

La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz*. (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0

## **La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de garantía de Prestaciones**

***Víctor Rafael Hernández-Mendible\****

### **Sumario**

#### **I. Introducción**

#### **II. Las transformaciones de los servicios públicos en el Estado social de Derecho**

#### **III. Las libertades posibles en el modelo de Estado de garantía de prestaciones**

#### **IV. La regulación necesaria en el modelo de Estado de garantía de prestaciones**

1. La regulación del buen gobierno corporativo

2. La regulación de los aspectos técnicos

3. La regulación de los aspectos económicos

#### **V. Los instrumentos para la regulación en el modelo de Estado de garantía de prestaciones**

#### **VI. Consideraciones Finales**

---

\* *Profesor de Derecho de la Regulación Económica, en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) e invitado en las Maestrías de la Universidad Externado de Colombia y ESAN de Perú. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). [www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com)*

## I. Introducción

Para mí constituye un verdadero honor participar con tan prestigiosos académicos en este *Liber Amicorum* en homenaje al catedrático y gran jurista español, Don Gaspar Ariño Ortíz, como reconocimiento a su dilatada y exitosa trayectoria académica, intelectual y profesional, durante más de medio siglo, tiempo durante el cual hemos tenido el privilegio de conocerlo, escucharlo y compartir con él, en distintas ocasiones durante sus recorridos por Iberoamérica.

Es justamente teniendo en consideración las realidades que se viven en Iberoamérica, que he seleccionado como contribución a este homenaje el trabajo titulado “*La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de garantía de Prestaciones*”, que pretende efectuar una propuesta apropiada para el contexto jurídico, económico y social de los países democráticos del continente.

El estudio del servicio público constituye un tema clásico que ha sido objeto de debate, discusión, polémica, crisis y renovación en el último siglo. Sin embargo, durante todo ese tiempo los juristas han hecho uso de la expresión servicio público, sin efectuar una definición precisa de las actividades que pueden ser consideradas como tales.<sup>1</sup> Incluso, si se admitiese que se logró elaborar una definición clara del mismo, se tendría que afirmar que “*cuando creíamos tener, finalmente, definido y configurado el concepto de servicio público, cambia radicalmente el marco socio-político a que aquél respondía y hay que volver a empezar. Y es que sus conceptos son un subproducto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social; son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez*”<sup>2</sup>.

Debe tenerse presente que la expresión servicio público al ser polisémica, suele emplearse para denominar actividades de prestación, que técnicamente no son consideradas por la ciencia jurídica como tal servicio. Es así como las personas en su lenguaje coloquial emplean el vocablo servicio público, para referirse a la actividad de intermediación financiera; la actividad aseguradora; la actividad de producción y distribución de alimentos declarados de primera necesidad; la actividad aduanera; los servicios informativos de radiodifusión y televisión pública; la actividad de protección del ambiente; la vigilancia de bienes

---

<sup>1</sup> Villar Palasí, J.L. Prólogo a la obra de José Luis Villar Ezcurra, *Servicio Público y Técnicas de Conexión*. C.E.C. Madrid. 1980. p. 10.

<sup>2</sup> Ariño Ortíz, G. *Principios de Derecho Público Económico*. 3ª ed. Comares. Granada. 2004. p. 601.

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz. (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

culturales; los talleres mecánicos; los servicios de lavanderías; los servicios de tintorerías; los servicios de farmacias, etc.; sin embargo, algunos de estos no constituyen auténticos servicios públicos, sino actividades económicas que interesan a la satisfacción del interés general y que los particulares prestan a todo público que se los demande. Además la expresión servicio público, también se ha utilizado para referirse a una autoridad administrativa, con independencia de que realice o no, una actividad técnicamente considerada como tal.

Por otro lado, debe tenerse presente que la calificación técnico jurídica de una actividad como servicio público tiene un origen y una realidad histórica en cada país, hecho que dificulta, es más, impide establecer una definición de servicio público con carácter universal. Además, debe tenerse presente que la determinación del servicio público, no puede hacerse desde el ámbito meramente jurídico, sino que debe ubicárselo en el ámbito político, económico y tecnológico, que envuelve cada realidad social.

Estas circunstancias son las que sitúan el interés en analizar un modelo de regulación que garantice tanto las libertades económicas como la satisfacción de las necesidades colectivas, en el moderno Estado social y democrático de Derecho.

Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente trabajo en las siguientes partes a saber: Las transformaciones de los servicios públicos en el Estado social de Derecho (II); Las libertades posibles en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (III); La regulación necesaria en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (IV); Los instrumentos para la regulación en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (V); y, por último, se realizarán las consideraciones finales (VI).

