurídico especial de incidentes potestades de intervención notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano ..."<sup>104</sup>.

---

*yecto Cristóbal Colón*, instrumentado a través de un *convenio de asociación* regulado en el mencionado artículo 5 (cfr.: el artículo de CRAZUT, RAMÓN, "Nacionalización y posibilidades

de privatización de la industria venezolana de hidrocarburos. La eventual reversión de un proceso histórico", publicado en la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas número 116*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones disponía, como atribución del Poder Ejecutivo "otorgar *permisos y concesiones* a particulares para el establecimiento y explotación, o para empleo con fines educativos" de los servicios de telecomunicaciones. Véase, en este sentido, a ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Táchira, Caracas, 1997.

<sup>104</sup> La sentencia señalaba, además, que "... queda claramente manifiesto que en el desarrollo de su actividad, la sociedad mercantil accionante no se desenvuelve respecto a la Administración dentro del marco natural de relaciones ordinarias que se da entre ésta y cualquier administrado, no estando sometida como se ha visto a la simple prevalencia del interés general o colectivo en condiciones de normalidad, generalidad o igualdad, ni sumida a un genérico poder de

En virtud de la *reserva*, las telecomunicaciones se erigían en “auténtico servicio público de titularidad estatal y de competencia nacional” (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*). El *servicio gas* tenía también la consideración de *servicio público* “... por expresa disposición del legislador manifestada a través de las leyes de reserva...” (BOSCÁN DE RUESTA)<sup>105</sup>. Telecomunicaciones y gas eran considerados *servicios públicos* desde que se encontraban reservados expresamente al Estado.

## 2. La “nueva” posición de la Administración económica en la reciente liberalización de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones

El estudio *actual* del Derecho Administrativo Económico venezolano nos permite asegurar que el proceso de *intensa intervención administrativa económica* está siendo revisado sectorialmente, quizás no en sus *planteamientos originales*, sino más bien en sus *consecuencias prácticas*. Efectivamente, como antes indicamos, desde 1999 se han sancionado diversas leyes cuyo objetivo –pese ha estar consagrado, muchas veces, implícitamente– es la *liberalización de la economía*, específicamente, la liberalización de servicios esenciales sometidos tradicionalmente a la intervención indirecta de la Administración económica.

No es novedoso, en Venezuela, la implementación de procesos de *liberalización*. Así, en 1989 se inició un proceso de *reestructuración* que suponía la *liberalización de la economía* a través de la *retirada y racionalización* de la actuación de la Administración económica. Según expuso GERVER TORRES, dicho proceso, que pasaba por afirmar un *nuevo rol del Estado* en la economía, perseguía como objetivos centrales institucionalizar la concertación entre el sector público y el privado; la democratización de la economía; promover intervenciones *más estratégicas y selectivas* del Estado en la economía; fomentar la seguridad jurídica y la instrumentación de técnicas de intervención pública en la economía *compatibles con el mercado*, todo ello dirigido a “maximizar el bienestar para la mayoría de la pobla-

---

imperio frente al que puedan ser invocadas -en toda su plenitud y contundencia- garantías como la reserva legal de tipificación que alega vulnerada por las disposiciones que impugna, pues al hacerlo olvida por completo que, muy contrariamente, su condición de concesionario para la prestación de un indiscutible servicio público la coloca en un plano razonablemente distinto y más precario al descrito, caracterizado por la existencia de una auténtica relación de sujeción especial frente a la administración a la que se vinculó voluntariamente al solicitar y obtener la concesión que hoy ejecuta, quedando así sumida en todo un régimen jurídico especial de incidentes potestades de intervención, notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano ...”. La sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de 26 de marzo de 1993, caso *RCTV*, también se pronunció en este sentido, al señalar que, en virtud de la *reserva o publicatio* sobre la reserva, el concesionario queda obligado “... no sólo por las cláusulas contractuales, sino, y muy especialmente, a observar las limitaciones que unilateralmente el órgano público imponga reglamentariamente con la más estricta sujeción a la Ley y, en última instancia, a la Constitución...”.

<sup>105</sup> Cfr.: BOSCÁN DE RUESTA, ISABEL, “Régimen legal del Gas”, en *Revista de Derecho Público número 48*, Caracas, 1991, pp. 5-18.

José Ignacio Hernández G.

ción”<sup>106</sup>. De ese programa destacaremos tres importantes consecuencias: en *primer lugar*, el restablecimiento de la garantía de la libertad económica, si se quiere, condición indispensable para fomentar la libre iniciativa económica. En *segundo lugar*, la sanción y puesta en práctica de la Ley de Privatización. A través de ese instrumento legal, el Estado *repliega su intervención directa* en la economía, promoviendo la libre iniciativa privada y la libre competencia, todo lo cual deriva en la progresiva disminución del *sector empresarial público*<sup>107</sup>. Finalmente, fue sancio-

<sup>106</sup> Cfr.: TORRES, GERVER, “Una estrategia económica para Venezuela: lineamientos generales”, en *El Rol del Estado Venezolano en una nueva estrategia económica*, COPRE, Caracas, 1989, pp. 11-115. Sobre esta reforma escribió BREWER-CARIAS lo siguiente: “... es a partir de 1989 que con virtud de la política de liberalización de la economía iniciada se comenzaron a desmontar las bases intervencionistas del Estado, estableciéndose desregulaciones en algunas áreas, eliminándose los controles de precios, restableciéndose las garantías económicas, propugnándose la libre competencia y privatizándose muchas empresas del Estado. La crisis derivada de la deuda externa y la caída de los ingresos petroleros obligó al Estado a reducir su intervención y a estimular el crecimiento económico del sector privado...” (*Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I*, cit., p. 548). ANA JULIA JATAR se pronuncia sobre tal programa en los siguientes términos: “... en 1989, Venezuela abandonó su tradicional política económica marcada por el proteccionismo y la intervención estatal para promover una estrategia de libre mercado y de apertura del comercio internacional...” (“Políticas de competencia...”, cit., p. 233).

<sup>107</sup> Tal Ley fue sancionada en 1992, y su última reforma es de 1998 (Gaceta Oficial número 5.199 extraordinario de 1998). La Ley parte de un concepto *genérico y amplio* de privatización, cuya nota distintiva es el *fin perseguido*. En efecto, según se infiere del artículo 1, se entenderá por privatización cualquier mecanismo “que permita alcanzar los objetivos” de la política de privatización, objetivos que aparecen enumerados en el 6, según el cual la política de privatización tendrá por objetivos “la libre competencia y el desarrollo de la capacidad competitiva de las empresas; la democratización y ampliación del régimen de propiedad de los bienes de producción de capital y de la tenencia accionarial; el estímulo a la conformación de nuevas formas de organización empresarial, cooperativa, comunitaria, cogestionaria o autogestionaria y la modernización de la actividad o servicio, transferencia de tecnología y su dotación de equipos, bienes o recursos que incidan favorablemente en la eficiencia de la producción y administración”. La libre competencia se erige así en principio rector de la privatización (vid. artículo 7 de la Ley). La amplitud del artículo 1, que permite al Estado implementar diversos mecanismos de privatización, obliga a efectuar una importante distinción: de un lado, puede el Estado *privatizar la participación accionarial pública en empresas*, proceso conocido como *privatización de empresas públicas*; de otro lado, el Estado puede *privatizar la gestión de determinadas actividades de titularidad pública*, a través de la concesión. Cabe por tanto la privatización de la *titularidad de ciertos bienes* (i.e.: acciones) o la *privatización de la gestión de determinados servicios*.

Con carácter general, véase el estudio sistemático contenido en BADELL MADRID, RAFAEL, et al, *Régimen Jurídico de la Privatización*, cit., pp. 103 y siguientes, así como el artículo de ORTIZ ALVAREZ, LUIS, “Comentarios sobre la Ley de Privatización”, en *Revista de Derecho Público números 55-56*, Caracas, 1993, pp. 141-145. En cuanto a los fundamentos de la privatización, desde una perspectiva general, vid. CASTILLO MARCANO, JOSÉ LUIS, “Las privatizaciones: sus orígenes y sus objetivos”, en el número 1 de esta *Revista*, pp. 25-42. Un completo estudio en cuanto a la *puesta en práctica* de la privatización en Venezuela lo efectúa RIEBER DE BENTATA, JUDITH, “Reordenación del sector Público e incorporación de los particulares”, en *Lo público y lo privado...*, cit., Tomo II, pp. 77-106. Por último, el análisis de la llamada “privatización de servicios públicos” puede verse en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VICTOR, “La concesión de los servicios públicos y la concesión de las obras públicas”, artículo publicado en el número 113 de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políti-*

nada la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. La libre competencia –inherente a la libertad económica- se erige en principio rector cuya protección es objeto de la acción administrativa. El restablecimiento de la garantía de la libertad económica era condición indispensable para dictar tal Ley; de allí, que fue sólo hasta 1992 cuando se sanciona, en Venezuela, una Ley para proteger la libre competencia<sup>108</sup>.

La inestabilidad política que en Venezuela imperó desde 1992, impidió la continuación de ese programa de ajuste, que tampoco fue adoptado – al menos, de manera directa- por el Gobierno iniciado en 1994. A partir de 1999, con la entrada de un nuevo Gobierno<sup>109</sup>, se inicia la liberalización de servicios esenciales que, hasta entonces, quedaban sometidos a una intensa intervención de la Administración: nos referimos a la liberalización de la electricidad, del gas y de las telecomunicaciones.

Conviene sin embargo exponer, preliminarmente, tres planteamientos generales relacionados con la *liberalización*. En *primer lugar*, que la liberalización supone la *presencia necesaria del Estado en el orden económico* como consecuencia directa del sistema de economía social de mercado constitucionalizado. Asunto muy distinto, por supuesto, es *cuál es la intensidad* que esa intervención alcanza. En *segundo lugar*, que la liberalización no es un fin en sí mismo, sino un mero instrumento para alcanzar el bienestar social. Recientes estudios se han pronunciado sobre el impacto favorable que, sobre el bienestar general, supone la liberalización de

---

*cas número*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999. Este último es un tema que, sin embargo, ha de manejarse con extremo cuidado, pues a la incertidumbre que rodea usualmente al concepto de *servicio público*, se la agrega el carácter multívoco del concepto de *privatización*.

<sup>108</sup> ARMANDO GIRAUD TORRES e IGNACIO CASTRO CORTIÑAS afirman que "... fue sólo después de iniciado el régimen de apertura económica en 1989 y luego de restituir las garantías económicas consagradas en el artículo 96 de la Constitución Nacional, cuando se volvió inminente la necesidad de contar con un instrumento legal regulatorio que garantizara las reglas del juego de la sana competencia..." ("Nota Introdutoria", en *Derecho Administrativo de la Competencia. Jurisprudencia y Legislación*, FUNEDA, Caracas, 1999, p.11). Sobre el impacto de esa Ley en Venezuela, vid. además a JATAR, ANA JULIA, "Política de competencia...", cit., pp. 240-267. Como destaca la autora, la Ley consagraba como prácticas o acuerdos *ilegales*, conductas que, hasta ese entonces, eran promovidas o impuestas por la Administración.

<sup>109</sup> En el denominado *Programa Económico de Transición*, elaborado por el Gobierno, se trazan las líneas fundamentales de acción en el orden económico. Se hace mención al "nuevo rol del Estado", señalándose que "... el Estado actuará en protección del interés general de la población, promoviendo las actividades económicas privadas y regulando la intervención de los agentes económicos para evitar condiciones de competencia desleal. Se promocionarán todas las actividades productivas que, además de satisfacer las necesidades básicas de la población y preservar el medio ambiente, conduzcan a un sustancial incremento de nuestra inserción económica a nivel internacional...". En ese *Programa* se alude, también, a la necesidad de reformar el sector eléctrico para abrir "el sector a la competencia en las áreas en las cuales sea técnicamente factible". Asimismo, según el *Programa*, la privatización es "...una de las políticas públicas fundamentales que formarán parte de la gestión de gobierno de los próximos años. La racionalidad de esta decisión se basa en una clara asignación de funciones entre un sector público responsable del control y regulación de los bienes y servicios a ser privatizados, y un sector privado que asume la producción de sus bienes y servicios antes reservados al sector público...".

