

Los títulos habilitantes y las actividades económicas de interés general

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE*
RVLJ, N.º 16, 2021, pp. 275-310.

SUMARIO

Introducción 1. La libertad de empresa en el Estado de garantía de prestaciones 1.1. *La libertad de empresa en la Constitución* 1.2. *El contenido esencial del derecho a la libertad de empresa* 1.2.1. Libertad de acceso al mercado 1.2.2. Libertad para permanecer en el mercado 1.2.3. Libertad de salir del mercado **2. Los títulos administrativos habilitantes para el ejercicio de la libertad de empresa** 2.1. *Los títulos habilitantes tradicionales* 2.1.1. La concesión como título administrativo habilitante 2.1.2. La autorización como título administrativo habilitante 2.1.3. Las características comunes de las distintas manifestaciones de las autorizaciones 2.1.4. Reflexiones sobre la relevancia de la autorización para el ejercicio de la libertad de empresa en el Estado de garantía de prestaciones 2.2. *Otras modalidades de títulos habilitantes* 2.2.1. La comunicación previa 2.2.2. La inscripción registral **Consideraciones finales**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Doctor en Derecho. **Universidad Monteávila**, Director del Centro de Estudios de Regulación Económica. **Universidad del Rosario**, Profesor de la Maestría en Derecho. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IDA), Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE). www.hernandezmendible.com, www.ride-derechodelaenergia.com.

Introducción

Comienzo por felicitar públicamente esta original iniciativa de los profesores Edison Lucio VARELA CÁCERES y Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ, de homenajear al profesor doctor Jesús Ovidio CABALLERO ORTIZ, por su larga y fecunda trayectoria profesional y académica, destacándose especialmente en esta última por ser uno de los pocos profesores contemporáneos de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, que hizo su carrera exitosamente hasta alcanzar la categoría de «profesor Titular» –que aunque debería ser lo normal, se ha transformado en un mérito reservado a unos pocos– y llegado el momento se jubiló, dando paso –como debe ser– a las generaciones emergentes, a las que generosamente siempre ha estimulado.

Esta iniciativa también merece reconocimiento, porque, como toda idea original, al ser honesta y buena, es susceptible de ser imitada y así sucedió una vez conocida esta propuesta de exaltación del recorrido vital de profesor CABALLERO ORTIZ. Se sucedieron otras iniciativas similares –como ya se ha vuelto costumbre en el foro venezolano–, orientadas a complementar este modesto pero muy sincero homenaje, a un jurista que ha combinado el desempeño académico con el profesional, en el ámbito público y privado. Esta procesión de reconocimientos demuestra el acierto de la iniciativa original y la justicia que se le hace al homenajeado.

En mi caso particular, es un verdadero honor participar en este merecido tributo, porque tuve el privilegio de trabajar con Jesús CABALLERO ORTIZ, el magistrado, cuando era presidente de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, junto a dos brillantes abogados que iniciaban sus carreras profesionales por aquel tiempo como eran Eliezer Lobatón Primera, su asistente directo en el despacho, y Carlos Arocha, quien además colaboraba con él en las investigaciones académicas que realizaba entonces.

Aunque no es infrecuente que la persona que es homenajeada sea «víctima» de la apología, como consecuencia de la bondad de quienes lo tributan, este no será el caso, pues lo que voy a contar sucintamente en estas líneas iniciales es pura historia.

A comienzos de 1993, de regreso de las jornadas Domínguez Escobar en Barquisimeto, me entrevisté con el magistrado CABALLERO ORTIZ –a quien no conocía personalmente–, gracias a la recomendación de un compañero de la Especialización de Derecho Administrativo, la cual recién acababa de culminar el año anterior en la Universidad Católica Andrés Bello. Obviamente conocía por su obra académica al profesor CABALLERO, así fui a entrevistarme con él a la Corte y me recibió con gran cordialidad, me preguntó por mis estudios y la actividad profesional que realizaba en aquel tiempo. Finalmente, me explicó la manera de trabajar en su Despacho con quienes se desempeñaban como relatores externos.

Tuve el honor de trabajar con él durante ese año –lo que me permitió ser testigo de excepción de la gestación y creación entre los magistrados, de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)– y, gracias a su generosidad, pude estudiar y redactar proyectos de sentencias de prácticamente todos los temas que eran competencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, actividad de la que me he beneficiado a lo largo de toda mi vida profesional y durante los 17 años que dicté la materia de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y, en menor tiempo, en la Universidad Católica del Táchira. Durante ese período de relatoría en la Corte Primera trabajé un total de 60 proyectos de sentencias, pero, más allá de las estadísticas, quiero destacar cómo era el magistrado CABALLERO.

Los relatores debíamos entregar los proyectos semanalmente a las señoras Marta y Gisela, quienes los colocaban en formato de sentencia y, con la papelería de la Corte Primera, los imprimían, y el magistrado CABALLERO, el día viernes en la tarde, se llevaba entre una docena y una quincena de expedientes con sus respectivos proyectos a su casa para leerlos, corregirlos y entregarlos el lunes en la mañana a las secretarías a los fines de su corrección final, impresión y distribución a los otros despachos de los demás magistrados, con quienes se realizaría su eventual discusión y aprobación en la siguiente plenaria. Este hecho siempre me pareció muy significativo, pues evidenciaba la impresionante capacidad de trabajo del magistrado CABALLERO. Cabe aclarar que no es que sus compañeros no trabajaran bastante,

pues tenían una sana competencia por sentenciar y que las decisiones fuesen de calidad, pero no dejaba de ser significativo que, siendo presidente de la Corte Primera, con una gran carga administrativa, él no se disminuía la distribución de expedientes nuevos que ingresaban a su despacho, justificándose en la no menos intensa gestión administrativa.

Además de esa admirable capacidad de trabajo, otra característica que permanentemente ha destacado en él ha sido su honestidad, que le ha acompañado durante su vida –al menos hasta donde llega mi conocimiento–, pues siempre decidió según sus convicciones, sin presiones; e incluso cuando tuvo que resolver casos de cierta transcendencia mediática en aquel tiempo, se comportaba de la manera más acuciosa en el cumplimiento del principio de que «la sentencia debe bastarse a sí misma», por lo que el análisis de cada alegato, medio de prueba y la motivación eran revisados con sumo detenimiento.

Finalmente, debo mencionar el respeto hacia los criterios de los demás. En este punto hay que señalar su gran respeto, en primer lugar, por sus compañeros de Corte, con quienes podía coincidir o no, pero a quienes escuchaba con atención e incluso podía cambiar su punto de vista si ellos lograban convencerlo, pero, cuando no quedaba otra opción, manifestaba su voto disidente con gran elegancia. Este respeto también lo dispensaba al personal adscrito a su despacho, y en particular doy fe que a los relatores jamás nos dio una instrucción, para que resolviésemos un caso de manera diferente a nuestras propias convicciones.

El magistrado CABALLERO, en varias ocasiones, me pidió con mucha educación que no hiciera las motivaciones de las sentencias tan largas, pues en la plenaria le llaman la atención por ello, pero nunca como una orden, sino como una sugerencia. Igualmente, en aquel tiempo existió una posición dividida entre los magistrados sobre la interpretación del silencio administrativo positivo en materia urbanística y él conformaba parte de la mayoría favorable a esta posición, mientras que yo consideraba que los magistrados disidentes tenían razón en lo concerniente a que allí operaba el silencio negativo. En un par de ocasiones, me asignaron expedientes relacionados con el polémico

tema del silencio administrativo en materia urbanística y al comentárselo a él, de manera inmediata reasignaba el caso a otro relator y me daba nuevos expedientes de asuntos en los que no teníamos discrepancias de criterios, pero jamás me pidió sacar un proyecto haciendo valer su criterio, que evidentemente era el que debía prevalecer.

Al finalizar aquel año, de mucho trabajo, gran aprendizaje y de inicio de importantes cambios tanto institucionales en el país como personales, dejé la Corte Primera, porque, como he contado en otra oportunidad, me fui a estudiar en el exterior¹ y él fue luego designado magistrado y presidente de Consejo de la Judicatura, pero quedaron los buenos recuerdos de una época de respeto y aprecio personal, de mucha creación jurisprudencial, de la convicción del trabajo bien hecho y el aporte al país, tanto durante su presidencia como cuando era únicamente el magistrado CABALLERO ORTIZ, en una Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo que tuvo varios cambios y siguió brillando hasta diciembre de 1999, cuando finalizó la democracia y el Estado de Derecho en Venezuela².