## **II. Las transformaciones de los servicios públicos en el Estado social de Derecho**

El modelo de intervención del Estado en los servicios públicos, se había conformado originalmente por la regulación de primera generación, donde existía una titularidad del Estado (*publicatio*) sobre la actividad, titularidad que se justificaba en la creencia que la satisfacción del interés general era tarea exclusiva del Estado y en la presunta existencia de un monopolio natural, que hacía al Estado totalmente responsable de la prestación de los servicios públicos y en los supuestos que éste decidía discrecionalmente convocar a los particulares para participar en la gestión, éstos quedaban condicionados para realizar la explotación de la actividad, a la previa obtención de una habilitación administrativa constituida por una concesión, que se convertía en el título que les transfería temporalmente el derecho de gestión en régimen de monopolio,

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

dentro de un mercado cautivo y en ejercicio de derechos exclusivos de explotación o de ser el caso, en un mercado disputable con competencia restringida a pocos operadores en zonas geográficas determinadas, debiendo dichos operadores realizar todas las actividades esenciales, así como aquéllas que no lo eran, pero que se encontraban comprendidas expresa o implícitamente en la gestión del sector, las cuales serían financiadas mediante un régimen uniforme de tarifas fijadas por el Estado y sometido a un marco jurídico preeminente de derecho público, que regía a toda la actividad de servicio público, en lo que se conoció como el modelo de Estado prestacional (productor de bienes y prestador de servicios)<sup>3</sup>.

Consecuencia de la revolución científica y tecnológica que experimentó el mundo en el último tercio del siglo XX, se presentó una crisis en el modelo tradicional de intervención del Estado en los servicios públicos, que condujo a una nueva regulación, que evidentemente no podía ser igual que su predecesora, porque se sustentaba en un nuevo orden jurídico, económico, social y cultural que originalmente surge como la Sociedad de la Información y en la actualidad transita hacia la Sociedad del Conocimiento y la Innovación.

El paso al nuevo modelo de intervención del Estado en los servicios públicos, se construye anclado en una regulación de segunda generación, donde desaparece la titularidad del Estado sobre la actividad (*despublicatio*) y por ende se extinguen los derechos de explotación exclusiva y en régimen de monopolio que ostentaba el operador estatal o los privados con delegación de aquél, dando paso al ejercicio de los derechos y libertades económicas, como la libertad de empresa, la libre iniciativa empresarial privada, la propiedad privada sobre las instalaciones esenciales –sujeta a restricciones, limitaciones y obligaciones por razones de interés general-, la libre competencia, lo que supone el traslado de la responsabilidad de la gestión económica de los servicios públicos a los operadores privados, que para explotarla requieren una habilitación administrativa de autorización reglada y que realizarán las actividades de prestación libremente en función de la oferta y la demanda, disputándose el mercado entre sí y en los casos que la libre competencia en el mercado no sea capaz de satisfacer las necesidades básicas de las personas, se encontrarán sujetos a que potencialmente se le establezcan obligaciones de servicio universal, estando únicamente obligados a realizar las actividades estrictamente esenciales que deben prestarse en las condiciones técnicas, de calidad y asequibilidad económica que determine el ente regulador de conformidad con la ley, en cuyo caso concurrirá el régimen de financiación mediante la formación competitiva de precios, en las prestaciones que son claramente disputables, con

---

<sup>3</sup> Sobre la evolución experimentada en las modalidades de intervención del Estado en materia de servicios públicos, puede consultarse Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General. Servicio Público*, Ediciones Paredes. Caracas. 2010. pp. 29-96.

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

el régimen de financiación mediante tarifas de las actividades que se prestan bajo la modalidad de servicio universal, dentro de un marco jurídico mixto, que por las características de la actividad ha conducido a proponer una nueva rama donde convergen distintas disciplinas jurídicas que se denomina *Derecho de los servicios públicos competitivos o liberalizados*, todo ello en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (regulador *ex ante*)<sup>4</sup>.

Luego, continuando con la transición hacia mercados más competitivos, se propone la eliminación de la intervención previa del Estado al desarrollo de las actividades económicas, lo que conduce a la aparición de una regulación de tercera generación, que se afianza en el principio de mínima intervención previa, mientras se refuerzan las potestades de intervención posterior. Se trata de una modalidad de regulación dirigida a incentivar una mayor competencia, donde los responsables de la gestión serán exclusivamente los operadores privados, quienes ya no estarán sujetos a los controles *ex ante* y en consecuencia no deberán obtener habilitación administrativa alguna para ingresar al mercado a realizar las actividades económicas, lo que supone la supresión de las barreras de entrada al mercado para ejercer la libertad de empresa, que sigue estando sometida a supervisión y control *ex post*, en el marco de un mercado libre, en que únicamente se imponen obligaciones de prestación mínima y universal, mediante el modelo de financiación de la formación competitiva de precios en los segmentos del mercado que son disputables y teniendo como excepción, la imposición de tarifas en aquellas actividades que al no ser satisfechas en el ejercicio de las libertades económicas, son declaradas como servicio universal. Esta regulación pretende constituir una modalidad más evolucionada del modelo de Estado de garantía de prestaciones (regulador *ex post*).

