

EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DEL AÑO 2014: La ineficiencia y “mala” administración como consecuencia de su aplicación

María Lidia Álvarez Chamosa¹

RESUMEN:

El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2014 tanto en la Exposición de Motivos como en su articulado menciona en varias ocasiones la búsqueda de la eficiencia. La referencia a este principio no es novedosa pero su logro no siempre se adecúa a lo que el texto de la norma consagra puesto que ejecutar alguno de sus artículos con apego estricto al principio de legalidad tal y como se expondrá en las siguientes líneas, deriva en tardanza, inejecución, encarecimiento y otros signos de ineficiencia de la Administración Pública.

PALABRAS CLAVES:

Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2014, eficiencia, ineficiencia, principio de legalidad, buena administración, mala administración.

ABSTRACT:

The Decree with Rank, Value and Force of Law on Public Procurements of 2014, both in the Explanatory Statements and in its articles, mentions on several occasions the pursuit of efficiency. The reference to this principle is not new, but its achievement does not always conform to what the text of the norm enshrines. This is due to the fact that executing some of its articles with strict adherence to the principle of legality, as it will be exposed in the following lines, derives in tardiness, non-execution, price increase and other signs of inefficiency of the Public Administration.

KEYWORDS:

The Decree with Rank, Value and Force of Law on Public Procurements of 2014, efficiency, inefficiency, principle of legality, good administration, bad administration.

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo presento una reflexión relacionada con el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2014: la

1 Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello

ineficiencia y “mala” administración como consecuencia de su aplicación para lo cual se expondrán unos puntos previos relacionados con el Decreto-Ley, luego se hará mención al concepto de eficiencia administrativa y la buena administración, lo que por argumento en contrario definiría la ineficiencia y consecencial “mala” administración. Después de esta breve exposición, se plantearán una serie de situaciones y la eventual contradicción que se genera para su solución entre el principio de eficiencia y el principio de legalidad, ambos parte de la buena administración para finalizar con las conclusiones derivadas del estudio realizado.

I. Puntos previos

Consta en la Exposición de Motivos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas promulgado en el año 2014 (en lo sucesivo Decreto-Ley de Contrataciones Públicas o Decreto-Ley)² que la Ley Habilitante conforme a la cual el Presidente de la República dictó esa norma “...enmarca el actual proceso de construcción de un sistema de gobierno popular que permita...forjar una cultura de servidor público de eficiencia o nada...”³. También refiere la aludida exposición a la necesidad de impulsar la *eficiencia* de la gestión pública tomando como base para ello un informe de la Contraloría General de la República según el cual debido a las debilidades que se evidenciaron en materia de contrataciones se recomienda la adopción de acciones correctivas, buscando entre otras cosas garantizar que las mismas se fundamenten en principios tales como el de *eficiencia*.

A su vez el texto del Decreto-Ley menciona el término en cuestión, como es el caso del artículo 2 que contempla a la *eficiencia* entre los principios que deben respetarse y el artículo 37 vinculado al Servicio Nacional de Contrataciones según el cual sus competencias tienen por finalidad lograr una mayor *eficiencia*.

Todo esto implica el desarrollo o al menos la aplicación en primer grado jerárquico de preceptos constitucionales contenidos en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999 y 2009)⁴ por los que la

2 Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, 6.154 (Extraordinario) noviembre 19, 2014. Extraído de www.snc.gob.ve/file/267/download?token=bqaBSRxg

3 Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se le delegan. *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 6.112 (Extraordinario) noviembre 19, 2013. Extraído de <http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/Ley-habilitante-2013.pdf>

4 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000. Esta Constitución fue objeto de enmienda en el

Administración Pública se encuentra al servicio de los ciudadanos y se fundamenta, en el principio de *eficiencia*, además de otros como son la eficacia, transparencia, honestidad, participación, celeridad, rendición de cuentas y responsabilidad con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Aunado a lo anterior otras normas mencionan la eficiencia en el quehacer de la Administración Pública, como por ejemplo el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública (2014)⁵ según el cual la *eficiencia* se encuentra entre los principios con base a los cuales se desarrollará la actividad de la Administración Pública (artículo 10), aunque también y del lado del denominado *softlaw* puede encontrarse la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los Ciudadanos con relación a la Administración (2013)⁶ cuyo Preámbulo expresa tratarse de un marco de referencia para ordenar los derechos y deberes del ciudadano (persona, habitante) en la medida que no se oponga a la legislación interna. Tal texto de considera que en la búsqueda del bien común o del interés general, el ciudadano es el centro, es protagonista, titular de derechos frente a una Administración Pública que debe atender las necesidades de la persona (pero no de cualquier forma -agregado nuestro-) sino entre otros aspectos con calidad, eficacia, eficiencia, en un plazo razonable, es decir, actuando como “buena” y no como “mala” Administración. Pues existe según la Carta un principio, un derecho fundamental y correlativamente un deber de Buena Administración como “...obligación inherente a los Poderes Públicos...”⁷ y deber de la Administración Pública al buscar “...la mejora integral de las condiciones de vida de las personas...”⁸, contemplando a la eficiencia dentro de sus principios.

año 2009 sin alterar el artículo 141. *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5,908 (Extraordinario), febrero 2, 2009. Extraído de <http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>

- 5 *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 6,147 (Extraordinario), noviembre 17, 2014. Extraído de <http://www.conatel.gob.ve/wp-content/uploads/2015/02/Ley-Org%C3%A1nica-de-Administraci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf>
- 6 Aprobada mediante una reunión presencial-virtual en la ciudad de Caracas (octubre 2013) por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), organismo internacional de carácter intergubernamental, en cumplimiento del mandato de la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (Panamá, junio 2013). El contenido de la Carta Iberoamericana puede consultarse en <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2014/12/Carta-Iberoamericana-de-los-Derechos-y-Deberes-del-Ciudadano-en-Relaci%C3%B3n-con-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf>
- 7 Preámbulo de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los Ciudadanos con relación a la Administración.
- 8 Preámbulo de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los Ciudadanos con relación a la Administración.

II. Eficiencia administrativa (buena administración)

Se debe partir del hecho que en la Constitución venezolana (artículo 141) se menciona la eficiencia como principio en el que se fundamenta la Administración Pública aunque sin mencionar el término “buena administración” ni como principio ni como derecho, a diferencia por ejemplo del caso europeo, en el cual acorde al profesor Hernández (2015)⁹ ha surgido de manera progresiva el derecho a la buena administración como manifestación concreta de la visión vicarial -al servicio de los ciudadanos- de la Administración, reconocida en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y derivado de la jurisprudencia de la Unión que “...insistió en proscribir la *“mala Administración”*” (p.28). Señala el mismo autor que la noción de “mala administración” se podía observar de forma expresa en la Constitución de Venezuela del año 1811, al indicar en su artículo 191, entre otras cosas, que de todos los Gobiernos el mejor es el que esté más resguardado de los peligros de la mala administración.

Vinculado a lo anterior, el profesor Hernández citando a Carlos García en un análisis comparativo del artículo 103.1 de la Constitución Española¹⁰ y el 141 venezolano señala que los postulados en su oportunidad presentados con relación al artículo 103 por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer podrían aplicarse al artículo 141. A tal efecto de lo transcrito por el profesor Hernández en su obra citando a los señalados autores, es interesante resaltar específicamente las notas que caracterizan a la Administración Pública actual cuales son

“...el principio de legalidad rigurosamente entendido, el principio de la Administración prestadora de servicios, el principio de sometimiento a la ley, pero también hay que considerar que la Administración es un ente instrumental que está al servicio de la comunidad y de los ciudadanos, lo mismo que el planteamiento de sometimiento a la norma es llevar a ejecución la ley. Esta alusión a la diligencia, esta alusión a la imparcialidad, hacen que entendamos que la fórmula propuesta es una fórmula pensada, equilibrada, en la que nada sobra, pero que mantiene un cierto equilibrio con la idea esencial de que la

9 Hernández, José Ignacio, “Eduardo García de Enterría y la renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 6, 2015 Extraído de http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/01/Eduardo-Garci_a-de-Enterri_a-y-la-renovacio_n.pdf

10 La Administración sirve con objetividad a los intereses generales y actúa acorde a los principios de jerarquía, eficiencia, descentralización, desconcentración y coordinación, con pleno sometimiento a la ley y al derecho: Constitución Española. (1978). *BOE número 311*, diciembre 29, 1978. Extraído de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Administración Pública es un ente al servicio de los ciudadanos...¹¹

Sin embargo la justificación del artículo 141 constitucional no queda muy clara del debate constituyente que originó tal disposición ya que poco se discutió al respecto¹². A su vez la Exposición de Motivos de la Constitución¹³ menciona la eficiencia, eficacia, honestidad, etc., entre los principios rectores, términos respecto a los cuales la aludida Exposición indica que no ameritan mayor explicación. En todo caso, según el texto de dicha exposición, tales principios expresan de forma clara el nuevo camino a seguir por los funcionarios del Poder Público, obedeciendo a que las funciones de la Administración Pública (sujeción al servicio público, estar al servicio ciudadano) implican un cambio de cultura y de hábitos hasta ese momento desviados en función a satisfacer intereses subalternos, que facilitaban además de la corrupción, la ineficacia y la ineficiencia.

En definitiva, una vez aprobada la Constitución en el año 1999, el artículo 141 y con él la eficiencia, se ubicó en el Título IV “Del Poder Público”, Capítulo I “De las disposiciones fundamentales”, por tanto no forma parte de los “derechos y garantías” contenidos en el Título III de la Constitución, pero puede catalogarse como un principio como lo es también el principio de legalidad referido tanto en el artículo 141 (legalidad administrativa) como en el 137 constitucional.

Comprendiendo entonces que si bien no hay una mención explícita, la normativa constitucional venezolana acoge la buena administración –al menos como principio- y señala algunos de sus aspectos: eficiencia, eficacia, celeridad, sometimiento pleno a la ley, etc. no se explica en el texto del articulado y no tiene por qué hacerlo por su textura abierta, qué significa eficiencia, pero tampoco lo hace su Exposición de Motivos, por lo cual debe acudir a otros instrumentos o a posturas doctrinarias para definir tal principio y en definitiva determinar si acorde a las nociones que ellos proporcionan el Decreto-Ley de Contrataciones Públicas objeto de análisis se ajusta en su regulación al logro de tal postulado en la satisfacción de las necesidades ciudadanas.

11 Hernández, José Ignacio, “Eduardo García de Enterría y la renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, cit., pp.26 y 27.

12 Asamblea Nacional Constituyente. (1999). *Gaceta Constituyente*. Diario de Debates sesión ordinaria número 33. Octubre-noviembre 1999. Caracas: Congreso de la República.

13 Indica Brewer-Carías que esta Exposición de Motivos publicada en Gaceta Oficial del 24-03-2000 no fue sometida a referéndum y tampoco fue divulgada antes del 15-12-1999 por tanto no puede considerarse aprobada en los términos de las Bases Comiciales: Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, (4ta. ed., tomo 2), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

Entre los instrumentos normativos la supra citada Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los Ciudadanos con relación a la Administración en el capítulo referido a los principios indica que “La eficiencia obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación a los recursos disponibles...”¹⁴

Por su parte la doctrina indica que la eficiencia es la cualidad de una gestión en la que acorde a un estándar establecido previamente los recursos que se emplean y los bienes o servicios que se producen guardan una proporción adecuada, todo lo cual implica lograr un determinado resultado con el mínimo costo asignando recursos para obtener la mayor productividad o satisfacción.¹⁵

Retomando el análisis del artículo 103.1 de la Constitución española, la Sindicatura de Greuges plantea que dentro de la buena administración la eficiencia implica prestar a los administrados los servicios requeridos con calidad, diligencia y al menor coste posible,¹⁶ para lo cual la mencionada Sindicatura expresa que:

“En este planteamiento “eficientista” destaca el interés para imponer a las administraciones públicas los modelos propios de la empresa privada, dominada por la obtención de resultados visibles con el menor coste posible teniendo en cuenta, eso sí, que el éxito de la empresa está determinado por la satisfacción de los ciudadanos los que algunos, desde esta perspectiva, prefieren calificar de “clientes” (pp.24 y 25).

En definitiva se trata de una demanda social que al instrumentalizar una buena administración vea en la satisfacción de sus “clientes”, esto es de los ciudadanos, el norte de sus actuaciones.

14 Capítulo segundo, numeral 7.

15 Hubeid, F., “Legalidad vs. Eficacia y Eficiencia. ¿paradigmas inconciliables en la administración del siglo XXI?”, presentado en el XVIII Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas. Órganos y Organismos Públicos de Control Externo de la República Argentina. El sistema de control. Los alcances frente a los nuevos desafíos y el modelo institucional, Córdoba, Argentina, 2005, Extraído de [related:www.tribunalesdecuentas.org.ar/index/publicaciones/trabajosrevista/ Legalidad%20y%20eficacia.doc](http://www.tribunalesdecuentas.org.ar/index/publicaciones/trabajosrevista/Legalidad%20y%20eficacia.doc)

16 Sindicatura de Greuges. (2007). *El Derecho a una Buena Administración*. Extraído de http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf. Señala la Sindicatura que el artículo 103 conjuntamente con el 9.3 y 31.2 determinan en la Constitución española la forma de actuar de las Administraciones Públicas y de ellos se deriva implícitamente la buena administración.

III. Decreto con rango, valor y fuerza de ley de contrataciones públicas del año 2014: la ineficiencia y “mala” administración como consecuencia de su aplicación

Visto que la eficiencia se encuentra reseñada en Venezuela tanto a nivel constitucional como en normas de rango legal, en este caso el Decreto-Ley del 2014, deben analizarse alguna de las exigencias contempladas en este último a fin de determinar si puede con ellos obtenerse los mejores resultados posibles con el menor coste, a fin de satisfacer las necesidades de los “clientes” de la Administración Pública, es decir, de los ciudadanos.

Veamos. El artículo 1 del Decreto-Ley indica que salvo las excepciones allí previstas, los procedimientos de este instrumento normativo son de obligatorio cumplimiento. No define qué es un procedimiento pero en el artículo 6 indica que el contratante es el sujeto que ejecuta los procedimientos de selección y administración de los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios. El mismo artículo indica a su vez que son varios los procedimientos de selección, a saber, concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y la modalidad excepcional de contratación directa con acto motivado (artículos 77, 85, 96 y 101 respectivamente). Por otra parte en el artículo 5 se presenta un listado de contratos que quedan excluidos solo de la aplicación de tales modalidades como es el caso de la prestación de servicios profesionales (numeral 1), adquisición de bienes y prestación de servicios con recursos provenientes de caja chica (numeral 11) y otros..

Ahora bien, pudiera suceder que para lograr el funcionamiento de un servicio público (hospitario, de transporte, etc.), se requiera una compra tan pequeña por su monto que podría adquirirse a través de la caja chica (tornillos, clavos o similares) adjudicado directamente por la máxima autoridad (artículo 5), pero pudiera ser algo de mayor calado como reparar un quirófano o una vialidad, siendo que en estos casos dependiendo del monto de la contratación así será la modalidad de selección del contratista (concurso abierto, concurso cerrado o consulta de precios) y en aquellos casos en los que se da la causal como pudiera ser una emergencia comprobada (artículo 101.4) sería válido acudir a modo de excepción a la contratación directa con acto motivado.

Todos los ejemplos señalados tienen algo en común y es que acorde al Decreto-Ley ameritan que el potencial oferente, participante o en definitiva el contratista (ya sea de un clavo, tornillo o de la reparación) independientemente del monto deben estar inscritos en el Registro Nacional de Contratistas (artículo

47) para lo cual este instrumento normativo en específico y de forma expresa no establece excepción alguna a tal exigencia, tal y como se deduce de su Exposición de Motivos, según la cual todos los potenciales oferentes deben inscribirse independientemente del monto de la contratación.

Respecto a esto, el artículo 62 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009)¹⁷ indica que para la inscripción es menester suministrar datos generales, legales, de especialidad y financieros, primero por la página web de dicho órgano y posteriormente llevados al Registro Auxiliar de Contratistas, datos que deben actualizarse anualmente so pena de considerar a quienes no lo hagan como no habilitados (artículo 50 del Decreto-Ley).

A su vez el Decreto-Ley establece que para presentar ofertas por montos superiores a 4000 Unidades Tributarias (servicios y bienes) y 5000 Unidades Tributarias (obras) debe solicitarse adicionalmente una calificación ante el Registro de conformidad con el artículo 48 calificación que define en su artículo 6.14 como “... el resultado del examen de la capacidad legal, técnica y financiera que se le realiza a un participante para que pueda presentar ofertas ” entendiéndose como participante a la persona natural, jurídica o conjunto de ellas que haya adquirido el pliego de condiciones en concurso abierto, o sea, invitado a presentar oferta en concurso cerrado, consulta de precios, contratación directa o los procedimientos excluidos de modalidad de selección (artículo 6.5). Estos pliegos de condiciones¹⁸ deben contener, entre otras cosas, la documentación legal del participante necesaria para la calificación y evaluación de las modalidades establecidas en el Decreto-Ley (artículo 66.1). Debe acotarse que relacionado con esto el artículo 56 eiusdem habla de suficiencia de acreditación por la cual el contratante se abstendrá para efectuar la calificación legal y financiera y de solicitar a los participantes la presentación de documentación o información cuando formalizó su calificación en el Registro Nacional de Contratistas.

