

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA ORDENACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

*José Ignacio Hernández G.**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. LA REGULACIÓN TRADICIONAL DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

A. Características generales

B. Causas de la crisis de la regulación tradicional

II. PRINCIPIOS DE LA NUEVA ORDENACIÓN

A. Postulados generales: el nuevo rol del Estado en el sector eléctrico

B. El sector eléctrico como servicio público. La necesaria revisión de un concepto tradicional

III. LA NEO-REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

A. La nueva regulación económica en el sector eléctrico: el ámbito de la libertad económica

B. Tipos de neo-regulación en el sector eléctrico venezolano

IV. EL ALCANCE PRÁCTICO DE LA NUEVA ORDENACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO.

INTRODUCCIÓN

A través de la Ley del Sector Eléctrico (en lo adelante, LSE)¹ se ha introducido en Venezuela el cambio más importante en la regulación jurídica del sector eléctrico. Tradicionalmente sometido a una dispersa normativa de rango sub-legal, el sector eléctrico cuenta, ahora, con una Ley cuyos objetivos principales son, por un lado, la *reordenación del sector* y por el otro, su *liberalización*.

Hay una *reordenación del sector*, desde que la Ley ha incorporado parte de los principios del régimen derogado que estaban contenidos en normas sublegales. La ausencia de una Ley reguladora en el sector eléctrico atentaba contra el principio de seguridad jurídica y, por tanto, contra el

*

Abogado *summa cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello, 1997. Este trabajo se inserta en la investigación que el autor realiza a los fines de la elaboración de la Tesis Doctoral, en el marco del Programa de Doctorado "Problemas Actuales de Derecho Administrativo", Universidad Complutense de Madrid, España.

¹

Vid. Decreto-Ley número 319, de 17 de diciembre de 1999, publicado en la Gaceta Oficial número 36.791, de 21 de septiembre de 1999.

desarrollo y progreso del servicio eléctrico. Ello aparece reflejado en la Exposición de Motivos de la LSE, en la cual se destaca, como uno de los problemas que ésta pretende solucionar, la ausencia de "... un instrumento que sirva ya no sólo para regular las distintas relaciones jurídicas que emergen de esta actividad, sino también como instrumento de política económica y social en manos del Estado...".

Pero además, habíamos señalado que la nueva Ley parte de la *liberalización* del sector. El término liberalización comprende, en general, el conjunto de instrumentos arbitrados por el Estado para racionalizar y reducir la intervención pública en el orden económico, ampliando el ámbito de actuación de la libertad económica y de la libre competencia. Particularmente, la Ley ha puesto énfasis en el fomento de la libre competencia en el sector eléctrico: la regulación contenida en la LSE –según su Exposición de Motivos- introduce "... formas novedosas para garantizar una verdadera y real competencia...".

El objeto de este estudio es, precisamente, analizar los principios generales que informan la nueva ordenación del sector eléctrico, desde estas dos finalidades. Para ello, y en *primer lugar*, abordaremos los principios del régimen derogado, muchos de los cuales, como habíamos señalado, han sido preservados en la nueva Ley. En *segundo lugar*, estudiaremos cuáles son los objetivos y fundamentos de la LSE, haciendo especial consideración en la calificación del sector como *servicio público*.

A continuación, y en *tercer lugar*, trataremos la neo-regulación que la Ley implementa, cuyo principal objetivo es fomentar la libre competencia en el sector eléctrico. Finalmente, y en *cuarto lugar*, realizaremos unas consideraciones finales sobre el alcance práctico de la nueva ordenación en el sector eléctrico, en lo que atañe a la vigencia de la libertad económica y libre competencia.

Además, con el presente estudio pretendemos aclarar cuál es la orientación que debe darse a la nueva Ley, pues los términos en ella empleados –muchas veces contradictorios- dificultan una adecuada interpretación. En efecto, la Ley parte de conceptos que, en principio, son antagónicos: servicio público e intervención, por un lado, y libertad y libre competencia, por el otro. Nuestra intención con estas reflexiones será *conciliar* estos conceptos, tratando de identificar cuál es, en realidad, el alcance de la nueva ordenación del sector eléctrico en Venezuela, para

lo cual tendremos en cuenta la nueva regulación del servicio eléctrico que se ha implementado en Europa y que ha servido de base al elaborar la vigente LSE.