El presente trabajo no se orienta a recordar el glorioso pasado venezolano –aunque sin duda con sus defectos–, sino a hacer justamente lo que practicó el profesor Jesús CABALLERO ORTIZ durante su carrera académica, como profesor investigador en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, a formular reflexiones y propuestas para el futuro del país.

El Estado de Derecho, en su versión del modelo prestacional, se ocupaba de manera directa del uso y aprovechamiento de los recursos naturales, del establecimiento y prestación de los servicios públicos, de la producción

¹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: «El proceso administrativo en la Constitución de República Dominicana». En: *La protección de los derechos frente al Poder de la Administración. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Editorial Temis-AIDA-Editorial Jurídica Venezolana. A. R. BREWER-CARIAS, L. PAREJO ALFONSO y L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, coords. Bogotá-Caracas, 2014, pp. 569-570.

² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: «La contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, la democracia y el Estado de Derecho en Venezuela». En: *El nuevo Derecho Constitucional venezolano*. UCAB. Caracas, 2000, pp. 81-108.

y comercialización de los bienes, así como de la construcción y explotación de las infraestructuras y las redes, en muchos casos sin importar la eficiencia, la racionalidad, la calidad y la sostenibilidad de los mismos.

El abandono del modelo prestacional del Estado no podía llevarse a cabo mediante un simple retiro de este, de la mera desaparición de su omnipresente intervención en múltiples sectores económicos y sociales, durante tantos años.

Es por tal razón que se planteó la necesidad de instrumentalizar un nuevo modelo de intervención del Estado en la economía, que se construyó anclado en una nueva regulación, donde desaparece la titularidad del Estado sobre la actividad (*despublicatio*) y sobre los bienes públicos (desafectación). Como primera consecuencia, se extinguen los derechos de explotación exclusiva y en régimen de monopolio que ostentaban el Estado o los particulares por delegación de aquel, dando paso al ejercicio de los derechos y libertades económicas, como la libertad de empresa, la libre iniciativa empresarial, la propiedad privada sobre los bienes que pueden ser considerados esenciales –sujeta a restricciones, limitaciones y obligaciones por razones de interés general– y la libre competencia.

Ello supuso el traslado de la responsabilidad de la gestión económica de los servicios o del aprovechamiento eficiente de los bienes, las redes y las infraestructuras a los operadores privados, que para explotarlas o utilizarlas requieren una nueva clase de habilitación administrativa y que realizarán las actividades de prestación o uso de bienes en función de la oferta y la demanda, disputándose el mercado entre sí, y en los casos que la libre competencia en el mercado no sea capaz de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, se encontrarán sujetos a que potencialmente se les establezcan obligaciones de servicio universal, así como servidumbres y cargas sobre los bienes, estando únicamente obligados a realizar las actividades estrictamente esenciales que deben prestarse en las condiciones técnicas, de calidad y asequibilidad económica que determine el ente regulador de conformidad con la ley, en cuyo caso concurrirá el régimen de financiación mediante la formación competitiva de precios, en las

prestaciones que son claramente disputables; con el régimen de financiación, mediante tarifas de las actividades que se prestan bajo la modalidad de servicio universal, dentro de un marco jurídico mixto, que por las características de la actividad ha conducido a desarrollar una nueva rama donde convergen distintas disciplinas jurídicas, que se denomina: «Derecho de los servicios y bienes liberalizados», todo ello en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (regulador *ex ante*).

Ello así, se puede afirmar que la evolución del Estado al modelo de garantía de prestaciones condujo a la cesión del protagonismo en el aprovechamiento de los recursos naturales, en la prestación de los servicios públicos, en la producción de los bienes, así como en la ejecución y explotación de las redes e infraestructuras, para asumir un nuevo rol: por una parte, se dedica a promover las condiciones para ejercer la libertad de empresa, la iniciativa empresarial e inversión privada, la celebración de contratos de estabilidad jurídica –permiten garantizar a los inversionistas, en casos que se produzcan reformas regulatorias, que estas no se les aplicarán unilateralmente–, así como los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, el fomento de las condiciones para la competencia efectiva en los mercados y a la desaparición de las empresas públicas ineficientes (función de promoción de derechos); y por la otra, ejerce la función pública de regulación sobre las actividades económicas y, para hacerlo de la manera más responsable, eficiente, idónea, adecuada y transparente, crea los organismos reguladores especializados (función de intervención).

Se trata sin duda de la transformación más importante que ha experimentado el Estado de Derecho, a partir del último tercio del siglo pasado y lo que va de este, lo que ha permitido que, entre otros aspectos, haya evolucionado de la *publicatio* a la *ordenatio* y, por vía de consecuencia, de que se haya visto en la necesidad de cambiar los tradicionales títulos habilitantes para realizar las actividades económicas, en ejercicio de la libertad de empresa.

Es por ello que, habiendo en otras oportunidades analizado este tema de cara a la realización de las actividades económicas prestacionales, así como del

aprovechamiento y uso de los bienes esenciales para llevarlas a cabo y que por tanto se encuentran sujetos a una intensa regulación del Estado³, en esta ocasión se pretende partir del reconocimiento de la libertad de empresa, para abordar, de cara a los particulares, la necesidad de contar con los títulos habilitantes adecuados para el efectivo ejercicio de la misma.

En aras de una mejor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente trabajo de la siguiente manera: se comenzará por exponer sucintamente el modo de concebir la libertad de empresa en el Estado de garantía de prestaciones (1); se abordará la regulación de los títulos administrativos habilitantes para el ejercicio de la libertad de empresa (2); para concluir realizando unas consideraciones finales.

1. La libertad de empresa en el Estado de garantía de prestaciones

El Estado social de Derecho debe basarse en todo momento en la promoción de las libertades, y su actuación debe estar orientada a la remoción de los obstáculos que impidan la igualdad de oportunidades y a garantizar la consecución del bien común, es decir, debe desempeñarse de modo que no queden sin la debida satisfacción los derechos fundamentales de carácter

³ CASSESE, Sabino: *La Nuova Costituzione economica*. Editori Laterza. Roma, 1995; MAJONE, Giandomenico: *La Communauté Européenne: Un État Régulateur*. Montchrestien. París, 1996; BIANCHI, Alberto: *La regulación económica*. T. I. Ábaco. Buenos Aires, 2001; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: «La regulación de los servicios públicos competitivos». En: *Revista Actualidad en el Derecho Público*. N.ºs 21-23. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2003, pp. 229-258; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: «La regulación económica». *Estudios de Derecho: homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*. T. II (Estudios Derecho público). UCAB. Caracas, 2004, pp. 691-746; ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios de Derecho público económico*. 3.ª, Comares. Granada, 2004; CARBAJALES, Mariano: *El Estado regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado*. Ábaco. Buenos Aires, 2006; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: «La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de garantía de prestaciones». En: *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. La Ley. Madrid, 2011, pp. 1159-1177.

prestacional, tanto los explícitamente constitucionalizados como los que implícitamente vinculados a las libertades y derechos fundamentales hayan de reconocerse en función del grado de desarrollo económico, tecnológico y social de cada sociedad⁴⁻⁵.

Es por ello que debe asegurarse que todas las personas puedan en forma razonable –con un esfuerzo o actuación apropiada de su parte, salvo casos excepcionales de imposibilidad efectiva– proveerse de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de sus necesidades, que les permitan llevar una vida digna.

Es esa irrenunciable atención al bien común efectivo, a la garantía de lo exigido por la dignidad de todo ser humano, pero con el máximo despliegue posible de la libertad en condiciones acordes a su básica igualdad, lo que ha de presidir la acción del Estado social de Derecho sobre la economía, haciendo de esta precisamente también una «economía social de mercado», marcada por el principio de subsidiariedad en la intervención y en la actuación pública, lejos de la ambigua indefinición del llamado modelo de economía mixta, especialmente predilecto en las socialdemocracias de diverso signo⁶.