La crisis económica experimentada a nivel mundial o global, -según la expresión al uso-, a finales de la primera década del siglo XXI, ha puesto de manifiesto que la tercera generación regulatoria no ha funcionado eficientemente en algunos sectores económicos<sup>5</sup> y ha colocado en peligro tanto las libertades económicas

---

<sup>4</sup> Sabino Cassese, *La Nuova Costituzione economica*, Editori Laterza, Roma, 1995; Giandomenico Majone, *La Communauté Européenne: Un État Régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996; Alberto B. Bianchi, *La regulación económica*, Tomo 1, Ábaco, Buenos Aires, 2001; Luís Ferney Moreno Castillo, *Servicios Públicos Domiciliarios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Miguel Ángel Sendín García, *Regulación y servicios públicos*, Comares, Granada, 2003; Víctor R. Hernández-Mendible, La regulación de los servicios públicos competitivos, *Revista Actualidad en el Derecho Público* N° 21-23, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 229-258; La regulación económica, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*, Tomo II, UCAB, Caracas, 2004, pp. 691-746; Gaspar Ariño Ortíz, *Principios de Derecho Público Económico*, 3a. ed, Comares, Granada, 2004; Mariano Carbajales, *El Estado regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado*, Ábaco, Buenos Aires, 2006; José I. Hernández, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

<sup>5</sup> Meilán Gil, J. L., Regulación económica y crisis financiera. *Derecho Administrativo Iberoamericano. (Discrecionalidad, Justicia administrativa y Entes Reguladores)*. Vol. 1, (Coords. J. Rodríguez Arana-

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

como la satisfacción de las necesidades colectivas. Las consecuencias de la crisis han sido más o menos severas, según la diversificación de las economías nacionales, pero todos los países, en una u otra medida, se han visto afectados, bien en la producción y comercialización de los *commodities* o en la producción de bienes manufacturados y la prestación de servicios, con la consiguiente contracción económica, disminución del poder adquisitivo de los salarios, cierre de empresas, pérdida de puestos de trabajo, desaceleración de las inversiones y disminución del otorgamiento de créditos.

La intención de este trabajo no es mirar por el espejo retrovisor, para comentar qué originó la crisis económica mundial -empezó en 2007, evolucionó durante 2008 y se prolongó hasta 2009- y menos aún, ahora cuando muchos países anuncian su lenta recuperación, ya que este asunto ha sido objeto de foros de reflexión internacional en el G-8, G-9, G-20, las Cumbres de Davos, entre otros.

Este trabajo pretende efectuar un análisis desde el contexto jurídico, económico y social de los países democráticos que integran Iberoamérica, para proponer una modalidad de intervención del Estado, que no suponga tener que elegir por una parte, entre libertad sin regulación, que conduzca al sacrificio del interés general, dado que ello no es posible, pues la libertad necesariamente se encuentra llamada a convivir con éste e incluso sólo es ejercitable en la medida que el interés general sea debidamente satisfecho o por la otra, asumir una posición que promueva una regulación que invada o incluso asfixie las libertades públicas, al extremo de amenazar con su desaparición, pues la regulación debe perseguir un fin compatible con las libertades, asegurando tanto el respeto a los derechos y libertades de todas las personas, como el bienestar general.

Lo que se pretende es analizar desde esta particular perspectiva iberoamericana<sup>6</sup> -evidentemente distinta de la anglosajona, europea y asiática-, cómo el Estado en su moderna expresión de Estado de garantía de prestaciones, debe diseñar una regulación económica dirigida a la consecución de objetivos de interés general.

---

Muñoz, V. L. Benavides Pinilla, J. E. Sheffer Muñón y M. A. Sendín García), Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. Corte Suprema de Justicia de Panamá. Panamá. 2009. pp. 391-420.

<sup>6</sup> Se recomiendan los trabajos de Restrepo Medina, M. A., Adaptación del Derecho Administrativo al cambio de modelo de Estado prestador a regulador. pp. 631-646; Nallar, D., Roles y desafíos de la regulación sobre sectores estratégicos. pp. 681-706; Perrino, P., Reflexiones sobre las facultades normativas de los entes reguladores de servicios públicos en el Derecho argentino. pp. 707-714; Araujo-Juárez, J., Intervención del Estado en la función de prestación, de garantía prestacional o de servicio público. pp. 717-734; Camacho Céspedes, G., Las entidades administrativas fiscalizadoras y la gestión regulatoria de los servicios públicos. pp. 799-820, todos publicados en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela.* (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Tomo II. Ed. Paredes. Caracas. 2009.