José Ignacio Hernández G.

la economía<sup>110</sup>. Por último, y en *tercer lugar*, la liberalización no debe partir de la preeminencia de la libertad económica y libre competencia sobre la intervención administrativa. Es importante insistir en ello. No cabe afirmar, en Venezuela, contraposición alguna entre la libertad económica y la intervención administrativa. La liberalización no supone, en absoluto, la retirada total de la Administración económica. Tan nocivo puede ser un *exceso de intervención administrativa* como un *exceso de liberalización*. Por ello, reiteramos, la liberalización no aparea la preeminencia de la libertad económica y la libre competencia. Y es aquí donde reside el reto de la liberalización que es, como antes mencionados, el reto general del Derecho Administrativo: mantener el equilibrio entre la *libertad económica* y las *potestades y prerrogativas de la Administración*<sup>111</sup>.

1. *Postulados generales de la nueva ordenación de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones*

A. *La reordenación del sector eléctrico*

La *Ley del Sector Eléctrico* reiteró varios de los principios contenidos en el régimen derogado, manteniendo por tanto el carácter privado de las actividades económicas que integran ese sector, así como el *espíritu* intervencionista que caracterizaba a éste. De allí que, de conformidad con tal Ley, la Administración económica mantiene una importante *intervención indirecta* que menoscaba y reduce, significativamente, el ámbito de la iniciativa económica privada.

Sin embargo, es lo cierto que la *Ley del Sector Eléctrico* se dirige también a incentivar la *libertad económica* y la *libre competencia* en el sector. La nueva Ley – según se afirma en su *Exposición de Motivos*– “... introduce formas novedosas para garantizar una verdadera y real competencia, particularmente en las actividades de generación y comercialización especializada. La actual estructura integrada que presentan todas las actividades, se orientan hacia el monopolio y las condiciones de acceso a ellas no se encuentran realmente tuteladas por el Poder Público. Tal realidad reclama una regulación más intensa que venga a ordenar, permitir y crear las condiciones para el desarrollo del mercado y de la sana competencia...”. Promoción y fortalecimiento de la libre competencia: premisa general sobre la que pivota la

<sup>110</sup> Véase así el excelente libro de HERNÁNDEZ CASTILLA, NICOLÁS y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *Privatizaciones, Liberalización y Bienestar*, Comares Editorial, Madrid, 2000. Se demuestra en esa obra, en el ámbito europeo, que la liberalización es instrumento del bienestar común.

<sup>111</sup> Para lo aquí expuesto y con carácter general, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, “La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años”, en *Revista de Administración Pública número 150*, Madrid, 1999, pp. 247-274. De allí que esta autor señale que a consecuencia de la liberalización, la Administración económica permanece con un grado de intervención “mucho más penetrante que el que venía siendo habitual (“La Administración Pública en la llamada crisis del Estado Social de Derecho”, en *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 210). Es preciso, por tanto, aclarar que la liberalización no implica la desaparición de la regulación administrativa; antes por el contrario, esta regulación en la mayoría de los casos se ha incrementado, pero con otras finalidades: el incentivo de la eficacia y de la productividad; la promoción y protección de la libre competencia y la protección de las llamadas *obligaciones de servicio público*.

nueva ordenación del sector eléctrico. Sin embargo, debe tenerse muy en cuenta la distinción que efectúa el artículo 3 de la mencionada Ley:

“...el Estado promoverá la competencia en aquellas actividades del servicio eléctrico dentro de las que sea pertinente, regulará aquellas situaciones de monopolio donde la libre competencia no garantice la prestación eficiente en términos económicos y fomentará la participación privada en el ejercicio de las actividades que constituyen el servicio eléctrico...”.

Es este un principio *general* de la liberalización de los tres sectores que hemos analizado: la libre competencia es un *principio relativo*, no *absoluto*. Es por ello que ciertas actividades del sector eléctrico pueden –y deben- quedar al margen de la libre competencia.

En este mismo sentido, y de conformidad con la nueva Ley, la *promoción y protección de la libre competencia* no deriva en la ausencia de una *regulación administrativa*. Muy por el contrario, y como muy bien indica la *Exposición de Motivos* de la *Ley del Sector Eléctrico*, la promoción y protección de la libre competencia *reclama una regulación más intensa*. A ello obedece la denominada *neo-regulación*, presente no sólo en la liberalización del sector eléctrico sino también en la liberalización del gas y de las telecomunicaciones.

Por tanto, la liberalización de la electricidad no supone adoptar un modelo de competencia *sin reglas*, sino más bien de *competencia regulada*: el sector eléctrico –apuntan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO- siempre será un sector regulado; lo importante es, entonces, el cuestionamiento del alcance y sentido de la regulación, pues lo que se pretende con la liberalización es minimizar tal regulación<sup>112</sup>. Se erige como objeto de la acción administrativa, por tanto, la protección y promoción de la libre competencia y de la iniciativa privada; postulados que, sin embargo, se contradicen con algunas disposiciones de la *Ley del Sector Eléctrico* –derivadas del régimen derogado- que preservan una clara intención de *intervención* sobre el sector.

#### B. La nueva ordenación transitoria del sector del gas y la libre iniciativa económica privada

Ante todo, debe tenerse en cuenta que la *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos* es *transitoria*, pues su vigencia está supeditada a la inminente sanción de la Ley que, con carácter general, regulará el sector de los hidrocarburos<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR, y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998, p. 437. JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene, igualmente, que la libre competencia tiene un carácter *meramente instrumental*. Las distintas actividades que integran el suministro eléctrico –escribe este autor- quedan sometidas a regímenes “claramente diferenciados, en los que se reservan cometidos muy diversos al principio de libre competencia y a la regulación o intervención pública y en los que estos elementos se integran y complementan bajo muy diversas combinaciones...” (cfr.: “La regulación del sector eléctrico: intervención normativa sobre el mercado y defensa de la competencia”, en *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 113-114).

<sup>113</sup> Así se desprende de la *Exposición de Motivos* de la Ley, la cual comienza señalando la *compleja* regulación jurídica del sector del gas, caracterizada por la concurrencia de diversas leyes. Luego de reseñar esta peculiaridad, la *Exposición de Motivos* señala que la mejor mane-

José Ignacio Hernández G.

Teniendo muy en cuenta la anterior situación, debemos pronunciarnos sobre la *naturaleza jurídica* del sector del gas, pues de ello dependerá el alcance que, en éste, pueda tener la libre iniciativa privada. Tal determinación resulta, sin embargo, bastante delicada, pues la Ley –dejando a salvo la mención del artículo 5- no se pronuncia sobre tal naturaleza. Por tanto, para determinar si las actividades relacionadas al gas, de conformidad con la nueva Ley, *son de titularidad pública* o, por el contrario, de *titularidad privada*, emplearemos *tres métodos complementarios*: el análisis de la *Exposición de Motivos* de la Ley; el estudio de su *contenido*, y la *interpretación* de la nueva Ley *conforme la Constitución*.

La *Exposición de Motivos* nos muestra un dato por demás revelador: luego de afirmar la importancia del *gas natural* y destacar las importantes reservas existentes de ese hidrocarburo en Venezuela, señala que es preciso “estimular la búsqueda de yacimiento de gas libre y propiciar una adecuada utilización de dicho gas junto con el asociado”. Para alcanzar este cometido, la *Exposición de Motivos* dispone que es necesaria la sanción de una Ley “... que dé mayor oportunidad al sector privado nacional y extranjero, de participar en todas las fases y actividades relativas a dicha industria...”. Por tanto, se deriva de la *Exposición de Motivos* que la intención de la Ley es *fomentar la participación del sector privado en la industria y comercio del gas*.

---

ra de resolver esa situación “...es mediante una Ley Orgánica de Hidrocarburos (...) a estos fines se solicitó al Congreso la habilitación requerida para hacerla, sin embargo, la Ley Habilitante de fecha 26 de abril del presente año, en relación con esta materia, sólo autorizó a dictar las medidas necesarias para el aprovechamiento del gas, desde su exploración y explotación hasta su industrialización en el país...”. La situación cambió, drásticamente, con la aprobación de la *Ley Habilitante* que la Asamblea Nacional otorgó al Presidente de la República recientemente (publicada en Gaceta Oficial número 37.076, de 13 de noviembre de 2000). Dicha Ley habilita al Presidente para dictar *Decretos con rango y fuerza de Ley*, destinados a “...unificar y ordenar el régimen legal de los hidrocarburos, hoy dispersos en diferentes leyes, a fin de armonizar las distintas actividades del sector, así como las de éste con el resto de la economía; mantener la propiedad de la República sobre los yacimientos de hidrocarburos y la declaratoria de utilidad pública y de servicio público de actividades que sobre los mismos se realicen. Se adecuarán las actividades del sector con los planes de ordenación del territorio y la defensa del ambiente..”. El *Decreto-Ley* que a tales efectos se dicte, le corresponderá regular el “...aprovechamiento eficiente de los hidrocarburos como materia prima para su industrialización y exportación; se procurará que los bienes y equipos fabricados en el país concurren en condiciones de igualdad, para ser utilizados en las actividades vinculadas con los hidrocarburos. Asimismo, se establecerán condiciones que propicien la industrialización de los hidrocarburos en el país, con la finalidad de obtener el mayor valor agregado por sus productos; reservar al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, la facultad indelegable de fijar las tarifas o precios de los hidrocarburos. El marco legal a dictarse deberá considerar, tanto el establecimiento de mecanismos regulatorios eficientes por parte del Estado, como la rentabilidad de la inversión necesaria en el sector...”. La *Ley Habilitante* especifica que “... la nueva legislación en hidrocarburos será integral, es decir, regulará los hidrocarburos y su totalidad, cualquiera que sea su forma de aparición en la naturaleza: gaseosa, líquida o bituminosa. Igualmente, regulará las diversas actividades que se realizan sobre los hidrocarburos; exploración, extracción, transporte, almacenamiento, procesamiento y mercadeo, tanto el de exportación como el interno...”. Cfr.: artículo 1, numeral 2, literales e); g) y h).

El análisis del contenido de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos confirma esta premisa. Dispone así el artículo 2 de la Ley lo siguiente:

“...Las actividades de exploración en las áreas indicadas en el artículo anterior, en busca de yacimientos de hidrocarburos gaseosos no asociados y la explotación de tales yacimientos; así como la recolección, almacenamiento y utilización tanto del gas natural no asociado proveniente de dicha explotación, como del gas que se produce asociado con el petróleo u otros fósiles; el procesamiento, industrialización, transporte, distribución, comercio interior y exterior de dichos gases, se rigen por la presente Ley y pueden ser ejercidas por el Estado directamente o mediante entes de su propiedad o *por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, en los términos establecidos en esta Ley...*” (destacado nuestro).

Este artículo supone un importante cambio en la regulación jurídica del gas en Venezuela: conforme la nueva Ley, el sector privado puede intervenir en *cualquiera* de las actividades del sector del gas<sup>114</sup>. Esa disposición se complementa con el artículo 7, según el cual el Ejecutivo Nacional procederá a adoptar las medidas destinadas a *fomentar la participación del capital nacional* en las actividades del sector, con lo cual se persigue el estímulo de la iniciativa económica privada en ese sector. Hay además otra circunstancia que, adicionalmente, debe tenerse en cuenta: el artículo 58 de la Ley *deroga la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Nacional*, que consagra la *publicatio* sobre ese sector.