Es así como se justifica que las actividades económicas liberalizadas, de preeminente naturaleza mercantil o comercial en las que se encuentra presente un interés general que debe ser satisfecho, estén abiertas a la competencia y requieran de la construcción de una regulación que establezca las condiciones jurídicas, económicas, técnicas y ambientales que deben

⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: «La regulación económica en España». En: *El nuevo servicio público*. Marcial Pons. Madrid, 1997, p. 210.

⁵ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María: «La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión». En: *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, homenaje al Doctor Gonzalo Pérez Luciani y en el marco de vigésimo aniversario de FUNEDA*. Universidad Monteávila-FUNEDA. Caracas, 2013, pp. 145-168.

⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: ob. cit., p. 210.

cumplir los particulares, que aspiran ejercer la libertad de empresa en un mercado concreto.

1.1. La libertad de empresa en la Constitución

En este proceso de transformación del Estado antes descrito y de la evolución constitucional, la libertad económica ha sido reconocida en la Constitución, y modernamente comprende la libertad de empresa, la libre iniciativa empresarial privada, la libre competencia y, junto al derecho de propiedad, se encuentran sometidos a limitaciones constitucionales y legales.

Ello no ha constituido óbice para otorgar también constitucionalmente competencia a los órganos que ejercen el Poder Público para planificar, racionalizar y regular la economía, dentro de los principios de justicia social, eficiencia y desarrollo sostenible, que configuran la economía social de mercado⁷.

En este contexto, la Constitución establece la delimitación de las competencias de los órganos que ejercen el Poder Público y establece que sea mediante ley –garantía de la reserva legal–, que se impongan las restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales e igualmente, establece el entorno para la actuación de los entes reguladores de la actividad económica. Ni la Ley ni menos aún los entes reguladores de la actividad económica, pueden afectar la libertad de empresa, excediéndose en la licitud del fin perseguido, en la proporcionalidad que debe estar presente, es decir, que debe existir idoneidad, necesidad y racionalidad en la restricción o limitación a tal libertad, compatibilidad con el sistema democrático y respeto al contenido esencial⁸. Todo ello lleva a analizar qué comprende dicho contenido.

⁷ RESICO, Marcelo F.: *Introducción a la economía social de mercado*. Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires, 2010, pp. 107-112; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: «Economía social de mercado en el Estado de garantía de prestaciones». En: *El Derecho Administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*. T. I. Ed. RAP. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y E. JINESTA LOBO, dirs. Buenos Aires, 2014, pp. 331-348.

⁸ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María: *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Temis-Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, 2020, pp. 303-369.

1.2. El contenido esencial del derecho a la libertad de empresa

El contenido esencial del derecho a la libertad de empresa se puede desglosar en tres elementos distintos y complementarios: la libertad de acceso al mercado, la libertad de permanecer en el mercado y la libertad de salir del mercado⁹.

1.2.1. Libertad de acceso al mercado

Una consecuencia fundamental de la *despublicatio* es la eliminación de la titularidad estatal sobre las antiguas actividades económicas consideradas políticamente estratégicas o económicamente monopolios naturales. Ello produce, en principio, la posibilidad de la libre entrada de los operadores que pretendan actuar en el sector, facilitando la pluralidad de oferentes y la mejor satisfacción del interés general.

i. Los atributos constitutivos de la libertad de acceso al mercado: Esta libertad de acceso al mercado comprende dos aspectos esenciales: la libertad de entrada y el libre acceso a las infraestructuras y redes.

a. La libertad de entrada permite que todas aquellas personas que cumplan con los requisitos jurídicos, económicos, técnicos y ambientales para realizar una actividad determinada puedan ejercer el derecho a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, sin más restricciones que la obtención del respectivo título habilitante cuando ello sea necesario¹⁰ –pues habrán casos en que no lo es–, que se otorgará una vez constatado el cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establece y en ningún caso dicho título otorgará derechos exclusivos ni garantizará un régimen de monopolio o una ganancia determinada¹¹.

⁹ Véase en Venezuela, HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado de Derecho español y venezolano*. IESA-FUNEDA. Caracas, 2004; en España: CIDONCHA, ANTONIO: *La libertad de empresa*. Civitas. Madrid, 2006; y en Colombia: CORREA HENAO, Magdalena: *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009.

¹⁰ LAGUNA DE PAZ, José Carlos: *Derecho Administrativo Económico*. 2.^a, Civitas-Thomson-Reuters. Madrid, 2019, p. 79.

¹¹ ARIÑO ORTIZ: ob. cit. (*Principios de Derecho...*), pp. 613-615.

La libertad de entrada implica que todas las personas tienen la posibilidad de constituir o crear empresas, de desarrollar actividades económicas lícitas, de cualquier naturaleza, siempre que no exista una reserva de determinada actividad económica por parte del Estado, con carácter de exclusividad o monopolio.

En el caso de los sectores cuya actividad económica es calificada de interés general, como esta se encuentra sometida a un intenso control de la Administración Pública, los particulares en principio no pueden acceder al mercado para competir, hasta que no obtengan el título habilitante respectivo de los órganos que ejercen el Poder Público.

b. La garantía de libre acceso de todos los operadores al uso de las infraestructuras y redes necesarias para la prestación de la actividad constituye un elemento esencial para el establecimiento de un verdadero mercado disputable. Por tanto, la regulación debe garantizar los derechos de acceso, las condiciones y las obligaciones que tienen los operadores para el uso y explotación de las redes e infraestructuras.

Para lograrlo, la doctrina científica ha propuesto la expedición del estatuto jurídico de las redes, valga decir, de las normas que establezcan las condiciones para garantizar el acceso en términos transparentes, objetivos, no discriminatorios, mediante la fijación de un canon por su uso y la determinación de aquellas razones que pudieran justificar una denegación de acceso¹².

Tanto la doctrina jurídica de las «instalaciones esenciales» como la doctrina económica de «libre acceso de terceros a las redes» tratan de dar respuesta a esta necesidad, persiguiendo ambas establecer la obligación del operador titular del antiguo monopolio, que ostenta una posición de dominio, de permitir el libre acceso a sus actuales o potenciales competidores, en condiciones de transparencia, igualdad y no discriminatorias a las redes e infraestructuras de uso público, e impedir el abuso de su posición de dominio,

¹² LÓPEZ DE CASTRO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Derecho de la Competencia en sectores regulados*. Comares. Granada, 2001, p. 22.

y para los beneficiarios actuales o potenciales del acceso, nace la obligación de pagar los cargos por el uso de tales redes e infraestructuras¹³.

ii. La doctrina de las instalaciones esenciales: esta tesis ha tenido una evolución muy similar tanto en su país de origen como en los países que, consecuencia del proceso de liberalización de sus economías, se han convertido en tributarios de ella. Por tanto, conviene analizar sucintamente los principios que justifican tal doctrina, tanto en los Estados Unidos de América como en Europa:

a. Las instalaciones esenciales en el Derecho norteamericano. La doctrina de las instalaciones esenciales (*essential facilities*) tiene su origen en el Derecho de la competencia de comienzos del siglo xx y establecía que, para determinar el abuso de posición de dominio por los operadores titulares de las instalaciones esenciales, se debía comprobar la existencia de los siguientes requisitos¹⁴:

Que el operador titular ostentase un control efectivo, es decir, una posición de dominio de las instalaciones esenciales.

Que los operadores entrantes no tuviesen la capacidad de duplicar o emular las instalaciones.

Que el operador titular utilizase su posición de dominio para impedir a los operadores entrantes el uso de las instalaciones esenciales.

Que fuese posible compartir técnica y económicamente el uso de las instalaciones esenciales.

¹³ *Ibíd.*, pp. 22 y 23; REMÓN PEÑALVER, Jesús y BUITRAGO MONTORO, Ana: «La posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de las telecomunicaciones». En: *Derecho de las Telecomunicaciones*. La Ley. Madrid, 1997, p. 855; NAVARRO, E.: «La regulación de la competencia en el sector de las telecomunicaciones». En: *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*. FUNEDA. Caracas, 2003, p. 27.

¹⁴ CALLOL GARCÍA, Pedro, «La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector». En: *Revista de Administración Pública*. N.º 149. CEPC. Madrid, 1999, pp. 404 y 405.