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

En efecto, el modelo de Estado de garantía de prestaciones desde el punto de vista jurídico-político constituye la más avanzada expresión del Estado social y democrático de Derecho, en tanto que desde la perspectiva del sistema económico implica el desarrollo de una economía social de mercado, que es justamente donde la regulación encuentra el mejor escenario para lograr la consecución de los objetivos de interés general, es decir, para que se puedan ejercer las libertades económicas (libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa privada) en cuanto sea posible y se produzca la intervención del Estado que sea necesaria, adecuada y proporcional, para que todas las personas cuenten con bienes y servicios de calidad, a buenos precios (libertad de elección para satisfacer las necesidades)<sup>7</sup>.

La regulación para la consecución de objetivos de interés general está llamada a ocuparse de garantizar toda la libertad que sea posible, lo que exige que en algunos supuestos concretos -para garantizar tal libertad-, el Estado deba intervenir conforme a las distintas técnicas establecidas en el ordenamiento jurídico y de manera armónica con tales libertades, imponga aquella regulación compatible con ellas, que sea necesaria, idónea y eficaz para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas.

Es así como la regulación para la consecución de objetivos de interés general debe establecer las condiciones para que la gestión de los servicios públicos, pueda ser efectuada de manera concurrente por los particulares en ejercicio de las libertades económicas y por el Estado en ejercicio de las competencias

---

<sup>7</sup> La Constitución de la República de Venezuela de 1999 reconoce desde la perspectiva política-constitucional –como lo hacen la mayoría de las Constituciones de las democracias republicanas de Iberoamérica-, la existencia de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 2) y en el aspecto económico reconoce la libertad de la iniciativa privada, que se ejerce en un modelo de economía social de mercado, en el que corresponde al Estado actuar en la promoción de los servicios públicos e infraestructuras (artículos 112 y 113), estimular la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 112), reconocer el pluralismo económico y admitir que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa (artículos 112, 115, 302 y 303). También en la Constitución expresamente se asume el principio de concurrencia privada y pública en la actividad empresarial, aunque únicamente se puede realizar ésta, previa autorización de ley y cuando medien razones de conveniencia nacional y de carácter estratégico (artículo 302) e igualmente se encomienda al Estado facilitar y vigilar la libre competencia (artículos 113 y 299), así como la asunción de la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios, en razón de lo que debe garantizarse el derecho a la información sobre los bienes y los servicios que se encuentran en el mercado (artículo 117).

Sin ánimo de agotar la bibliografía sobre la materia, además de la mencionada en anterior oportunidad en Víctor R. Hernández-Mendible, Hacia un régimen común de los servicios públicos competitivos, *El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano, III Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Grijley, Lima, 2008, p. 234, se recomiendan las contribuciones contenidas en esa misma publicación y más recientemente, Vignolo, O. (Coord.), *Teoría de los Servicios Públicos*, Grijley, Lima, 2009 y Zegarra Valdivia, D., Apuntes entorno a la caracterización jurídica de los usuarios de servicios públicos y la actividad de la Administración reguladora, *Modernizando el Estado para un país Mejor, IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 327-346.

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

legalmente atribuidas o que incluso se puedan gestionar a través de las modalidades de participación o colaboración público-privada, de naturaleza institucional o contractual. En el primer supuesto, los particulares requerirán una habilitación administrativa previa para ejercer tales libertades económicas, en tanto que en el segundo, los operadores públicos requerirían la previa habilitación legal.

Se trata de unas libertades reguladas, donde pueden participar múltiples operadores y desarrollar las actividades económicas en un mercado que garantice su ejercicio en tanto ello sea posible, para no afectar las libertades y los derechos de los demás y que por tanto admite la intervención mediante la imposición de limitaciones y obligaciones e incluso la participación empresarial pública, en cuanto sea necesario para garantizar los objetivos generales de satisfacción de las necesidades colectivas que tiene encomendado el Estado, siendo posible en principio, un régimen de financiación competitiva de precios, es decir, que los precios que establezcan los operadores por la prestación de los servicios, no sean producto de una imposición de la autoridad administrativa -sin considerar la innovación tecnológica, la calidad de los servicios o la complejidad de las necesidades que deben satisfacerse-; sino que tales precios necesariamente se fijarán como consecuencia de la oferta y la demanda de los servicios y admitiendo la posibilidad de intervención pública para el estableciendo de tarifas sociales en beneficio de los consumidores y de subsidios o ayudas a las empresas prestadoras, todo ello dentro de un régimen jurídico mixto y concurrente, de derecho público y derecho privado.

Lo expuesto permite apreciar cómo la actividad de prestación, actualmente se encuentra en una nueva etapa, que no estará exenta de la polémica, pues se propone que la institución del servicio público se regule de manera tal que garantice la convivencia de los derechos y libertades económicas reconocidos en la Constitución, con la necesaria intervención del Estado a través de la regulación, para garantizar la efectiva satisfacción del interés general.

