

TERCERA PARTE: RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

Sección I: Aspectos generales de la Constitución Económica y los Decretos Leyes

Los 26 nuevos Decretos-Leyes y los principios que regulan la intervención del Estado en la actividad económica de los particulares

Ana Cristina Núñez Machado

Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello

La reciente publicación de 26 Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Leyes¹ dictadas por el Presidente de la República en ejecución de la “Ley Habilitante”² ha tomado por sorpresa a los ciudadanos en Venezuela. No sólo estos textos normativos no fueron consultados con los diferentes sectores afectados e interesados, sino que en la mayoría de los casos incluso se desconocía que existiera siquiera una intención de dictarlos. Ahora bien, habiendo transcurrido poco tiempo desde que conocimos de la existencia de los mismos, todavía no se han podido analizar a profundidad los textos y las implicaciones que los mismos tendrán. Sin embargo, sí se han podido ya vislumbrar algunas notas características que destacan de ellos.

1 *G.O. Extraordinarias* N° 5.890, 5.891 y 5.892 de fecha 31 de julio 2008.

2 Publicada en la *G.O.* N° 38.617 de fecha 1° de febrero 2007.

Entre esas “notas características” o, si se quiere, tendencias generales del grupo de nuevos decretos-leyes se puede identificar una evidente propensión a fortalecer la intervención, cada vez más directa, del Estado en la Economía y en la actividad económica de los particulares. Por ejemplo, en estos decretos-leyes se elimina la posibilidad de que el Estado otorgue concesiones en algunas materias, se declaran de utilidad pública e interés social una importante cantidad de bienes y servicios, se supedita la actividad económica de los particulares a los lineamientos que fije el Ejecutivo Nacional a través de la denominada “planificación centralizada”, se crean nuevas formas de propiedad, diferentes a la privada, las cuales aparecen privilegiadas sobre esta última, entre otros. Vemos sólo algunos ejemplos:

- En el Decreto N° 5.999 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo se establece la posibilidad de que el Ministerio del Poder Popular para el Turismo, conjuntamente con el Ministerio competente en materia de control de precios, fijen las tarifas de los servicios turísticos;

- En el Decreto N° 6.069 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Transporte Ferroviario Nacional se declaran de interés y utilidad pública las actividades relacionadas con la construcción, prestación, desarrollo y conservación del transporte ferroviario nacional y se elimina la posibilidad de que el Estado otorgue concesiones en materia ferroviaria bajo ninguna de sus modalidades de prestación de servicio (monopolio del Estado en la prestación del servicio);

- En el Decreto N° 6.071 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria se declara de utilidad pública e interés social los bienes que garanticen disponibilidad y acceso oportuno a los alimentos en cantidad suficiente a la población y las infraestructuras con las cuales se desarrollen esas actividades;

- En el Decreto N° 6.130 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular, en el Decreto N° 6.240 con Rango, Valor y fuerza de Ley de Beneficios y Facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas de Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, entre otros, se establece y se acentúa la propiedad social (empresas de propiedad social, directas e indirectas, unidades de propiedad social);

- En el Decreto N° 6.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios se declaran de utilidad pública e interés social todos los bienes asociados a la producción, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios declarados de primera necesidad.

Paralelamente, los venezolanos hemos venido presenciando cómo el Estado, desde hace algunos meses, ha decidido tomar el control de diferentes empresas privadas, entre las más importantes, competitivas y rentables del país, sustrayéndolas (contra la voluntad de sus propietarios) del régimen de propiedad privada y convirtiéndolas en empresas públicas (*e.g.* CANTV, CEMEX, Electricidad de Caracas, Banco de Venezuela).

Vemos entonces cómo el Estado venezolano demuestra, a través de estas nuevas leyes y acciones, su disposición de intervenir cada vez más en la Economía, no sólo como “Estado-regulador” o “Estado-planificador”, sino de forma más directa, incidiendo en la actividad económica de los particulares en un grado de intensidad cada vez mayor.