Que el operador titular del uso de las instalaciones esenciales no sea capaz de aportar de forma objetiva una causa de justificación válida a su negativa.

b. Las instalaciones esenciales en el Derecho comunitario europeo. La figura de la negativa de acceso a las instalaciones esenciales se ubica dentro del abuso de posición de dominio, lo que lleva a demostrar que el operador económico que posee una instalación esencial tiene una posición de dominio y ha abusado de ella¹⁵.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse que la doctrina de las instalaciones esenciales ha sido limitada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de 26 de noviembre de 1998, Oscar Bronner, asunto C-7/97, en la cual señaló que el simple hecho de que un operador posea un activo valioso para otros operadores no basta para que estos tengan derecho a valerse de ese activo. En tal sentido se considera que un operador puede acceder a los activos del operador dominante, siempre que quede establecido que para el operador entrante no es económicamente viable el establecimiento de una estructura propia, bien sea de forma individual o en asociación con otros operadores, la cual deberá ser capaz de cumplir las funciones de aquella a la que se pretende acceder¹⁶.

En conclusión, se puede afirmar que la doctrina de las instalaciones esenciales tiene como objeto obligar a contratar a un operador en ciertas circunstancias antes mencionadas, a los fines de introducir una competencia efectiva en el mercado, para lo que se produce una restricción del principio de libertad de contratación¹⁷.

1.2.2. Libertad para permanecer en el mercado

La libertad para permanecer dentro del mercado se expresa en dos atributos naturales: la libertad de inversión y la libertad de competición.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 405.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 407.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 409.

i. La libertad de inversión supone que una vez que el operador accede al mercado, disfrute de plena libertad para establecer los planes y estrategias de inversión, que le garanticen la mayor rentabilidad cuando actúa eficientemente o grandes pérdidas cuando su actuación es negligente. Conforme a ello, la inversión se plantea en función de las estrategias de competencia, lo que permite el ejercicio de la libertad de contratación y de formación competitiva de precios.

La libertad de contratación es reconocida a los operadores para comprar y vender sus productos o servicios, importar y exportar, diversificar sus actividades y fijar los precios de los bienes o servicios, garantizando una oferta plural a los usuarios. Aquí resulta capital la actuación del ente regulador, para velar por el respeto de las reglas de formación competitiva de precios, es decir, de la oferta y la demanda y porque no se produzcan prácticas restrictivas de la competencia¹⁸.

ii. La libertad de competición supone que los operadores para desarrollar su actividad económica tengan la posibilidad de participar y competir con otras personas privadas o públicas, que se dedican a la misma actividad económica, sin que estas puedan realizar actividades, acuerdos o conductas destinadas a impedir, restringir, manipular o lesionar dicha libertad de competencia.

La libertad de competir genera la introducción y utilización de nuevas tecnologías frente a los demás agentes económicos, compitiendo en eficiencia, calidad, oferta de precios y sostenibilidad desde la perspectiva ambiental.

En el caso de actividades económicas que se desarrollan en sectores sometidos a una intensa regulación de la Administración Pública, luego que esta otorga el título administrativo habilitante, los operadores beneficiarios de dicha habilitación concurren y compiten entre sí, dentro de los términos, condiciones y restricciones que, de conformidad con la ley, establezca la

¹⁸ ARIÑO ORTIZ: ob. cit. (*Principios de Derecho...*), p. 617.

propia habilitación administrativa, es decir, que el derecho fundamental a la libertad de empresa tiene como parte de su contenido esencial no solo la iniciativa privada, sino la libertad de competencia, tanto en un mercado abierto como en un mercado cerrado a un grupo de agentes, cuando estos interactúan en actividades económicas que estaban reservadas al Estado y que ahora una vez liberalizadas, son consideradas de interés general, no encontrando tal derecho otros límites que los impuestos por la Constitución y las leyes nacionales sancionadas conforme aquella, en virtud de la garantía de la reserva legal.

1.2.3. Libertad de salir del mercado

La libertad de salir del mercado aparece la posibilidad de cesar en la realización de la actividad económica o de abandonar su desarrollo, sin ninguna otra restricción u obligación que los compromisos legalmente adquiridos.

En el caso de actividades económicas que se realizan en sectores sometidos a una intensa regulación de la Administración Pública, los particulares que las desarrollan y compiten en ellas en virtud del título administrativo habilitante pueden cesar o abandonar la realización de dicha actividad por iniciativa propia, siempre que estos hayan cumplido sus obligaciones con el Estado y que la libre cesación o abandono intempestivo no suponga una lesión al interés general.

Lo señalado permite afirmar que, bajo la concepción tradicional de determinadas actividades económicas como un monopolio natural, cuya titularidad se reservaba el Estado y este realizaba en régimen de servicio público, la posibilidad que los particulares realizasen la actividad estaba sujeta a la obtención del título administrativo habilitante de la concesión, oportunidad en la cual nacían los derechos para operar, invertir, competir y cesar en la realización de dicha actividad; en tanto que, al considerar a la actividad económica de interés general, en principio, el derecho a prestar la actividad preexiste al título administrativo habilitante de la autorización, que permitirá la realización de dicha actividad por los operadores, una vez cumplidos los requisitos jurídicos, técnicos, económicos y ambientales preestablecidos,

mientras que la inversión, competición y cesación deberá realizarse con estricto apego al ordenamiento jurídico¹⁹.

Ello así, se puede afirmar que el contenido esencial –entrar, competir y cesar en la actividad económica– del derecho fundamental a la libertad de empresa y a la iniciativa privada, se encuentra plenamente garantizado a todos los operadores, por la Constitución y las leyes sectoriales, encontrando como únicos límites los principios establecidos en la propia Constitución y las leyes que la desarrollan.

No obstante, constituyendo la libertad de empresa, una de aquellas libertades que se encuentra intensamente reguladas, resulta necesario determinar cuáles son los títulos administrativos habilitantes para realizar legalmente su ejercicio por los particulares, lo que se hará en el siguiente subepígrafe.

2. Los títulos administrativos habilitantes para el ejercicio de la libertad de empresa

Ya se ha señalado que la transformación del modelo de Estado prestacional caracterizado por la *publicatio* de la actividad, la afectación de los bienes, el régimen jurídico preeminentemente público y de gestión en monopolio; por el modelo de Estado de garantías de prestaciones caracterizado por la *despublicatio* de la actividad, la desafectación de los bienes, el régimen jurídico mixto y de gestión en concurrencia, lleva a reformar el modo de intervención del Estado, sustituyendo la *publicatio* por la *ordenatio* y por vía de consecuencia la transformación de los títulos habilitantes suficientes para realizar la actividad económica en ejercicio de la libertad de empresa.

La libertad de empresa y la libre iniciativa privada al ostentar reconocimiento constitucional, como manifestación concreta del supraprincipio general de libertad o de *favor libertatis*, inicialmente puede desarrollarse sin controles, de

¹⁹ CARRASCO, Ángel y CORDERO, Encarna: «El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones». En: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi. Pamplona, 1999, pp. 271 y 272.

manera espontánea y encontrando como límites la sujeción a las normas jurídicas, el orden público y la compatibilidad con el interés general.

No obstante, pueden darse supuestos donde el legislador considere pertinente y racional sujetar el ejercicio de estas libertades, al cumplimiento de determinados controles, para realizar ciertas actividades o para el uso y aprovechamiento de bienes públicos. Tales controles en muchos casos son de carácter previo –*ex ante*– y en otros de tipo posterior –*ex post*–, justificándose en ambos supuestos una intervención pública más o menos intensa sobre la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, en el hecho que estas pueden incidir sobre el interés general presente en la norma que las regula.

Es en este contexto donde cobran relevancia una categoría jurídica denominada «títulos habilitantes», que permite agrupar una extraordinaria heterogeneidad de técnicas de intervención para habilitar el inicio de actividades de los particulares y, en especial, aquellas que se proyectan sobre el ejercicio de la libertad de empresa²⁰.

Es por ello que se considera que los títulos habilitantes constituyen una técnica jurídico-administrativa de control previo, en virtud de la que se lleva a cabo una actuación administrativa de comprobación o constatación de la satisfacción de los requisitos previstos en la legislación sectorial aplicable a una actividad concreta o al uso y aprovechamiento de un bien público, que permiten que el particular pueda ejercer lícitamente un derecho nuevo o preexistente, que se constituye o reconoce por la respectiva actuación administrativa²¹, es decir, se trata de verificar previamente la compatibilidad del ejercicio de las libertades económicas con el ordenamiento jurídico y el interés general que tutela la Administración Pública²².