Por último, conviene analizar la nueva Ley conforme a la Constitución de 1999. Toda limitación a la libertad económica, además de estar establecida *legalmente*, debe ser *expresa*. No caben, en el ordenamiento jurídico venezolano, limitaciones *implícitas* a la libertad económica. Por ello, la *reserva* sobre sectores económicos *debe ser expresa*. En atención a lo precedentemente expuesto, debemos señalar que la *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos no contiene reserva alguna sobre el sector del gas*. Además, la Ley *expresamente deroga la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Nacional*, la cual consagraba, como habíamos señalado, la *publicatio* sobre ese sector. Por tanto, debemos concluir que, conforme la nueva Ley, *las actividades del sector del gas no se encuentran reservadas*. Tampoco cabe *derivar* tal reserva de la Ley pues, repetimos, la reserva o *publicatio* siempre debe ser *expresa*.

De allí que, en nuestra opinión, a partir de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos* las actividades enumeradas en el artículo 2, antes transcrito, *son activida-*

---

<sup>114</sup> Este artículo es reiterado en la norma del artículo 22 de la Ley, la cual dispone que “...las actividades referentes a la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados, así como las de procesamiento, almacenamiento, transporte, distribución, industrialización, comercialización y exportación, podrán ser realizadas directamente por el Estado o por entes de su propiedad, o por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado. Las actividades a ser realizadas por personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, requerirán licencia o permiso, según el caso, y deberán estar vinculadas con proyectos o destinos determinados, dirigidos al desarrollo nacional, conforme al artículo 3° de esta Ley...”. Así, para la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados, se requerirá una *licencia*, en los términos del artículo 24. Quienes deseen realizar actividades de procesamiento, almacenamiento, transporte, distribución, industrialización, comercialización y exportación de gases asociados o no asociados, producidos por otras personas, deberán obtener previamente un *permiso*, en los términos del artículo 27.

José Ignacio Hernández G.

*des privadas*, que pueden ejercerse en virtud del derecho constitucional a la libertad económica. Ello se compadece con la *Exposición de Motivos* (puesto que esa liberalización se dirige a afianzar la iniciativa privada); con el *contenido de la Ley* (que contempla la explotación de estas actividades *directamente* por el sector privado) y con la *Constitución económica* (desde que no hay en la Ley reserva expresa sobre tales actividades).

Esa conclusión debe sin embargo concordarse con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley, según el cual "... los yacimientos de hidrocarburos gaseosos existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de la zona marítima contigua y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles...". Es necesario, por tanto, escindir dos ideas diferentes: por un lado, de la Ley se desprende el régimen jurídico de los hidrocarburos gaseosos como *bienes del dominio público*; por el otro, también se desprende de la Ley el régimen de las *actividades económicas relacionadas con el aprovechamiento* de ese bien del dominio público. La *liberalización* del sector del gas, en la nueva Ley, opera exclusivamente *respecto las actividades del sector*, las cuales ya no se encuentran *reservadas al Estado*; sin embargo, estas actividades, *en tanto requieran un aprovechamiento directo de los yacimientos de gas*, serán sometidas al régimen jurídico propio de los bienes del dominio público. Esta *dualidad* entre *actividades económicas privadas* que requieren el aprovechamiento de *bienes del dominio público* no es ninguna novedad. Antes por el contrario, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones nos proporciona un buen ejemplo de ello: el ejercicio de las actividades económicas privadas de telecomunicaciones *requiere*, en algunos supuestos, el *aprovechamiento de un bien del dominio público*, como es el *espectro radioeléctrico*<sup>115</sup>.

En definitiva, estimamos que las actividades económicas relacionadas con el sector del gas se rigen actualmente por el derecho a la libertad económica, lo que supone también, la aplicación de la *libre competencia* en ese sector. Ello se evidencia, como luego veremos, en los principios de la nueva *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos* que se dirigen a *introducir* en ese sector la libre competencia.

### C. La despublificación de las telecomunicaciones. Libertad económica y libre competencia

---

<sup>115</sup> Cfr.: artículo 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Sobre las incidencias del *espectro radioeléctrico* como bien del dominio público en las telecomunicaciones, vid. *Telecomunicaciones: Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada*, coordinada por CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *Marcial Pons*, Madrid, 2000, con especial atención a los estudios de PÉREZ-ARDÁ CRIADO, JAVIER ("Introducción al dominio público", pp. 13-40) y MARZO COSCULLUELA, JAVIER ("El dominio público radioeléctrico", pp. 149-189). Manteniendo la *distinción* entre la declaratoria de dominio público de los yacimientos, y la naturaleza privada de las actividades asociadas a éste, debe a su vez diferenciarse dos tipos de *actividades*: aquéllas que *directamente* requieren el aprovechamiento de tal bien del dominio público, y las que tan solo requieren tal aprovechamiento de manera *indirecta*, diferencia que se fundamenta en el artículo 24 (que consagra las actividades que se basan en ese aprovechamiento, a saber, la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos) y en el artículo 27 (que consagra las actividades que no suponen tal aprovechamiento directo, desde que utilizan los hidrocarburos gaseosos *producidos por otras personas*).

Bajo la nueva ordenación del sector, las *telecomunicaciones* son *actividades económicas privadas*. El principal cambio ha operado, entonces, en lo que respecta a la *titularidad* de estas actividades. Así, la Ley Orgánica de Telecomunicación derogó la *reserva* o *publicatio* que, sobre ese sector, había declarada por la *Ley de Telecomunicaciones*; a partir de esa derogatoria, las telecomunicaciones pueden ser explotadas por los particulares *en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica*.

Son referibles por tanto, a ese sector, *todos los principios* que informan a la libertad económica *en el marco de la "Constitución económica"*, y que fueron expuestos antes. Por ello, y al menos desde la perspectiva de la Constitución, los particulares pueden *escoger o seleccionar libremente* en cuál actividad de telecomunicaciones *de su preferencia* intervendrán. Además, *fuera de las limitaciones legalmente previstas*, priva, en el sector, la *libertad general* del ciudadano. Rige, en definitiva, el principio *favor libertatis* en las telecomunicaciones.

El cambio operado, por tanto, es fundamental. Las telecomunicaciones —conviene insistir en ello— no son ya *servicios de titularidad pública*, lo que no impide que sean *servicios afectos al interés general*. Esa es precisamente la calificación que la novísima Ley otorga al sector, en su artículo 5:

"...El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran *actividades de interés general*, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ..." (destacado nuestro).

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones ha incorporado al ordenamiento venezolano una institución propia del Derecho Comunitario Europeo: los *servicios económicos de interés general*. Incluso, en el Proyecto que originalmente elaborara CONATEL, se calificaba a las telecomunicaciones como *actividades económicas de interés general*. Esa era, también, la calificación dada en el *Proyecto de Ley de Telecomunicaciones* aprobado por la entonces Cámara de Diputados del Congreso el 22 de noviembre de 1999. Con ello se resaltan dos elementos: en *primera lugar*, que las telecomunicaciones son *actividades económicas privadas*; en segundo lugar, que esas actividades económicas privadas *se dirigen a satisfacer necesidades colectivas, de interés general*. Y es ese interés general, precisamente, el que *justifica la intervención* de la Administración económica en las telecomunicaciones, tal y como veremos más adelante.

Sin embargo, en nuestra opinión, la adopción del término *actividades de interés general* en Venezuela es bastante cuestionable. En efecto, dicho término, como tendremos ocasión de desarrollar, resulta demasiado amplio, vago e impreciso. Esa imprecisión resultaba plenamente justificable desde el Derecho Comunitario Europeo; sin embargo, desde el Derecho Venezolano, resulta absolutamente criticable su empleo.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por tanto, *liberalizó* el sector, lo que supone la *aplicación e introducción de la libre competencia*. Conviene aquí destacar que, en el Proyecto que originalmente elaborara CONATEL, expresamente se

José Ignacio Hernández G.

señalaba que las telecomunicaciones debían prestarse en *régimen de libre competencia*<sup>116</sup>. La disposición, no obstante, sería *suprimida* en la aprobación definitiva de la Ley. En nuestra opinión, dicha omisión no apareja ninguna consecuencia pues, en *primer lugar*, la libre competencia *es inherente a la libertad económica*, derecho que pasa a regir con carácter general la explotación de telecomunicaciones. Igualmente, y en *segundo lugar*, la libre competencia es un *principio de valor constitucional*, consagrado como tal en los artículos 113 y 299 del Texto Fundamental; de allí que resulta siempre aplicable y vinculante, como regla general, a todas las actividades económicas. Por tanto, como señala DÍAZ COLINA, una de las novedades más importantes de la nueva Ley es "... la entrada al servicio de telecomunicaciones al mundo del 'nuevo servicio público' o *servicio de interés general*, caracterizado por la participación de los particulares (...) en condiciones de libre competencia..."<sup>117</sup>.

Esta nueva Ley, en definitiva, modificó la naturaleza jurídica del sector, partiendo de una premisa *muy distinta* a la que inspiró al régimen hoy derogado: la protección del interés general que subyace tras el sector de las telecomunicaciones puede garantizarse, efectivamente, *desde la libre iniciativa económica privada*, bajo la supervisión y control de los Poderes públicos. Se plantea aquí, de nuevo, el equilibrio entre los particulares, que intervienen en el sector en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica, y las *potestades administrativas*, desplegadas en protección del interés general presente en el sector.

#### IV. ANALISIS CRITICO DE LA LIBERALIZACION DE SERVICIOS ESENCIALES EN VENEZUELA

##### 1. *Algunas críticas sobre la adopción del "nuevo" servicio público en Venezuela*

La nueva ordenación de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones suponen la *liberalización* de esos tres sectores. Tal liberalización, como hemos expuesto, se manifiesta de manera muy distinta, produciendo efectos muy distintos también. La nota común es, sin embargo, la necesidad de *incentivar la libre iniciativa económica privada* y la *libre competencia*, todo ello como consecuencia de la crisis material del Estado social. Como señala la *Exposición de Motivos* de la *Ley del Sector Eléctrico*, el Estado –afirmación válida para los otros dos sectores- no puede seguir desempeñando el rol de principal inversor y principal regulador. Se parte así de la necesidad de *reducir la intervención directa* (a través de la privatización) y de *racionalizar la intervención indirecta* (a través de la desregulación y de la neoregulación).

Debe resaltarse que hay *tres características* comunes a la electricidad, el gas y las telecomunicaciones. En *primer lugar*, se trata de actividades tradicionalmente

<sup>116</sup> El artículo 5 del Proyecto elaborado por CONATEL establecía que "toda actividad de telecomunicaciones deberá ofrecerse bajo régimen de competencia, sin perjuicio de que sea sometida a obligaciones de servicio universal u otras especiales de conformidad con esta Ley"

<sup>117</sup> Véase el novedoso estudio de DÍAZ COLINA, MARY ELBA, "El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones", en el número 8 de esta *Revista*. Luego volveremos sobre las conclusiones que efectúa esta autora.

consideradas como *servicios públicos*, sin que sea necesario, en este momento, precisar el significado de este término. Basta con señalar que la calificación de estos sectores como *servicios públicos* supone que estas actividades *satisfacen necesidades de interés general* y que por ello, han sido sometidas a una intensa *intervención indirecta de la Administración*. Además, en *segundo lugar*, son actividades cuyo desarrollo supone el *uso de una red*, lo que *tiende a configurar un monopolio natural*. De esa manera, en las telecomunicaciones, encontramos las *redes de telecomunicaciones*; en el gas, las *redes necesarias para distribuir los hidrocarburos gaseosos* y finalmente, en la electricidad, la *red eléctrica*. Por su propia naturaleza, las actividades *con tecnología de red* tienden a configurar monopolios: la infraestructura de red no puede ser empleada indiscriminadamente por todos los operadores, ni tampoco pueden construirse fácilmente nuevas infraestructuras. De allí que estas actividades se prestan con mayores criterios de eficiencia, mientras *menor* sea el número de operadores que en ellas intervengan<sup>118</sup>. Por último, y en *tercer lugar*, se trata de actividades cuyo desarrollo se asocia con el derecho fundamental contenido en el artículo 82 de la Constitución, pues el suministro eléctrico, de gas y la *telefonía básica* son parte de los *servicios básicos esenciales* que el Estado – junto con la iniciativa privada – debe garantizar.