Y es entonces que después de este breve recorrido por alguno de los artículos del Decreto-Ley y el Reglamento debemos plantearnos si la normativa que regula la materia de contrataciones públicas propicia la satisfacción de los intereses y necesidades ciudadanas por parte de la Administración Pública o sencillamente contempla severas contradicciones que complican el funcionamiento eficiente y derivan en una “mala” administración.

17 Gaceta Oficial de la República de Bolívariana de Venezuela, 39.181, mayo 19, 2009.

18 El artículo 6.17 del Decreto-Ley indica que los pliegos de condiciones y las condiciones de contratación es el documento en el que se establecen las reglas básicas, requisitos y especificaciones que rigen para las modalidades de selección de los contratistas, así como los procedimientos excluidos de modalidad.

Al respecto se pueden considerar algunas situaciones:

1.- ¿Qué ocurre en los casos de reparación de una calle o un quirófano (por poner algún ejemplo) que se requiere con urgencia? En estos casos la situación extraordinaria permite acudir a la contratación directa como modalidad de selección, pero no faculta obviar el requisito de la inscripción ante el Registro, pudiendo suceder que hipotéticamente ningún posible oferente o participante esté registrado o quien lo esté ofrezca un precio exorbitante en comparación con otros interesados en contratar con el Estado pero que no cumplen con ese requisito. ¿De qué manera esta situación afecta al ciudadano y cómo puede mermar el presupuesto del contratante?

2.- Con la situación inflacionaria que existe en Venezuela a un máximo de 4000 unidades tributarias el procedimiento de consulta de precios para compras, modalidad de contratación que contempla uno de los procedimientos más rápidos del Decreto-Ley, una gran cantidad de adquisiciones que antes y bajo la vigencia del mismo instrumento normativo se resolvían por la consulta de precios, ahora deberán tramitarse por el procedimiento de concurso cerrado o incluso el concurso abierto, ambos con mayor duración y requisitos que la consulta de precios, sin que ello necesariamente redunde en beneficios para el contratante o para los ciudadanos.

Adicionalmente puede suceder, que en la situación mencionada, iniciada la contratación cerrada o abierta de ser procedente, no se presenten participantes porque no estén inscritos o sencillamente aquellos que están registrados y participen ofrecen el bien a precios superiores al que tienen otros posibles proveedores que no lo están.

3.- Y si en el caso anterior por la tardanza del procedimiento el funcionario pudiera contratar directamente para evitar afectaciones graves a las actividades del órgano o ente en virtud del retardo en la contratación (artículo 101.1 del Decreto-Ley), ¿en el supuesto de que los posibles oferentes no estén inscritos y en consecuencia no se pueda contratar con ellos, ello no deriva en ineficiencia administrativa?

4.- ¿Acaso de los anteriores ejemplos se genera que en ocasiones el único criterio de selección de un oferente o participante sea que se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Contratistas, con quien la Administración Pública deberá contratar aunque ofrezca peores condiciones o precios mayores a los de otros proveedores no inscritos? ¿Es esto eficiencia administrativa?

Las respuestas a los casos señalados pasan por el hecho de que el Decreto-Ley de Contrataciones alude a la eficiencia como justificativo de la normativa, pero para poder cumplir con sus metas, en ocasiones la Administración Pública se topa con procedimientos o requisitos que se convierten en obstáculos insalvables especialmente si tomamos en consideración que acorde al principio de legalidad, también principio fundamental de la buena administración, las actividades de los funcionarios deben cumplirse plenamente ajustadas a Derecho.

En este sentido el Decreto-Ley indica que salvo excepciones, los procedimientos allí establecidos son de obligatorio cumplimiento. Parece redundante establecer la obligatoriedad de una norma jurídica, pues en definitiva éstas son imperativas, lo que conlleva a pensar que lo que estableció el legislador es que no son relajables (por tanto son de orden público) y solo aquellas excepciones contempladas en el resto de la normativa que inclusive pudiera abarcar actos discrecionales no son taxativas, puesto que el principio general es que las exigencias del Decreto-Ley no pueden ser objeto de flexibilización.

De lo expuesto, una conclusión es que este instrumento normativo contiene regulaciones que no facilitan la eficiencia administrativa y el inconveniente que se presenta es que ante una necesidad urgente o el requerimiento de un determinado servicio o adquisición de un bien, la Administración Pública puede verse imposibilitada de elegir la eficiencia, cuando su consecución implica el no acatamiento del principio de legalidad.

No es sencilla la respuesta ante la disyuntiva del funcionario de ser eficiente, aunque ello implique la violación del principio de legalidad o atender siempre a este último en desmedro de la eficiencia, cuando el ciudadano requiere de una solución de parte de la Administración Pública.

Al ser tanto la legalidad como la eficiencia principios de la buena administración considerada a su vez como derecho, no luce descabellado pensar que ambos principios tienen *ab initio* y en abstracto igual jerarquía, por tanto en un caso concreto habría que ponderar y lograr la solución proporcional, idónea, necesaria que parta de la base de que el ciudadano es el centro de la actividad administrativa y en consecuencia debe ser satisfecho en sus necesidades pero también que tome en cuenta la existencia de límites preestablecidos en el actuar de la Administración que son columna vertebral del Estado de Derecho. Esta opción derivaría en la imperiosa necesidad de extremar los controles administrativos y judiciales sobre el actuar de los funcionarios, puesto que la ponderación pudiera equivaler a que

en un caso concreto la tensión entre el principio de legalidad y la eficiencia se zanje a favor de esta última.

En este orden de ideas para parte de la doctrina, la buena administración (eficiencia, principio de legalidad, etc.) amerita un actuar legítimo del aparato estatal de manera tal que esta legitimidad:

...es más compleja que la limitada al escrupuloso cumplimiento de la norma habilitante. Y es que administrar bien es algo más que respetar el principio de legalidad. La Administración no puede legitimarse ante sus ciudadanos por el cumplimiento escrupuloso de las normas que la habilitan a actuar. La Administración no puede continuar siendo ese sujeto sin alma, neutro y objetivo, que cumple sin ninguna pasión los cometidos que se le imponen. La Administración debe asumir las preocupaciones de los ciudadanos a cuyo servicio está y debe intentar dar respuesta a sus inquietudes de la mejor manera posible. La Administración, en resumen, debe actuar de acuerdo con el principio rector de la buena administración tratando de que haga realidad toda la variedad de su contenido plural¹⁹

Abundando en lo anterior, la doctrina europea ha señalado la existencia de un “test” de corrección y razonabilidad de buena administración que presenta una lista de principios (legalidad, eficiencia, eficacia, etc.). Sin embargo se indica que no ha de entenderse como una lista en la que de forma mecánica los funcionarios deben chequear si los principios se han cumplido, ya que “*los entes públicos deben usar su juicio en la aplicación de los principios para producir resultados en cada circunstancia de manera que sea razonable, justa y proporcionada*”²⁰.

Sin embargo es fácil advertir que abrir esta compuerta puede hacer peligrar el principio de legalidad, entendido como una suerte de “supra principio” al ser pilar fundamental del Estado de Derecho.

Y es que si al funcionario le es dado optar en un caso concreto por la eficiencia ante la contradicción con la aplicación de una norma, incumpliendo la Ley pero satisfaciendo al ciudadano, puede derivar en un sinnúmero de situaciones en las que de manera injustificada se flexibilice, por decir lo menos, el principio de legalidad.

19 Sindicatura de Greuges. (2007). *El Derecho a una Buena Administración*. Extraído de http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf, pp. 43 y 44.

20 Prats, J. “La búsqueda de principios de Buena administración. Referencia a la experiencia europea”, en *Revista Gobernanza* N° 37, Asociación Internacional para la Gobernanza, la Ciudadanía y la Empresa, noviembre 2015. Extraído de <http://www.aigob.org/category/revista-gobernanza-37>

A este respecto en un trabajo citado en anteriores líneas sobre legalidad, eficiencia y eficacia visto desde la óptica del control fiscal²¹, se considera que es válida y deseable la eficiencia (y eficacia) como elemento de gestión aportado por la administración privada a la pública. Sin embargo, es invocada para la convalidación de procedimientos ejecutados en ocasiones al margen de la legalidad o en franca contradicción con normativas específicas.

El principio de legalidad con su connotación histórica y su innegable importancia a la hora de limitar los desafueros de los funcionarios públicos, implica que estos solo pueden imponer obediencia en nombre de una Ley previa producto de la voluntad comunitaria que legitima al poder²².

Empero, el respeto irrestricto a este principio de legalidad produce -acorde con Hubeid- una especie de parálisis en la actividad administrativa que ha derivado con el tiempo en la creación de mecanismos que le proporcionarían una cierta flexibilidad, para lo cual señala la autora, citando a Giannini, se idearon ciertas “válvulas de escape” como el caso de la discrecionalidad o los poderes implícitos, entre las cuales no puede considerarse la satisfacción de necesidades de manera eficiente u oportuna como fórmula para morigerar el principio de legalidad, puesto que por mínima que sea la inobservancia al ordenamiento jurídico, nunca puede ser considerado intrascendente. A tal efecto la autora menciona casos en que alegando la adjudicación a una oferta más ventajosa, se incumplen procedimientos licitatorios (equivalente a las contrataciones públicas) vulnerando con ello principios de orden público y respecto a los cuales no se puede sacrificar el principio de legalidad en aras de una actuación eficiente, ya que no es dable otorgarle a la eficiencia mayor rango que el de ser un parámetro para optimizar una gestión.

Propone Hubeid que entre eficiencia y el principio de legalidad existe una contradicción aparente. No se trata de principios contradictorios, ya que en definitiva forman parte de la actuación estatal, es decir, en virtud del principio de legalidad los funcionarios deben cumplir con satisfacer necesidades ciudadanas porque para eso están facultados, pero a su vez si pretenden actuar conforme a tal principio no puede gastar injustificadamente recursos porque con ello estarían transgrediendo el ordenamiento jurídico, siendo entonces que el funcionario debe en su actuar ser eficiente en el empleo mínimo de recursos para la obtención de resultados satisfactorios, y de esa manera evitar futuras responsabilidades.

21 Hubeid, F. “Legalidad vs. Eficacia y Eficiencia. ¿paradigmas inconciliables en la administración del siglo XXI?”

22 García de Enterría, E. y Fernández, T. *Curso de Derecho Administrativo*, (reimpresión revisada, tomo 1). Madrid: Civitas, S.A.

En definitiva, en vez de conculcar el principio de legalidad con fundamento en la satisfacción eficiente de intereses y necesidades ciudadanas, lo propio es cumplir con el ordenamiento jurídico en el tiempo que corresponde, porque la eficiencia no es un fin en sí mismo, es solo un instrumento de optimización de la gestión pública²³

IV. Conclusiones

- 1.- El artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla una serie de principios que deben regir el actuar de la Administración Pública, entre los cuales se encuentran, entre otros, la eficiencia y el principio de legalidad.
- 2.- Un análisis doctrinario del artículo constitucional ha concluido que el mismo se refiere a la “buena administración” reconocida al menos en otras latitudes como un derecho del ciudadano.
- 3.- El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2014 contempla en su Exposición de Motivos y su articulado el principio de eficiencia, con lo cual aplica el artículo 141 constitucional.
- 4.- Este Decreto-Ley establece entre los requisitos para contratar con el Estado, independientemente del monto de la contratación, estar inscrito ante el Registro Nacional de Contratistas, para lo cual es menester reunir una serie de condiciones y cumplir una cantidad de requisitos por parte de los oferentes o participantes en los procedimientos. También contempla procedimientos agravados, esto es, con mayor tramitación y plazos para contrataciones que exceden de ciertos montos, lo que en ocasiones no garantiza que se esté eligiendo el mejor proveedor, y al contrario, se puede generar tardanza en la satisfacción de necesidades e intereses ciudadanos.
- 5.- Estas exigencias pudieran derivar en ineficiencia y “mala” administración, puesto que en virtud de ellas en ocasiones es imposible satisfacer necesidades ciudadanas, con lo cual el Decreto-Ley presenta una contradicción entre sus postulados y los efectos que genera su aplicación.
- 6.- Esta contradicción entre las exigencias que deben realizar los funcionarios a los interesados en contratar con el Estado en virtud de normas de orden público que regulan la materia y la necesidad de centrar su actividad en la satisfacción de las

23 Hubeid, F. “Legalidad vs. Eficacia y Eficiencia. ¿paradigmas inconciliables en la administración del siglo XXI?”

necesidades e intereses ciudadanos no es fácil de resolver, ya que el hecho cierto es que el Decreto-Ley no contempla excepciones de forma expresa en cuanto al registro o señala montos en unidades tributarias que deben ser acatados a los fines de escoger entre las diversas modalidades de contratación la que se ajusta a los supuestos en él contenidos. Mientras esta normativa esté vigente, el permitir que los funcionarios opten por satisfacer necesidades ciudadanas a costa del principio de legalidad, puede derivar en situaciones difíciles de ser controladas y en definitiva atentatorias de la seguridad jurídica que de alguna manera está cimentada, entre otros, en la obligación del funcionario de actuar solo cuando le está permitido por ley.

- 7.- Sin embargo la concepción de la actuación de la Administración Pública estrictamente apegada a Derecho, puede derivar en demoras u omisiones en el cumplimiento de cometidos frente al ciudadano que lo que necesita son soluciones reales, oportunas y al que poco convence que no se le proporcionen debido a la inflexibilidad de la norma. Como se planteó en el trabajo al final, lo que sucede es que en muchos casos el único requisito exigible a un oferente o proveedor es que esté inscrito lo que no redundaría en la eficiencia administrativa.
- 8.- No falta quien señale que el problema no es la antinomia entre el principio de legalidad y la eficiencia, alegando que dicha fricción no es real sino aparente. Que el verdadero problema estriba en la redacción contradictoria del Decreto-Ley o que este no ofrece opciones o no contempla excepciones que permitan flexibilizar su aplicación. Esto es verdad, pero también es cierto que mientras tal instrumento normativo mantenga su vigencia, existe la posibilidad de que en un caso concreto la Administración sea ineficiente y ello genere severos daños al ciudadano. Esta postura solaparía en todo momento la eficiencia ante el principio de legalidad y al funcionario solo le bastaría alegar la inexistencia de una norma que le permita actuar con cierta flexibilidad para justificar su ineficiencia.
- 9.- Y mientras el instrumento normativo se adecúa y abre compuertas para lograr una actuación eficiente de la Administración, a fin de evitar violaciones al principio de legalidad, lo deseable sería que en la medida de los presupuestos y dentro de las planificaciones anuales, los entes y órganos de la Administración Pública tomen las decisiones oportunas y ejecuten los procedimientos de contratación cumpliendo con los requisitos de Ley, previsión que no resuelve el hecho que ante ciertas situaciones la aplicación inflexible del principio de legalidad impida con el menor coste y tiempo posible, satisfacer al ciudadano que en definitiva es el punto medular de la actuación administrativa.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR POR CREAR CONDICIONES ADVERSAS A LOS CONSUMIDORES POR SUS EFECTOS ECONÓMICOS. UN ESTUDIO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Miguel Ángel Basile Urizar¹

RESUMEN:

El presente estudio tiene como objeto analizar si la regulación dictada con la finalidad de proteger a los consumidores puede resultar inconstitucional por crear, paradójicamente, condiciones adversas a tales personas, los consumidores, por virtud de sus efectos económicos. En tal sentido, se examina como ejemplo el régimen jurídico del control del margen máximo de ganancia establecido en el vigente Decreto N° 2.092, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos y las demás providencias dictadas a tal efecto.

PALABRAS CLAVES:

Protección al consumidor; control de precio; margen máximo de ganancia.

ABSTRACT:

The present study aims to analyze if the regulation that has been dictated in order to protect the consumers may result unconstitutional for creating, paradoxically, adverse conditions to those persons, the consumers, because its economics effects. In that sense, it is examined the maximum income margin control established in the Decree N° 2.092 with Range, Value and Force of Organic Just Prices Law and the other regulations dictated in such matter.

KEYWORDS:

Consumer protection; price control; max income margin control.

1 Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, con mención honorífica *summa cum laude*.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objeto analizar si una regulación dictada con la finalidad de proteger a los consumidores puede resultar inconstitucional por crear, paradójicamente, condiciones adversas a tales personas, los consumidores, por virtud de sus efectos económicos, desde la perspectiva de la evolución jurisprudencial en Venezuela.

La pertinencia de ese objeto la encontramos en que, en nuestro criterio, la regulación que actualmente está vigente en Venezuela en esa materia ha sido uno de los principales causantes de que se hayan creado condiciones negativas para la economía venezolana, en conjunto con otros factores. Esa situación se podría observar en el marco de distintos sectores de la economía y del derecho, pero en el caso en concreto nos interesa analizar esa dinámica en el marco de las normas que regulan la relación de consumo.