²⁰ ARAUJO-JUÁREZ, José: «Los títulos habilitantes de telecomunicaciones». En: *Revista Tachirense de Derecho*. N.º 20. UCAT. San Cristóbal, 2009, p. 180.

²¹ *Ibíd.*, pp. 180 y 181.

²² *Ibíd.*, p. 182.

2.1. Los títulos habilitantes tradicionales

En los distintos ordenamientos jurídicos se reconocen como títulos administrativos habilitantes las concesiones y las autorizaciones, no obstante, existen casos en que también se hace referencia a las licencias²³⁻²⁴ y los permisos²⁵, constituyendo, estos dos, ciertas modalidades de estas últimas.

Dado que por razones de espacio no resulta posible extenderse en el análisis de las distintas expresiones y las razones que pueden justificar su empleo en cada ordenamiento jurídico, se circunscribirá la presente explicación a los títulos habilitantes tradicionales que tienen mayor relevancia para la libertad de empresa.

Históricamente, el título administrativo habilitante otorgado para la realización de las actividades publicadas como servicios públicos o de uso y aprovechamiento de los bienes afectados al dominio público ha sido la concesión, que les permite a los particulares efectuar la gestión de las actividades o la utilización de los bienes, sin que la Administración Pública vea afectada su titularidad y competencias sobre ellos; en tanto, que si algún operador pretende explotar alguna actividad económica de interés general que no constituye un servicio público en sentido tradicional, una obra pública o el uso de un bien público, que no integra el dominio público²⁶, entonces únicamente se requerirá el título administrativo habilitante de autorización. A continuación se hará una referencia sucinta a cada uno de estos títulos jurídicos.

2.1.1. La concesión como título administrativo habilitante

La expresión concesión es polisémica, siendo utilizada en alguna de sus acepciones de manera incorrecta, pero desde el punto de vista estrictamente

²³ GIANNINI, Massimo Severo: *Diritto Amministrativo*. Vol. II. Giuffrè. Milán, 1988, pp. 1043-1051.

²⁴ ARROYO JIMÉNEZ, Luis: *Libertad de empresa y títulos habilitantes*. CEPC. Madrid, 2004, pp. 393-397.

²⁵ VILLAR PALASÍ, José Luis: *La intervención administrativa en la industria*. IEP. Madrid, 1964, p. 303.

²⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: «La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general». En: *Revista Brasileira de Infraestrutura (RBINF)*. N.º 5. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2014, pp. 35-40.

jurídico consiste en la transferencia de competencias a personas que no forman parte de la Administración Pública titular de una actividad o bien –hay que tener presente que existen las concesiones interadministrativas, que no se analizan en esta oportunidad–, en virtud de lo que se amplía la esfera jurídica individual del concesionario, pues se incorpora temporalmente un derecho a su patrimonio que les permite realizar determinadas actividades propias del concedente y este tiene que garantizar y responder porque se respete el ejercicio de ese derecho²⁷.

La concesión ha sido considerada una técnica de intervención administrativa a través de la cual la Administración Pública llama a colaborar a los particulares en la ejecución de actividades administrativas y estos únicamente la puedan realizar una vez que sean habilitados para ello, conservando aquella la titularidad de la actividad o del bien y la posibilidad de ejercer las potestades de control, supervisión, fiscalización, rescate anticipado y reversión.

La concesión constituye un género que tiene varias especies, como lo serían la concesión de servicio público, la concesión de obra pública o la concesión de bienes públicos, siendo que estas, al no presentar un régimen jurídico uniforme, pueden ser unilaterales o bilaterales.

Las concesiones unilaterales se otorgan a los particulares que solicitan el título habilitante, mediante un acto administrativo de la autoridad pública competente, previa constatación del cumplimiento de los requisitos jurídicos, técnicos, económicos y ambientales contemplados en el ordenamiento jurídico.

Las concesiones bilaterales consisten en aquellos acuerdos de voluntades que establecen la Administración Pública y los particulares, mediante los que constituyen, regulan, transmiten, modifican y extinguen relaciones jurídicas públicas, en la que se establecen recíprocos e interdependientes derechos y obligaciones.

²⁷ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: «Los contratos de obra pública, concesión de obra pública y concesión de servicio público en Venezuela». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 2007-1 (Contratos administrativo-i). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2007, pp. 343-376.

Es por ello que se puede afirmar que la concesión permite establecer una relación jurídica entre el concedente y el concesionario de naturaleza contractual, sin que se produzca una separación plena entre la Administración Pública titular, quien mantiene inalteradas sus potestades y el concesionario²⁸.

Estas categorías al no constituir compartimientos estancos no han impedido que se reconozca en los distintos ordenamientos jurídicos, supuestos en que la concesión se otorga mediante un acto jurídico unilateral (acto administrativo), pero su formalización integral se regula a través de un acto jurídico bilateral (contrato público)²⁹.

Las concesiones pueden ser clasificadas, según su naturaleza, en constitutivas y traslativas, que serán explicadas seguidamente:

Las concesiones constitutivas son aquellos actos jurídicos en virtud de los cuales la autoridad administrativa competente, con sujeción plena al ordenamiento jurídico que regula una actividad o un bien público determinado –ambos de titularidad pública–, verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos para su otorgamiento y, una vez constatados, procede a expedir el acto que crea nuevos derechos –*ex novo*– en los concesionarios, así como el establecimiento de las respectivas obligaciones.

Las concesiones traslativas son aquellos actos jurídicos en los que la autoridad administrativa competente transfiere temporalmente potestades públicas propias al concesionario, quien se subroga a aquella para realizar una actividad económica de interés general, efectuar la explotación de una infraestructura pública o el uso y aprovechamiento de un bien público, en nombre de la Administración Pública titular.

²⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Servicio público y mercado: 1 los fundamentos*. Civitas. Madrid, 1997, p. 313.

²⁹ *Ibíd.*, p. 309.

Aun cuando es tradicional esta clasificación de las concesiones, en la doctrina científica algún sector ha considerado que todas las concesiones son traslativas y también constitutivas³⁰.

Se considera que actualmente la concesión tiene rasgos que son inapropiados para su utilización en los servicios públicos competitivos –en tanto se encuentren despublicados–, lo que conduce a buscar otras formas de lograr la participación de los particulares en la gestión de las actividades económicas de interés general, que aunque distintas a las tradicionales concesiones permitan lograr el mismo fin³¹.

Esto ha llevado a revalorizar a la autorización, que ha venido a sustituir de manera silenciosa y progresiva a la concesión, todo ello producto de la transformación del modelo de Estado prestacional, que no puede sustentarse en los paradigmas históricos, sino en los nuevos surgidos de la regulación que impera en el Estado de garantía de prestaciones.

2.1.2. La autorización como título administrativo habilitante

La autorización es una técnica de intervención administrativa que era ejecutada originalmente en ejercicio de la función de policía y actualmente en ejercicio de la función de regulación, mediante la cual se puede efectuar un control preventivo de la legalidad u oportunidad y conveniencia del ejercicio de los derechos y libertades que tienen las personas³², para realizar actividades económicas, en tanto sean compatibles con el ejercicio de los derechos y libertades de otras personas, de la satisfacción del interés general o del uso y aprovechamiento de manera especial de bienes públicos (demaniales o no)³³.

Esta técnica de intervención previa en que consiste la autorización no ha estado exenta de polémica entre quienes han considerado que la Administración

³⁰ LAGUNA DE PAZ, José Carlos: *La autorización administrativa*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006, p. 85.

³¹ MUÑOZ MACHADO: ob. cit., p. 311.

³² LAGUNA DE PAZ: ob. cit. (*La autorización administrativa*), p. 52.

³³ HERNÁNDEZ-MENDIBLE: ob. cit. («La regulación de los bienes...»), pp. 13-40.

Pública, al expedir el acto administrativo, removía los obstáculos que afectaban el ejercicio de un derecho preexistente a sus titulares, y quienes han considerado que es una técnica de habilitación del ejercicio de una actividad determinada o del uso de un bien de manera especial, que se encontraba sujeto a una prohibición relativa de actuación o uso por los particulares, mientras no contasen con la resolución favorable de la Administración Pública³⁴.