La *liberalización* de actividades catalogadas como *servicios públicos*, que se basan en una *infraestructura de red* y que satisfacen necesidades colectivas de interés general, ha supuesto la creación de un “nuevo” *servicio público* en el Derecho Comunitario Europeo, modelo que ha influenciado *muy intensamente* a la liberalización de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones en Venezuela. Influencia que, debemos admitirlo, ha sido a veces *excesiva e inconveniente*, trasladándose al Derecho Venezolano principios completamente ajenos a nuestro ordenamiento jurídico. Es preciso, por tanto, analizar cuál es ese “nuevo” modelo de servicio público europeo, para ponderar luego la vigencia de este modelo en Venezuela.

#### A. El “nuevo” servicio público en el Derecho Comunitario Europeo. Sus principios generales

Lo precedentemente expuesto aconseja, por tanto, analizar en qué consiste el *nuevo* servicio público adoptado en el Derecho Comunitario Europeo. La norma paradigmática que ha impulsado tal proceso, ha sido el artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>119</sup>. Interesa destacar que, conforme ese artí-

<sup>118</sup> Cfr.: DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL, “Sobre las infraestructuras de red”, en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI) número 1*, Madrid, 1998, pp. 19-25.

<sup>119</sup> Según esa norma “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive (normas relativas a la protección de la libre competencia).

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ella con-

José Ignacio Hernández G.

culo, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general estarán sometidas a las normas sobre libre competencia que el Tratado incorpora, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ella confiada. En todo caso, se advierte que el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

El término central de esa norma se refiere a los *servicios económicos de interés general*, concepto ciertamente *vago, impreciso y amplio*. Sin embargo, y como antes adelantamos, hay que tener en cuenta que la amplitud del concepto es plenamente justificable en el Derecho Comunitario Europeo. Recuérdese, en efecto, que la finalidad última de ese Derecho es la creación de un *mercado común*, lo que supone la *armonización* de las legislaciones de los distintos Estados Miembros y, por tanto, la *aproximación e identidad* de los principios que rigen a los distintos ordenamientos jurídicos internos. Este proceso de *armonización y aproximación* exige, por tanto, cierta *identidad* de conceptos. Identidad que, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, es sumamente difícil de alcanzar, pues conviven, en el Derecho Comunitario Europeo, al menos tres *sistemas* distintos del Derecho Administrativo: el derecho anglosajón, el derecho francés y el derecho alemán. Esos tres sistemas distintos se corresponden, a su vez, con nociones también diversas acerca del *servicio público*. Ahora bien, una de las bases del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea es la *libre competencia*; de allí que era necesario extender tal *libre competencia*, como principio general, a las actividades que, en el Reino Unido, Francia y Alemania, eran catalogadas como *servicios públicos*. Por supuesto, emplear este término en el Tratado suponía inducir a numerosos equívocos, pues lo cierto es que, en cada uno de esos tres países, el servicio público tiene una concepción muy distinta. De allí que se optó por acudir a un término que, por su amplitud, pudiese abarcar esos tres sistemas. Es ese, en líneas muy generales, el origen histórico del término *servicios económicos de interés general*<sup>120</sup>.

Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no han definido qué debe entenderse por *servicios económicos de interés general*. El término alude, básicamente, a *cualquier servicio económico que afecte el interés general de la Comunidad*. Dentro de este concepto se enmarcan tanto las actividades que *propiamente* son servicios públicos, como acti-

---

fiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”.

<sup>120</sup> Para lo aquí expuesto, vid. . DE LA QUADRA SALCEDO, TOMÁS, *Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 67-70; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-RAMÓN, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, en *Revista de Administración Pública número 150*, Madrid, 1999, pp. 63-65; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 393-428; MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y mercado, Tomo I, Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 189-201 y TRONCOSO REIGADA, ANTONIO, “Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público”, en *Revista de Derecho Constitucional número 57*, Madrid, 1999, pp. 87-147.

vidades económicas *privadas*. Lo fundamental, recalcamos, es que se trate de *actividades económicas* que por su peculiar naturaleza afecten el interés general de la Comunidad<sup>121</sup>.

Las actividades catalogadas como *servicios económicos de interés general* se someten, *como principio general*, a la libre competencia. Por tanto, cabe exceptuar a tales servicios, legítimamente, de la libre competencia, cuando ello sea necesario para *salvaguardar la misión encomendada a las empresas encargadas de la gestión de servicios económicos de interés general*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido, así, que el artículo 86 del Tratado puede invocarse para *justificar* el otorgamiento de *derechos especiales o exclusivos* a empresas encargadas de la gestión de servicios económicos de interés general, en la medida en que la misión encomendada a tales empresas no pueda garantizarse sino mediante el otorgamiento de tales derechos, aún cuando ello suponga una infracción a la libre competencia (cfr.: sentencia de 23 de mayo de 2000, asunto C-208/98, caso *FFAD*).

Estos principios han sido aplicados a los *servicios económicos de interés general* que habían sido sometidos a una intervención pública *anticompetitiva*. Suele indicarse como punto de inicio de esta evolución la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de marzo de 1985, caso *British Telecommunications*, en la cual se concluye que la libre competencia debe regir aún respecto sectores que, como las telecomunicaciones, estaban organizados como *actividades de titularidad pública*. Precisamente, la introducción de la libre competencia en esas actividades ha supuesto el surgimiento de un “nuevo” servicio público, cuyas características son las siguientes<sup>122</sup>:

Como *primera característica* encontramos la *desintegración vertical del sector y separación de actividades*. La introducción de competencia requiere, así, separar las empresas que prestan las *distintas fases de las actividades* que integran el servicio liberalizado, a fin de evitar concentraciones anticompetitivas.

<sup>121</sup> Cfr.: JIMÉNEZ BLANCO, ANTONIO, “Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994), en *Revista Española de Derecho Administrativo número 84*, Madrid, 1994, pp. 589-602. Con carácter general, véase también a SOUVIRON MORENILLA, JOSÉ MARÍA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Editorial Comares, Madrid, 1998, pp. 266 y siguientes.

<sup>122</sup> Estas notas fueron destacadas, por primera vez, por ARIÑO ORTIZ, GASPAS, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 25-48, ahora en *Principios de Derecho Público Económico...*, cit., pp. 549-603. Con posterioridad la doctrina ha insistido sobre estas características. Véanse así a los siguientes autores: DE LA CRUZ FERRER, JUAN, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, cit., pp. 66-81 y MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio público y mercado...*, cit., pp. 225-324. De especial interés resulta la obra colectiva coordinada por ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Privatización y liberalización de servicios públicos*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1999, en la que se aborda el tema desde perspectivas muy distintas. La doctrina venezolana también se ha pronunciado sobre este “nuevo” modelo. En este sentido, véase a DÍAZ COLINA, MARY ELBA, “El régimen...”, cit., pp. 229-230; PESCI-FELTRI SCASSELLATI, FLAVIA, “La libre competencia en el desarrollo de la intervención estatal en la economía”, en el número 3 de esta *Revista*, pp. 217-243 y HERNÁNDEZ G., JOSÉ IGNACIO, “Reflexiones...”, cit., pp. 197-204.

*José Ignacio Hernández G.*

La *segunda característica* atañe a la distinción, dentro del sector a liberalizar, de las actividades competitivas y de las actividades *no competitivas*. A esa distinción obedece, precisamente, el artículo 3 de la *Ley del Sector Eléctrico*, antes comentado. De esa manera, como hemos venido señalando, no todas las actividades que se liberalizan pueden prestarse en régimen de libre competencia; además, la aplicación de la libre competencia a las *actividades competitivas* no es uniforme. En este sentido, la *vinculación de las actividades liberalizadas a una infraestructura de red* exige adoptar principios *especiales*, dirigidos a la efectiva implantación de la libre competencia.

Por tanto, y en *tercer lugar*, debemos pronunciarnos sobre las *características del régimen jurídico de las actividades competitivas*. Estas actividades se rigen por el principio de libertad económica, lo que incluye la libertad de entrada al mercado, de acceso a la red, de libre contratación, de formación competitiva de precios y de inversión.

La *cuarta característica* se relaciona con el *régimen jurídico de las actividades no competitivas*. Dentro del sector liberalizado pueden existir ciertas actividades cuya prestación en libre competencia no es posible, lo que exige una *intensa regulación destinada* dirigida a fomentar la concurrencia de operadores. Dentro de esta *acción* de los Poderes Públicos encontramos el principio de *libre acceso a la red*: para mitigar los efectos contrarios a la libre competencia, derivado de la existencia de la red, se impone el principio de *libre acceso a terceros*, según el cual el titular de la red deberá permitir que otros operadores accedan a esa infraestructura, para poder explotar la actividad de que se trate. Igualmente, al propietario de determinada red se le confiere el derecho a *conectarse* a la red de terceras personas, para poder prestar el servicio de que se trate: a ello obedece el *principio de interconexión*.

La *quinta característica* que debemos resaltar, se refiere a la existencia, en los sectores liberalizados, de *obligaciones de servicio público*. La liberalización de los *servicios públicos tradicionales* puede poner en peligro los principios de continuidad, regularidad e igualdad que informan su prestación. Por tanto, la Administración queda facultada para imponer a los operadores *obligaciones de servicio público*, a través de las cuales establezca, como carga pública, el deber de prestar determinados servicios de manera regular, continua y uniforme. A esta naturaleza pertenecen, también, las llamadas *obligaciones de servicio universal*: los operadores de los sectores liberalizados tienen por obligación la *prestación de determinados servicios que satisfacen necesidades de interés general*, con carácter *universal*.

Finalmente, y en *sexto lugar*, los sectores liberalizados se caracterizan por su sometimiento a una *regulación* destinada a proteger las *necesidades de interés general*, la *libre competencia* y la *libre iniciativa privada*: es la denominada *neoregulación*, a la que antes hicieramos mención.

#### B. El "nuevo" servicio público en Venezuela. Necesaria superación de algunos dogmas tradicionales

Todas estas características, como demostraremos más adelante, están presentes en la nueva ordenación de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones. Sin em-

bargo, la adopción de estos principios, propios de un ordenamiento jurídico extranjero, no pueden introducirse en Venezuela sin las necesarias *modulaciones y matizaciones* propias de nuestro ordenamiento jurídico. Como enseña BREWER-CARÍAS, en el texto antes citado, la ausencia de una perspectiva realista y pragmática relativa a los fines del Estado y a sus métodos políticos, distorsionan enormemente la verdadera perspectiva del Derecho Administrativo venezolano.

Lo anterior nos permite efectuar una *crítica generalizada* a la liberalización de los tres sectores estudiados: las Leyes dictadas para su ordenación parten, fundamentalmente, del Derecho Comunitario Europeo y del Derecho interno de sus Estados Miembros. Tanto *mimetismo* es absolutamente criticable, pues la *legislación europea* sólo puede desenvolverse dentro del *ámbito* para el cual ha sido sancionada, esto es, el Derecho Comunitario Europeo. De esa forma, el legislador venezolano se ha convertido, en algunos casos, en un *mero copista* del legislador europeo<sup>123</sup>.