En tal sentido, debemos aclarar que se trata de un estudio que se plantea únicamente desde la perspectiva de la protección al consumidor como un concepto afectado por la propia regulación, a pesar de que sea utilizado como su fundamento. Ello, sin perjuicio de que existan posibles afectaciones a otros derechos restringidos que influyan decisivamente en la validez de una norma, como bien puede ocurrir en el caso del derecho a la propiedad, libertad económica, entre otros. Por tal motivo, incluso cuando los derechos a la propiedad y libertad económica son fundamentales al momento de verificar la constitucionalidad de regulaciones, en esa materia su análisis no formará parte de este estudio.

Esa distinción la hacemos en vista de que con base en la jurisprudencia venezolana la libertad económica o de empresa se trata de un derecho que ha sido limitado fuertemente en comparación a la concepción que inicialmente la misma jurisprudencia y la doctrina patria le otorgaba, para llegar al punto de asumir una posición en la cual se concibe como un mero principio. Sobre la base de ese (des) avance jurisprudencial también se le dio un papel más preponderante a la protección al consumidor, en tanto opera como un auténtico derecho subjetivo social o en un principio o política constitucional, los cuales debilitan naturalmente a los derechos individuales, sobre la base de un concepto particular del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, en el estado actual de la jurisprudencia pareciera cada vez más ilusorio pretender oponer la libertad económica contra las normas que invocan como fundamento la protección al consumidor, pese a que en nuestra opinión se trata del límite principal que debería servir como barrera frente a la intervención del Estado.

En ese orden de ideas, el presente estudio es un esfuerzo que busca exponer argumentos que podrían permitir sostener cómo normas en materia de protección al consumidor pueden llegar a ser inconstitucionales por sus efectos económicos al crear situaciones adversas a los consumidores, aún bajo una concepción tan precaria de los derechos individuales y, por otra parte, tan elevada de los derechos sociales por parte de la jurisprudencia venezolana.

Se trata, pues, de una exposición que está en cierta forma dirigida a las personas que, personalmente, hayan adoptado el criterio jurisprudencial que hoy impera², para que, ingenuamente por nuestra parte, puedan encontrar razones para convencerse de que una regulación en materia de protección al consumidor que por sus efectos económicos distorsiona negativamente al mercado no sólo resulta contraproducente sino inconstitucional.

Para cumplir con el objetivo planteado se iniciará con una breve exposición de sus antecedentes en Venezuela, de forma tal que se pueda apreciar claramente su evolución, con especial hincapié de la jurisprudencia venezolana y su incidencia en lo que se refiere a su conceptualización. Una vez realizada esa exposición se analizarán las distintas facetas que esa materia tiene con base en el tratamiento que actualmente la jurisprudencia y la doctrina le otorgan. Ello permitirá entender la influencia que tendría la protección al consumidor en la regulación cuya validez se cuestiona, no tanto como fundamento, sino como el ámbito afectado o lesionado por la propia regulación que la invoca como basamento. En efecto, si se trata de un derecho podría asumirse que la regulación es inconstitucional al vulnerar la garantía de proporcionalidad o razonabilidad, que le es propia a todos los derechos, por los efectos económicos. Sin embargo, no necesariamente nos plantearíamos ese mismo escenario si se trata de un principio o cometido estatal, ya que en esos casos se tendría que invocar otros mecanismos, si es que aplican.

Finalmente, se analizará un ejemplo concreto para ilustrar cómo la regulación en materia de protección al consumidor ha afectado, paradójicamente, a los consumidores, por sus efectos económicos, caso en el cual resultaría claro que por esa circunstancia es inconstitucional la norma correspondiente. En concreto, analizaremos la regulación en materia del margen máximo de ganancia, ya que nos permite exponer, en abstracto, cómo el influjo de distintas obligaciones en materia de protección al consumidor exigibles a los proveedores tiene como consecuencia

2 Contradictorio con la doctrina más autorizada, incluso reconociendo sus profundas diferencias, como se apuntará más adelante.

lógica una reducción en la oferta de bienes y servicios, lo cual en definitiva crea condiciones adversas a los consumidores.

I. Antecedentes de la protección al consumidor en Venezuela

En Venezuela, la regulación en materia de protección al consumidor estaba contenida en normas independientes en materia de control de precios, salud y de calidad, las cuales se dictaban por instancias locales, desde la época de la Colonia y durante el siglo XIX y principios del siglo XX³. A mediados del siglo XX instancias nacionales del Poder Público dictaron un mayor número de normas que regularon tales aspectos. Como antecedente más cercano de ese periodo observamos la Ley sobre Propaganda Comercial⁴, la cual concibe al consumidor en el derecho positivo como una figura especial⁵. Luego empiezan a observarse regulaciones especiales sobre la publicidad y la calidad de los bienes en atención a materias específicas como la salud de los alimentos⁶, tal como es el caso del Decreto N° 525 mediante el cual se dictó el Reglamento General de Alimentos⁷.

Durante ese periodo la protección al consumidor se entendía, en sentido abstracto, como un interés público que justificaba la libertad económica o de empresa, consagrada tradicionalmente por las Constituciones venezolanas como la libertad de trabajo o de industria. Ese interés se particularizaba en distintos

3 Instituto de Derecho Comparado del Ministerio de Justicia, *Diversos aspectos de la protección al consumidor*, Ministerio de Justicia, Caracas, 1982, pp. 85-106.

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 21.503 ordinario de 6 de septiembre de 1944.

5 Al respecto se ha comentado que la “ *Ley sobre Propaganda Comercial fue el instrumento que, quizás por primera vez en nuestro país, se refería en forma expresa y directa, a dos conceptos fundamentales dentro de la sistemática legal, así como dentro de los fines primordiales de la materia que venimos considerando. Se trata de los conceptos “Artículos primera necesidad” y “Consumidor”*” (*Diversos aspectos de la protección al consumidor*, cit., p. 108).

6 Véase en tal sentido la descripción de los antecedentes históricos de la protección al consumidor en Venezuela en: García De Astorga, Amarilis, *et al* “El control de las prácticas ilegales e irregulares desde el punto de vista de la política de protección de consumidores”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 66, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1987; Salomón De Padrón, “La protección al consumidor y las limitaciones a la actividad económica”, *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988., pp. 41 y ss.; y García Soto, Carlos y Abadi, Anabella, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la “Guerra Económica”*, Universidad Monteávila, Universidad Católica Andrés Bello, CEDICE Libertad, Caracas, 2016.

7 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.864 ordinario de 16 de enero 1959.

conceptos, como era el sanitario, pero en definitiva respondían al interés de las personas que consumían o usaban los bienes⁸.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1961⁹ se cambió el paradigma que previamente se tenía sobre el funcionamiento del Estado y su influjo en las actividades de los particulares, en tanto parte de la doctrina entendía que se constituía a Venezuela como una Estado democrático y social de Derecho, bajo el entendido de que el Estado asumía obligaciones adicionales que debía garantizar a los particulares, aun cuando en su actuar se encontraba sometido al principio de legalidad y las restricciones que pesaban sobre éste por virtud de los derechos fundamentales¹⁰.

Aunado a ello, como parte del catálogo de los derechos fundamentales reconocidos en esa Constitución, se podía observar en su artículo 96 la consagración de la libertad económica o de empresa. Ese derecho si bien operaba como un límite a la intervención del Estado¹¹ podía ser restringida por la Ley y “*por razones de*

8 Tal criterio puede apreciarse de la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 23 de marzo de 1944, en la cual se analizó el artículo 338 de Reglamento sobre Alimentos y Bebidas de cara a la libertad de trabajo y de industria, en los siguientes términos:

“Las garantías consagradas por las disposiciones 8ª y 9ª de la Constitución Nacional, se refieren a la libertad de trabajo y de las industrias, sin más limitaciones que las que impongan el interés público y las buenas costumbres; interés público que en el presente caso ha sido expresamente establecido por la propia Ley de Sanidad Nacional al ordenar la coordinación y cooperación de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades en todo cuanto se refiera a los servicios sanitarios, materia de que trata el Reglamento sobre Alimentos y Bebidas, constitucionalmente dictado, y a cuyas disposiciones están, por tanto, sujetas las industrias y actividades relacionadas con la alimentos humana” (Brewer-Carías, Allan, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930 – 1974 y estudios de Derecho Administrativo, Tomo I Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado*, Ediciones del Instituto de Derecho Público – Facultad de Derecho – Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 520-521).

9 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 662 Extraordinario de 23 de enero de 1961.

10 Brewer-Carías, Allan, “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, *Revista de Derecho Público*, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 1-7.

11 En efecto, así se observaba de un extracto de una simple lectura de la Sentencia de la Sala en Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 17 de noviembre de 1986, caso *Arturo L. Torre vs República* (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), con ponencia del Magistrado Aníbal Rueda, en los siguientes términos: “Los derechos individuales que la Constitución consagra en su Título III pueden calificarse efectivamente como derechos subjetivos, en cuya definición se hace expresamente una remisión indeterminada a una ulterior precisión de sus límites, precisión que corresponde a la Ley a la que toca configurarlos.

Es la norma de rango legal la que puede intervenir en la determinación del contenido de esos derechos, no las normas reglamentarias, ni mucho menos simples actos de la Administración no apoyados concretamente en ley alguna. Siendo estos derechos “materia reservada” a la Ley, corresponde al Reglamento un papel muy reducido en su regulación.

Los derechos individuales o libertades básicas del individuo comportan una limitación de la actividad administrativa de limitación. La Ley y solamente la Ley, debe definir los límites de los derechos individuales, de modo que la Administración no puede intervenir en este ámbito sino en virtud de habilitación legal, esto es, mediante pronunciamiento expreso, contenido en norma legal formal, que el Reglamento no puede ni suplir ni

seguridad, de sanidad u otras de interés social". Se trata pues de una fórmula similar al interés público al cual se aludía en las Constituciones anteriores y que servía de fundamento para dictar normas en materia de protección al consumidor¹².

Sobre la base de la Constitución de 1961, parte de la doctrina consideró que la protección del consumidor no era un mero interés social como motivo que justificaba la limitación de la libertad económica o de empresa, sino que contaba con otras disposiciones que reconocían, indirectamente, un papel autónomo de ese derecho. De esa forma, esa doctrina interpretó que la protección al consumidor encontraba su fundamento en: la mención en el Preámbulo de la Constitución de 1961 sobre la "necesidad de "promover el bienestar general", así como la de "fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre" (...); la consagración de la solidaridad social en el artículo 57 de esa Carta; "en la órbita constitucional de los Derechos Sociales" (...) la obligación "del Estado de fomentar aquellas instituciones que tengan como destino mejorar la economía popular" (...) acorde a su artículo 72; el principio de la justicia social como fundamento del régimen económico de la República de conformidad con el artículo 95; la garantía de que el Estado proteja la iniciativa privada, consagrada en el artículo 98; y, la habilitación de la creación

ampliar. Toda elaboración reglamentaria o meramente administrativa de potestades administrativas dirigidas a regular el ejercicio (limitándolo o impidiéndolo) de estos derechos, contradice abiertamente las previsiones constitucionales que las consagran. En efecto, siendo necesario a la actuación administrativa un respaldo normativo de rango legal, cualquier regulación reglamentaria o administrativa que no esté amparada en aquella. La norma legal debe habilitar a la Administración para establecer medidas limitativas, con señalamiento expreso de los poderes concretos de que podrá disponer, especificando si el ejercicio del derecho se subordina a la actuación administrativa (autorizaciones, inscripciones, registros) si la actuación administrativa es concurrente (inspección, verificación, instrucciones) o si es posterior (ejecución forzosa, paralización, revocaciones sancionatorias y, desde luego, sanciones administrativas)" (Ramos Fernández, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Cuarto Trimestre 1986", *Revista de Derecho Público*, N° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 81-82).

- 12 En todo caso, debemos destacar que en ese contexto las garantías de ese derecho constitucional fueron suspendidas mediante el Decreto N° 455 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.463 Ordinario de 23 de enero de 1961), acorde a su artículo 2, en tanto se restringió "en todo el territorio nacional las garantías constitucionales previstas en los artículos 92 y 96 en la medida en que lo determine el Presidente de la República, en Consejo de Ministros". Esa norma se reformó a través del Decreto N° 674 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.746 Ordinario de 8 de enero de 1962), sin embargo se mantuvo expresamente la restricción de las garantías del derecho a la libertad económica y aun con su posterior derogatoria a través del Acuerdo del Congreso Nacional de la República (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.821 Ordinario de 7 de abril de 1962) se mantuvo de igual forma. Esa suspensión de garantías tuvo como consecuencia una amplitud de la potestad del Poder Ejecutivo de cara a la regulación de aspectos que estaban sometidos a la Reserva de Ley (Brewer-Carías, Allan, "Consecuencias jurídicas del restablecimiento de las garantías económicas", *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988), entre los cuales entendemos estaban inmersos los relativos a la protección al consumidor.

de entes destinados al estudio de los asuntos que interesan a la vida económica, incluyendo cuerpos consultivos a la población consumidora, de cara al artículo 109¹³.

No obstante, el criterio dominante de la jurisprudencia seguía siendo la concepción de la protección al consumidor como interés público, en tanto no se habrían observado cambios relevantes en la jurisprudencia. En efecto, las discusiones sobre la materia se centraban en verificar que no se vulnerara la Reserva de Ley y que la restricción a la libertad económica o de empresa estaba justificada por ser una materia de interés público¹⁴.

13 Instituto de Derecho Comparado del Ministerio de Justicia, 1982, cit., pp. 111-115.

14 De esa forma, observamos que la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo en Sentencia de 22 de diciembre de 1992, caso *Rubén A. Istúriz vs República (Ministerio de Sanidad y Asistencia Social)*, con ponencia del Magistrado Gustavo Urdaneta Troconis, analizó justamente la libertad económica o de empresa, consagrada en la Constitución de 1961, frente a las limitaciones a las que estaba sometida por razones de interés social, en los siguientes términos:

“Tales hechos deben ser ahora examinados a la luz de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, por ser esta la disposición constitucional que, según el accionante, le ha sido violada por el accionado con la conducta antes narrada. El texto del mencionado artículo es el siguiente:”

(...)

“El encabezamiento de la norma transcrita consagra la llamada libertad de industria y comercio o libertad económica. Esta libertad no está consagrada en términos absolutos; por el contrario, la misma disposición permite el establecimiento, mediante ley, de limitaciones adicionales a las que el propio texto constitucional impone. La jurisprudencia del Supremo Tribunal, así como la de esta misma Corte, han destacado el carácter relativo, derivado de su limitabilidad por ley, que tiene esta libertad. En sentencia de 14 de agosto de 1990, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, señaló en tal sentido lo siguiente:

“La libertad económica no es absoluta, sino relativa, en el sentido de que está sujeta a las limitaciones que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social”” (Ramos Fernández, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Cuarto Trimestre 1992, en *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 104).

En un sentido similar, la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo en Sentencia de 26 de junio de 1996, con ponencia del Magistrado Gustavo Urdaneta Troconis, analizó justamente la libertad económica o de empresa en ocasión al criterio del extinto Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor (“INDECU”) respecto a que debía marcarse *“en los productos el precio máximo de venta al público apenas terminado el proceso de fabricación, lo que implica para los laboratorios la prohibición de mantener en stock o almacenaje productos a los que no se ha colocado dicha marca y, a su vez, acarrea la prohibición de vender, con base en los precios fijados en una nueva regulación, productos fabricados bajo la vigencia de la regulación anterior”*, en los siguientes términos:

“Sin embargo, en el texto de la misma ley no aparece disposición alguna referente al momento en que el productor el importador, en sus casos, deban realizar el correspondiente marcaje. Forzoso es concluir, con base en el principio de la libertad económica, restringible sólo mediante expresas previsiones legales, que las accionantes tienen el derecho -tal como lo pretenden en la presente acción- a escoger el momento en que han de proceder a efectuar el referido marcaje, siempre y cuando infrinjan otra disposición legal, ya sea de la propia Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, como es la que contempla la obligación de marcar la fecha de expiración del producto, ya sea de otro texto legal, como en este caso serían los relativos a las exigencias y condiciones sanitarias de los medicamentos” (Ramos Fernández, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Primer Semestre 1996, *Revista de Derecho Público*, N° 65-66, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 176-177).

En el marco de ese contexto se dictó la *Ley de Protección al Consumidor* el año 1974¹⁵, en la cual se regularon distintos aspectos como el desarrollo legal de la usura y el acaparamiento, la publicidad comercial o industrial, las garantías contra defectos o mal funcionamiento, la normalización y la certificación de calidad, entre otros aspectos. Se trata pues de una Ley que, con base en la concepción de la protección al consumidor como interés social que limita la libertad, estableció restricciones que los proveedores tendrían que observar en sus actividades. Por tal motivo, observamos que parte de la doctrina indicó que “*la protección al consumidor se concreta con el establecimiento en el texto de un elenco de actuaciones prohibidas por ser calificadas como “engañosas o injustas” y, en todo caso, lesivas al interés al consumidor*”¹⁶. Es decir, la protección al consumidor se entendía como normas de orden público dirigidas a tales sujetos, pero no así un supra concepto con dimensiones distintas a las planteadas.