Al debate sobre la funcionalidad de la técnica de intervención previa, se agrega el hecho de que el vocablo «autorización» desde el punto de vista técnico jurídico, no resulta de clara precisión, porque no existe un concepto único o universal que comprenda todos los posibles tipos de autorizaciones que han conducido a que tanto a nivel legislativo, doctrinal e incluso jurisprudencial se haya efectuado una utilización semántica diversa, y de allí que no sea infrecuente el uso de los términos «autorización», «licencia» o «permiso» para referirse a una técnica de intervención a la que se le hacen sutiles matices, para justificar esta distinción en el empleo del vocabulario jurídico.

Parece que no faltan razones para ello, porque la autorización presenta distintas manifestaciones, conforme a las directrices establecidas en el ordenamiento jurídico para cada una de las actividades económicas en que se requieran. Es así como se han podido precisar las siguientes modalidades³⁵:

i. Las autorizaciones en relación con su incidencia en el ejercicio de la libertad: Las autorizaciones «simples» o «negativas»³⁶ consisten en la técnica de intervención de la autoridad competente, que mediante actos administrativos inicialmente declara la remoción o el levantamiento de los obstáculos para el ejercicio de un derecho, habilitando la realización de una actividad concreta o el uso y aprovechamiento de un bien público e incluso llegando a establecer los límites que permiten aquella o este, siendo que una vez realizada la

³⁴ MUÑOZ MACHADO: ob. cit., p. 310.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 9.^a, Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 139 y 140.

³⁶ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A.: «Autorizaciones y concesiones en el dominio marítimo». En: *Revista Española de Derecho Marítimo*. N.º 3. Madrid, 1963, pp. 281 y 282.

actividad o efectuada la utilización del bien, se extinguen los efectos de dicha habilitación.

Las autorizaciones «operativas»³⁷ o «positivas»³⁸ constituyen una expresión de la técnica de control previo que realiza la autoridad competente, respecto a la actividad que pretenden realizar los particulares o al uso y aprovechamiento de un bien público, que se materializa mediante la expedición de actos administrativos que habilitan el desarrollo de la actividad o el uso del bien de forma prolongada, pero condicionada a que se cumplan las disposiciones jurídicas que la regulan y estas quedan sometidas a la estricta supervisión, vigilancia y control posterior de la autoridad competente³⁹.

ii. Las autorizaciones en relación con las potestades de la autoridad competente: Las autorizaciones se consideran «regladas» en aquellos casos en que la autoridad competente interviene para realizar el control previo y circunscribe su actuación a verificar que la solicitud es conforme o cumple los criterios jurídicos objetivos –tasados o integrados por términos legales indeterminados⁴⁰– y genéricos contemplados en el ordenamiento jurídico aplicable y, una vez constatados ellos, tiene el deber de proceder a su otorgamiento.

Las autorizaciones serán «discrecionales» en aquellos casos en que la autoridad administrativa tiene la posibilidad de evaluar o valorar con cierta amplitud, las circunstancias concretas y, dentro de los límites jurídicos preestablecidos, apreciar y determinar la oportunidad o conveniencia del otorgamiento o no de las mismas, en virtud del interés general presente.

³⁷ Se expresa en contra de las autorizaciones operativas y por tanto les resta relevancia a las denominadas autorizaciones simples, LAGUNA DE PAZ, José Carlos: «Autorización administrativa». En: *Diccionario de Derecho Administrativo*. T. I. IUSTEL. S. MUÑOZ MACHADO, director. Madrid, 2005, pp. 278 y 279; y del mismo autor: ob. cit. (*La autorización administrativa*), pp. 60, 61, 65 y 66.

³⁸ GARCÍA-TREVIJANO FOS: ob. cit., pp. 280 y 281.

³⁹ MUÑOZ MACHADO: ob. cit., p. 310.

⁴⁰ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: *Estudio jurisprudencial de las nulidades, potestades de la Administración y poderes del juez en el Derecho Administrativo (1930-2011)*. 2.ª, FUNEDA. Caracas, 2013, pp. 90-92.

iii. Las autorizaciones en relación con sus efectos temporales: Las autorizaciones por «operación» consisten en la instrumentación de la técnica de intervención para realizar el control previo, a los fines de que la autoridad competente expida un acto administrativo que habilite la realización de una actividad o el uso y aprovechamiento de un bien de una manera puntual y concreta. Una vez cumplido el objeto de la autorización, esta se agota quedando disuelta la relación surgida entre la autoridad y el destinatario de esa habilitación determinada, sin perjuicio que los efectos derivados de ella se puedan prolongar de forma permanente en el tiempo.

Las autorizaciones de «funcionamiento» implican la ejecución de la técnica de intervención que realiza la autoridad competente, para habilitar el ejercicio de una actividad o el uso y aprovechamiento de un bien de modo temporalmente indeterminado, lo que conduce a la instauración de una relación jurídica continua, sucesiva e interactiva, entre aquella autoridad y el destinatario del acto, para asegurar que lo que ha sido autorizado permanezca realizándose en el tiempo conforme al interés general, pues este puede irse modificando con el transcurrir de aquel.

iv. Las autorizaciones en relación con las razones que justifican su otorgamiento: Las autorizaciones «personales», suponen el empleo de la técnica de intervención previa por la autoridad competente para constatar las cualidades individuales de la persona que requiere la autorización, y una vez valoradas según las exigencias del ordenamiento jurídico, procede a la expedición de aquellos actos administrativos que conducen a otorgar la habilitación con exclusión de otras personas, que no llenan los mismos requisitos o condiciones.

Las autorizaciones «reales», implican una intervención previa de la autoridad competente con la finalidad de expedir aquellos actos administrativos, que van antecedidos de la constatación de los criterios establecidos respecto del objeto sobre el cual va a recaer la ejecución que otorga la habilitación, a cualquiera que la requiera, sin que se encuentre condicionado a cumplir una circunstancia subjetiva especial para su otorgamiento.

Las autorizaciones «mixtas» son aquellas que se presentan en los supuestos que el control para la expedición de los actos administrativos, combina la verificación de las características personales y las reales⁴¹.

2.1.3. Las características comunes de las distintas manifestaciones de las autorizaciones

En la doctrina científica se destaca que, sin desconocer la amplia gama de manifestaciones, la consideración de la autorización como categoría jurídica unitaria conduce a advertir un grupo de reglas propias, que ayudan a interpretar la normativa sectorial y llenar los vacíos que esta presenta⁴². Es así como se aprecian en todas las autorizaciones los siguientes aspectos⁴³:

- i. La autoridad administrativa competente lleva a cabo el control *ex ante* del ejercicio de las actividades económicas privadas, lo que se traduce en una técnica de intervención de policía fiscalizadora de la legalidad o de la oportunidad y conveniencia del desarrollo de la actividad.
- ii. La justificación de la existencia de este control *ex ante* se pone de manifiesto para proteger el interés general del que es vicaria la autoridad administrativa competente.
- iii. El particular que pretende la autorización tiene un derecho preexistente al ejercicio de la libre iniciativa a realizar la actividad económica o al uso y aprovechamiento del bien público, siempre que se haga de manera compatible con el interés general y, por ende, conforme al ordenamiento jurídico.
- iv. La autorización es un acto que declara la posibilidad de ejercicio del derecho o la libertad –pero no lo otorga por ser preexistente–, atribuyendo a su destinatario la titularidad de una situación jurídica protegida, que se encuentra sujeta a modificaciones, cuando existan razones de interés general que así lo exijan.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 146.

⁴² LAGUNA DE PAZ: ob. cit. (*La autorización administrativa*), pp. 37 y 38.

⁴³ *Ibíd.*, p. 37.

En razón de lo anterior, cabe finalizar estos breves comentarios sobre la autorización como título administrativo habilitante, relacionándola con la libertad de empresa.

2.1.4. Reflexiones sobre la relevancia de la autorización para el ejercicio de la libertad de empresa en el Estado de garantía de prestaciones

Hay que comenzar reconociendo que el ejercicio de la libertad de empresa puede ser condicionado a través de la ley, a la previa obtención de una autorización, que sin duda constituye una restricción a la libertad de ingreso y eventual permanencia en el mercado, por lo que la misma debe ser proporcional, racional y lo estrictamente necesaria, conforme a los estándares de restricción de libertades aceptables en una sociedad democrática⁴⁴.