Por ello, es conveniente *matizar* los principios del “nuevo” *servicio público europeo* en Venezuela. Matización que haremos a partir de dos planteamientos: en *primer lugar*, la calificación que de las actividades liberalizadas hace el legislador, lo que nos llevará a criticar un dogma del Derecho Administrativo Económico venezolano: el *servicio público*. En *segundo lugar*, el concepto de *libre competencia* en Venezuela.

a. *Del servicio público a las actividades de interés general. Nuestra propuesta a favor de los servicios esenciales*

La *Ley del Sector Eléctrico*, en su artículo 4, contiene una declaración que, cuando menos, debe ser calificada de asombrosa: “se declaran como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico”. Sobre el origen de esta norma nos hemos pronunciado en otro lugar: es consecuencia de la *integración* de dos *Proyectos de Ley* elaborados con vocaciones muy distintas: uno, con pretensiones de reforzar la *intervención pública* en el sector; otro, con ánimos de *liberalizar* ese sector<sup>124</sup>. Idéntica calificación encontramos en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos: las actividades relacionadas directa o indirectamente con el transporte y distribución de gas de hidrocarburos destinados al consumo colectivo –según esa norma– constituyen “un servicio público”<sup>125</sup>. Es necesario determinar, por tanto, qué se entiende por *servicio público* en Venezuela.

Podemos afirmar que la doctrina es unánime al sostener que el *servicio público* supone la *exclusión de la libertad económica* del sector catalogado como tal. Esta

<sup>123</sup> La doctrina ya ha resaltado tal *peculiaridad*, al sostener que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones está “notablemente inspirada en la legislación española” (cfr.: DÍAZ COLINA, MARÍA ELBA, “El régimen de la libre competencia...”, cit., p. 229).

<sup>124</sup> Vid. nuestro estudio “Reflexiones...”, cit., pp. 197-198.

<sup>125</sup> La tendencia –absolutamente criticable, para nosotros– de calificar *genéricamente* a las actividades del gas como *servicios públicos*, parece que se mantendrá en la inminente legislación de hidrocarburos. Recuérdese que la *Ley Habilitante*, al autorizar al Presidente de la República para regular unitariamente el sector de los hidrocarburos, estableció que el Decreto-Ley que a tales efectos se dicte, debe contener la *declaratoria de servicio público* sobre todas las actividades del sector.

José Ignacio Hernández G.

tesis fue desarrollada inicialmente por BREWER-CARIAS, para quien la declaratoria de una actividad como servicio público supone *la restricción automática de la libertad económica de los particulares*, de manera tal que el servicio público es *una actividad prestacional impuesta y reservada al Estado en forma exclusiva*<sup>126</sup>.

Recientemente este planteamiento ha sido reiterado : tanto la doctrina como la jurisprudencia —escribe DÍAZ COLINA— han entendido “...que los servicios públicos en el sentido propio, representan una excepción al derecho constitucional de la libertad económica y, por tanto, al principio de la libre competencia, toda vez que las actividades económicas desarrolladas con ocasión de la prestación de un servicio público dado en concesión, son desplegadas con sujeción a múltiples limitaciones contractuales (...) que sustraen tales prestaciones de las reglas propias del intercambio económico...”<sup>127</sup>. Sin embargo, no compartimos esta apreciación, pues la jurisprudencia *actual* no adopta tal posición sobre los servicios públicos, como veremos en el punto siguiente. Además, la *exclusión de la libertad económica* en los servicios públicos —según la doctrina venezolana— no deriva del sometimiento de la iniciativa privada a *múltiples limitaciones*, sino a otra razón, a saber, la *reserva* existente sobre la actividad declarada servicio público.

En este último sentido, según BREWER-CARIAS, declarar una actividad como servicio público supone *sustraerla de las actividades que pueden realizar los particulares*. En otras palabras, la declaratoria de una actividad como servicio público supone *su reserva al sector público* y, por tanto, la exclusión de la libertad económica. Esta afirmación nos llevaría a concluir que *todas* las actividades del sector eléctrico y las actividades de transporte y distribuciones de hidrocarburos gaseosos para el consumo público se encuentran reservadas, desde que han sido catalogadas como *servicios públicos*. Conclusión que, en modo alguno, podemos compartir, desde que sería tanto como aceptar la posibilidad de *reservar* actividades económicas *implícitamente*. Y según reiteradamente hemos señalado hasta ahora, la existencia de reservas *implícitas* contradice abiertamente la Constitución económica venezolana: conforme a ésta, toda reserva —en tanto es una limitación a la libertad económica— debe ser expresa.

Con más precisión, aunque quizás sin mayor éxito, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones abandona el concepto de *servicio público* para hacer mención a otro: las *actividades de interés general*, noción que según hemos indicado, deriva del Derecho Comunitario Europeo. Sin embargo, aún abandonando el concepto equivoco de *servicio público*, la Ley hace uso de un término ajeno al Derecho Venezolano

---

<sup>126</sup> Cfr.: BREWER-CARIAS, ALLAN, “Comentarios a la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Público número 6*, Caracas, 1988, pp. 65 y siguientes, también en “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, cit., p. 15. Para este autor, la declaración de una actividad como servicio público “... no significa otra cosa que sustraerla de las actividades que puedan realizar, libremente, los particulares...”. Esta posición es seguida, también, por LINARES BENZO, GUSTAVO, “Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación no constitucionalmente garantizada”, en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 900, aunque el autor acepta la existencia de los servicios públicos *concurrentes* (pp. 901-902).

<sup>127</sup> Cfr.: “El régimen...”, cit., p. 231.

lano, excesivamente amplio. De allí que la *interpretación* de esa calificación debe por tanto *matizarse*: lo verdaderamente relevante es el concepto de *interés general* asociado a *actividades económicas privadas*. Como enseña ELOY LARES MARTÍNEZ, hay actividades económicas y comerciales que afectan al interés general por satisfacer *necesidades colectivas*, y respecto a las cuales el Estado despliega sus técnicas de intervención en el orden económico. Para este autor, el interés general se asocia a la necesidad de "... dar satisfacción de modo regular y continuo a una necesidad colectiva, que en caso de ser abandonada a la libre iniciativa de los particulares, no hallaría sino una satisfacción incompleta o llena de inconvenientes..."(destacado nuestro)<sup>128</sup>.

En nuestra opinión, ateniendo a su *naturaleza material*, éstos tres sectores deberían calificarse como *servicios esenciales* o *servicios de interés público*, concepto empleado por la Constitución venezolana. Trátase de *actividades económicas prestacionales*, de *naturaleza privada*, fundamentales para la convivencia social y para el desarrollo de los derechos fundamentales, que se dirigen a satisfacer necesidades colectivas de interés general. La liberalización del gas y especialmente de las telecomunicaciones, ha puesto en evidencian que para garantizar esa adecuada satisfacción, no es necesario optar por la *reserva o publicatio*. La libertad económica y la libre competencia, junto con una adecuada regulación administrativa del sector, garantizan con mayor eficiencia la satisfacción de tales necesidades colectivas.

b. *El sometimiento de los servicios públicos de titularidad pública a la libre competencia, según el criterio de la jurisprudencia*

Tradicionalmente se había considerado, como recuerda DÍAZ COLINA, que la consagración de actividades como *servicios públicos de titularidad pública*, a través de su *reserva al Estado*, excluía la aplicación de la libre competencia. Criterio muy reiterado en la jurisprudencia, quedo plasmado, detalladamente, en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 24 de septiembre de 1997, caso *Aeropostal*<sup>129</sup>, resaltándose la "contradicción" entre los *servicios públicos de titularidad pública y la libertad económica*.

<sup>128</sup> Cfr.: *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 228.

<sup>129</sup> Según ese fallo, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), conforme el artículo 1 de la Ley que organiza sus funciones, ejerce sus atribuciones respecto aquellas actividades económicas que pueden ser desarrolladas libremente, sin limitación alguna. Por el contrario "... tal competencia es inexistente, y así corresponde manifestarlo a esta Corte, en el caso de aquellas actividades económicas que constituyen servicios públicos excluyentes, donde los particulares participan por vía de concesión; en esos casos, la actividad se encuentra sometida a las limitaciones de un ente público llamado a controlar y regular la actividad; capaz de determinar las condiciones en el acceso, permanencia y salida de dicha actividad; el cual puede incidir directa o indirectamente en ella, y con potestad sancionatoria sobre quien la presta, por no cumplir con las condiciones que le han establecido para ello. Incompetencia que se hace evidente toda vez que en tales casos no existe libre competencia que proteger, pues no es el mercado sino un órgano público externo el que regula la actividad..." (destacado nuestro). En otras ocasiones la Sala Político-Administrativa había reiterado, igualmente, que la *reserva* excluía la libertad económica, tal

José Ignacio Hernández G.

Este criterio, sin embargo, fue *abandonado* por la jurisprudencia, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1998, caso *Avensa*, en la cual se superó el criterio según el cual los servicios públicos *proprios*, esto es, de *titularidad pública*, excluían la libertad económica y la libre competencia:

“...las nociones de libertad económica y reserva al Estado no resultan excluyentes entre sí, lo que sucede es que, cuando existe una "reserva" en los términos señalados se afecta uno de los atributos de la libertad económica como lo es la posibilidad de libre concurrencia es decir, de acceder al ejercicio de la actividad. *Una vez levantada dicha limitación en virtud del otorgamiento de una concesión, nada autoriza a deducir que la libertad económica del sujeto así habilitado, haya sido destruida, y vaciada de contenido en forma general.* Ciertamente, no puede negarse que el ejercicio de una actividad reservada al Estado por parte de un concesionario normalmente viene asociada a un conjunto de regulaciones sobre la materia a las cuales debe ajustarse dicho ejercicio, pero, de la misma forma no puede desconocerse que tales limitaciones no son absolutas. En efecto, en cuanto constituye una limitación a derechos constitucionales, es necesario deducir que la reserva sólo afecta a los aspectos por ella regulados. *Esta circunstancia de coexistencia o vigencia de la libertad económica aún en el contexto de actividades reservadas no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual se da, por ejemplo, el caso de concesiones en materia de "telefonía celular" y la "explotación de la industria del fósforos" en las que se verifica la presencia de más de una empresa, capaces de competir entre sí, en base a las reglas que rigen el mercado, en la medida en que no sean contrarias al régimen de reserva ...*” (destacado nuestro).

De allí que, según este criterio (reiterado en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de 19 de noviembre de 1998, caso *Omnivisión*) la reserva *no impone la exclusión de la libertad económica*: antes por el contrario, una vez otorgada la concesión correspondiente, los concesionarios pueden explotar la actividad sin más limitaciones que las expresamente derivadas de la reserva<sup>130</sup>.

En este sentido resulta obligatoria la mención a la importante sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de diciembre de 2000 – otra de las *grandes decisiones jurisprudenciales* en materia de ordenación pública de la economía- en la que se dilucidó el recurso de interpretación de “*la Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y de la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas*”. Al analizar el alcance de la competencia de los Municipios y del Distrito Metropolitano sobre los *servicios públicos domiciliarios*, la sentencia efectúa la siguiente acotación:

“...La Constitución de 1999, entre los derechos económicos, ha prohibido a los particulares los monopolios y ha limitado de manera general (para el Estado y los particulares) la posición de dominio (artículo 113), por lo que mal puede entenderse que los municipios en general, y el Distrito Metropolitano en particular, tengan como meta el monopolizar la producción de agua potable, energía eléctrica o gas, o la distribución y venta de dichos rubros, o del transporte urbano. De allí que los Municipios puedan construir o adquirir acueductos, redes de distribución de electricidad o gas en sus territorios, establecer servicios de transporte y claro está, el Distrito Metropolitano puede

---

y como hemos señalado al comentar el régimen tradicional del gas y de las telecomunicaciones.