En el año 1987 el Congreso de la República inició la discusión del Proyecto de la reforma de la Ley de Protección al Consumidor de 1974, en el cual se hizo alusión a la inclusión de los derechos de los consumidores¹⁷ dentro de sus disposiciones. Sobre la base de esa discusión se dictó la Ley de Protección al Consumidor el año 1992¹⁸ en la cual se consagraron los derechos e intereses de los consumidores, en forma de una lista de ocho numerales, los cuales son calificados como irrenunciables y, como consecuencia de ello, “*se consideran nulas las estipulaciones que*

15 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.680 Extraordinario de 2 de septiembre de 1974.

16 García De Astorga, Amarilis, *et al* “El control de las prácticas ilegales e irregulares desde el punto de vista de la política de protección de consumidores”, cit., p. 44.

17 En el Informe de la Comisión Permanente de Economía de la Cámara de Diputados que se presentó para la Primera Discusión del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Protección al Consumidor, que tuvo lugar en la sesión del 17 de noviembre de 1987, se indicó lo siguiente:

“La vigente Ley de Protección al Consumidor no prevé en forma alguna, la protección de los derechos que efectivamente tiene el consumidor. Es necesario, por tanto, precisar en una reforma la manera de proteger estos derechos para establecer un clima de seguridad jurídica tanto para los consumidores como para aquellas personas proveedoras de bienes y servicios. Es imprescindible que los interesados, sobre todo los consumidores, sepan de antemano hasta donde están amparados y cuál es su situación jurídica en el momento en que sus intereses sean lesionados. En este sentido hay que tener como premisa que es necesario que los consumidores puedan por sí mismo defender sus intereses, toda vez que la vigente Ley sólo establece mecanismos que debe aplicar la Administración con la finalidad de procurar la observancia de las normas establecidas en favor del consumidor y, en caso de transgresión, aplicar las sanciones conducentes. Pero esta regulación deja un vacío toda vez que con la imposición de sanciones no queda resarcida la lesión sufrida por el consumidor” (Congreso Nacional, *Diario de Debate del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Protección al Consumidor*, Inédito. Caracas, 1992, Disponible en la Dirección de Desarrollo Legislativo de la Asamblea Nacional, pp. 1315-1320).

18 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.403 extraordinario de 24 de marzo de 1992.

establezcan la renuncia a tales derechos o el compromiso de no ejercerlos en instancias administrativas o jurisdiccionales”, de acuerdo con los artículos 2, 3 y 5 de la Ley¹⁹.

En el año 1995 se dictó la Reforma de la Ley de Protección al Consumidor²⁰, manteniéndose el catálogo de derechos de los consumidores que consagró la Ley reformada, en su artículo 6.

Con la publicación de la Constitución de 1999 se consagraron varias disposiciones que servirían a la jurisprudencia sostener luego una interpretación que modifica sustancialmente el tratamiento de la protección al consumidor en el país. Entre las novedades que significó la Constitución de 1999 observamos que se reconoce expresamente que Venezuela es un “*Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*”, conforme a su artículo 2. Se trata pues de un reconocimiento cuya interpretación tuvo efectos relevantes en la materia, como bien explicaremos. Asimismo, se mantuvo la previsión de la libertad económica o de empresa en el artículo 112, la cual sólo puede ser limitada por Ley y razones de interés social, con el agregado de la obligación del Estado de promover la iniciativa privada “*así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población*”.

Aunado a ello, se incorporaron distintas normas que harían referencia expresa a los consumidores²¹, de las cuales conviene mencionar con especial atención los artículos 113 y 117.

19 Es en el marco de ese contexto cuando se publicó en Gaceta Oficial el Decreto N° 1.724 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.752 Ordinario de 10 de julio de 1991), mediante el cual se restituyó la garantía establecida en el artículo 96 de la Constitución de 1961 relativa al derecho a la libertad económica o de empresa, después de una suspensión que se sostuvo durante más de 29 años y en consecuencia ninguna limitación a ese derecho podía ser impuesta mediante una norma de rango sub-legal. Sobre el particular, vale la pena rescatar las consideraciones de Crazut, entre las cuales destaca que en virtud de los antecedentes históricos de Venezuela en materia de libertad de empresa o económica “*la suspensión de las garantías económicas a través de Decretos por un lapso de alrededor de 50 años, ha permitido afirmar que las mismas han sido prácticamente inexistentes y que en Venezuela ha prevalecido una situación en ese campo contraria al Estado de Derecho, con la peculiaridad de que esa situación ha tenido lugar en periodos de plena vigencia del sistema democrático*” (Crazut, Ramón, “La suspensión de garantías constitucionales como medio para instrumentar la política de intervención del Estado en la actividad económica, 1939-1991”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Volumen N° 39, N° 92*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, pp. 318-319).

20 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.898 extraordinario de 17 de mayo de 1995.

21 El numeral 6 del artículo 281 de la Constitución señala que el Defensor del Pueblo deberá “*solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley*”. Finalmente el artículo 305 de la Constitución identifica a los consumidores como los sujetos protegidos en materia de seguridad alimentaria, es decir a quienes se les quiere garantizar “*el acceso oportuno y permanente*” de alimentos. Sin embargo, tales disposiciones aluden a regímenes especialísimos que comprenderían otras materias conexas, como sería la libre competencia, la actuación del Defensor del Pueblo y la seguridad alimentaria.

En cuanto al artículo 113 de la Constitución se aludía a la protección al consumidor como una de las justificaciones para habilitar al Estado para adoptar “*las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas*”. Esa norma ha sido interpretada como un expreso reconocimiento de que el derecho del consumidor “*sólo puede materializarse si median condiciones efectivas de competencia: la concurrencia de operadores es, de esa manera, condición necesaria para que los consumidores y usuarios puedan libremente seleccionar bienes y servicios de calidad*”²². Es decir, la norma en cuestión consagra una relación entre la protección al consumidor y la libre competencia, y por vía de consecuencia la libertad económica o de empresa, en la cual una no podría subsistir sin la otra.

Se consagra una previsión particular del derecho de los consumidores en el artículo 117, específicamente en lo que se refiere a “*disponer de bienes y servicios de calidad*”, (...) “*una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen*” (...) y “*a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno*”, para luego remitir a la Ley el desarrollo de la garantía de tales derechos y, otros aspectos relacionados con la materia, como serían “*las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos*”. Se trata de una disposición que expresamente hace referencia a un catálogo de derechos de los consumidores, lo cual no sólo implica un reconocimiento expreso de la materia, sino además bajo una categoría específica de conceptos, como bien se tratan los derechos.

Sobre la base de ese nuevo marco constitucional, el 24 de enero de 2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la Sentencia N° 85, caso Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (“ASODEVIPRILARA”), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera²³, en ocasión

22 Hernández González, José Ignacio, “Libre competencia y defensa de los consumidores y usuarios”, en *Revista de Derecho Público*, N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 26. Asimismo, Mónaco ha destacado esa relación al señalar que “*ese es el único sentido en el cual los competidores son protegidos por el Derecho de la Competencia y se puede armonizar con el bienestar de los consumidores que este persigue, pues de lo contrario, si se protegieran a los competidores, en desmedro de los consumidores y de la eficiencia económica, sería contradictorio y contrario a su fin fundamental, como hemos explicado precedentemente*” (Mónaco Gómez, *Regulación de los Monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pp. 62 y 63).

23 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, caso Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (“ASODEVIPRILARA”), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, consultada en el portal web <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/85240102011274%20.HTM>, el 26 de mayo de 2017.

a una demanda de derechos e intereses difusos o colectivos en contra de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y el Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor por la abstención de tales sujetos frente al otorgamiento del denominado Crédito Mexicano Indexado al Salario por parte de distintas entidades financieras, lo cual habría conllevado a la materialización de las violaciones de derechos de las personas. Se trata de un fallo, que indudablemente modificó la concepción de la protección al consumidor en Venezuela.

En esa sentencia se estableció que con base en el Estado Social de Derecho “*los derechos individuales pierden efectividad ante derechos colectivos*” o sociales²⁴. Los derechos sociales, colectivos o prestacionales se identifican con el interés social, concepto en el cual subsume la protección de aquellos tenidos como débiles jurídicos, como luego se aduce es el caso del consumidor, por virtud de su calificación por la misma Constitución y la Ley²⁵. Tales derechos se diferencian de los individuales en tanto otorgan a sus titulares una directa o indirecta prestación, que se percibe de cara al respaldo legal, sin que ello pueda ser entendido como una norma programática, de forma tal que en esos casos su aplicación será por vía de políticas o principios constitucionales²⁶. Como consecuencia de lo anterior, la Sala sostuvo que sería lícito el ejercicio de un derecho individual sólo en la medida en que no tenga como resultado un abuso frente a un débil jurídico, lo cual puede conllevar, en el caso de que no haya una norma legal que restrinja el derecho individual, en la limitación del derecho por vía del control difuso²⁷.

Se trata, a nuestro entender, de una sentencia relevante en tanto marca una distinción con el criterio anterior sobre la protección al consumidor, ya que le da un contenido distinto al que se había concebido anteriormente. No se trata nada más de un interés social entendido tradicionalmente como una posible limitación a la libertad económica o de empresa, sino de un auténtico derecho subjetivo o un principio o política constitucional, en la medida en que no tenga respaldo legal, como consecuencia de la cláusula del Estado Social de Derecho, al menos bajo su concepción de la Sala Constitucional.

Posteriormente, el 1 de octubre de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia correspondiente al recurso de nulidad

24 Ibid., p. 25.

25 Ibid., pp. 22-23.

26 Ibid., pp. 31-33.

27 Ibid., pp. 33-36.

incoado por *Inversiones Parkimundo, C.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz²⁸, en la cual, sobre la base del artículo 117 de la Constitución, se calificó a la protección al consumidor como una de las causas de interés social que puede servir para que los Poderes Públicos regulen el ejercicio de la libertad económica²⁹. Con base en ese criterio se indicó que “*se desnaturalizaría la libertad económica, por ejemplo, si la regulación de precios se efectuara por debajo de los costos de producción*” (...), por lo que esa regulación “*no representa, per se, una violación a la libertad económica*”³⁰. Ello, como bien comentaremos, podría significar que en lo que atañe a la libertad económica sigue siendo uno de los intereses sociales que sirve para fundamentar su limitación a pesar de la concepción de la protección al consumidor como un derecho subjetivo social o un principio o política constitucional³¹.

Con base en ese nuevo régimen constitucional, el 2004 se dictó una nueva Ley de Protección al Consumidor³², la cual, si bien mantuvo la estructura de los derechos de las leyes anteriores, incorpora nuevos derechos a ese catálogo, incluyendo una enunciación general de “*los demás derechos que la*” (...) Constitución “*y las leyes establezcan*”, en su artículo 6³³.

28 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de octubre de 2003, caso *Inversiones Parkimundo, C.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, consultada en el portal web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2641011003001680.HTM>, el 26 de mayo de 2017.

29 Ibid.,p. 4.

30 Ibid.,p. 5.

31 Es sobre la base del avance jurisprudencial para esa fecha en la cual parte de la doctrina afirma que “*la limitación de la actividad comercial de los proveedores a fin de defender los derechos de los consumidores y usuarios, debe basarse en el principio de menor intervención, esto es, que esa limitación no debe ir más allá de lo necesario*” (...), por lo que “*el régimen jurídico público aplicable no sustituye, entonces, las disposiciones de Derecho Privado que rigen, natural y estatutariamente (respecto al Derecho Mercantil) las relaciones entre los proveedores y los consumidores y usuarios*” (Hernández González, José Ignacio, “La responsabilidad civil y administrativa del proveedor en la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario”, *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, Colección Textos Legislativos N° 33, Caracas, 2005, pp. 16-18).

32 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.930 ordinario de 4 de mayo de 2004.

33 Como complemento de esa regulación, en el año 2007 se publicó el Decreto N° 5.197 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el Consumo de los Alimentos o Productos Sometidos a Control de Precios (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.628 ordinario de 16 de febrero de 2007. Su reimpresión fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.629 Ordinario de 21 de febrero de 200), el cual fue posteriormente reformado en el año 2008 por el Decreto N° 5.835 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.862 ordinario de 31 de enero de 2008). Ese Decreto tipificaba los delitos de acaparamiento, especulación y boicot y las sanciones que operaban contra las personas que incurrieran en los mismos, además consagrar amplias potestades para la imposición de medidas preventivas e incluso la potestad expropiatoria sobre bienes con miras a satisfacer las necesidades de los consumidores.

En un sentido similar a la Ley de Protección al Consumidor de 2004, en el año 2008 se dicta 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 Servicios³⁴ que deroga esa Ley y el Decreto N° 5.835. El Decreto N° 6.092 amplió nuevamente el catálogo de derechos de los consumidores en su artículo 10.

El 23 de julio de 2009, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la Sentencia N° 1.049, caso *Rafael Badell Madrid*, con ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López³⁵, en el cual decidió entorno al Recurso de nulidad conjuntamente con medida cautelar innominada sobre varios artículos de la Ley de Protección al Consumidor del 2004, pese a que ésta había sido derogada por el Decreto N° 6.092, ya que algunos de los artículos impugnados de esa Ley se habían subrogados en el referido Decreto.

Al margen de los distintos aspectos que fueron recogidos en ese fallo, interesa destacar que se indicó expresamente que *“el derecho a la libertad económica o de libre empresa es un principio”* (...), de forma tal que sólo se le reconoce un contenido en la medida que se observen elementos normativos que puedan atribuírsele por virtud de otras normas, como sería el caso del artículo 117 de la Constitución *“relativo al derecho a disponer de bienes y servicios de calidad”* (...). A ello agrega la sentencia que *“aún en el caso que se conciba la existencia de un contenido prima facie de los derechos fundamentales, es decir, un contenido que surja de la sola interpretación del precepto que lo contenga y que se formule a la luz de ningún conflicto o situación concreta, la doctrina que sostiene tal hipótesis termina reconociendo un contenido definitivo del derecho fundamental como resultado de una labor creadora de los poderes públicos”*³⁶.

Es decir, el derecho a la libertad económica debe ser entendido como un principio y no así un derecho que pueda oponerse por sí sólo por no tener un contenido propio. Se trata pues de un fallo que afecta, indudablemente, la dinámica entre el derecho a la libertad económica y la nueva concepción de la protección al consumidor.

34 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.889 extraordinario de 31 de julio de 2008.

35 Sentencia N° 1.049 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de julio de 2009, caso *Rafael Badell Madrid*, con ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, consultada en el portal web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1049237092009042233.HTML>, el 26 de mayo de 2017.

36 *Ibid.*, pp. 17-18.

Sobre la base de ese contexto, en el año 2010 se dictó la reforma del Decreto N° 6.092³⁷, el cual se mantuvo sin modificaciones relevantes el catálogo de derechos de los consumidores.

En el año 2014 se publicó el Decreto N° 600, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos³⁸, el cual eliminó buena parte de la regulación que contenían las normas anteriores en materia de protección al consumidor, pero mantuvo el esquema de derechos de los consumidores en el marco de la tipificación de las sanciones que serían aplicables a las personas que los vulneraran. De igual forma, se redujo el número del catálogo de los derechos que se habían establecido en el derogado Decreto N° 6.092. Con su posterior reforma, en el Decreto N° 1.467³⁹, se incorporó un artículo en el cual se enunciaban los derechos, al margen de la tipificación de las sanciones por su vulneración, cuestión que se mantuvo en el vigente Decreto N° 2.092, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos⁴⁰ (“LOPJ”).

II. Naturaleza jurídica y alcance de la protección al consumidor en Venezuela

Partiendo de la descripción de los antecedentes de la protección al consumidor en Venezuela podemos observar cómo la jurisprudencia venezolana la asumió inicialmente como una materia de interés público y luego del tipo social que justificaba la limitación de la libertad económica, entendida como auténtico límite frente a la intervención del Estado, para transformarse, partiendo de lo que entendió la Sala Constitucional por el Estado Social de Derecho, como un derecho subjetivo o una política y un principio constitucional, cuando no tuviera desarrollo legal, sobre el cual la libertad económica pierde efectividad, ahora comprendido como un principio.

Sin embargo, conviene repasar los fallos comentados y otros que, partiendo de las bases sentadas por tales sentencias, complementaron y desarrollaron sus postulados en torno a la protección al consumidor. Ello, en concreto para determinar la naturaleza jurídica y alcance de la protección al consumidor en Venezuela.

37 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.358 ordinario de 1 de febrero de 2010.

38 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.340 ordinario de 23 de enero de 2014.

39 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.156 extraordinario de 19 de noviembre de 2014.

40 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.787 ordinario de 12 de noviembre de 2015.