Cabe preguntarse entonces ¿cuál debe ser el rol del Estado venezolano en la Economía?, ¿debe el Estado intervenir directamente e incluso convertirse en empresario?, ¿debe el Estado intervenir en sectores donde la iniciativa privada está presente y sustituirla o competir con ella?

Ante la situación planteada *supra* y las interrogantes que resultan de la misma es pertinente retomar el estudio de los principios que regulan la intervención del Estado en la Economía, fundamentalmente el llamado “principio de subsidiaridad” y el llamado “principio de co-iniciativa”.

El principio de subsidiariedad es aquél conforme al cual se determina *el ámbito de intervención del Estado en la economía*. En efecto, según este principio, el Estado debe intervenir únicamente en aquellas áreas donde la iniciativa privada este ausente, o cuando deba complementar a la iniciativa privada en campos donde ésta sea insuficiente. Así, el principio de la subsidiariedad “[hace] primar la acción económica del ciudadano en relación con la del poder público, caracterizándose la de éste como de ‘ultima ratio’, e igualmente, [pone] en primer plano la capacidad del individuo en los procesos de generación de recursos en vez de depender del poder público”³. En definitiva, *la intervención pública en la economía debe ser subsidiaria a la intervención privada, es decir, que aquella sólo está justificada si ésta es inexistente o insuficiente*.

El principio de subsidiariedad va íntimamente ligado al principio de libre competencia, el cual encuentra consagración constitucional en Venezuela (Artículo 299 de la Constitución de 1999). Esto esta basado en la idea de que, en razón de los privilegios y prerrogativas de las que están investidas las personas públicas, resulta prácticamente imposible que exista una verdadera situación de libre competencia entre personas públicas y personas privadas. Por esto, el Derecho tiende a limitar, incluso a prohibir, el que las personas públicas asuman actividades industriales o comerciales, campos que están reservados a la iniciativa privada. Es decir, *sólo se logra garantizar la libre competencia si la intervención de los entes públicos en la Economía es subsidiaria a la de los entes privados*.

En términos prácticos el principio de subsidiariedad ha sido utilizado fundamentalmente para limitar el ámbito de la intervención directa del Estado en la Economía, es decir, en su calidad de “Estado-Empresario”. Entonces, el principio de subsidiariedad prohíbe la creación de una empresa pública en sectores donde la empresa privada exista y satisfaga las exigencias del mercado. Por el contrario, se legitima la creación de una empresa pública si existe un sector industrial o comercial en el que la iniciativa privada no exista o sea insuficiente. Así, es allí, en la relación entre empresa pública y empresa privada, que el principio de subsidiariedad ha tenido aplicación.

El principio de la subsidiariedad de la intervención pública en materia económica encuentra uno de sus orígenes en el Consejo de Estado francés, específicamente en su célebre decisión de 1930 “*Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*”⁴ que indica que “las empresas que tengan un carácter comercial permanecen en regla general reservadas a la iniciativa privada”. Así, las actividades comerciales e industriales, por su naturaleza misma, están excluidas del campo de acción de las personas públicas, sea cual sea la actividad y sea cual sea la modalidad de su ejercicio. Sólo las personas privadas pueden ejercer este tipo de actividades. Es de notar que este criterio ha ido flexibilizándose a través de la jurisprudencia francesa, que admite la intervención pública en la actividad comercial e industrial bajo ciertas circunstancias particulares.⁵

3 Rolf Stober, *Derecho Administrativo Económico*, MAP, Madrid, 1992, p. 104.

4 Sentencia del Consejo de Estado, Sección, del 30 de mayo de 1930.

5 Sobre este tema ver M. Long, P. Weil et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 1996, pp. 264-272.

Ahora bien, para establecer que la “constitución económica” vigente se rige por el mencionado principio de subsidiariedad, ésta tendría que establecer que el Estado en principio no compete con los particulares (es decir, una suerte de “preferencia” de la iniciativa privada sobre la iniciativa pública). Veamos entonces si las normas constitucionales venezolanas consagran este principio.