<sup>130</sup> Vid. además, los comentarios que efectuamos en *Régimen jurídico de las Privatizaciones*, cit., pp. 18-19.

hacerlo, pero permitiendo la libre competencia, principio económico contenido en los artículos 112 y 113 de la Carta Magna ...”.

Según este criterio, la gestión de *servicios públicos* no supone, *per se*, la *exclusión de la libertad económica y la libre competencia*. La intervención pública en la economía para garantizar tales servicios públicos y la libre competencia, coexisten en equilibrio, según precisa la importante sentencia que acabamos de transcribir. Una conclusión que debe tenerse muy en cuenta al analizar el efecto de la nueva ordenación de las telecomunicaciones y el gas.

c. *La Constitución económica recoge el principio de competencia plausible, no el de competencia absoluta*

Hasta ahora hemos señalado que la liberalización de los tres sectores analizados supone la introducción, afianzamiento y protección de la *libre competencia*. Queda por definir qué se entiende por libre competencia.

Así, según el artículo 3 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia<sup>131</sup>, hay libre competencia en actividades económicas cuando existen las condiciones necesarias 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 alguna condición en las relaciones de intercambio. No obstante, creemos que el concepto dado por la Ley no es del todo exacto, pues son pocas las actividades en las cuales los sujetos tienen *completa libertad* de entrada o salida en mercados económicos, pues la *intensa* intervención administrativa desplegada en Venezuela hace que prácticamente *todas* las actividades económicas estén sometidas, en mayor o menor medida a diversos controles que merman la libertad individual del ciudadano en el orden económico.

Es por ello que, para nosotros, tal y como hemos expuesto en otro lugar, el concepto de libre competencia no depende de la *completa libertad* de entrada y salida del mercado, sino de la *aptitud* 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. No se trata de un concepto *absoluto*, sino *relativo*; se admite, por tanto, condicionamientos a esa libertad. De allí que para no-

---

<sup>131</sup> Con carácter general, véase el estudio que, sobre la *aplicación* esa Ley, está contenido en BREWER-CARIAS, ALLAN, et al, *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, así como la recopilación de jurisprudencia sobre el tema contenida en GIRAUD TORRES, ARMANDO y CASTRO CORTIÑAS, IGNACIO, *Derecho Administrativo de la Competencia. Jurisprudencia y Legislación*, cit., pp. 25 y siguientes. Un análisis de estos criterios jurisprudenciales puede verse en GRAU, MARÍA AMPARO, “Tendencias jurisprudenciales en materia de protección a la libre competencia”, publicado en la *Revista de Derecho Internacional Económico volumen 2, número 1*, Caracas, 1997. Sobre la evolución del Derecho a la Competencia en Venezuela, el *ámbito* de aplicación de la Ley y la noción de libre competencia, vid. especialmente el riguroso análisis contenido en BARBIERI HERNÁNDEZ, MARÍA EUGENIA y RIVERO RAMÍREZ, GIGLIANA, “Medidas cautelares contenidas en el procedimiento administrativo sancionador previsto en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”, en el número 8 de esta *Revista*, pp. 7-31.

José Ignacio Hernández G.

sotros, el concepto que debe mantenerse es el de competencia efectiva o *plausible*<sup>132</sup>. Como precisa la Constitución en su artículo 113, el Estado debe implementar *condiciones efectivas de competencia* en la economía, no condiciones *absolutas de competencia*.

Lo anterior tiene también importancia en la *liberalización de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones*: la libre competencia, como bien jurídico cuya tutela se encomienda a la Administración económica, es *relativo*, esto es, que legítimamente, y en un todo de acuerdo con la Constitución, puede el Estado excluir determinadas *parcelas* de los sectores liberalizados de la libre competencia.

### 3. Supuestos de neo-regulación en la nueva ordenación de los servicios esenciales

Las leyes que contienen la nueva ordenación de las telecomunicaciones, la electricidad y el gas, consagran la *neo-regulación* de esos sectores, esto es, que en ellos se atribuye a la Administración potestades para *intervenir indirectamente*, procurando la correcta satisfacción de necesidades colectivas y protegiendo la libre competencia. Es conveniente insistir en que el papel protagónico de la iniciativa privada, en los sectores liberalizados, no reduce la actuación que en éstos debe cumplir la Administración. Como enseña SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER "... la implantación misma del mercado hace que, en ocasiones, las intervenciones públicas aumenten y, en todo caso, sean más intensas y penetrantes ..."<sup>133</sup>. Todo ello, repetimos, como consecuencia del carácter *vinculante* del sistema de economía social de mercado recogido en la Constitución de 1999.

A ello responde la *neo-regulación* implementada en la reciente liberalización de servicios esenciales en Venezuela. Neo-regulación cuya aplicación general a todas las actividades consideradas *servicio público* ha sido propuesta recientemente por PROCOMPETENCIA, en el *Anteproyecto de Reforma* de la Ley que rige sus funciones. Una proposición ciertamente novedosa, cuya definitiva sanción —en los *servicios esenciales* aún sometidos a la *regulación tradicional*— mejoraría sustancialmente la posición de la libre iniciativa económica privada en la economía venezolana. Aunque, sin embargo, tratar *unitariamente* la liberalización de *todos los ser-*

---

<sup>132</sup> Como reconoce JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, no hay un objeto teórico del Derecho a la competencia, existiendo cuando menos tres posiciones: la competencia como libertad de oferta y demanda; la *competencia efectiva* y la competencia como proceso de descubrimiento. Para el autor, el objeto del Derecho a la Competencia es la protección de la competencia eficaz o factible (cfr.: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho Español de la Competencia*, McGraw Hill, Madrid, 1996, páginas 20 y 57-58). En este mismo sentido, vid. DE LA CRUZ FERRER, JUAN, *La liberalización de los servicios públicos...*, cit., pp. 154-156 y los comentarios que efectuamos en "Reflexiones...", cit., pp. 188-193. Vid. igualmente la Resolución de la Superintendencia para Promover y Proteger la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA) número SPPLC/034-99 de 29 de junio de 1999, caso *empresas de televisión por cable*, en la que se maneja el concepto de *competencia relativa* en el sector de la electricidad.

<sup>133</sup> "La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho", cit., p. 207.

vicios esenciales podría derivar en consecuencias adversas a la intención de ese Anteproyecto<sup>134</sup>.

### A. La neo-regulación para implementar la libre competencia

Las leyes de ordenación de la *electricidad, el gas y las telecomunicaciones* contienen principios cuya última intención es *afianzar e introducir* la libre competencia, a saber, el principio de *acceso de terceros a la red*; el derecho de *construcción y ampliación de redes* y la *separación de actividades*.

#### a. El libre acceso de terceros a la red

La infraestructura de red, como antes hemos expuesto, *restringe* el acceso de operadores, limitando por tanto la *libre competencia*. Es por ello que las leyes de liberalización de los sectores analizados imponen al *propietario de la red* una *carga o limitación*: el deber de permitir que cualquier operador *acceda a su red*, a fin de poder prestar la actividad de que se trate, en condiciones de igualdad, transpa-

---

<sup>134</sup> El mencionado *Anteproyecto*, aprobado en septiembre de 2000, parte en su *Exposición de Motivos* de la siguiente premisa: "... el deseo de tener una economía libre no se realizará nunca en Venezuela, mientras no haya un sistema efectivo de protección de la libre competencia. Un sistema capitalista salvaje, en el que haya puerta franca para los abusos y en el que la competencia no sea libre y leal, durará poco y será, sin duda, reemplazado por un sistema opresivo. Para que el capitalismo pueda durar es necesario que el Estado cree, regule y garantice un amplio sistema de seguridad social, que proteja a los más débiles de la implacable ley de la oferta y demanda. Pero es también indispensable que ciertas actividades económicas sean reguladas apropiadamente y que la libre competencia sea promovida y protegida por el Estado en todos los mercados y sectores. Un capitalismo en el que los monopolios abusen irrestrictamente, y las empresas se cartelicen libremente, no podrá perdurar...". Se reconoce, entonces, el equilibrio necesario que, entre lo *público* y lo *privado*, debe existir en el orden económico.

También la *Exposición de Motivos* se refiere a la finalidad del *Anteproyecto* de introducir la *libre competencia* en los *servicios públicos*. Según esa *Exposición* "... la intervención del Estado en la regulación de los servicios públicos, cobra especial importancia toda vez que un mercado completamente desasistido por la intervención estatal podría dar resultados indeseables en términos de eficiencia y equidad. Tal situación ha obligado al Estado a intervenir de manera activa en la protección de servicios públicos tales como salud, educación, seguridad nacional, electricidad, telecomunicaciones y transporte, entre otros, a través de la provisión de los mismos, así como su regulación y control...". En especial, el *Anteproyecto* se aplica a la "... regulación de los servicios públicos y de las actividades de interés general...", basadas en estructuras de red, disponiendo su artículo 7 que "... a los fines de esta ley se consideran actividades económicas de servicio público o de interés general las de gas, transporte, telecomunicaciones, servicio eléctrico, agua, servicio de recolección de desechos (aseo), y cualquier otra actividad declarada como tal por la Ley...".

Debemos aquí formular dos críticas al *Anteproyecto*. En primer lugar, el empleo de un término impreciso y multívoco como es el *servicio público*, dificultará su aplicación. En segundo lugar, los principios que recoge el *Anteproyecto* (*acceso a las redes*, en los artículos 8 y 9, y *separación de actividades*, en su artículo 10) difícilmente pueden ser aplicados unitariamente a todos los "*servicios públicos*", pues los servicios esenciales basados en *infraestructuras de red*, si bien responden a características comunes, tienen particularidades propias que aconsejan también una regulación casuística (El texto del *Anteproyecto* puede consultarse en la página <http://www.procompetencia.gov.ve/reformaley.html>).

José Ignacio Hernández G.

rencia y no discriminación. El propietario de la red no tiene, entonces, el *uso exclusivo* sobre este bien.

Este principio está reflejado, en el *sector de las telecomunicaciones*, en el artículo 128 de la *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, conforme al cual “las vías generales de telecomunicaciones podrán ser utilizadas por personas distintas a quien las posea o controle”. En el *sector del gas*, dispone el artículo 10 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos* que “los almacenadores, los transportistas y los distribuidores de hidrocarburos gaseosos y sus derivados, están obligados a permitir el uso de sus instalaciones a otros almacenadores, transportistas y distribuidores, cuando dichas instalaciones tengan capacidad disponible para ello”. Finalmente, y en el *sector eléctrico*, el artículo 7 de la *Ley del Sector Eléctrico* señala que “la capacidad de transporte de las redes de transmisión y de distribución de energía eléctrica estará a disposición de quienes ejerzan actividades en el servicio eléctrico, así como de los grandes usuarios”.

Intimamente relacionado con este principio, encontramos la *interconexión*, prevista en el artículo 130 de la *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, y que permite a “los operadores de redes de telecomunicaciones” *interconectarse* “con otras redes públicas de telecomunicaciones con el objetivo de establecer entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo”. En virtud de la *interconexión*, los operadores *propietarios de red* tienen el derecho de *conectarse a las redes de otros operadores* a fin de prestar sus servicios. La importancia de este principio se ha evidenciado con la reciente apertura del mercado de telefonía básica, en el cual la *interconexión* a las redes de telefonía del operador *dominante* –CANTV- constituía una condición necesaria para la entrada de nuevos operadores<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> La interconexión –que ha sido calificada como el presupuesto material de la liberalización de las telecomunicaciones- debe diferenciarse del derecho de vía o derecho de acceso a las redes.