1. *Naturaleza jurídica de la protección al consumidor en Venezuela*

Como punto de partida conviene aclarar que el fallo ASODEVIPRILARA fundamenta su posición sobre la base de una posición particular de lo que significa la declaratoria del Estado Social de Derecho en la Constitución. Ello lo hace deliberadamente al señalar que “*la conceptualización de lo que es Estado Social de Derecho y de Justicia tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo, y por ello el concepto venezolano, puede variar en sus fundamentos del de otro “Estado Social”, ya que su basamento será diferente*” (...), a lo cual continúa expresando su entendimiento de lo que significa esa figura en los siguientes términos:

“se colige que el Estado Social está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación. Luego, la Constitución antepone el bien común (el interés general) al particular, y reconoce que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia. En consecuencia, las leyes deben tener por norte esos valores, y las que no lo tengan, así como las conductas que fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales”⁴¹

Partiendo de esa conceptualización del Estado Social de Derecho⁴², el referido fallo señala que un concepto principal de esa noción es el interés social, el cual

41 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, cit., p. 22.

42 La doctrina venezolana, partiendo de la experiencia del Derecho Comparado, ha sido nutrida al sostener distintas posturas sobre el significado y efectos del Estado Democrático y Social de Derecho en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la dinámica entre la cláusula del Estado Social y el Estado de Derecho, cuestionando la concepción de esa figura por parte del fallo ASODEVIPRILARA, desde perspectivas muy distintas. Por una parte, un sector se decanta con que la cláusula del Estado Social se concentra en una función vicarial, sin que ello signifique la funcionalización de los derechos como la libertad económica, mientras que otro sector señala que no hay consecuencias prácticas de la declaratoria del Estado como social y, por otra parte, admitiéndose consecuencias jurídicas a su consagración, se plantea que tiene rasgos totalitarios. Al respecto véase: Madrid Martínez, Claudia, “Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados”, *Temas de Derecho Civil, Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 14, Caracas, 2004, pp. 749 y ss.; Hernández González, José Ignacio, *Estado social y libertad de empresa en Venezuela: consecuencias prácticas de un debate teórico*, consultado en el portal web https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf, el 3 de julio de 2017; Hernández González, José Ignacio, *La Constitución Fabulada, Breve contra réplica a la respuesta del profesor Tomás Arias Castillo*, en el portal web <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Contra%20r%C3%A9plica%20Arias.pdf>, el 3 de julio de 2017; Herrera Orellana, A propósito de la polémica entre los profesores Hernández y Arias en torno al estado social y la libertad económica en la constitución de 1999, consultado en el portal web <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Comentarios%20a%20pol%C3%A9mica%20IHG-TAAC.pdf>, el 3 de julio de 2017; González P., José Valentín, *Las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo*, CEDICE Libertad, consultado en el portal web <http://cedice.org.ve/wp->

se identifica con el interés de los débiles jurídicos, entendidos por aquellos “*que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas*” (...), lo cual conlleva la imposibilidad de contratar en igualdad de condiciones con los “*poderosos*”⁴³. En todo caso, pareciera que inicialmente la concepción de los “débiles jurídicos” se realizó por medio de la propia Constitución y las leyes, dentro de los cuales ejemplifica el caso de los consumidores⁴⁴.

Al respecto, conviene precisar respecto al consumidor que se trata de una figura que forma parte de la relación jurídica denominada comúnmente como de consumo, desde un punto de vista subjetivo. En el marco de esa relación se ha descrito la categoría de los consumidores como aquella persona que adquiere un bien o un servicio para su uso definitivo, en contraposición a un fin de lucro, pero que se encuentra en una situación de desventaja económica frente al proveedor que le entrega ese bien o servicio por una contraprestación.

A mayor abundamiento, la conceptualización del consumidor como débil jurídico, además del simple hecho al que alude el fallo comentado de que así lo identifica la Constitución y las leyes, es planteado desde una perspectiva económica por la jurisprudencia que parte de los postulados antes descritos. Así se explicó en la Sentencia de la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo de 12 de

[content/uploads/2012/12/Tendencias-Totalitarias-del-Edo-Social-y-Democr%C3%A1tico-de-Derecho-Administrativo.pdf](#) el 3 de julio de 2017.

Sin embargo, hay doctrina que parece adscribir, sin mayor cuestionamiento, sino la mera enunciación de autores y sentencias, que “*el Estado social de Derecho, por lo tanto, impone, per se, limitaciones a los derechos fundamentales en obsequio a la convivencia*” (Martínez Hernández, “Los derechos del consumidor como derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Volumen N° 53, N° 128, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, p. 356).

Escapa del objetivo del presente estudio exponer y analizar cada una de esas posturas, pero si concordamos con muchas de las críticas que se realizan sobre la interpretación sostenida en el fallo ASODEVIPRILARA.

43 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, op. cit., pp. 22-23.

44 Esa calificación de débil jurídico ha sido cuestionado por Arias Castillo, sobre la base de la crítica hecha sobre el mismo particular por Lorenzetti, en los siguientes términos:

“Todas las regulaciones que parten de la supuesta debilidad de cierto tipo de personas (arrendatarios, trabajadores, consumidores, etc.) son muy cuestionables pues: (i) realiza generalizaciones que no se corresponden plenamente con la realidad; (ii) tienden a desconocer que -justamente, producto de tantas regulaciones- los quizás otora débiles jurídicos han pasado a ser los más fuertes en las relaciones jurídicas; (iii) la potestad de dictar normas generales -legislativas, reglamentarias- dentro de un Estado de derecho debe ejercerse con imparcialidad, y no para favorecer grupos particulares dentro del conglomerado social; y (iv) son manifestaciones del paternalismo estatal, negador éste de la dignidad y responsabilidad de los ciudadanos” (Arias Castillo, “Incidencia de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios”, *La Libertad Económica en el Decreto-Ley sobre Seguridad y Soberanía Agroalimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pp. 128-129).

agosto de 2008, caso Banco Exterior, C.A., Banco Universal, con ponencia del Magistrado Emilio Ramos⁴⁵, al examinar una demanda de nulidad contra una sanción impuesta por el extinto Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (“INDECU”), en razón de una denuncia por un supuesto pago indebido a la cuenta corriente con base en un cheque con una firma distinta al de la titular, en los siguientes términos:

“Esta exigencia que impone que la protección de los consumidores y los usuarios, sea estudiada a través de un derecho especial se encuentra en el postulado fundamental que parte de considerar que entre éstos y los proveedores de bienes y servicios no existe igualdad real. Así, en condiciones ordinarias el tráfico mercantil se procura a través de contratos basados en el principio de la libre e igual autonomía de la voluntad de las partes. Se entiende, sin embargo, que existe un fallo de mercado que impide que tal igualdad contractual pueda presentarse fácilmente, representada en la desigual posición en la que se encuentran los consumidores y los usuarios frente al empresario. Esa desigualdad hace inaplicable el régimen general de garantías que, a favor de esa categoría de sujetos, contiene ya el ordenamiento jurídico privado: instituciones como la nulidad del contrato por error o la garantía de saneamiento y evicción han sido establecidas, precisamente, a favor de los consumidores y usuarios. Sólo que el fallo del mercado constatado hace insuficiente ese régimen ordinario, siendo preciso acudir a un régimen exorbitante de Derecho común”

Tal es, si se quiere, la justificación económica del régimen jurídico administrativo de defensa de los consumidores y usuarios. Un régimen que pivota sobre el reconocimiento de potestades de ordenación y limitación a la Administración, la cual pasa a regular la actividad comercial de los proveedores. Auténtica “invasión” del Derecho administrativo en áreas propias del Derecho Mercantil”.

Ahora bien, se ha entendido que el desequilibrio que define al consumidor responde netamente a un tema económico. De esa forma, se ha dicho que ese desequilibrio económico puede manifestarse en distintas formas, como puede ser la capacidad de recopilación de información y toma de decisiones de una persona jurídica en lo que se refiere a la adquisición de bienes que sean usados para su consumo definitivo⁴⁶.

45 Sentencia de la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo de 12 de agosto de 2008, caso Banco Exterior, C.A., Banco Universal, con ponencia del Magistrado Emilio Ramos, consultada en el portal web <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/AGOSTO/147812AP42N200500130020081560.HTML>, el 22 de junio de 2017, p. 10.

46 Quiroz, David, “La noción de consumidor, problemas prácticos derivados de la aplicación del artículo 4º de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, propuestas para una reconstrucción conceptual”, publicado en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 132, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008,

Ese signo económico de la protección al consumidor permite partir de una base común a cualquier interpretación del alcance de esa materia en la dinámica que supone la intervención del Estado en la economía, a saber que: toda decisión que se tome en ese campo debe ser sobre la base de criterios técnicos en materia económica, sin que pueda, válidamente, tomarse como fundamento una mera apreciación subjetiva. Ello supone, en nuestro entender, que el Estado interventor tiene que actuar sobre la base de una discrecionalidad técnica o más bien potestad reglada sujeta a criterios técnicos económicos, para lo cual no basta simplemente enunciar postulados económicos, sino que además deben probarse⁴⁷.

pp. 229-235.

47 Como bien indicamos anteriormente, la intervención con fundamento en la protección al consumidor se desenvolvería supuestamente sobre la base del concepto del Estado Social de Derecho, el cual parte de la premisa que hay una desigualdad entre el consumidor y el proveedor del tipo económico. Es decir, antes de considerar los efectos que el Estado Social de Derecho tiene en la dinámica entre la afectación o transformación de los derechos individuales, así como cualquier otro aspecto relacionado, se debe tener en cuenta que a falta de esa premisa mayor, es decir la desigualdad, no puede entenderse que el Estado está habilitado para intervenir.

Al respecto, se ha pronunciado Hernández González al señalar que de una de las primeras consecuencias que derivan de la garantía frente a la ordenación jurídico-administrativa de la libertad de empresa es que se “*permite eliminar las intervenciones públicas en la economía que no encuentren respaldo en causas justificadas por el interés general o público*” (Hernández González, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del derecho español y venezolano*, FUNEDA, IESA, Caracas, 2004, p. 297). Como consecuencia de lo anterior, verificar la existencia, transitoria o no, de la desigualdad entre los consumidores y los proveedores en un aspecto determinado resulta obligatorio, ya que de lo contrario no estaríamos ya siquiera ante un Estado Social de Derecho, en los términos en los cuales la Sala Constitucional lo concibió, sino en algo distinto. En tal sentido, la verificación de esa desigualdad económica no puede derivar de un simple raciocinio o del conocimiento privado de un particular, sea inclusive por parte de un Juez, sino que debe servirse de una experticia realizada por personas que sí tengan tales conocimientos técnicos. A tal efecto, cuando la Administración Pública aborda conceptos técnicos se dice que ejerce una discrecionalidad técnica, la cual, pese a su nombre, se trata de una potestad reglada, en tanto no se funda en un el sentido común, sino en conclusiones que se deriven de cierta experticia. Con base en tal precisión, la discrecionalidad técnica en materia económica, sea o no en materia de protección al consumidor, implicarán un análisis económico previo que le permita a la Administración Pública ejercer la potestad reglamentaria de manera correcta. Lo anterior ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos: “*La ordenación jurídica de la economía tiene dos características fundamentales. Por un lado, al abordar una materia técnica, compleja y mutante, las normas jurídicas de contenido económico suelen ser amplias y generales, de poca precisión y concreción. Junto a esta realidad, suele suceder que el ordenamiento jurídico remite a la Administración económica la valoración del interés general a los fines de adoptar determinada medida de ordenación y limitación. Aun cuando se trata de dos características comunes a la ordenación jurídica de la economía, conviene escindir, con claridad, las diversas manifestaciones que esas características imponen. De esa manera, la existencia de normas jurídicas que recogen conceptos económicos amplios nos sitúa en la figura de los conceptos jurídicos indeterminados, teoría también conocida entre nosotros, como derivación de los estudios de H. Rondón de Sansó, como discrecionalidad técnica. Así, el supuesto de hecho de la norma jurídica, que ha de ser aplicado por la Administración para ejercer las potestades de ordenación y limitación de las cuales ha sido apertrechada, no aparece determinado en la propia norma pero —nótese bien— resulta plenamente determinable a través de conocimientos técnicos*”. (...) “*La Administración, para concretar estos conceptos jurídicos indeterminados de contenido económico, ha de apoyarse en razonamientos técnicos. Y aquí*

La posición antes comentada no pareciera ser negada de plano sobre la base del contenido del fallo correspondiente al caso ASODEVIPRILARA, a pesar de que fallo señala, a título de dogma, ciertos criterios económicos que entendemos son más apreciaciones subjetivas sin contar con el respaldo de un análisis económico, como la simple alusión de que existe una desigualdad en clases sociales, que “*dentro de un Estado Social, es inadmisibile que el Estado sea la fuente del desequilibrio que se trata de evitar*” (...) o que “*el concesionario -como empresario- no puede trasladar a los ciudadanos riesgos inherentes a la empresa, como tampoco puede desplazar hacia éstos los costos que le corresponden para poder operar, buscando de esta manera un lucro exagerado o injusto que atenta contra el interés público y la calidad de la vida de los ciudadanos*”⁴⁸. Tales menciones forzosamente tendrían que ser ignoradas si un análisis económico permite concluir lo contrario frente a un caso concreto.

Retomando el punto inicial, el fallo en cuestión indica que “*la actividad económica tiene que encuadrarse dentro del Estado Social*”, el cual, como comentamos se fundamenta en satisfacer las necesidades de los débiles jurídicos aún en contraposición con las Leyes. Tal aseveración supone, al parecer de la Sala Constitucional, que “*los derechos individuales pierden efectividad ante derechos colectivos*” (...), lo cual puede manifestarse “*mediante la ley o la interpretación de la misma según los principios fundamentales de la Constitución*”. Es decir, los derechos individuales ya no serían auténticos límites contra la intervención del Estado sino que pasan a ser derechos de segundo plano a los colectivos.

A título de paréntesis, como bien comentamos anteriormente, la jurisprudencia (des)avanzó luego en este punto, en tanto, a través de la Sentencia N° 1.049 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 23 de julio de 2009, caso Rafael Badell Madrid, ya que se volvió a transformar el derecho a la libertad económica, en tanto pasa a ser un principio por no tener supuestamente un contenido propio, salvo en lo que el derecho a los consumidores consagrado en el artículo 117 de la Constitución y en las leyes le reconoce. Frente a esa, errada y gravísima

apreciamos la principal nota que distingue a la denominada discrecionalidad técnica: al determinar el concepto jurídico técnico empleado en la Ley, la Administración sólo puede llegar a una solución justa. Es decir, que en la concreción del concepto indeterminado en la Ley, la Administración con criterios técnicos sólo podrá arribar a una única solución, la cual consecuentemente siempre será revisable judicialmente, como manifestación del principio general de subordinación de la Administración al Poder Judicial que se deriva de los artículos 141 y 259 de la Constitución (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 22 de julio de 1998, caso Johnson & Johnson)” (Hernández González, Derecho Administrativo y Regulación Económica, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 206-207).

48 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, cit., pp. 28-29.

conceptualización de la libertad económica⁴⁹ habría que examinar fundamentos distintos como una defensa para limitar la intervención del Estado, como podría ser el propio fundamento de dicha actuación, es decir la propia cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos colectivos, como se explicará más adelante⁵⁰.

Por otra parte, el fallo ASODEVIPRILARA concibió a los derechos sociales como aquellos “*que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse*”, para lo cual se “*otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los deben en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad*” (...). Esa duplicidad relativa a la directa o indirecta prestación no supondría para la Sala Constitución la postura según la cual los últimos, es decir los que no comprenden una obligación determinada, no sean de aplicación inmediata, en tanto que ello se contrapone al dogma según el cual “*los derechos prestacionales no son de carácter programáticos*”. Ahora bien, en el caso de que la indeterminación sea tal que pareciera de imposible incumplimiento “*sin un debido respaldo legal; en estos supuestos, mientras no surja el desarrollo legislativo, no se está ante verdaderos derechos, sino frente a políticas constitucionales que requieren otros complementos para su aplicación*”, en el sentido en que obran como principios. Principios con tal valor que permiten aducir que se pueden oponer a una Ley de forma tal que se puede declarar inconstitucional por control concentrado o ser desaplicada por control difuso⁵¹.

Conviene detenerse para precisar que, conforme a esa jurisprudencia, cuando la literalidad de la norma que consagre los derechos sociales que no pareciera ser por sí mismo, suficiente para que su titular pueda materializar la prestación que se le promete se trataría entonces de un principio. Es decir, partiendo de que haya

49 Sentencia N° 1.049 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de julio de 2009, cit., pp. 17-18.

50 En este punto es pertinente hacer mención de las advertencias planteadas por Herrera Orellana de cara al análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Constitucional N° 1.049 de 23 de julio de 2009, caso Ley de Protección al Consumidor, con las cuales concordamos aún partiendo de que no necesariamente se halla reiterado ese criterio jurisprudencial de tal forma expresa, en los siguientes términos:

“Mas, esa tendencia, con excepción de una o dos sentencias previas, nunca había sido tan extensamente justificada como en esta 1.049/2009, al punto de que en lo sucesivo será inútil todo intento de defensa judicial ante esa o cualquier otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia, de los derechos a la libertad de empresa o a la propiedad privada (que se suman a la situación de la libertad de expresión e información y a la participación política, que ninguna tutela reciben)” (Herrera Orellana, Luis, “Defensa de las bases liberales de la Constitución de 1999 ante su negación por la sentencia 1.049/2009 de la Sala Constitucional”, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total*, FUNEDA, Caracas, 2010, p. 34).