### **III. Las libertades posibles en el modelo de Estado de garantía de prestaciones**

El análisis de las libertades posibles en el modelo de Estado de garantía de prestaciones lleva a identificar, cuáles son las libertades económicas que pueden ejercer los operadores con fundamento en el ordenamiento internacional, constitucional y legal.

Ello así, cabe destacar en primer lugar la libertad de empresa, que se manifiesta en tres momentos: la libertad de ingreso, que permite a los operadores la posibilidad de constituir la empresa y tener la garantía de acceso al uso de las



**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

instalaciones esenciales (infraestructuras y redes); la libertad de permanencia, que se traduce en la elaboración de planes y estrategias de inversión, libertad de contratación y de competición; y la libertad de retiro o salida del mercado, sin otras restricciones o límites, que la no afectación del interés general y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones adquiridos con los otros operadores, con los consumidores y los usuarios, así como con las autoridades públicas. La libertad de empresa se ejerce orientada a desarrollar economías de escala y a obtener una ganancia razonable por los operadores económicos, que producen los bienes o prestan los servicios.

En segundo lugar se tiene la libre iniciativa privada, que implica la posibilidad de cada persona de dedicarse a la actividad económica de su preferencia, sin otras limitaciones que las impuestas por el ordenamiento jurídico, en el marco de una sociedad democrática. Es así como los operadores económicos, cuando cuentan con los incentivos propicios y las adecuadas garantías se dedican a ejercer su iniciativa, no solo estableciendo las empresas, sino incluso, realizando actividades e inversiones dirigidas a la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i), que le permitan la introducción de tecnologías de punta, generar nuevos bienes y prestar mejores servicios de calidad, a precios más asequibles.

En tercer término se puede llevar a cabo la libertad de competencia, en virtud de lo cual, los operadores económicos podrán concurrir, realizando distintas ofertas de bienes y de servicios, siempre con respeto a las normas antimonopolios, es decir, no realizando prácticas económicas anticompetitivas y no abusando de la posición de dominio, garantizando así la mayor eficiencia económica en el mercado y el beneficio tanto de los oferentes como de los demandantes de los bienes y los servicios.

En cuarto lugar, debe tenerse presente el derecho de las personas a demandar la producción de bienes y exigir la prestación de servicios de calidad, pero no se trata de cualquier calidad, sino aquella que sea conforme a los estándares técnicos mínimos establecidos, los que se van elevando en la medida que el desarrollo científico y tecnológico, así como el avance de la Sociedad del Conocimiento y la Innovación lo imponen.

Interrelacionado con el anterior, es el derecho de las personas a que se les brinde información adecuada y no engañosa sobre los bienes o servicios que demandan, debiendo esta información señalar el contenido y características de los productos y servicios, para que el interesado pueda saber si se ajusta a sus necesidades y en consecuencia, proceder a adquirirlos o contratarlos.

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

Ello conlleva el derecho a la libertad de elección, lo que implica la existencia de pluralidad de ofertas, valga decir, la producción de bienes y prestación de servicios de distinta calidad -que nunca pueden ser inferiores a los mínimos técnicamente establecidos-, modalidades y precios, que permitan la existencia de una oferta variada y que como consecuencia las personas tengan la posibilidad de elegir libremente los bienes o servicios que desean utilizar o consumir para satisfacer sus necesidades básicas, teniendo en cuenta su poder adquisitivo y sus auténticas necesidades.

Finalmente, aunque no menos importante, el derecho de los consumidores y usuarios a exigirle a los productores de bienes y prestadores de servicios, que le dispensen un trato equitativo y digno.

Todos estos derechos deben estar acompañados de las adecuadas garantías para hacerlos efectivos, entre las que cabe mencionar: Los procedimientos administrativos y los procesos jurisdiccionales necesarios para garantizar la defensa de los consumidores y los usuarios; las normas que definan los mecanismos de control de calidad y seguridad de los bienes y los servicios; así como las modalidades de resarcimiento de los daños ocasionados y de las sanciones correspondientes a quienes lesionen tales derechos.

#### **IV. La regulación necesaria en el modelo de Estado de garantía de prestaciones**

Hay que tener presente que no se regula por el único fin de intervenir en la actividad económica, sino porque existe una necesidad colectiva, que exige la actuación del Estado para garantizar tanto el ejercicio de las libertades económicas, como para lograr la satisfacción de dicha necesidad.