El derecho de acceso a las vías de telecomunicaciones permite a los operadores económicos que *no sean propietarios de vías de telecomunicaciones* acceder, esto es, usar las redes de telecomunicaciones de terceras personas. La interconexión, por el contrario, se refiere al derecho de los operadores *propietarios de vías de telecomunicación* a *interconectar* esas redes con otras. Como señala RODRÍGUEZ ILLERA “...la introducción de servicios de competencia efectiva en los mercados de las Telecomunicaciones se ha visto con frecuencia dificultada por la existencia de barreras de entrada de nuevos agentes en el mercado, barreras cuyo efecto es bien el de limitar el número de agentes en el mercado, bien el de hacerles incurrir en costes distintos a los de los operadores ya posicionados ...”. Una de tales barreras deriva, precisamente, de las redes de telecomunicaciones, y la interconexión es, de esa manera, instrumento que permite sortear tales barreras. Esa figura alude por lo general a tres ideas: el intercambio de comunicaciones entre abonados de redes diferentes; la prestación de servicios de un operador a los abonados a una red de telecomunicaciones operada por otro agente, y la utilización de redes de otras personas. Este último concepto se corresponde con el derecho de acceso a las vías, por lo que reduciremos el término interconexión a los dos primeros supuestos mencionados.

La figura ha sido tratada en el Derecho comunitario, a través de la Directiva 97/33/CE, de interconexión. Los principios rectores de la interconexión, conforme esa Directiva, son los siguientes: prohibición de restricciones que impidan la interconexión efectiva; no discriminación y transparencia. El Derecho comunitario –y el derecho en los Estados miembros, por in-

b. El derecho de construcción y ampliación de redes

Otro de los mecanismos empleados para paliar los efectos *anticompetitivos* derivados de las *redes*, es el derecho reconocido a los operadores para *construir nuevas redes y ampliar las redes existentes*, con lo cual tiende a *igualarse* la posición entre los *agentes propietarios de redes* y los que no poseen o dominan ninguna infraestructura de red. Ahora bien, la construcción de redes está condicionada a distintas limitaciones, *en primer lugar*, por razones de *urbanismo*; además, y en *segundo lugar*, la construcción y/o ampliación de redes supone, comúnmente, la constitución de *servidumbres* e incluso, la *expropiación* de los bienes necesarios para tal construcción o ampliación, lo que entraba el normal ejercicio de ese derecho.

Las leyes de liberalización de los tres sectores analizados recogen este principio desde perspectivas muy distintas. Así, el artículo 16 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos* dispone que “las personas autorizadas para ejercer las actividades de exploración, explotación, transporte, distribución, almacenamiento y procesamiento de hidrocarburos gaseosos, tendrán el derecho de solicitar la constitución de servidumbres, la ocupación temporal y la expropiación de bienes”. En nuestra opinión, es esta la regulación *idónea* del principio que analizamos, pues el derecho a construir o ampliar redes se otorga *a todos los operadores por igual*. Además, es un derecho *propio* de tales operadores, quienes podrán ejercerlo directamente, según el procedimiento pautado en la Ley.

En el *sector eléctrico* se reconoce igualmente el derecho de todos los operadores a intervenir en la *expansión del Sistema de Transmisión* (artículo 31 de la *Ley del Sector Eléctrico*). Sin embargo, no es derecho que pueda ser *directamente* ejercido por los particulares. Antes por el contrario, y para el concreto supuesto de las *servidumbres*, y si éstas han de constituirse a través de un procedimiento contencioso, la Ley exige que, previamente, la *Comisión Nacional de Energía Eléctrica* –ente regulador del sector- otorgue la correspondiente *autorización*, debiendo el

---

fluencia de éste- ha puesto énfasis en la regulación de la interconexión, pues el objetivo de esta institución es *garantizar* la conexión de los usuarios *independientemente* de la red a la que estén abonados, como requisito indispensable para la plena competencia en el mercado. Para lo aquí expuesto, vid. CARRASCO, ANGEL y MENDOZA, ANA, “Interconexión y acceso a redes”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Madrid, páginas 461-541; RODRIGUEZ ILLERA, REINALDO, “La regulación de la interconexión en los mercados de Telecomunicaciones liberalizados”, en *La liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global*, coordinada CREMADES, JAVIER y MAYOR MENÉNDEZ, PABLO, La Ley, Madrid, 1999, página 236 y VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR, “Comentario”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, coordinada por DE LA QUADRA SALCEDO, TOMÁS y GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Civitas, Madrid, 1999, 150-161. En Venezuela, vid. el completo estudio de CÁRDENAS CÁRDENAS, GILBERTO, “Régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones en España”, en el número 8 de esta *Revista*, pp. 97 y siguientes. Véanse asimismo el *Reglamento de Interconexión* de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Decreto número 1.093 del 24 de Noviembre de 2000, publicado en Gaceta Oficial número 37.085 de esa fecha) y el *Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica* (Decreto número 1.095 del 24 de Noviembre de 2000, publicado en Gaceta Oficial número 37.085 de esa fecha).

José Ignacio Hernández G.

particular, además, someterse a un intrincado proceso, cuya característica pareciera ser la *dilación procesal*<sup>136</sup>.

También es criticable, en nuestra opinión, el tratamiento que de este principio recoge la *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, pues de conformidad con su artículo 194 “los operadores que de conformidad con esta Ley tengan obligaciones de Servicio Universal podrán beneficiarse de la expropiación y del establecimiento de servidumbres”. No es, por tanto, un derecho conferido a *todos los operadores*, sino sólo a *una parte de éstos*, lo que rompe con el principio de igualdad que ha de regir todas las actividades económicas. Claro está que la norma tiende a equilibrar la carga que supone la atención de las *obligaciones de servicio universal*; sin embargo, creemos que desmejora sensiblemente la situación de los *nuevos* operadores que acceden a ese mercado liberalizado.

### c. La separación de actividades

Una de las características de las empresas que operan en los sectores de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones es su *integración*. Así, es común la *integración vertical* en el sector de la *electricidad*, pues una empresa explota todas las actividades del sector eléctrico: generación, transporte y distribución. En otro sector, las telecomunicaciones, la integración se presenta a través de la prestación, por una misma empresa, de distintos servicios de telecomunicaciones.

Se ha considerado, de esa manera, que tal *integración* es nociva para la libre competencia. En *primer lugar*, pues las *condiciones anticompetitivas* de una actividad podrían *trasladarse* a otra que, en principio, no presenta ninguna *barrera* de entrada para nuevos operadores. Piénsese así en la integración entre la actividad de generación (abierta a la competencia, en los términos del artículo 24 de la *Ley del Sector Eléctrico*) y la actividad de *transmisión*, en el que la libre competencia está afectada por el *monopolio natural* que suele derivar de la *red de transporte eléctrico*. De esa manera, tal integración vertical afectaría la libre competencia en la actividad de generación. Además, y en *segundo lugar*, esta integración coadyuva a la existencia de *subsidios cruzados*, lo cual atenta contra el principio de *transparencia* que debe regir al régimen económico en los sectores liberalizados.

Para evitar esos inconvenientes se establece el principio de *separación de actividades*. Se distinguen así, cuando menos, tres *grados de separación*: en un *primer grado*, encontramos la separación contable, que atañe sólo a la obligación de llevar contabilidades separadas por cada actividad que se preste. En un *segundo grado*, encontramos la *separación jurídica*, que impide que una *misma persona jurídica* preste más de una actividad. Por último, y en grado extremo, tenemos la *separa-*

<sup>136</sup> Véanse así los artículos 64 y siguientes de la *Ley del Sector Eléctrico*. El procedimiento que allí se regula resulta por lo demás peculiar. Así, presentada la solicitud de constitución de servidumbre ante el Juez competente, la parte intimada podrá oponerse al fondo de la solicitud, de conformidad con el artículo 71, lo que equivale, en términos generales, a la *contestación de la demanda* en el juicio ordinario. Sin embargo, frente a esa solicitud, debe el Juez proceder a la *citación de la parte demandante* (artículo 72), con lo cual una *contestación de fondo* es tratada, procesalmente, como si fuese una *reconversión*. De allí que no sea extraño que la aplicación de ese procedimiento se caracterice por la *dilación procesal*, afectando sensiblemente el derecho de construcción y ampliación de redes.

*ción de gestión*, que impide que *un mismo grupo de personas jurídicas relacionadas entre sí* (i.e.: un *holding*) preste más de una actividad. Hay que tener muy en cuenta que tal *separación* constituye una *limitación* al derecho de *libre asociación* (artículo 52 constitucional) y también representa una *limitación a la libertad económica*, en tanto impide que los agentes económicos, en libertad, se *asocien* conforme a los criterios de su preferencia.

Este principio aparece expresamente recogido en el artículo 6 de la *Ley del Sector Eléctrico*, el cual prevé que "... el ejercicio de dos o más de las siguientes actividades: generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional y distribución, no podrá ser desarrollado por una misma empresa. La actividad de comercialización podrá ser desarrollada por distribuidores con sus usuarios con tarifa regulada, por generadores o por empresas especializadas en la comercialización de potencia y energía eléctrica...". El artículo 9 de la *Ley de Hidrocarburos Gaseosos* dispone, como principio general, que "... una misma persona no puede ejercer ni controlar simultáneamente en una región, dos o más de las actividades de producción, transporte o distribución previstas en esta Ley...".

En el *sector de las telecomunicaciones*, y de manera confusa y genérica, el artículo 203 establece que "... en los reglamentos de esta Ley podrá preverse la obligación de que las operadoras de telecomunicaciones separen su contabilidad por servicios, a fin de garantizar la transparencia en sus operaciones...". La *separación contable*, en tanto limitación al derecho de asociación y al derecho a la libertad económica, ha debido estar expresamente regulada en la propia Ley. Esta genérica habilitación a la Administración, además de afectar el principio de reserva legal, atenta contra la *certidumbre jurídica* de los operadores de telecomunicaciones que, eventualmente, pueden ser sometidos a tal carga cuando *discrecionalmente* la Administración así lo considere necesario.

#### B. *La neo-regulación como técnica de limitación: las obligaciones de servicio público*

Antes nos hemos referido a la *esencia* de las *obligaciones de servicio público* y a las *obligaciones de servicio universal*: el sometimiento de las actividades liberalizadas a la *libertad económica* y a la *libre competencia* puede impedir la protección de determinadas necesidades colectivas, menoscabando así la *presencia necesaria* de la Administración en tales sectores. El Estado no *opta por la reserva de esas actividades*, sino por la *imposición de cargas a los operadores que actúan en libre competencia*. La filosofía que trasciende tras esta figura es la *búsqueda del equilibrio* entre el interés general presente en las telecomunicaciones y la libre competencia. De allí que, como señala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO "...entre la competencia absoluta y las exigencias tradicionales del servicio público, se sitúa la noción de servicio universal. Sin rebajar un ápice las exigencias de la libre competencia, la idea de servicio universal trata de imponer a los operadores de telecomunicaciones *la obligación de ofrecer a toda la población servicios de una determinada calidad, en unas condiciones uniformes a un precio asequible...*"<sup>137</sup>.

<sup>137</sup> *Servicio Público y Mercado, Tomo II, Las Telecomunicaciones*, cit., p. 114 En este sentido, vid. Cfr.: DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL, "Perspectivas de los servicios públicos

José Ignacio Hernández G.

Suele referirse, por separado, a las *obligaciones de servicio universal* y a las *obligaciones de servicio público*. Sin embargo, uno y otro supuesto pertenecen a una misma idea: la *prestación* obligatoria de ciertas actividades, bajo el *control* y *supervisión* de la Administración económica. Sólo que, en el primer caso, la *prestación obligatoria* debe ser atendida *universalmente*<sup>138</sup>. En ambos supuestos y por lo general, se trata de obligaciones impuestas *unilateralmente* por la Administración en la *autorización* otorgada a los particulares para ejercer el *derecho de acceso al mercado*.