51 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, op. cit., pp. 31-32.

una mínima *ratio* del derecho social que requiera de un complemento legal para su efectiva aplicación no encontraríamos frente a un derecho subjetivo, en *strictu sensu*, sino con un principio o política constitucional.

Cabe precisar que la adopción de la figura del principio en el marco del criterio jurisprudencial antes descrito implica, en nuestro criterio, limitaciones a su invocación en el marco de la interpretación de las normas jurídicas, especialmente en lo que se refiere al momento en que se debe acudir a los principios y qué efectos tienen.

En cuanto al momento de su uso, acorde a las pautas establecidas en el artículo 4 del Código Civil⁵² sólo podría acudirse a los principios cuando haya sido agotada la interpretación de cara al sentido gramatical, sentido lógico-sistemático y a la intención del legislador⁵³, así como, en caso de que no fuera suficiente ese primer cúmulo de herramientas, la analogía. Es decir, ante un caso concreto la aplicación del principio a la labor interpretativa pareciera que sólo aplicaría cuando todos esos sistemas de interpretación no puedan dar una respuesta que pueda entenderse válida. Pese a lo anterior, no habría sido el método antes descrito el que fue adoptado por la Sala Constitucional al dictar el fallo *Asodeviprilara*, ya que en el caso que se dilucidaba no se aplicó el orden interpretativo indicado en el referido artículo, sino por el contrario se aplicó directamente una interpretación expansiva de ese principio, incluso cuando las normas involucradas permitirían arribar a una solución justa⁵⁴.

52 Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 extraordinario de 26 de julio de 1982.

53 Al respecto, en la sentencia N° 45 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 17 de marzo de 1983, con ponencia del Magistrado Domingo A. Coronil, se explicó el alcance que tiene el artículo 4 del Código Civil en lo que se refiere a que primero se debe acudir a la interpretación gramatical sistemática y de la intención del legislador, de la siguiente forma (Ramos Fernández, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Segundo Trimestre 1983, Revista de Derecho Público, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, p. 153).

Posteriormente, mediante sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 21 de noviembre de 1996, con ponencia del Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, se aclaró que sólo cuando sobre la base de los métodos interpretativos antes señalados se presenten lagunas jurídicas es que se podrá acudir a la analogía y, en caso de no solucionar el caso ésta, a los principios generales de derecho (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Segundo Trimestre 1996, *Revista de Derecho Público*, N° 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 130-131).

54 Ello lo evidencia Madrid Martínez al explicar cómo se hubiera podido resolver la demanda aplicando la Teoría General de las Obligaciones, sin tener que recurrir a la construcción teórica para justificar la intervención del Estado en la autonomía de la voluntad de las partes que hizo la Sala (Madrid Martínez, "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados", cit., pp. 798 y ss.).

De hecho, en nuestra opinión, esa práctica ha sido común, la aplicación de un principio a un caso

Aunado a lo anterior, sobre la base del artículo 4 del Código Civil, los principios han sido asumidos como una guía interpretativa sobre la base de las normas involucradas, así como una herramienta destinada a solventar las lagunas jurídicas⁵⁵, con lo cual se contraponen a las reglas. Tal circunstancia implica que un principio, aún de los que nacen de los derechos sociales, no puede servir para invalidar una regla⁵⁶.

determinado pese a que se habría podido llegar a una conclusión adecuada bajo la interpretación gramatical, sistemática y de la intención al legislador, especialmente en lo que se refiere al Derecho Administrativo. Por ejemplo, entendemos que el nacimiento de la teoría de los contratos administrativos se atribuye a la Sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, caso Astilleros La Guaira, en la cual para fundamentar que en tales contratos aplica un régimen de prerrogativas en favor de la Administración Pública, exorbitantes al derecho privado, se base en principios -fundados en doctrina francesa-, incluso cuando no había una laguna jurídica presente que hubiera justificado su aplicación, en tanto de la interpretación gramatical, sistemática y de la intención al legislador la conclusión habría sido otra (Brewer-Carías, Allan, Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930 – 1974 y estudios de Derecho Administrativo, Tomo IV, La Actividad Administrativa: Recursos y Contratos Administrativos, Ediciones del Instituto de Derecho Público – Facultad de Derecho – Universidad Central de Venezuela, Caracas , 1975. pp. 733 y ss.). Sin embargo, escapa al ámbito del presente trabajo la fundamentación de esa aseveración.

55 Así se explicó en la Sentencia de la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 14 de marzo de 1988, con ponencia del Magistrado Luis H. Farías Mata, en los siguientes términos:

“Los señalados términos del legislador se ajustan asimismo a los principios generales de Derecho Administrativo – obra de la jurisprudencia y de la doctrina- que tradicionalmente informan esta materia.

Fuente principalísima de cualquier ordenamiento jurídico positivo, nuestro legislador sitúa los principios generales de Derecho – en aparente orden de prelación que el sentenciador acata- después de la propia ley y de la analogía, también aplicación de otra ley, observa la Corte. Pero es tal el valor de los principios, que autorizada doctrina (DE CASTRO) los concibe: “1. Como fundamento del ordenamiento jurídico. No son consecuencia de las disposiciones legales; por el contrario, al informar los principios a las normas, son ellos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital. La contradicción entre los textos legales y los principios jurídicos es de extrema gravedad para el orden jurídico; origina la condenación del ordenamiento por antijurídico, su repudiación por tiránico o su ineficiencia por derogación tácita... 2. Como orientadores de la labor interpretativa. Según Guasp sirven en numerosas ocasiones de motivos de inspiración para solucionar problemas... 3. Como fuente en caso de insuficiencia de la ley. Permitiendo la solución de lagunas del Derecho”. (González Pérez).

Con arreglo a los principios generales de Derecho Administrativo, observa la Corte, puede un órgano administrativo verse relativamente condicionado en su voluntad decisoria por las llamadas “propuestas” (normalmente en terna o en quinario, pero anda impide que sean formuladas en número mayor) emanadas de otros órganos enclavados no ya, como el decisor, en la administración activa, sino más bien en la que suele denominarse “consultiva”, destinada ésta a “iluminar” (como ha puesto de relieve la doctrina italiana) el criterio del órgano decisor” (Ramos Fernández, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Segundo Trimestre 1988, *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 64.)

56 De hecho, ese es el motivo, en nuestro entender, que llevó a la Sala Constitucional en la Sentencia N° 1.049 a calificar, erradamente, la libertad económica como principio, ya que de mantenerse su concepción como regla el principio, derivado del derecho social, siempre estaría en un segundo plano, incluso cuando se admita una concepción debilitada de ese derecho individual. En efecto, ello se desprende del fallo en cuestión cuando indica que *“serían reglas cuando su cumplimiento no admite grados”* (sentencia N° 1.049 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de julio de 2009, cit., pp. 16-17).

2. Alcance de la protección al consumidor en Venezuela

Hechas las consideraciones sobre el marco conceptual en el cual se entiende la naturaleza jurídica de la protección al consumidor, como derecho subjetivo colectivo o política o principio constitucional, podría adoptarse una posición conciliadora entre ambas facetas, partiendo de que son dos perspectivas distintas, para entender su alcance. Para ello, conviene analizar el contenido de su reconocimiento en la Constitución para evaluar cuando estaríamos ante un derecho subjetivo colectivo o un principio o política constitucional.

Como comentamos, el artículo 117 de la Constitución señala que las personas, entendidas como consumidores, tendrán derecho a “*disponer de bienes y servicios de calidad*” (...), a “*una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen*” (...) y “*a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno*”. En un segundo plano, el propio artículo 117 establece expresamente una Reserva de Ley respecto a: (i) el desarrollo de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos, antes mencionados; (ii) las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios; (iii) los procedimientos de defensa del público consumidor; (iv) el resarcimiento de los daños ocasionados; y (v) las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

Como bien explicamos si bien de la simple lectura de esa disposición podría asumirse que esos derechos requieren para su aplicación el desarrollo legislativo previo, sin embargo la jurisprudencia lo ha interpretado de forma distinta, ya que la postura según la cual se tratarían de normas programáticas no sólo habría sido abandonada por la jurisprudencia, sino que, conforme al caso *Asodeviprilara*, antes comentado, tales atributos, en tanto no cuenten con un desarrollo legislativo, operarían como un principio que se aplicaría a un caso particular por medio del control jurisdiccional.

Partiendo de tal premisa un aspecto a considerar del artículo 117 de la Constitución es que conforme a su redacción se podría entender que la enumeración de los derechos es taxativa. Ahora bien, frente al desarrollo jurisprudencial de ese artículo esa postura sólo podría aceptarse únicamente a los efectos de la remisión a la Ley para su desarrollo. Es decir, mientras se admitiría sólo la regulación por Ley de los atributos mencionados en la disposición antes señalada, no se negaría la existencia de otros derechos inherentes al consumidor no mencionados en el artículo 117 de la Constitución, con la condición de que éstos no pueden ser desarrollados por norma de derecho positivo, sino aplicados como principios. En primer lugar, en virtud de que el mismo artículo 22 de la Constitución permitiría

su reconocimiento, en tanto “*la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuran expresamente en ellos*”. En segundo lugar, por cuanto pretender la negación de otros derechos inherentes al consumidor contradeciría el criterio según el cual la protección al consumidor se podría concebir en los mismos términos expuestos, aún sin la disposición contenida en el artículo 117 de la Constitución, ya que, como ha sostenido el criterio jurisprudencial imperante a la fecha, se trataría de una consecuencia del Estado Social de Derecho, especialmente en lo que concierne a la posibilidad de su aplicación por vía de control jurisdiccional.

A todo evento, sobre la base de ese razonamiento y en los términos en los cuales está redactado el artículo 117 de la Constitución, se podría sostener que la enumeración de derechos que realiza esa disposición es taxativa en tanto sólo son éstos los que pueden ser desarrollados por la Ley, por lo que los demás que sean inherentes al consumidor sólo podrán oponerse como principios, pero nunca particularizarse mediante reglas.

Se trata de una postura que no sólo pareciera que no ha sido aceptada en Venezuela, tácitamente al menos, sino que ha sido simplemente ignorada en la práctica en virtud del desarrollo legislativo de aspectos distintos y adicionales a los enumerados en esa norma constitucional.

Para justificar tal circunstancia se podría argumentar que la regulación por Ley de otros derechos inherentes al consumidor que no estén mencionados en el artículo 117 se fundamentaría en que se trata de la invocación de esa materia como un interés social para restringir los derechos afectados, en los términos permitidos por la garantía de la Reserva de Ley que ampara cada uno. Por ello, podría argumentarse que una regulación que exceda de las materias previstas en el artículo 117 de la Constitución sería válida en tanto cuente con fundamento en otro artículo que la habilite para tal fin correlativo a un derecho que se restringe. Ello podría ser el caso del derecho a la libertad económica que puede ser limitado por Ley “*por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social*”, en los términos indicados en el ya comentado artículo 112 de la Constitución.

Pese a lo anterior, esa última opción tendría como resultado que el enunciado del artículo 117 de la Constitución carezca de utilidad, ya que por un lado no sería necesario para desarrollar por vía de norma de rango legal materias de

protección al consumidor y del Estado Social de Derecho dimanaría la protección al consumidor como principio o política constitucional.

Esa interpretación, en nuestro criterio, no podría ser admitida al tratarse de una norma que forma parte de la Carta Magna y de obligatoria observancia en tanto guía el ordenamiento jurídico. Por ello, al resultar contraproducente vaciar el contenido de la Reserva de Ley estipulada en el artículo 117, somos del criterio, que esa limitación debe ser entendida de manera restrictiva de forma tal que no pueda regularse, por Ley y por supuesto por vía reglamentaria, materia de protección al consumidor que exceda de los derechos específicamente identificados en esa disposición, mientras que el remanente de los derechos no reconocidos, pero que dimanen del Estado Social de Derecho, podrían ser, en todo caso, aplicados como principios o políticas constitucionales.

A todo evento, como comentamos, esa posición no pareciera ser considerada en el desarrollo legislativo de la protección al consumidor, ya que ha sido más proclive al extenderse a materias distintas a las que dispone expresamente la Constitución, para lo cual basta leer el amplio catálogo de derechos en la LOPJ⁵⁷. De igual forma observamos que la jurisprudencia ha resaltado, citando a la doctrina patria, que sí forman parte del catálogo de derechos del consumidor distintas materias a las señaladas en el artículo 117 de la Constitución, sin mayor justificación o explicación⁵⁸.

Por otra parte, observamos que actualmente los derechos establecidos en el artículo 117 de la Constitución habrían tenido un desarrollo legislativo, pero que fue drásticamente reducido con la LOPJ. En efecto, en cuanto al derecho a disponer de bienes y servicios de calidad la Ley por sí sola se limita a simplemente repetir su enunciación y tipificar su incumplimiento como sanción, pero realmente no establece una regulación en cuanto a los parámetros de calidad. Ciertamente podría interpretarse que ese derecho se vería regulado en un compendio de normas de rango legal y técnicas, lo cual es una posición válida, pero haría inútil su reconocimiento en la LOPJ.

En relación al derecho a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen observamos

57 En efecto, en el artículo 10 de la LOPJ se incluyeron derechos de los consumidores adicionales a los dispuestos en el artículo 117 de la Constitución, como el de la “*vida, salud y seguridad en el acceso de bienes y servicios*”, entre muchos otros.

58 Ello lo sostuvo la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo, en sentencia con ponencia en Emilio Ramos, en una sentencia antes comentada (sentencia de la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo de 12 de agosto de 2008, caso *Banco Exterior C.A., Banco Universal*, cit., pp. 10-11).

que la Ley tampoco señala mayores aspectos salvo la enunciación de los derechos correlativos y la tipificación de su sanción. Ahora bien, parcialmente esa regulación es desarrollada por la Providencia Administrativa N° 077/2014⁵⁹ al menos en lo que se refiere a qué se entiende por publicidad falsa y publicidad engañosa, así como la Providencia Administrativa N° 70/2015⁶⁰ en lo que respecta al marcaje de precios, pero no así sobre la demás información del producto. Ello pudiere significar que en todo lo no regulado se trataría de un principio, más en lo que sí cuenta con respaldo legal, o en este caso sub-legal, de un derecho subjetivo social.

Finalmente, en torno al derecho a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno la LOPJ nada regula al respecto, así como las normas de rango sub-legal dictadas a tal efecto, con lo cual su naturaleza es del tipo de principios y no de un derecho subjetivo social.

III. Creación de situaciones adversas al consumidor en Venezuela por normas en materia de protección al consumidor

Hechas todas las consideraciones antes transcritas conviene indicar que al intervenir el Estado en las actividades económicas con miras a reducir el dogmático desequilibrio en el que los consumidores se verían supuestamente minusvalorados, podría darse el escenario en el cual se dicte una norma que, paradójicamente, pueda lesionar los derechos de los propios consumidores, al crear condiciones adversas a ellos mismos por sus efectos económicos.

Se trata de un escenario que entendemos se presenta en nuestro país, lo cual explicaremos en el siguiente capítulo a través de un ejemplo concreto. Sin embargo, previo a entrar en la exposición de un caso particular de estudio, debemos advertir la dificultad interpretativa frente a ese conflicto se halla en entender si, en ese hipotético caso, cuándo se podría entender que el sacrificio de un atributo de la protección al consumidor frente a otro resulta inconstitucional sobre la base del propio artículo 117 de la Constitución.

59 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.571 Ordinario de 30 de diciembre de 2014.

60 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.775 ordinario de 27 de octubre de 2015.

1. La inconstitucionalidad de una norma en materia de protección al consumidor por vulnerar los derechos de los consumidores

Para dilucidar cada caso podría utilizarse el método para verificar el respeto a la garantía de la razonabilidad. Para ello se debe verificar primero su idoneidad, es decir que *“toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”* (...), que la medida a implementar sea *“la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”* (...) y *“conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido”*⁶¹.

No parece coherente aplicar ese examen para el caso en que se traten de principios y no derechos subjetivos, como ocurriría ante la intervención del Estado en materia legislativa o bajo el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que generalmente estaríamos frente a un principio, justamente por no haber una regulación expresa que la desarrolló previamente, frente a otro principio de la misma materia. Pese a ello consideramos conveniente que el uso de la garantía de razonabilidad como mecanismo para solventar un conflicto entre principios de manera analógica, en el supuesto caso en que estemos frente a una posición conservadora sobre su aplicación, por ser una herramienta que permite ponderar todos los aspectos involucrados.