A este respecto vemos en primer término que el texto de la Constitución no dispone nada que indique que la iniciativa pública es subsidiaria a la iniciativa privada en materia económica. En efecto, vemos que “el Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional” (Artículo 299), que el Estado promoverá la iniciativa privada (Artículo 112) y que el Estado puede crear entes empresariales (Artículo 300); pero en ningún momento se establecen los límites de la intervención pública frente a la intervención privada. Por el contrario, en el capítulo I del título VI (Del régimen socioeconómico y de la función del Estado en la Economía) vemos cómo se utilizan las frases “el Estado se reserva” y “el Estado conserva”. En consecuencia, no creemos que el principio de subsidiariedad encuentre consagración en la vigente Constitución venezolana.

Tampoco la Constitución de 1961 consagraba el principio de subsidiariedad. En efecto, Brewer-Carías alertaba que “no habían visos algunos de subsidiariedad”. Así, establecía el referido jurista que:

El Estado no tiene límites constitucionales expresos para participar en la actividad económica y ser propietario de los medios de producción ... Por tanto, en un régimen de economía mixta y dentro de los mismos marcos de la Constitución económica, es decir, fundamentada en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad, el Estado puede desarrollar una actividad empresarial en concurrencia con las actividades económicas privadas, con poderes, incluso, para reservarse determinadas industrias y explotaciones.⁶ (Cursivas nuestras).

De manera que, por lo menos, las últimas dos (2) constituciones económicas venezolanas no consagran el principio de la subsidiariedad. Por ello cabe preguntarse ¿qué es entonces lo que dispone la Constitución sobre la relación entre intervención pública e intervención privada en la Economía? Observemos que la Constitución de 1999 utiliza en su Artículo 299 la frase “el Estado, conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional”, lo que evidencia que la actividad económica venezolana puede ser desarrollada tanto por sujetos privados como por sujetos públicos, sin que exista entre ellos subordinación alguna. Esto demuestra que la Constitución de 1999, como lo hacía la de 1961 (e.g. Artículo 98), ha consagrado lo que se ha llamado el principio de la co-iniciativa pública y privada, principio que evidentemente choca con el de la subsidiariedad de la acción pública frente a la acción privada.

Por eso, Ignacio De León habla de que “finaliza la primacía de la empresa privada: la empresa pública y la empresa privada se colocan en plano de igualdad. Ya no existen sectores en los que la suficiente presencia de la actividad privada elimine la posibilidad de iniciativa pública”.⁷

6 Allan Brewer-Carías, “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, *Revista de Derecho Público*, N° 43, julio-septiembre 1990, p. 15.

7 Ignacio De León, “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, SUMMA, Procuraduría General de la República, p. 342.

Con más detalle explica Ignacio De León lo siguiente:

Del principio de la subsidiariedad de la acción pública, recogido en distintas Constituciones del sistema precedente, se ha pasado al principio de co-iniciativa económica, por cuya virtud la iniciativa pública en la actividad económica ya no necesita justificarse por la ausencia o la deficiencia de la iniciativa privada. Este nuevo principio tiene una importancia sustancial, pues supone que aunque en un sector económico determinado sea suficiente la acción económica desarrollada por sujetos privados, es posible crear empresas públicas o ampliar las existentes.⁸

En efecto, se nos explica entonces que se ha abandonado aquél requisito que existía bajo el principio de la “subsidiariedad” según el cual se necesitaba la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada para que estuviese legitimada la iniciativa pública (es decir, la creación de una empresa pública). Así, esa noción ha quedado abandonada. Entonces cabe preguntarse, ¿significa esto que las personas públicas tienen total libertad para crear empresas públicas sin que se les exija requisito alguno que legitime tal actuación? La respuesta que se nos da es poco clara, como procedemos a advertir.