Esta técnica de intervención, en el contexto de la función de regulación que despliega el Estado, se expresa a través de un acto administrativo unilateral, mediante el cual la autoridad competente reconoce la legalidad o la oportunidad y conveniencia para habilitar el ejercicio de un derecho o libertad a su destinatario, quien podrá realizar una determinada actividad o efectuar el uso y aprovechamiento de un bien público, en la medida que ello sea compatible con el interés general.

Aun cuando es aceptado por un sector de la doctrina científica de manera pacífica la característica de la unilateralidad de la autorización, en la realidad la misma se ha ido diluyendo o borrando, puesto que cada vez adquiere un mayor contenido «bilateral», mediante la introducción de cláusulas más propias de los contratos de concesión, pues también se reconocen expresamente derechos, se imponen obligaciones concretas y se determinan las condiciones de actuación de la Administración Pública⁴⁵⁻⁴⁶.

⁴⁴ Artículos 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁵ MUÑOZ MACHADO: ob. cit., pp. 310 y 311.

⁴⁶ LÓPEZ PELLICER, José A.: «El servicio público y la habilitación de actividades prestaciones de interés general a particulares». En: *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tirant lo Blanc. Valencia, 2000, p. 2036.

Lo señalado lleva a reflexionar a la doctrina científica, si la autorización sigue siendo un acto administrativo de contenido declarativo o se aproxima más a uno de contenido constitutivo.

En este sentido, se observa que la autorización que originalmente surge como un acto administrativo unilateral⁴⁷, de carácter declarativo, ha llegado a considerarse que también puede manifestarse mediante la expresión contractual⁴⁸ –aunque esto último es controvertido⁴⁹–, de carácter constitutivo o traslativo; no obstante, se debe analizar en cada caso el ordenamiento jurídico, para apreciar los matices que puede ofrecer esta distinción.

En efecto, se encuentra que, entre quienes aprecian una presencia más bilateral de la autorización, también se inclinan por otorgarle naturaleza constitutiva, que reconoce el ejercicio de las libertades económicas, lo que lleva a considerar la creación de una posición jurídica que debe sujetarse a lo dispuesto en las leyes y reglamentos que regulan la actividad, a los títulos administrativos habilitantes e incluso a las modificaciones que estos puedan experimentar por razones de interés general⁵⁰.

Mientras quienes se inclinan por el carácter unilateral de la autorización, se pronuncian por su naturaleza declarativa en el entendido de que el derecho o la libertad que se va a ejercer a partir de su expedición no surge, ni es constituido por ella, pues este preexiste, es anterior, pero se encuentra condicionado a su expresa habilitación administrativa.

Es así como la autorización meramente declara que la autoridad administrativa ha verificado que el derecho o libertad que integra la esfera jurídica subjetiva de una persona puede ser ejercido por ser conforme al ordenamiento

⁴⁷ ROMANO, Santi: *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*. 3.^a, Cedam. Padua, 1937, p. 240.

⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*. T. I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 1212 y 1213.

⁴⁹ LAGUNA DE PAZ: ob. cit. (*La autorización administrativa*), pp. 53 y 54.

⁵⁰ LÓPEZ PELLICER: ob. cit., p. 2036.

jurídico y compatible con el interés general que debe ser satisfecho mediante la realización de tal actividad o el uso y aprovechamiento del bien.

La autorización pone fin a la prohibición de ejercer el derecho o libertad, garantizando plenamente su ejercicio o disfrute en tanto se cumpla con el ordenamiento jurídico. Considera la doctrina científica que la autorización, más que remover o suprimir una prohibición, le pone fin a esta, que nunca ha perseguido negar u obstaculizar la existencia de tal derecho o libertad, sino de garantizar que este no se ejerza sin la previa constatación de la autoridad competente de que se cumple con el ordenamiento jurídico o, dicho de otra manera, que se ejerce una potestad de control previo para asegurarse que el derecho o libertad se materialice con estricto apego a Derecho y que además sea posible ejercerlo de manera compatible con el interés general⁵¹.

Es así como se aprecia que, constituyendo la técnica de la autorización una expresión de la inmersión pública en el ámbito de las actividades privadas, ella no es contraria a la libertad de empresa, pues lo que persigue es garantizar que su ejercicio se lleve a cabo de manera ordenada por los particulares, es decir, que la libertad se ejerza conforme al ordenamiento jurídico, de manera responsable y compatible con el interés general.

2.2. *Otras modalidades de títulos habilitantes*

Aunque menos común en algunos ordenamientos jurídicos, pero no por ellos menos importantes pues han ido ganando terreno progresivamente, se deben considerar como modalidades de títulos administrativos habilitantes para el ejercicio de la libertad de empresa tanto las comunicaciones previas como la inscripción registral, a las que se hará una sucinta referencia inmediatamente:

2.2.1. La comunicación previa

Hay que comenzar mencionando que la comunicación previa constituye un auténtico título habilitante para el ejercicio de la libertad de empresa, pero tiene como característica más resaltante que no supone insoslayablemente la expedición de un acto jurídico formal por la autoridad competente que

⁵¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: ob. cit., pp. 237 y 238.

reconozca la posibilidad de ejercer el derecho o la libertad, como sí resulta necesario en aquellos casos cuyo ejercicio se encuentra sujeto a la obtención de una concesión o una autorización.

Cabe destacar además que la potenciación de la técnica de intervención de la comunicación previa se proyecta con mayor fuerza en aquellos espacios en que se ha asumido una política de liberalización de las economías, de fomento de la iniciativa privada y de promoción de una mayor competencia, contribuyendo así a reducir los obstáculos para el ejercicio de las libertades económicas, aunque sin duda vigiladas.

La comunicación previa es propia del modelo de regulación *ex ante*, que consiste en una técnica de intervención de la Administración Pública, en virtud de la que esta puede efectuar un control preventivo del inicio de la gestión de una actividad privada, a los fines de conocer y garantizar que la misma no vaya a afectar el interés general presente en la misma.

i. El mecanismo de funcionamiento de la comunicación previa: la persona que tiene interés en realizar una actividad legalmente, se dirige de manera escrita a la Administración Pública y la pone en conocimiento de su intención de iniciar el desarrollo de una actividad concreta, mientras no efectúe esta declaración de su voluntad de realizar tal actividad, no debe actuar so pena de incurrir en una transgresión de la legalidad.

La comunicación previa debe contener, además del escrito formal dirigido a la autoridad administrativa, la consignación de todos los recaudos que puedan ser necesarios conforme al ordenamiento sectorial, para que Administración Pública obtenga la información necesaria sobre la actividad que se pretende llevar a cabo y en función de ello pueda constatar la sujeción a Derecho de la misma.

Por su parte, la Administración Pública, una vez recibida la comunicación previa, debe constatar que es conforme a la legalidad, es decir, del cumplimiento de todos los extremos legales o, en caso contrario, poner en

conocimiento al interesado para que proceda a subsanar las carencias o defectos que haya presentado la comunicación. Por supuesto, que la no subsanación o aquella que se haga extemporáneamente pueden acarrear consecuencias al interesado.

En caso de ausencia absoluta de notificación por el interesado o que esta sea contraria al ordenamiento jurídico, la Administración Pública debe proceder a intervenir para informarle a aquel tal situación, de la imposibilidad de realizar la actividad y del deber de inmediata paralización o cesación de la gestión, en caso de estarla ejecutando.

Tal como se puede apreciar, la comunicación previa activa a la Administración Pública, quien debe ejercer sus potestades de fiscalización, inspección, supervisión y control respecto a la información suministrada por el particular, con el objeto de valorar su sujeción al ordenamiento jurídico, y una vez constatado ello, no hace falta un pronunciamiento expreso; este únicamente será necesario en un plazo perentorio legalmente establecido, cuando lo notificado sea contrario al ordenamiento jurídico.

No obstante, si la Administración Pública no advierte contravención a la legalidad, aunque formalmente no esté obligada a expedir un acto de certificación de conformidad al ordenamiento jurídico de la actividad, parece que elementales razones de seguridad jurídica así lo aconsejan, aunque, claro está, ello no debe confundirse con otras técnicas de intervención –como la inscripción registral o la aprobación–. El pronunciamiento administrativo en tal caso vendría justificado en la necesidad de dar publicidad y certeza frente a terceros del momento en que se comenzó a actuar conforme a la legalidad.