I. LA REGULACIÓN TRADICIONAL DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

A. Características generales

Debemos partir de una premisa: el sector eléctrico está constituido por *actividades económicas* que, necesariamente, deben ser reguladas por el Estado. Estamos por tanto frente a un conjunto de actividades cuya naturaleza exige la intervención de los Poderes Públicos en su ordenación y disciplina.

La primera razón que justifica esa intervención es *técnica*. Así, y en primer lugar, debemos señalar –como indica JUAN DE LA CRUZ FERRER– que la gran peculiaridad de la electricidad es que no se puede almacenar: por ello, la producción de electricidad “... debe responder a la demanda en cada instante ...”². Ello exige la coordinación entre la generación, el transporte, distribución, y la comercialización, para lo cual el Estado interviene *centralizando* la oferta y la demanda.

Dentro de esta orientación, debemos destacar igualmente que la vinculación de las actividades eléctricas a una *infraestructura de red* justifica igualmente la intervención pública. Conviene así precisar qué entendemos por infraestructura de red, para luego analizar cuál es la incidencia de esa infraestructura en el sector eléctrico.

Determinadas actividades económicas requieren, para su desarrollo, de una *red*, la cual puede ser definida como el “... soporte subyacente, sólido, territorial, físico...” que constituye, a su vez “... la ‘infraestructura material’ de las empresas que en ellos actúan...”³. Como estas actividades dependen, para su desarrollo, de la utilización de la red, se genera el denominado *monopolio natural*. Por su propia naturaleza, las actividades con tecnología de red tienden a configurar monopolios: la

² Cfr.: CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, páginas 17 y 19.

³ Vid. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL, “Sobre las infraestructuras de red”, en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI) número 1*, Madrid, 1998, páginas 19-25.

infraestructura de red no puede ser empleada indiscriminadamente por todos los operadores, ni tampoco pueden construirse fácilmente nuevas infraestructuras⁴. Por ello, las actividades con tecnología de red se prestan con mayores criterios de eficiencia, mientras *menos* sean los operadores que en ellas intervengan.

Ello ocurre en el sector eléctrico, desde que para el desarrollo de ese sector es imprescindible la utilización de una red –la red de transporte eléctrico- cuyo adecuado empleo –dada su tendencia al monopolio- justifica igualmente la intervención del Estado.

Pero además, consideraciones *jurídicas* y *políticas* exigen la intervención pública en el sector eléctrico. En efecto, la electricidad, además de una actividad económica, es una *actividad prestacional* que satisface una necesidad de interés general. De esa manera, corresponde al Estado –en virtud de la *cláusula del Estado social*⁵ - garantizar el adecuado

⁴ Sobre el monopolio natural en el sector eléctrico, se ha señalado lo siguiente: "... desde el punto de vista económico, se piensa que se produce un monopolio natural cuando la tecnología de producción –costes fijos altos en términos relativos- produce costes medios decrecientes a largo plazo a medida que aumenta la producción. En tales industrias, un solo productor será capaz de producir a costes más bajos que varios productores produciendo alternativamente, consiguiéndose así un monopolio natural, pues en caso de que haya más de un productor los precios serán más altos..." (cfr.: TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, JESÚS, "Liberalización eléctrica en España", en *Competencia y Sector Eléctrico: Un Nuevo Régimen Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, página 51).

⁵ La cláusula del Estado social está contenida en el artículo 2 de la Constitución de 1999, el cual postula que *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*. Dicha norma es *jurídicamente vinculante* y genera para el Estado venezolano *obligaciones positivas*. En efecto, y a consecuencia de esta cláusula los Poderes Públicos deben actuar para la conformación del orden económico y social, en atención a los *valores superiores* a que se refiere el artículo 2, antes citado. En virtud de ese artículo el Estado venezolano debe intervenir en el orden económico para *garantizar* la satisfacción de determinadas necesidades, entre las cuales encontramos al suministro eléctrico, indispensable para el desarrollo económico y para la procura de la existencia *provechosa* del ciudadano. fines éstos que el Estado –junto con la iniciativa privada- ha de satisfacer, *ex artículo 299* constitucional.