Ahora bien, en el *sector eléctrico*, estas figuras se encuentran contempladas muy dispersamente. Así, el fundamento legal de esas obligaciones lo ubicamos en el artículo 2 de la Ley, según el cual *el Estado velará* porque todas las actividades que constituyen el servicio eléctrico se realicen bajo los principios de eficiencia, calidad, equidad, entre otros, *a los fines de garantizar un suministro de electricidad* al menor costo posible y con la calidad requerida por los usuarios. Con mayor claridad, establecen los numerales 1 y 2 del artículo 36, que las empresas de distribución *deberán prestar el servicio* a todos los que lo requieran, de manera *continua, eficiente, no discriminatoria y dentro de los parámetros de calidad y atención a los usuarios*. Puede entonces la Administración económica –la Comisión Nacional de Energía Eléctrica– *limitar* el ejercicio de la libertad económica para garantizar el suministro eléctrico. El principio de *solidaridad* –que la Constitución proclama– se ha manifestado en la *Ley del Sector Eléctrico* con la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones y con el deber del sector privado de prestarlas directamente<sup>139</sup>.

La *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos*, con mayor precisión, dispone que “... los almacenadores, los transportistas y los distribuidores de hidrocarburos gaseosos a los cuales se refiere esta Ley, tendrán la obligación de prestar el servicio

---

españoles”, en *El nuevo servicio público...*, cit., p. 71. El *servicio universal* fue definido en el Derecho Comunitario Europeo, a través de la Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 1996 (la llamada *Carta Europea de los servicios de interés general*) como el “conjunto de exigencias de interés general a las que debería someterse en toda Comunidad ciertas actividades de servicio público para garantizar el acceso de todos los ciudadanos a determinadas prestaciones esenciales de calidad y aun precio asequible”. Asimismo, las *obligaciones de servicio público* han sido definidas como obligaciones específicas impuestas por la autoridad pública al organismo de producción de un servicio con el fin de favorecer o permitir la realización de la misión de interés general, y que pueden desempeñarse a escala nacional o regional. Estos conceptos los veremos luego reflejado en la legislación venezolana. Es así como se ha señalado que “... las actuaciones prestacionales del Servicio Universal son las herederas del antiguo servicio público. Si éste era una excepción a las reglas del mercado, aquél también lo es; si éste reconocía derechos a los usuarios, aquél también lo hace; y, si éste estaba encaminado a finalidades de clara utilidad social, aquél también lo está (...) el Servicio Universal es algo debido a los ciudadanos, ‘por el mero hecho de serlo’; es, en suma, un compromiso solemne de los poderes públicos ante sus ciudadanos, es –podríamos decir– un nuevo derecho fundamental: el derecho a comunicarse ...”(ARIÑO ORTIZ, GASPARD, et al, *Principios...*, cit., p. 670).

<sup>138</sup> Sobre la dificultad de diferenciar las *obligaciones de servicio público* y las *obligaciones de servicio universal*, se pronuncia CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 262-274.

<sup>139</sup> Cfr.: HERNÁNDEZ G, JOSÉ IGNACIO, “Reflexiones...”, cit., p. 220.

en forma continua y de conformidad con las normas legales, reglamentarias y técnicas de eficiencia, calidad y seguridad...” (artículo 8), de lo que se desprende la potestad de la Administración económica de *imponer coactivamente* tales obligaciones de servicio público.

Finalmente, la regulación de estas obligaciones en la *Ley Orgánica de Telecomunicaciones* reviste mayor complejidad. Así, el artículo 49 dispone que “...el Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones...”, incorporando a continuación una *interpretación auténtica*: “...el Servicio Universal de Telecomunicaciones es el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica...”. Lo peculiar de este sistema es que la Administración económica *no impone* las obligaciones de servicio universal; antes por el contrario, de conformidad con el artículo 52, tales obligaciones serán asignadas mediante *procesos de selección abiertos* en el que podrán participar los operadores interesados. El empleo de un procedimiento licitatorio para estos fines es en nuestra opinión cuestionable, pues la debida atención de las obligaciones de servicio universal requiere la existencia de un operador *cualificado* con estrictas exigencias económicas, financieras y técnicas, lo que hace de tal prestación una actividad *intuitu personae*, reduciendo la *conurrencia* que ha de regir, por lo general, en todo procedimiento licitatorio. En todo caso, si este procedimiento concursal es declarado *desierto*, la obligación de servicio público podrá ser impuesta unilateralmente por la Administración (cfr.: artículo 53 *eiusdem*).

Pero además, la *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en dos normas, prevé la existencia de *otras obligaciones de servicio público*, de manera por demás genérica. En efecto, el numeral 1 del artículo 2, al definir el objeto de la Ley, alude muy genéricamente a las *obligaciones* que podrán imponerse a los operadores. Así, conforme ese numeral, es objetivo de la Ley “... defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones, en adecuadas condiciones de calidad, y salvaguardar, en la prestación de estos, la vigencia de los derechos constitucionales, en particular el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, al secreto en las comunicaciones y el de la protección a la juventud y la infancia. *A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los operadores de los servicios para la garantía de estos derechos ...*”. Asimismo, conforme al numeral 3 del artículo 15, es deber de los operadores de telecomunicaciones “... cumplir con las obligaciones previstas en la habilitación administrativa correspondiente...”. Nótese que este numeral *no puede aludir a las obligaciones de servicio universal*, pues éstas, según lo antes expuesto, se otorgan a través de un *procedimiento concursal*. De allí que la Administración económica, al otorgar las *habilitaciones administrativas* –verdaderas autorizaciones- puede imponer unilateralmente a los operadores *cualquier tipo de obligaciones*, lo que representa una importante limitación a la libertad económica.

La activa intervención indirecta de 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*. Dichas reformas pasan por afianzar la libertad económica y la libre competencia, sin desconocer las *necesarias* potestades de intervención de la Administración, realizando por tanto el *sistema* que emerge de la Constitución económica venezolana. Un proceso que, al menos en teoría, debería estar inspirado —como expone MARÍA ELENA CORRALES— en la definición de un “acertado marco regulatorio”, de manera tal que estos *servicios esenciales* se sometan a un régimen de *gestión privada y regulación pública*<sup>140</sup>.

Sin embargo, es muy difícil prever, en los actuales momentos, si tales reformas se integran a un *proceso de reestructuración global del Estado*, en cuanto a su *participación* en el orden económico, o si simplemente se trata de *reformas aisladas*, cuya finalidad última es proveer la participación de la inversión privada para la reforma y modernización de sectores en los que la inversión pública resulta ya insuficiente.

Con lo anterior no defendemos la *completa liberalización* de los tres sectores analizados. En absoluto. La liberalización, repetimos, no es extensible a todas las actividades económicas, como tampoco lo es la libre competencia. Una idea sobre la que ha ahondado la doctrina venezolana. La liberalización (en concreto: la privatización y la desregulación) son procesos —enseña BREWER-CARIAS— que no “pueden conducirse con fundamentalismos. No todo es privatizable ni todo es desregulable”. No puede propugnarse —escribe ORTIZ ALVAREZ— una privatización total. Idénticos planteamientos que resultan predicables respecto la *liberalización*: deben proscribirse, en su ejecución, cualquier antagonismo de lo privado contra lo público, o de lo público contra lo privado<sup>141</sup>. Ambos sectores deben coexistir en *equilibrio*, tal y como se desprende de la Constitución económica.

Además, estamos conscientes que la *liberalización* es una decisión política difícil de adoptar y aún más difícil de implementar. Como indica VON MISES, a quien citamos al comienzo de este estudio, en economías industrializadas le resulta sencillo a la autoridad pública arremeter contra la propiedad privada, pues “... no hay nada políticamente más rentable para el gobierno que avasallar los derechos dominicales...”. Y continúa el autor: “... *de ahí que, desde tiempo inmemorial, monarcas, déspotas y tiranos hayan procurado aliarse con ‘el pueblo’ para atacar a los ricos...*”<sup>142</sup>.

Que este *equilibrio* se logre, efectivamente, en la nueva ordenación de la *electricidad, el gas y las telecomunicaciones*, y que la *reforma* de estos sectores suponga una *transformación integral* de la Administración económica, en cuanto a

<sup>140</sup> Vid. “La modernización de los servicios públicos por redes: el reto de combinar eficiencia económica y solidaridad social”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia número 16*, Caracas, 2000, pp. 140-141

<sup>141</sup> Cfr.: BREWER-CARIAS, ALLAN, “Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático...”, cit., p. 40 y ORTIZ ALVAREZ, LUIS, “Comentarios sobre la Ley de Privatizaciones”, cit., p. 145.

<sup>142</sup> Cfr.: *Sobre liberalismo...*, cit., p. 81.

sus fundamentos y supuestos básicos, son premisas, repetimos, difíciles de constatar en la actualidad. Al analizar, en general, los cambios iniciados en 1999, la doctrina venezolana ha sido escéptica. Sostiene así ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA que "... los vientos de cambio que se sienten en la actualidad no presentan diferencias con la conducta dominante en las últimas décadas, ni anuncian indicadores de que así pudiera ocurrir en un futuro inmediato..."<sup>143</sup>. Deberemos esperar al desarrollo y evolución de los tres sectores liberalizados para determinar si efectivamente se ha operado una transformación en las bases de la Administración económica, o si simplemente se trata de un mero cambio coyuntural que no afecta a lo que, hasta ahora, ha sido tradicionalmente la intervención administrativa sobre la iniciativa privada. El estudio preliminar que hemos efectuado parece apuntar, sin embargo, hacia la segunda posibilidad.

En todo caso, mientras el desarrollo de estos sectores se desenvuelve, es importante culminar con dos reflexiones reiteradas hasta ahora: en primer lugar, la inconveniencia de adoptar, en la liberalización de los servicios esenciales realizada en Venezuela, una posición radical. Sobre este planteamiento se ha pronunciado SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en los términos siguientes: "... hoy nos encontramos con que la privatización y la liberalización del sector económico son las características que ofrece nuestro sistema. Ninguna duda cabe que en el momento actual así es, así debe ser: y lo digo sin reserva alguna. En cualquier caso, cualquier exaltación indiscriminada de la fórmula que se quiera hacer, y que además, proféticamente, trate de enunciarse con validez permanente, es siempre arriesgada. La historia, además de compleja, es siempre matizada en extremo..."<sup>144</sup>. Además, y en segundo lugar, la liberalización —siguiendo al jurista venezolano HUMBERTO J. LA ROCHE— no debe admitirse como mito, sino como realidad. Cualquier mitificación puede resultar nociva en extremo<sup>145</sup>. Dos reflexiones finales que deberán tenerse muy presente en el futuro de la liberalización de servicios esenciales en Venezuela.

---

<sup>143</sup> "La Administración Pública: Modernización, reajuste y adaptación (especial referencia a la situación actual en Venezuela), en *Revista Iberoamericana de Administración Pública número 4*, Madrid, 2000, p. 93.

<sup>144</sup> "La ordenación jurídico-administrativa...", cit., p. 274.

<sup>145</sup> Vid. los acertados comentarios que sobre la *publicización y privatización* planteó el insigne constitucionalista venezolano HUMBERTO J. LA ROCHE en *Derecho Constitucional, Tomo I, Parte General*, Vadell Hermanos, Valencia, 1991, pp. 60-64. Según indica LA ROCHE "... la privatización, cuando está permitida por la Constitución, no significa en forma alguna que ésta se desvincule, se aparte de los fines del interés general que motiva y justifican su creación. Al contrario, ello quiere decir que se trata de reconocer a los modos de actuación y formas organizativas que se han originado en el marco del Derecho Público Económico, cierta eficacia para el desarrollo de actividades empresariales, muy superiores a modos y formas que ofrece el Derecho Público..." (p. 61).