Ahora bien, para determinar las razones que justifican intervenir a través de la regulación, se deben tener presentes los aspectos jurídicos, económicos y tecnológicos, que van a incidir en aquellas actividades concretas que demanda la sociedad para la satisfacción de sus necesidades esenciales y que hacen imprescindible el establecimiento de una regulación específica, en tanto, que aquellas actividades cuya realización satisface las necesidades de las personas, mediante el libre juego de la oferta y la demanda, en principio no necesitan ser reguladas, siendo la libertad de competencia entre operadores económicos y la libertad de elección entre los consumidores y los usuarios, la llamada a garantizar la efectiva competencia y la satisfacción universal de las necesidades básicas de las personas.

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz. (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

Esto conduce a analizar ¿qué implica la regulación?<sup>8</sup> La regulación para la consecución de objetivos de interés general no supone otra cosa que el establecimiento de las condiciones para armonizar las relaciones entre los agentes económicos y en consecuencia, permitir la eficiencia en la distribución de bienes y servicios, con el objeto de lograr la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, cuando el mercado no es capaz de lograrlo plenamente, de manera libre y espontánea.

La regulación para la consecución de objetivos de interés general se realiza a través de la ordenación, supervisión y control de la actividad económica que realizan los agentes económicos, en régimen de libre competencia entre operadores privados, públicos o mixtos.

Este modelo de regulación por una parte reconoce la libertad de empresa y la libre iniciativa empresarial, y por la otra, persigue ordenar el mercado de manera eficiente, garantizando así la satisfacción del interés general. Este nuevo modelo se construye sobre la base de los siguientes presupuestos:

### *1. La regulación del buen gobierno corporativo*

Justamente con la finalidad de prevenir situaciones como las experimentadas en las economías desarrolladas durante la primera década del siglo XXI, en algunas de las grandes corporaciones, resulta necesario que las autoridades reguladoras establezcan reglas destinadas a la protección de los derechos de los accionistas, sin discriminación, es decir, mayoritarios y minoritarios, mediante el establecimiento de normas que exijan mejores y buenas prácticas en la gerencia

---

<sup>8</sup> Sobre la regulación económica puede verse con provecho Brito, M. y Delpiazzo, C. *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo. 1998; Tornos Mas, J. La actividad de regulación. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Tomo I. Tirant lo Blanc. Valencia. 2000. pp. 1329-1342; Bianchi, A. *La Regulación Económica*. Tomo I. Ábaco. Buenos Aires. 2001; Moreno, L. *Servicios Públicos Domiciliarios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001; Delpiazzo, C. Los Derechos Fundamentales y la Libertad Económica. *El principio de Legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*. Funeda. Caracas. 2004. pp. 59-83; Moraga Klener, C. Cuestiones Generales sobre la Regulación Administrativa. *Revista de Derecho Público*. Vol. 66. Santiago de Chile. 2004. pp 391-404. Comadira, J. R. Servicios Públicos y Regulación Económica. *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005. pp. 135-203; Hernández-Mendible, V.R. El Ente Regulador de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento. *A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. N° 14. out/dez. Belo Horizonte. Brasil. 2003; La Regulación Económica. *Tendencias Actuales del Derecho Público. Libro Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*. Tomo II. UCAB. Caracas. 2004. pp. 691-746; La Actividad de Servicio Público y la Regulación Bancaria. *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las Formas de la Actividad Administrativa*. Funeda. Caracas. 2005. pp. 87-106; y, Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa. *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005. pp. 313-346; todos mis trabajos pueden ser consultados en [www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com)

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

empresarial; que se imponga la transparencia en la información corporativa, que deberá suministrarse en atención de los distintos grupos o públicos de interés y que se precisen claramente las distintas clases de responsabilidades de quienes gobiernan las organizaciones empresariales y a quienes le deben rendir cuentas.

La regulación del buen gobierno corporativo, no debe implicar la sustitución de éste, por el gobierno estatal o por el regulador técnico de la actividad, pero sí debe implicar el establecimiento de reglas previas, que le indiquen a los presidentes, administradores o directivos de las empresas, qué pueden hacer, cuándo lo deben hacer, cómo lo deben hacer y qué puede suceder en caso de que incumplan, falten o infrinjan el código de buen gobierno corporativo.

## *2. La regulación de los aspectos técnicos*

Las autoridades reguladoras tienen el deber de establecer los criterios técnicos de calidad y seguridad de la producción de los bienes y la prestación de los servicios, para garantizar la vida, la salud y la integridad física de las personas que deben consumirlos o usarlos. De allí que resulte exigible a los operadores económicos, la producción de los bienes y la prestación de los servicios que cumplan con determinados estándares mínimos de calidad y seguridad, los cuales se consideran idóneos en el actual grado de desarrollo que ha alcanzado la Sociedad del Conocimiento y la Innovación, para garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas. A partir de allí, todo lo que se investigue y desarrolle para ampliar y mejorar tanto la calidad como la seguridad y que además redunde en mejores precios para los consumidores y los usuarios, será siempre bienvenido.