La principal diferencia con las otras técnicas de intervención previa es que los particulares no se encuentran condicionados para iniciar el desarrollo de la gestión a una declaración jurídica formal de la Administración Pública, pues, en principio, una vez puesta en conocimiento esta, el interesado puede comenzar a realizar la actividad, sujeta, claro está, a su verificación posterior.

ii. Las clases de comunicación previa: La comunicación previa reporta varias modalidades de manifestación, que se expondrán seguidamente:

a. La comunicación previa con inicio concomitante de actividades. Este supuesto implica que la persona interesada en realizar una actividad, simplemente presenta a la Administración Pública competente un escrito dirigido a notificarle que ha iniciado en esa fecha, el mismo día de la comunicación o que iniciará en una oportunidad inmediata siguiente, el desarrollo de dicha actividad⁵².

En este caso, respecto al interesado la comunicación previa constituye una simple formalidad de informar, poner en conocimiento a la Administración Pública del momento de inicio de sus actividades, sin que ello afecte el comienzo de las mismas. Con respecto a la Administración Pública, esta puede actuar para ejercer las potestades ordinarias de control *ex post* –fiscalización, inspección y vigilancia– que le otorga el ordenamiento jurídico, una vez que entra en conocimiento de la notificación efectuada.

b. La comunicación previa con inicio diferido de actividades. Se trata de un supuesto en que la persona interesada en llevar a cabo una actividad, le notifica a la Administración Pública competente con suficiente anticipación, su intención de iniciar el desarrollo de una actividad determinada, en un momento posterior a la comunicación.

En tal caso, el interesado advierte sobre su futura intención de ejecutar la actividad proyectada a partir de una fecha determinada, y la Administración Pública tiene la posibilidad de ejercer sus potestades de control, incluso antes

⁵² Este caso podría asimilarse a las denominadas «simples comunicaciones». NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen: *Las actividades comunicadas a la Administración (La potestad administrativa de veto sujeta a plazo)*. Marcial Pons. Madrid, 2001, p. 77. Se consideran que las simples comunicaciones previas materializan la habilitación administrativa en el momento cuando se produce la notificación formal a la Administración Pública competente, en la que el interesado le manifiesta su intención de desarrollar la actividad concreta, sin perjuicio del ejercicio de las irrenunciabes potestades administrativas con posterioridad. ARROYO JIMÉNEZ: ob. cit., pp. 353 y 354.

del inicio de tal ejecución –*ex ante*–, sin perjuicio de que las ejerza con posterioridad –*ex post*–, en cuanto tales son irrenunciables e imprescriptibles.

c. La comunicación previa con potestad de veto sujeta a plazo predeterminado⁵³. Este es un supuesto distinto a los anteriores, porque aquí la persona interesada en efectuar una actividad, le notifica a la Administración Pública competente que tiene previsto el inicio de la misma y le solicita a esta que en el plazo indicado en la ley –que comienza al día siguiente de la recepción de la comunicación–, le manifieste si su proyecto está conforme al ordenamiento jurídico o si tiene alguna disconformidad que impide su desarrollo.

En este supuesto, el interesado manifiesta su intención de realizar la actividad e insta a la Administración Pública para que, en el plazo preclusivo legalmente establecido, ejerza el control preventivo y se pronuncie ejerciendo la potestad de veto en caso de que proceda o se abstenga en caso de conformidad con el ordenamiento jurídico.

2.2.2. La inscripción registral

La doctrina científica no es pacífica sobre la auténtica naturaleza de la inscripción registral, pues mientras unos niegan su condición de técnica de intervención administrativa configuradora de una categoría autónoma de habilitación administrativa⁵⁴, otros reconocen que se trata de una auténtica técnica de intervención, en virtud de la cual la autoridad competente toma conocimiento respecto a una situación jurídica determinada⁵⁵.

Esto lleva a precisar: ¿en qué consiste la inscripción registral? Tradicionalmente, se ha considerado que esta constituye una actividad pública eminentemente administrativa, realizada por la autoridad legalmente competente que expide un acto jurídico formal también de naturaleza administrativa, mediante el que materializa la incorporación a un registro público, de los documentos, los datos

⁵³ NÚÑEZ LOZANO: ob. cit., pp. 110-123.

⁵⁴ ARROYO JIMÉNEZ: ob. cit., p. 417.

⁵⁵ LAGUNA DE PAZ: ob. cit. (*La autorización administrativa*), p. 100.

o la información obtenida a instancia de parte interesada, por su propia iniciativa o en acatamiento de una orden jurisdiccional.

Al tratarse de una información pública, en principio el registro realiza la función de garantizar el acceso, otorgar publicidad, brindar certeza y seguridad jurídica.

Dicho esto interesa analizar si la inscripción registral constituye un auténtico título administrativo habilitante del ejercicio de la libertad de empresa y la libre iniciativa empresarial. No obstante, cabe advertir que no existe una sola modalidad de inscripción registral, por lo que se deberá analizar cada uno por separado:

i. La solicitud del interesado de la inscripción registral sin control previo. En este primer caso, el particular se dirige formalmente ante la Administración Pública para solicitarle la inscripción y acto seguido iniciar el desarrollo de una actividad, sin tener que obtener un acto administrativo mediante el que se materializa la inscripción solicitada.

Aunque esta solicitud guarda cierta identidad con la comunicación previa antes analizada, el aspecto diferenciador con esta última se encuentra en el hecho de que siempre se deberá producir un acto administrativo formal, de inscripción en el registro.

ii. La solicitud del interesado de la inscripción registral con control previo. Este supuesto implica que el particular efectúa la solicitud de inscripción a la Administración Pública, pero debe esperar que esta inicie el procedimiento administrativo de inscripción, ejerza sus potestades de control, constate la sujeción de la solicitud al ordenamiento jurídico y proceda a expedir el acto de registro, todo ello dentro de plazo señalado en la ley, y una vez notificado el interesado, este se encuentra habilitado para el desarrollo de la actividad.

El acto administrativo formal de registro constituye una *conditio sine qua non* para el ejercicio de la actividad por el interesado, por lo que este supuesto se asemeja más a una autorización, aunque no resulta tan rígida su regulación.

Consideraciones finales

La evolución del Estado de garantía de prestaciones orientado a la consecución de los objetivos de interés general conduce a efectuar las reformas sustantivas que permitan brindar seguridad jurídica a los operadores económicos, para saber *¿cuándo?*, *¿cómo?* y *¿dónde?*, pueden realizar las inversiones en las actividades económicas de interés general, valga decir, las comunicaciones electrónicas, el sector audiovisual, la movilidad, los servicios postales, el agua potable, el saneamiento o las energías.

En ese contexto será esencial establecer una clara regulación que promueva el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales –libertad de empresa, libre iniciativa empresarial, libre competencia y propiedad–, bien sea mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a tal ejercicio y del establecimiento de un preciso régimen de títulos administrativos habilitantes, que garanticen a los operadores el disfrute de las antes mencionadas libertades económicas y que aseguren a los consumidores y los usuarios la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, en el marco de la economía social de mercado, incluyendo que de ser preciso se pueda acudir de manera temporal a la imposición de las obligaciones de servicio universal⁵⁶, así como definiendo los posibles mecanismos de financiación de dichas obligaciones.

Sin duda que el establecimiento de una buena regulación en este asunto constituye uno de los retos que se tienen por delante, para alcanzar el desarrollo sostenible en su dimensión integral, que es el único que actualmente garantiza la dignidad de la persona humana.

* * *

⁵⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. XIV La actividad regulatoria de la Administración*. BOE. Madrid, 2015, pp. 175-180.

Resumen: El presente trabajo analiza cómo, producto de la evolución del modelo de Estado prestacional al modelo de Estado de garantía de prestaciones, se han introducido progresivas reformas regulatorias orientadas a fomentar el efectivo ejercicio de las libertades económicas y cómo ello ha incidido en la reconfiguración de los títulos habilitantes para el disfrute de las mismas y el desarrollo de las actividades económicas de interés general. **Palabras clave:** Estado garantía prestaciones, títulos habilitantes, actividad económica, interés general, libertad empresa. Recibido: 29-12-20. Aprobado: 10-02-21.