En todo caso, utilizando como método la garantía de la razonabilidad observamos que deberá privar un estudio económico o técnico y no así una mera apreciación subjetiva. En efecto, ¿cómo se podría evaluar si la medida es adecuada en primer lugar para solventar el desequilibrio sino es por medio de un análisis económico? De igual forma ¿cómo se puede plantear que hay o no medidas más benignas frente al atributo afectado sino es a través del examen de los posibles efectos económicos? La respuesta a esas interrogantes debe ser forzosamente negativa, en tanto siempre sería necesario un análisis económico.

Otro argumento que podría examinarse sería el de que en el marco del conflicto descrito debe privar la interpretación que se derive de principios cuya jerarquía es superior. Ese argumento contempla la dificultad de plano de enten-

61 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de marzo de 2007, caso Ley Orgánica del Trabajo.

der cuál sería el principio de rango superior, para lo cual parte de la doctrina se decanta por aquel que responde al “*fin para el cual fueron creados los mismos*”⁶².

Bajo esa premisa y reduciendo el conflicto a los principios que se deducen directa e indirectamente del artículo 117 de la Constitución, antes explicado, podríamos ubicar en un primer rango a aquellos principios enunciados como derechos -en el entendido en que no estén regulados como se explicó-, es decir los relativos a los derechos de las personas a “*disponer de bienes y servicios de calidad*” (...), a “*una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen*” (...) y “*a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno*”, y en un segundo plano, inferior a éstos, a los que se deduzcan de ese artículo o de los enunciados en la LOPJ, como sería el caso del pretendido fundamento en esa disposición de poder controlar los precios⁶³. Partiendo de lo anterior, podría concluirse que en un conflicto entre el principio de la libertad de elección y el control de precio, forzosamente deberá privar el primero bajo la metodología descrita.

No obstante, lo anterior, no podemos dejar de plantearnos si esa distinción entre principios de mayor o menor rango sería arbitraria y permitiría desconocer la realidad económica del caso concreto que se trate. Por ello, ante el conflicto de dos principios en materia de protección al consumidor debe privar aquel que cuente con un análisis económico que permita esclarecer cuál es la opción menos lesiva, con base en la aplicación analógica de la garantía de la razonabilidad.

62 Al respecto, Emilio Urbina explicó lo siguiente:

“Entonces, si la jerarquía entre estos principios no debe darse por las líneas descritas ¿cuál es el camino? Si el principio es base o fundamento del todo no debe olvidarse jamás el fin para el cual fueron creados los mismos. La teleología principista será el criterio clave para la determinación de la prevalencia de uno sobre el otro. Y si nos preguntamos, ¿cuál es el fin de fondo de la DSI y del Derecho?. Amén de denunciar y proponer alternativas, encontraremos que todo está dirigido para garantizar la dignidad de la persona humana” (Urbina Mendoza, “Los principios orientadores de la Doctrina Social de la Iglesia y su influencia dentro del proceso de interpretación jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 58, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 123).

63 En efecto, en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de octubre de 2003 se hizo alusión a ese artículo como fundamento de la regulación del control de precios en los siguientes términos:

“Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que califican esenciales para los consumidores y usuarios. Se considera así que la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales puede restringir el acceso a éstos por parte de los consumidores, en detrimento del derecho que reconoce el artículo 117 constitucional, con relación a la disposición “de bienes y servicios de calidad” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de octubre de 2003, caso *Inversiones Parkimundo*, C.A., cit., p. 4).

2. La inconstitucionalidad del régimen jurídico del control del margen de ganancia por vulnerar los derechos de los consumidores

Precisada la naturaleza y alcance de la protección al consumidor, sobre la base de la jurisprudencia venezolana que hoy imperaría, describiremos parte del régimen jurídico vigente que podría entender inconstitucional por vulnerar los intereses de los consumidores por sus efectos económicos, muy a pesar de que se fundamentó en primer lugar en aras a proteger a tales sujetos. En concreto nos referimos en este punto al control del margen de ganancia, el cual, en nuestro criterio, presenta claramente una regulación que crea una situación adversa a los consumidores por sí sola, sin contar con las demás variables que puedan estar involucradas en un caso real y no en abstracto.

El artículo 27 de la LOPJ establece que la *“política nacional de precios justos comprenderá, al menos, las categorías del precio justo y precio máximo de venta”*. En tal sentido, el precio justo será aquel *“determinado y fijado por la”* (...) SUNDDE, mientras que el precio máximo de venta al público *“podrá ser determinado y fiado por el productor o importador del bien, o por el prestador de servicio, pudiendo ser determinado o fiado también de oficio por la Superintendencia”*. Es decir, hay dos grupos de productos en lo que respecta a la determinación de sus precios, el primer denominado precio justo que es fijado por acto expreso por la SUNDDE y el segundo denominado precio máximo de venta al público por parte de quien lo comercializa.

En ese orden de ideas, el artículo 31 de la LOPJ consagra una limitación para la fijación del precio máximo de venta al público, es decir la segunda de las categorías antes mencionadas, en torno al margen máximo de ganancia. Al respecto, el referido artículo indica, en un primer momento, que el margen máximo de ganancia podrá ser establecido *“atendiendo a criterios económicos de la”* (...) SUNDDE, *“tomando en consideración las recomendaciones emanadas de los ministerios del poder popular con competencia en las materias de comercio, industria y finanzas”*. De ese artículo observamos que el control sobre el margen máximo de ganancia por parte de la SUNDDE se centra en la estructura de costos y en el margen máximo de ganancia fijado por ese organismo, ya sea de manera general o de cara a una categoría específica.

En cuanto a la estructura de costos, la SUNDDE dictó la Providencia N° 3/2014⁶⁴ a través de la cual establecieron los criterios contables para la confección de la estructura de costos. De la simple lectura de la norma se puede apreciar

64 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.351 Ordinario de 7 de febrero de 2014.

como establece una variedad de criterios contables que supuestamente podrían guiar a los particulares en la confección de la estructura de costos. Sin embargo, un mayor detenimiento sobre la norma ha permitido a la doctrina comentar que presenta ciertos tipos de incompatibilidades frente a actividades distintas a la producción o porque en definitiva cada persona presenta una realidad particular distinta a la de las demás⁶⁵.

Al margen de esa consideración, observamos que de los criterios contables resalta que la estructura de costos debe partir de dos categorías principales: los costos de producción y los gastos ajenos a la producción. En tal sentido, se disponen distintas normas según las cuales una erogación podría subsumirse en una u otra de las categorías antes señaladas, con la limitante de que no serían reconocido el monto de los gastos ajenos a la producción que representen un excedente del 12,5% de los costos de producción.

De esa forma, se define el costo de producción como aquella categoría que *“comprende todos los costos derivados de la adquisición y transformación para darle al producto o servicio su condición de terminado o prestado”*. En contraposición a lo anterior, no se define o delimita el contenido de los gastos ajenos a la producción, sino que se ejemplifica algunos conceptos que estarían subsumidos dentro de esa categoría. Bajo esa premisa, concretamente se excluyen expresamente de los costos de producción y por tanto se reputan como gastos ajenos a la producción aquellos correspondientes a los gastos de administración, de representación, publicidad, venta, relacionados con el financiamiento, los gastos de distribución, salvo que sea una actividad que llevan a cabo, los tributos, las donaciones y liberalidades, los gastos por muestras sin valor comercial, el Impuesto al Valor Agregado cuando pueda ser recuperado o trasladado conforme a las leyes respectivas, por una situación imputable al sujeto de aplicación, entre otros, partiendo de que no sean considerados como necesarios en condiciones de eficiencia normal.

Tal distinción y limitación respecto a los gastos ajenos a la producción implica, a nuestro entender, un desconocimiento deliberado de la realidad contable del particular, ya que si las erogaciones que se clasificarían en los gastos ajenos de producción superan el porcentaje antes señalado sobre los costos de producción serían entonces, simplemente, ignorados por la autoridad competente de cara a la determinación del cumplimiento del margen máximo de ganancia. Ese desco-

65 Véase en tal sentido: Soteldo Silva, “Regulación legal a las ganancias empresariales comerciales e industriales y su impacto financiero en la manera de hacer negocios en Venezuela. Consideraciones financieras y contables”, en *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa complementaria*, FUNEDA, Caracas, 2014.

nocimiento regulatorio no tiene como resultado que el particular deje de realizar tales erogaciones, ya que, aún cuando la norma los repunte como necesarios para la producción, lo cierto es que si se realizan se debe justamente a una racionalidad económica que la estructura interna de una empresa, por ejemplo, así lo vio necesario y no dejaría de hacerlo. Como consecuencia de lo anterior, la persona buscaría trasladarlos a los costos de producción o, en caso de no poder justificar esta subsunción, los trasladaría al margen de ganancia de la estructura de costos, pero realmente no sería una ganancia para el particular, sino un costo o gasto, según corresponda contablemente entenderlo.

Como ejemplo de lo anterior, tomemos el caso hipotético de una persona que quiere iniciar en el negocio de la confección y venta de vestidos de alta costura para un estrato económico alto. Nos planteamos este escenario ya que se trataría de una gama de producto cuyo valor responde más bien a elementos subjetivos asociados a la marca, la cual, al no estar inicialmente constituida no hallaría justificación bajo el régimen jurídico comentado y en definitiva hace inviable este tipo de negocios⁶⁶.

En ese sentido, tomemos como base una compañía anónima denominada a los efectos del presente ejemplo como “A”, conformada por una sola accionista, quien se dedica al diseño de los vestidos y participa en la confección de los mismos. La accionista sólo percibe como remuneración la utilidad neta después de impuestos que devenga de sus actividades. En el proceso de confección de los vestidos contrata a un tercero para que la asista en esa labor, pero no bajo una relación de dependencia exclusiva (laboral), sino por honorarios, es decir le paga un monto fijo por cada pieza terminada, que en el periodo X correspondía a un promedio de 20 Bs. Ahora bien, asumamos por un momento que para un vestido determinado, denominado a los fines del presente ejemplo “B”, el costo de la tela y los aditamentos necesarios para su confección es de 10 Bs. Como la accionista quiere crear un valor a la marca de los vestidos se concentra en que tengan una mayor calidad de detalle y no confecciona más de 5 vestidos por mes.

A tal efecto, los vestidos los confecciona, junto a la persona que contrató para asistirle, en su residencia, donde sólo paga por concepto de condominio una cantidad mensual de 300 Bs, que promediada a la producción mensual de vestidos daría un total de 60 Bs por cada uno, mientras que en el local comercial donde los exhibe y vende paga un canon de arrendamiento de 900 Bs, el cual también promediado por vestido al mes sería de 180 Bs por mes.

66 Cabe precisar que se hará una estimación abstracta y simplificada de lo que supone realmente llevar a cabo tal industria, incluso basándonos someramente en experiencias examinadas por nosotros.

Ahora bien, visto que el objetivo de los vestidos es que puedan venderse en un estrato económico alto para poder conseguir mayores ingresos, se contratan a tres personas que se encargarán en el impulso de la marca, la publicidad y las relaciones públicas para promover la marca, a quienes se les pagan mensualmente un promedio de 15 Bs por mes a cada uno. No bastando lo anterior, decide contratar a una persona para que la asistiera en las ventas en el local, a quien se le paga un promedio de 10 Bs por mes. Asimismo, se contrató a otra persona para que se encargara de la contabilidad y administración del negocio, para lo cual se le paga mensualmente un promedio de 20 Bs por mes. Ante la previsión de esos gastos, decide pedir un préstamo a una entidad bancaria, la cual se lo otorga, exigiéndole el pago de una cuota mensual de 200 Bs por mes⁶⁷.

Partiendo de los datos precisado para el ejemplo antes descrito y tomando como base los conceptos antes señalados en la Providencia N° 3/2014, al menos de una lectura literal, no interpretativa en abstracto y por lo tanto conservadora, pudiera plantearse que de cara a una estructura de costos del vestido “B” se entienden como costos de producción las erogaciones equivalentes a la tela y aditamentos para el vestido, el pago a la persona por la asistencia en la confección del vestido y el pago del condominio de la residencia donde se confecciona el vestido, ya que son los que directamente corresponde a *“la adquisición y transformación para darle al producto o servicio su condición de terminado o prestado”*. Ahora bien, se podrían reputar como gastos ajenos a la producción, insistimos de una lectura limitada a la literalidad y sin mayor análisis, las erogaciones relativas al pago del canon de arrendamiento donde se realiza la venta de los vestidos, el pago a los empleados de venta, administración y publicidad, así como las cuotas mensuales por el financiamiento. En tal sentido, pudiera plantearse que la estructura de costos quedaría en los siguientes términos:

67 Por temas meramente ilustrativos nos hemos abstenido de precisar con detalles todos los aspectos que comprenderían los pasivos laborales a los cuales estaría sujeto una empresa, además del salario que devenga normalmente un trabajador, como pudieran ser las prestaciones sociales, utilidades, beneficio de alimentación, entre otros.

Costo de producción (Cp)	
Condominio de residencia	60,00
Tela y aditamentos	10,00
Asistencia en confección	20,00
Total	90,00
Gastos ajenos de producción (Gap)	
Canon de arrendamiento del local	180,00
Empleado de venta	10,00
Empleado de administración	20,00
Empleados de mercadeo	45,00
Cuotas de financiamiento	200,00
Total	455,00
Estructura de costos real (Cp+Gap)	
Total	545,00
Tope legal del Gap (12,5% del Cp)	
Total	11,25
Estructura de costos legal (Cp+Tope del Gap)	
Total	101,25
Margen de ganancia (30% sobre estructura de costos legal)	
Total	30,38
PMPV (Estructura de costos legal + 30%)	
Total	131,63
Diferencia entre estructura de costos legal y real	
Total	-443,75
Diferencia entre PMVP y estructura de costos real	
Total	-413,38

Obsérvese del cuadro que en el ejemplo planteado los gastos ajenos a la producción superan con creces el tope máximo permitido por la regulación del 12,5% sobre los costos de producción, por lo que el excedente de 443,75 Bs no sería reconocido de cara a la estructura de costos. Esto responde, a como bien comentamos anteriormente, a que la Providencia N° 3/2014 no está pensada para actividades que impliquen principalmente la venta de bienes en los cuales su valor dependa más de un valor reputacional que del costo asociado a su producción. Ciertamente, habrán mecanismos contables en los cuales podría reconocerse un valor de ese tipo e incorporarlo en la estructura de costos, pero la regulación no pareciera reconocerlo dentro del concepto de costos de producción y aún así sería discutible justificarlo para una marca que apenas se estaría iniciando, como es el caso del ejemplo planteado.

Sobre la base de lo anterior, tomando un ejemplo sencillo, inclusive sin tomar en cuenta otras variables importantes como la materia tributaria, el valor de reposición de cara a una economía altamente inflacionaria y la prohibición de estimar una tasa cambiaria distinta a la oficial⁶⁸, se puede observar como la regulación, sólo en lo que se refiere al cumplimiento estricto a la estructura de costos puede ser contraproducente a la racionalidad económica de una empresa.

Ahora bien, en relación al margen de ganancia el mismo artículo 31 de la LOPJ, antes comentado, estipula la prohibición, de cara a la fijación del margen por parte de la SUNDDE, según la cual “ningún margen de ganancia superará el” (...) 30% “de la estructura de costos del bien producido o servicio prestado en el territorio nacional”. Ello implicaría que hasta tanto no sea fijado el margen máximo de ganancia por parte de la SUNDDE no podría entenderse que los productos cuyo precio no había sido fijado expresamente, bajo la modalidad de precio justo, estaría sometidos a un margen del 30%, sino que éste operaba como límite frente a la Administración al momento de determinar dicho margen máximo.

En todo caso, con la publicación de la Providencia Administrativa N° 70/2015 se determinó el margen máximo de ganancia para los importadores por un 20%, para los productos nacionales y prestadores de servicios a un 30% y para toda la cadena de distribución o comercialización de un bien o servicio hasta un 60%, de acuerdo con su artículo 5 y 6.

68 El artículo 62 de la LOPJ sanciona con prisión de 8 a 10 años a aquella persona que “de manera directa o indirecta, con engaño y fines de lucro, aplicare o informare, por cualquier medio, un tipo de cambio distinto al fijado por el Ejecutivo Nacional para la estimación de precios o servicios, en el territorio nacional”.

Si retomamos el ejemplo antes planteado de la empresa A que confecciona y vende el vestido B, observamos que al dedicarse a la producción y venta le correspondería un margen máximo de ganancia del 30% sobre la estructura de costos. A todo evento, si bien también se dedica a la venta del vestido al consumidor definitivo entendemos que la norma en cuestión no podría válidamente interpretarse de forma tal que se extienda el margen máximo de ganancia para una misma persona por encima del 30% hasta el 60% por tratarse de una sola persona que funge como toda la cadena de intermediación, ya que ello pareciera contradecir el límite impuesto a la SUNDDE de no fijar un margen de ganancia por encima del 30%.