Los operadores deben producir los bienes y prestar los servicios de manera eficiente, regular y continua, garantizando la cobertura universal, lo que exige que se establezcan las reglas para asegurar, que en el supuesto de ello no lograrse en ejercicio de las libertades económicas, se conozcan anticipadamente cuáles serán las actuaciones previsiblemente exigibles y esperables de los operadores, para garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas.

## *3. La regulación de los aspectos económicos*

La aspiración de las personas cuando se comportan como consumidores o como usuarios es obtener los bienes y servicios de calidad y seguridad, a los mejores precios, es decir, que sean económicamente asequibles.

Dado que los consumidores y los usuarios pretenden disfrutar siempre de precios asequibles y los operadores pretenden rentabilizar al máximo la

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

empresa, obteniendo la mayor ganancia lícitamente posible, no cabe duda que va a surgir un conflicto de intereses entre aquéllos y éstos.

Es por ello que se requiere una oferta abundante de los operadores y una demanda proporcional de los consumidores y los usuarios, en cuyo caso las transacciones mercantiles se realizan conforme a las reglas naturales de la oferta y la demanda, lo que permite satisfacer tanto las necesidades de unos a buenos precios, como la rentabilidad esperada por los otros, sin que el Estado deba intervenir en dicho intercambio comercial.

Ahora bien, existen ocasiones en las cuales la oferta de la producción de los bienes o la prestación de los servicios no se realiza a precios que sean asequibles para los consumidores y los usuarios, lo que les impide satisfacer sus necesidades básicas, por no poder demandar los bienes o utilizar los servicios. Pero también, puede suceder que al imponerse unos precios asequibles para los consumidores o los usuarios por debajo de los costos de producción o de prestación, los operadores no se sientan estimulados a producirlos o prestarlos, lo que conlleva a la desaparición de la oferta, sin que sea procedente imponerles efectuar las transacciones económicas a riesgo de su propia ruina, pues nadie puede ser obligado a producir bienes o prestar servicios por debajo de los costos y sin tener derecho a obtener una ganancia razonable.

En estos casos, se impone la necesidad de intervención del Estado para garantizar tanto el ejercicio de las libertades económicas como la satisfacción del interés general, lo que debe realizarse mediante la definición de una política de estímulos directos a las empresas (subsidios) o del establecimiento de una tarifa social a los consumidores y los usuarios, que les permita adquirir los bienes o usar los servicios a precios asequibles, mientras los operadores obtienen un ingreso que les permita cubrir los costos de producción o prestación y la aspirada ganancia razonable.

En cualquier caso, el diseño de esta política de ayudas públicas debe distorsionar lo mínimo posible la competencia y únicamente debe implementarse cuando sea absolutamente necesaria, para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas.

## **V. Los instrumentos para la regulación en el modelo de Estado de garantía de prestaciones**

La regulación es una función pública, que se traduce en la intervención del Estado en aquellas actividades en las cuales se encuentra presente el interés general. Este interés debe ser satisfecho con sujeción a las disposiciones y reglas que deberán contener las obligaciones jurídicas concretas que se podrán

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

imponer a los operadores económicos y cuyo cumplimiento debe ser normado, ordenado, supervisado o controlado por una autoridad administrativa.

Con el objeto de lograr tal finalidad, el Estado crea un ente regulador cuya misión es vigilar que los operadores económicos en el ejercicio de la libertad de empresa y la libre iniciativa empresarial satisfagan el interés general y cuando ello no sea posible en disfrute de tales libertades, asegurar que éste se satisfaga mediante el establecimiento de los mecanismos que aseguren el cumplimiento efectivo de obligaciones concretas o que incluso, dicho ente regulador imponga coercitivamente las mismas, en caso que sea estrictamente necesario.

El ente regulador conforme a las potestades que le atribuya el ordenamiento jurídico puede otorgar o revocar habilitaciones administrativas (autorizaciones, permisos, licencias), requerir información, dirigir órdenes a los operadores económicos, intervenir cautelarmente, imponer sanciones, resolver conflictos unilateralmente o por vía de arbitraje, así como eventualmente establecer tarifas de manera excepcional y concreta, y adoptar medidas para proteger a los usuarios y suscriptores<sup>9</sup>.

Además debe garantizar la participación en el desarrollo de la regulación. Tanto los operadores como los consumidores y los usuarios tienen derecho a participar en los asuntos públicos<sup>10</sup> y en concreto tienen derecho a participar efectuando propuestas, sugerencias, recomendaciones y proposiciones dentro del procedimiento administrativo regulatorio. Éste puede clasificarse en varias categorías: En lo que respecta a los actos administrativos generales, se tienen tanto el procedimiento administrativo general de consultas públicas, como el procedimiento administrativo especial de las audiencias públicas,<sup>11</sup> regulados en algunos ordenamientos sectoriales. En lo que respecta a los actos administrativos individuales, se encuentran tanto el procedimiento administrativo especial que contemple cada ley o reglamento sectorial, como en el procedimiento administrativo ordinario, que se aplica en ausencia de uno especial, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Procedimientos Administrativos.