Se desprende de la doctrina que con el nuevo principio de la “co-iniciativa” lo que se requiere para justificar la creación de una empresa pública es *que así lo determine el “interés general”*. Sin embargo, seguimos aquí en un área bastante gris ya que, como sabemos, el “interés general” es una de las nociones más imprecisas que el Derecho Público ha creado.

Cabe entonces preguntarnos frente a este principio de la co-iniciativa: ¿qué es el interés general?, ¿cómo sabemos que el interés general requiere que se cree una empresa pública? No conocemos en específico cómo se pretende dar respuesta a estas preguntas. Pero sí consideramos que existe, en todo esto, algo evidente: *no podría nunca considerarse que el interés general exige que se cree una empresa pública en un sector en el que la iniciativa privada satisface las exigencias del sector y de la población*. Es obvio. El interés general no podría nunca significar que en un sector donde la iniciativa privada cubre las demandas, se proceda a crear una empresa pública. De manera que, como vemos, *la consecuencia práctica del principio de co- iniciativa parece ser exactamente la misma que la del principio de subsidiariedad: no se admite la entrada de la iniciativa pública salvo que haya ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada*.

En este sentido compartimos la posición asumida por Ignacio De León: *“es difícil apreciar la existencia de un interés auténticamente general para la iniciativa pública cuando empresarios privados ofrecen una cobertura suficiente de un determinado sector, salvo casos extremos y excepcionales...”*⁹ (Cursivas nuestras) Cabe aquí entonces preguntarnos, entre otras, ¿estaba entonces justificada la toma del Banco de Venezuela por parte del Estado venezolano?, ¿cómo podía ser de interés general el que el Estado venezolano, que ya es propietario de varias instituciones bancarias (e.g. Banco Industrial de Venezuela, Banco de Desarrollo de la Mujer, Banco del Pueblo Soberano, Banco Agrícola de Venezuela, Banco del Tesoro, BANFOANDES), se apropiara además de un banco privado, como lo era el Banco de Venezuela, el cual competía satisfactoriamente en el mercado con muchos otros bancos privados y públicos?

8 Ignacio De León, “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, *ob.cit.*, p. 342.

9 Ignacio De León, “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, *ob.cit.*, p. 343.

A manera de conclusión queremos hacer la siguiente reflexión: aunque en la Constitución de 1999 no existen límites suficientemente claros a la intervención del Estado en la Economía, las constituciones económicas venezolanas prevén como uno de sus principios centrales la libertad económica. Por ello, aunque el Estado goce de un relativamente amplio margen de actuación en materia económica, toda política económica del Estado estará necesariamente sometida al respeto de la libertad económica. Reiteramos, el régimen económico en Venezuela está sustentado en la noción de la libertad de los individuos.

Así, debemos abandonar esa peligrosa concepción de que el Estado goza de discrecionalidad a la hora de establecer sus políticas económicas, ya que esa afirmación es falsa. La Constitución de 1999 no deja a las autoridades públicas una absoluta discrecionalidad en esta materia, sino que, por el contrario, establece parámetros y límites entre los cuales posee un puesto fundamental la libertad económica de los individuos. Por ello, toda medida económica que de manera excesiva limite de libertad económica, es absolutamente nula, por inconstitucional, sin que puedan las autoridades públicas alegar justificación alguna.

Las disposiciones de estos nuevos decretos-leyes que inciden directamente en la actividad económica de los particulares, en algunos casos limitándola o restringiéndola excesiva o irracionalmente, en otros prohibiéndola e incluso en algunos supuestos haciéndola, en la práctica, casi inviable (por los riesgos que comporta), afectan de tal manera la libertad económica, es su núcleo central, que difícilmente pasarán una prueba de constitucionalidad. La Sala Constitucional tiene la última palabra.