Precisado lo anterior, observamos como la estructura de costos, acorde a la regulación, arrojaría un monto de 101,25 Bs, con lo cual, para que se entienda que cumple con el margen máximo de ganancia se podría vender el vestido hasta un máximo de 131,625 Bs. Vender el vestido a ese monto, como bien indicamos anteriormente para este ejemplo, representaría una pérdida de 413,375 Bs para la empresa, lo cual no es sostenible económicamente, más todavía si tomamos en cuenta que en ese caso se quiere comercializar el vestido a un alto precio conforme al mercado al cual se dirige la marca, con base en un esquema de alta calidad y valor reputacional, en vez de cantidad.

Explicada la regulación, observamos que la comercialización de bienes y servicios por encima del margen máximo de ganancia permitido está tipificado como el delito de especulación en el artículo 49 de la LOPJ, en los siguientes términos:

“Quien compre o *enajene* bienes, productos o *presten* servicios, *con fines de lucro* a precios o *márgenes de ganancia o de intermediación superiores a los establecidos por la*” (...) SUNDDE “por regulación directa conforme a los lineamientos del Ejecutivo Nacional o aquellos marcados por el productor, importador, serán sancionados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

(...)

Además de la sanción establecida en este artículo, podrán ser objeto de medida de ocupación temporal del almacén, depósito, unidad productiva o establecimiento, hasta por ciento ochenta (180) días, prorrogables más multa de” (...) 1.050 unidades tributarias.

La reincidencia en la infracción establecida en este artículo será sancionada con la clausura del almacén, depósito o establecimiento del sujeto infractor, así como la suspensión del Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas”

De la simple lectura del artículo antes transcrito, en lo resaltado por nosotros, se puede apreciar como constituye el tipo del delito de especulación la venta por encima del margen máximo de ganancia permitido, cuestión que se determina al

verificar la estructura de costos, la cual debe cumplir los criterios contables antes comentados, y el margen de ganancia fijado que corresponda según se trate de un importador, productor o un sujeto de la cadena de distribución.

Aunado a lo anterior, el artículo 90 de la LOPJ señala expresamente que “los delitos de especulación, acaparamiento, boicot y contrabando no serán objeto de beneficios ni en los procesos judiciales, ni en el cumplimiento de la pena”. Al respecto, en nuestra opinión, y sin menoscabo de los vicios de inconstitucionalidad que pesan sobre esa disposición, lo que se busca lograr con esa norma carece de absoluta coherencia tomando en consideración que incluso las personas que son declaradas culpables por la comisión de delitos gravísimos pueden estar sujetos al otorgamiento de beneficios procesales. Con ello, se llega al absurdo que mientras un comerciante local está privado de su libertad en el marco del proceso penal sin derecho a un beneficio procesal, un sujeto declarado culpable por una sentencia definitivamente firme por homicidio podría tener derecho a un beneficio procesal.

Es decir, si se verificará que se incumple con el margen máximo de ganancia, ya sea partiendo de modificaciones que la autoridad haría respecto a la estructura de costos, conforme a los criterios contables dispuestos en la Providencia N° 3/2014, o por simplemente exceder el máximo permitido sobre la base de la estructura, aunque sea un sólo punto porcentual, la persona que comercializa el producto podría estar sujeta a una investigación penal que podría terminar con una pena de prisión muy superior a la que corresponde a delitos gravísimos, además de poder ser objeto de medidas que implicarían la pérdida por un tiempo considerable del uso y disfrute de la propiedad del establecimiento, sin mencionar su afectación a la actividad económica de la cual justamente deviene ingresos.

Sin embargo, eso no es todo, ya que la SUNDDE podría, sin perjuicio de remitir el caso al Ministerio Público, imponer una medida preventiva de *“ajuste inmediato de los precios de los bienes a comercializar o servicios a prestar”*, sobre la base del criterio que aplique para cada caso particular, de acuerdo con el artículo 70 de la LOPJ.

Sobre la base de lo antes explicado observamos cómo la compañía anónima denominada “A” se enfrenta a una situación complicada, ya que por una parte bajo el esquema de negocios que se ha planteado resulta simplemente insostenible comercializar los vestidos dentro del margen máximo de ganancia sobre la estructura de costos conforme a la regulación. En tal sentido, si optara por simplemente asumir el riesgo de comercializarlos sobre la base de la estructura de costos real -tomando como base inclusive una tasa cambiaria del mercado paralelo al no poder

acceder a los mecanismos oficiales-, sin mayor porcentaje de ganancia, afrontaría el riesgo de que las autoridades competentes inicien un procedimiento que pudiera culminar en la condenatoria con una pena de prisión de 8 a 10 años y multa por el monto equivalente a 1.050 unidades tributarias, por el delito de especulación, sin beneficios procesales, más la pena de prisión de 8 a 10 años por haber tomado como base una tasa cambiaria distinta a la de los medios oficiales, es decir, tomando como base la media, un total de 18 años de prisión, sin perjuicio de las medidas que además se habrían podido imponer. Lo razonable ante esa situación es que la accionista de la compañía anónima denominada "A" simplemente modifique el esquema de negocios que se planteó o lo abandone.

Ahora bien, pudiera pensarse que ese ejemplo en concreto no tendría mayor impacto en el mercado, ya sea porque responde a un caso particular o no se trata de un bien que podría catalogarse de necesario, pero lo cierto es que denota una distorsión que la regulación genera y que afecta negativamente a todas las personas, tanto comerciantes y consumidores, por cuanto al partir de la premisa de que simplemente no se reconoce la realidad económica de las personas hace realmente inviable todo negocio o al menos en extremo riesgoso, reduciendo la disponibilidad de bienes y servicios, ya que sólo unos pocos podrán ofrecer bienes en la medida en que puedan reducir los costos, ya sea por subsidio sobre la venta de otros rubros o por un altísimo volumen de producción, o, al menos, su calidad.

En tal sentido, se trata de una situación que atenta directamente contra el derecho de los consumidores de "*disponer de bienes y servicios de calidad*" (...) y "*a la libertad de elección*", de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución, muy a pesar de que la misma deriva de una regulación que está pensada en proteger a los consumidores contra el alza de precios. En ese caso, hay distintos razonamientos que permitirían entrever que sobre la base de esos dos atributos la regulación del margen de ganancia resulta inconstitucional.

En efecto, incluso partiendo de que se tratan de principios, desde un punto de vista cuantitativo se sacrifican, por virtud de los efectos económicos, dos atributos de la protección al consumidor por uno sólo, que dicho sea de paso no está siquiera expresamente mencionado en esa disposición, es decir la protección contra el alza de precios. Como explicamos el control del margen de ganancia concebido en los términos descritos reduce la disposición de bienes y servicios de calidad al buscar los comerciantes reducir los costos, los cuales, en determinadas oportunidades no podría ser a través de otro elemento que determine la calidad de los mismos, ya que algunos costos laborales no podrían ser simplemente eliminados so pena de paralizar las operaciones. Por otro lado, se reduce la libertad de elección, en

tanto habrán proveedores que ante la presión económica que significa no poder cumplir con la regulación y correr los altos riesgos que conlleva su incumplimiento, simplemente dejarán de operar, lo cual en definitiva reducirá la oferta de bienes y servicios y por tanto la diversidad sobre la cual el consumidor puede elegir.

Sobre la base de lo anterior, si aplicamos la garantía de razonabilidad al presente caso y examinamos si idoneidad, es decir que sea *“adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”*, debemos recalcar que conforme a la exposición de motivos de la LOPJ se puede observar que esa regulación apunta a *“hacer frente a las fluctuaciones de la economía y buscar siempre el interés de proteger y defender a los usuarios, aún cuando se han presentado ondas especulativas y explotadoras que pudieran arruinar las posibilidades adquisitivas de nuestro pueblo, y de esta manera desmejorar su calidad de vida”*. Atendiendo esa finalidad, entendemos que sería necesario contar con un análisis económico que permita concluir si conforme a la regulación que contempla esa Ley y desarrolla la normativa antes comentada efectivamente se puede cumplir con ese cometido. Sin embargo, sin perjuicio de un eventual análisis económico que confirme esa circunstancia, si se toman en consideración algunos indicios económicos en el país, podría argumentarse debemos destacar que esa regulación, junto a otros factores, ha tenido justamente un resultado distinto al deseado y por lo tanto, de cara a la garantía de razonabilidad, no sería idónea frente al fin que busca cumplir⁶⁹.

Por otra parte, sin limitarnos a la idoneidad, en cuanto a si la regulación sería *“la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”*, ello requeriría indudablemente de un análisis económico que permita probar tal circunstancia. Bastarían en definitiva cualquier opción viable que permita evitar la fluctuación de precios para que se repunte la regulación antes comentada como inconstitucional.

Finalmente para examinar la proporcionalidad en sentido estricto observamos que si bien desde un punto de vista político evitar el daño a los consumidores por la fluctuación de precios pueda ser relevante conforme a los criterios que tenga un determinado gobierno, consideramos que en los términos como está regulado

69 Ante la falta de la publicación del Índice Nacional de Precios al Consumidor (“INPC”) por parte del Banco Central de Venezuela (“BCV”) para poder tener una estimación de la inflación, diputados de la Asamblea Nacional han realizado sus propias estimaciones, denominadas como Índice Nacional de Precios al Consumidor de la Asamblea Nacional (“INPCAN”), según la cual *“la inflación mensual de junio alcanzó 21,4% y la acumulada de 2017 a 176%”* (Consultado en el portal web <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/alvarado-inflacion-acumulada-hasta-junio-llego-a-176-segun-inpcan>, el 30 de julio de 2017).

el control del margen de ganancia no hay una adecuada relación con los derechos intervenidos, ya que la lesión que se ocasiona a la libertad de elección y a la disposición de bienes de calidad de los consumidores es de tal magnitud que básicamente los anulan, conforme se deduce del ejemplo antes planteado.”

En todo caso, partiendo de un razonamiento distinto a la garantía de la razonabilidad, es decir de la jerarquía de los principios, observamos que los atributos afectados por la regulación resultan fundamentales y cualitativamente más importantes que regular los precios de los productos -asumiendo el hipotético y negado supuesto en el que concebir esa regulación en un primer momento sea aparentemente beneficioso-, en tanto ante la inexistencia de oferta diversa de bienes y servicios, sino por el contrario un mercado en el cual haya una poca variedad, que dicho sea de paso de baja calidad, cabe preguntarse entonces ¿cuál es el punto siquiera de regular su precio? e inclusive ¿si hay protección al consumidor?

Sobre la base de esos razonamientos, aún bajo la concepción actual de la jurisprudencia venezolana sobre la protección al consumidor, resulta claro que la regulación en esa materia puede resultar inconstitucional por sus efectos económicos, cuestión que, conocida por un juez, debería ser declarada y objeto de desaplicación por control difuso o anulada por control concentrado.

IV. CONCLUSIONES

En lo que se refiere a la protección al consumidor en Venezuela podemos observar cómo la jurisprudencia la asumió inicialmente como una materia de interés público y luego del tipo social que justificaba la limitación de la libertad económica, entendida como autentico límite frente a la intervención del Estado, para incorporar una perspectiva adicional, sobre la base de lo que entendió la Sala Constitucional por el Estado Social de Derecho, como un derecho subjetivo, una política y un principio constitucional, cuando no tuviera desarrollo legal, sobre el cual la libertad económica pierde efectividad, ahora comprendido como un principio.

Ello significó un cambio radical en la concepción de la protección al consumidor, especialmente en lo que se refiere a su dinámica frente a los derechos individuales. A todo evento, se mantiene el signo económico que la caracteriza, de forma tal que la intervención del Estado con fundamento en esa materia debe partir sobre la base de criterios técnicos en materia económica, sin que pueda, válidamente, tomarse como fundamento una mera apreciación subjetiva. Ello

supone, en nuestro entender, que el Estado interventor tiene que actuar sobre la base de una discrecionalidad técnica o más bien potestad reglada sujeta a criterios técnicos económicos, los cuales no basta simplemente enunciar, sino que además debe probar.

Partiendo de las dos perspectivas de la protección al consumidor que asumió la jurisprudencia, como causa de interés social que limita la libertad económica -ahora un principio- y como un derecho social -auténtico derecho subjetivo cuando está regulado o principio constitucional cuando no está regulado- se pueden deducir algunos aspectos relevantes del artículo 117 de la Constitución.

Primero, que todos los derechos enunciados en el artículo 117 de la Constitución son principios, salvo que hayan sido luego regulados por la Ley, respecto a lo cual ocurrió un grave retroceso en ese aspecto con la LOPJ al haberse eliminado muchas de las previsiones contenidas en leyes anteriores.

Segundo, que la enunciación de derechos en el artículo 117 de la Constitución sólo presentaría un sentido o utilidad si se entiende que el desarrollo legal de la protección al consumidor sólo puede enmarcarse en el catálogo expresamente enunciado en esa disposición, con lo cual el resto de la materia que pudiera deducirse sólo tendría cabida como principio. Se trata una interpretación que no ha sido sostenida en la práctica al observarse una proclive regulación de la materia desde la Constitución de 1999, incluyendo la enunciación de derechos distintos a los que comprende el texto del artículo 117 de la Constitución.

Sobre la base de las características, naturaleza y alcance de la protección al consumidor, siguiendo los postulados de la jurisprudencia venezolana, al plantearse que frente a una intervención del Estado con miras a reducir el dogmático desequilibrio en el que los consumidores se verían supuestamente minusvalorados, podría darse el escenario en el cual se dicte una norma que, paradójicamente, pueda lesionar los derechos de los propios consumidores, al crear condiciones adversas a ellos mismos por sus efectos económicos.

En ese caso, desde un punto de vista estrictamente de la protección al consumidor, se podría entender que el sacrificio de un atributo de la protección al consumidor frente a otro resulta inconstitucional sobre la base del propio artículo 117 de la Constitución. Para llegar a esa conclusión podría utilizarse la metodología correspondiente a la garantía de razonabilidad y proporcionalidad aplicable a los derechos individuales frente a la intervención del Estado, caso en el cual resulta principal el uso de criterios económicos.

Aunado a lo anterior, sobre la base de que los atributos que entrarían en conflicto actuarían como principios podría plantearse la solución con base en que unos privan sobre otros por jerarquía; en los cuales naturalmente aquellos que están expresamente delineados en el artículo 117 de la Constitución ocupan un primer lugar, es decir los que se deducen del derecho a “*disponer de bienes y servicios de calidad*” (...), a “*una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen*” (...) y “*a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno*”. Sin embargo, aún sobre la base de esa dinámica la decisión debe fundarse en criterios económicos por encima de una clasificación arbitraria de principios según su jerarquía.

De esa forma, en el presente trabajo se analizó el régimen jurídico del control del margen de ganancia de los bienes y servicios, consagrado en la LOPJ, la Providencia N° 3/2014 y la Providencia Administrativa N° 70/2015, como uno de los ejemplos en los cuales una norma que invoca la protección al consumidor, paradójicamente, pueda lesionar los derechos de los propios consumidores, al crear condiciones adversas a ellos mismos por sus efectos económicos.

Se trata de un régimen jurídico que establece un margen máximo de ganancia a la comercialización de los bienes y servicios partiendo de una estructura de costos, la cual debe conformarse de acuerdo con unos criterios técnicos previamente establecidos por la autoridad regulatoria. Al examinar los criterios técnicos sobre los cuales debe realizarse la estructura de costos se observa en líneas generales que está pensado para la actividad de manufactura, pero no así para otras actividades, y de sus disposiciones se observa que se permiten a la autoridad desconocer erogaciones que se hayan realizado y que son imputables a los bienes y servicios. En cuanto al margen máximo de ganancia se establece un máximo del 30% como límite para la autoridad al fijarlo de cara a ciertos sectores, pero que en la práctica ha sido aplicado, aún sin previsión normativa. En todo caso, se fijó un margen del 30% para los productores nacionales, 20% para los importadores y un 60% para toda la cadena de comercialización. Ahora bien, el incumplimiento de ese régimen jurídico podría tener como consecuencia graves sanciones pecuniarias y penales para las personas involucradas, sin beneficios procesales antes y después de la pena, además de la imposición de medidas preventivas como la ocupación del establecimiento.

En nuestra opinión, el régimen jurídico antes descrito permite crear serios efectos económicos que afectan a la colectividad. En efecto, los proveedores de bienes y servicios podrán encontrarse con la imposibilidad material de poder continuar con su actividad económica de manera lícita, conforme a esa regulación, y

decidirían simplemente no asumir los riesgos que conlleva incumplir tal régimen. Ante tal situación habrá una menor oferta de bienes y servicios o, en caso de que subsistan algunos, una menor calidad al reducir los costos y gastos asociados a la actividad.

Ello trasgrede claramente los postulados establecidos en el artículo 117 de la Constitución analizados en el presente trabajo, especialmente en lo que se refiere al derecho de las personas de acceder a bienes y servicios de calidad, con lo cual la regulación, en su conjunto, resulta inconstitucional, tanto desde la perspectiva de la garantía de razonabilidad, como por la concepción de la trasgresión de principios constitucionales.