---

<sup>9</sup> Hernández-Mendible, V. R. *Telecomunicaciones, Regulación y Competencia*. Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2009. pp. 187-216.

<sup>10</sup> Véanse los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 21.1 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, 20 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, y 23.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>11</sup> Gordillo, A. Estado Actual del Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*. N° 5. Buenos Aires. 1993. pp. 307-313; y del mismo autor, *Tratado de Derecho Administrativo*. 6ª ed. Tomo II. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2003. [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com); Hernández-Mendible, V.R. El Ente Regulador de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento. A & C. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. N° 14. out/dez. Belo Horizonte. Brasil. 2003. [www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com)

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

También se requiere una protección del medio ambiente<sup>12</sup>. El desarrollo de las actividades económicas susceptibles de generar daños en el medio ambiente, deben ser objeto de una política pública orientada a la conservación y mejora del mismo, lo que conduce a garantizar la participación de todos los agentes económicos en la toma de decisiones. Por ello, cuando se pretenden desarrollar actividades susceptibles de degradar el medio ambiente, debe efectuarse un estudio previo de impacto ambiental, a los fines de garantizar el equilibrio ecológico y permitir el desarrollo sostenible. La protección del medio ambiente no supone únicamente un principio de carácter ético<sup>13</sup>, sino un auténtico derecho público subjetivo de las personas, que pueden ejercer individual o colectivamente y que genera como contrapartida varias obligaciones para los operadores económicos<sup>14</sup>. Éstas son fundamentalmente las siguientes: La obligación de no contaminar o degradar el medio ambiente, la obligación de restauración del medio ambiente que ha sido destruido o degradado y la obligación de pagar la indemnización por lo que se ha contaminado.

## **VI. Consideraciones finales**

Se ha producido una transformación del modelo de regulación tradicional (primera generación), por el modelo de regulación para la competencia (segunda generación).

Este modelo avanzó hacia uno de mínima intervención, reduciendo los controles *ex ante* y reforzando los controles *ex post*, dando paso a una regulación para incentivar más competencia (tercera generación).

La crisis económica mundial ha puesto de manifiesto que la tercera generación regulatoria no ha funcionado eficientemente y ha colocado en peligro tanto las libertades económicas, como la satisfacción de las necesidades colectivas.

La propuesta de regulación para la consecución de los objetivos de interés general, reconoce la necesidad de coexistencia tanto de las libertades

---

<sup>12</sup> Con provecho, Villegas Moreno, J. L., *Derecho Administrativo Ambiental*, Sin Límite, San Cristóbal, 2009; y del mismo autor, La protección del ambiente como desafío del Derecho Administrativo Contemporáneo. *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela.* (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Tomo I. Ediciones Paredes. Caracas, 2009, pp. 739-798.

<sup>13</sup> Brito Checci, M., Medio Ambiente: su proyección científica, técnica, jurídica y de valores. El compromiso del Derecho. *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela.* (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Tomo I. Ediciones Paredes. Caracas, 2009, pp. 717-738.

<sup>14</sup> Mejía, H. A., El reconocimiento al derecho a un medio ambiente sano, *El derecho público en Iberoamérica. Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo.* Universidad de Medellín-Temis, Bogotá. 2010. pp. 147-170.

**La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. ISBN: 978-84-8126-926-0**

económicas, como de la intervención pública que sea idónea, adecuada y eficaz para lograr tales objetivos.

Esta modalidad de regulación admite que no siendo la satisfacción del interés general un monopolio de la Administración Pública, éste puede ser satisfecho por los particulares en el ejercicio de las libertades económicas y bajo el control de aquélla.

La regulación para la consecución de objetivos de interés general se inserta en el modelo de Estado de garantía de prestaciones, acorde con los postulados del Estado social de Derecho, que luego de un proceso de reingeniería ha asumido una nueva misión y una nueva visión en el marco de una economía social de mercado.

Se trata de armonizar el ejercicio y respeto de la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre concurrencia, tanto de los operadores privados como de los derechos de los consumidores de los bienes y los usuarios de los servicios, con las potestades públicas necesarias para que las personas logren tener buenos bienes y servicios, a buenos precios que satisfagan sus necesidades, garantizando así la cohesión social en aquellos escenarios donde tales libertades no sean capaces de garantizarla.

En fin, la regulación para la consecución de objetivos de interés general pretende garantizar la gobernanza económica, dándole sentido material al brocárdico: *Tanta libertad como sea posible y tanta regulación como sea necesaria.*