En cuanto al carácter vinculante de cláusula constitucional del Estado social, vid., entre otros, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1988, página 44; PAREJO ALFONZO, LUCIANO, *Estado Social y Administración Pública. Los postulados Constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, 62-65, y MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y Mercado, Tomo I, Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, páginas 110-112. ERNESTO BENDA mantiene ese criterio, pero referido a la cláusula del Estado Social en Alemania (*Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Madrid, 1996, páginas 521-525).

Téngase en cuenta, además, que el carácter vinculante de la cláusula del Estado social –aceptado por la doctrina antes citada- tiene en Venezuela un fundamento adicional: el artículo

suministro eléctrico, tal y como consagra el artículo 2 de la LSE, lo que se vincula con *los derechos constitucionales positivos de contenido social*, cuya satisfacción requiere, necesariamente, la intervención del Estado⁶. De esa manera, el suministro eléctrico se relaciona íntimamente con el derecho fundamental consagrado en el artículo 82 de la Constitución, según el cual "... toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, *con servicios básicos* que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias..." (destacado nuestro). No obstante, y sobre la base del principio de *solidaridad* que la Constitución consagra (artículo 2) la obligación derivada del artículo 82 constitucional debe ser atendida por el Estado y por el sector privado, lo que legitima, respecto este último, la imposición de *obligaciones especiales* que garanticen el suministro eléctrico⁷.

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que la intervención del Estado en el sector eléctrico es, además de justificada, necesaria. Asunto del todo distinto es cuál es la *intensidad que esa intervención puede asumir*. El sector eléctrico se ha caracterizado en el Derecho Comparado por la *intervención intensa del Estado*, que se manifiesta no sólo a través de una regulación económica –que disciplina el ejercicio de todas las actividades del sector- sino también por la *reserva* que, sobre todo o parte del sector, se realiza⁸.

El sector eléctrico venezolano no ha sido la excepción. Así, la regulación tradicional de la electricidad se ha caracterizado por su *dispersión*, por el *insuficiente rango formal de las normas jurídicas de*

7 –con una clara influencia en la doctrina del Catedrático español GARCÍA DE ENTERRÍA-propugna el valor normativo de *toda la Constitución*, incluyendo por tanto al artículo 2. Sobre esta tesis, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, específicamente páginas 63-71. En nuestra opinión, la redacción del artículo 7 de la Constitución parte, principalmente, del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española (Ley 5/1985), el cual, acogiendo la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, propugna que *la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico*.

6 Cfr.: PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, páginas 227-229.

7 A ello responde la idea de las *obligaciones de servicio público* sancionadas en la LSE.

8 En relación con este *modelo tradicional* en el Derecho comparado, pueden verse los trabajos de CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización...*, ob. cit., páginas 20 y siguientes y VILLAR ROJAS, FRANCISCO, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, páginas 207 y siguientes.

ordenación del sector, por la intensa intervención de los Poderes públicos, y por la interactuación de distintas personas político-territoriales. Desarrollaremos a continuación estas cuatro características.

a. Dispersión.

El sector eléctrico venezolano, hasta 1996, se encontraba regulado por diversas normas sub legales, sin unidad de ningún tipo. Por ello, el régimen del sector eléctrico se caracterizaba por la dispersión y heterogeneidad de sus normas, lo que producía *inseguridad jurídica* ante la ausencia de un régimen jurídico estable y uniforme⁹.

b. Insuficiencia del rango formal de las normas jurídicas de ordenación del sector.

La anterior situación fue resuelta por el Decreto número 1.558¹⁰ contentivo de las *Normas para la Regulación del Sector Eléctrico*, por medio del cual se unificó la normativa que, hasta entonces, regulaba el sector. Lo aquí nos interesa destacar es que el marco regulatorio del sector eléctrico –nótese bien- estaba contenido en una *norma de rango sublegal*.

Bajo la vigencia del Decreto 1.558 regía en el sector eléctrico la libertad económica¹¹: la electricidad no era, conforme esa normativa, una actividad de *titularidad pública*, sino una actividad de *titularidad privada*. Como consecuencia de ello, regía también la *garantía constitucional de la libertad económica*, que no es otra que la *reserva legal* a que se refería el artículo 96 de la Constitución de 1961¹². En virtud de esa

⁹ Cfr.: el estudio que, sobre el sector eléctrico, ha sido publicado en la página web www.badellgrau.com

¹⁰ Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela del 30 de octubre de 1996, número 36.085, de 13 de noviembre de 1996. Respecto a este Decreto y sus antecedentes, además del estudio citado en la nota anterior, vid. ORTIZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMI, "Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela", en *Revista de Derecho Administrativo número 3*, Caracas, 1998, páginas 83 y siguientes.

¹¹ En este mismo sentido, véase el estudio de ORTIZ-ALVAREZ y FISCHBACH, "Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela", ob. cit., página 108.

¹² Disponía el artículo 96 de la Constitución de 1961 que *todos pueden dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social*. De allí que la iniciativa económica privada, como derecho constitucional, sólo podía ser limitado por la Constitución y por *Leyes*.

norma constitucional, la iniciativa económica privada solamente podía ser limitada por la propia Constitución o por actos *con rango y fuerza de Ley*. Sin embargo, el Decreto 1.558 impuso limitaciones al ejercicio de actividades económicas privadas en el sector eléctrico –tal y como veremos a continuación- a pesar de su rango *sub-legal*, irrespetando, por consiguiente, la reserva legal que imperaba en la materia.

Situación similar ocurría en España, país en el que, hasta 1994, el sector eléctrico estaba regulado por normas sub-legales que imponían limitaciones al ejercicio de la libertad económica. La doctrina no dudó en denunciar que el rango formal de esas normas era insuficiente para afectar el ejercicio de tal libertad. Para MUÑOZ MACHADO, tales normas “... carecen de rango suficiente que, de acuerdo con la teoría más aceptada hasta ahora, sería necesario para imponer las limitaciones que establecen en la libre planificación y gestión de las empresas afectadas...”¹³.

A idéntica conclusión debemos llegar desde el análisis del Decreto 1.558, el cual, al imponer cargas y limitaciones al ejercicio de la libertad económica, resultaba –para nosotros- abiertamente inconstitucional.

c. Intensa intervención de los Poderes Públicos

Hemos dicho que el Decreto 1.558, pese a su rango sub-legal, imponía limitaciones al ejercicio de la libertad económica en el sector eléctrico. Limitaciones que, acotamos, eran consecuencia directa de la intensa intervención de los Poderes Públicos en ese sector. Así, podemos identificar limitaciones referidas al *acceso al mercado* y al *desarrollo de las actividades económicas* en el sector, ámbitos propios de actuación de la libertad económica¹⁴.

¹³ *Servicio Público y Mercado. El Sistema eléctrico*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1998, páginas 49-50. En idéntico sentido, véase a PASTOR RIDRUEJO, LUIS, *Principios de la Ley de ordenación del sistema eléctrico nacional*, UNESA, 1995, página 11.

¹⁴ Partimos de la clasificación que se ha efectuado en torno al *contenido de la libertad económica*, sostenida en Venezuela por DE LEÓN, IGNACIO, en “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, en *SUMMA, Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1998, páginas 322 y siguientes. Este autor parte de la posición que, en España, ha defendido ROJO, ANGEL, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española”, en *Revista de Derecho Mercantil números 169-170*, Madrid, 1983, páginas 325-341. Esta posición, a su vez, deriva de la tesis mantenida por la doctrina alemana, especialmente por OSSENBUHL, FRITZ. “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en *Revista Española de Derecho Constitucional número 32*, Madrid, 1991, páginas 9 y siguientes. Además de la doctrina antes citada, véase también el estudio de GASPARIÑO ORTIZ,

El *acceso al mercado*, como derecho inherente a la libertad económica, presupone que cualquier sujeto puede *dedicarse a la actividad económica de su preferencia*, entrando como *oferente* en el mercado de que se trate, o también como *demandante*, siempre y cuando la compra de bienes o la contratación de servicios se realice a los fines de explotar determinada actividad económica. Específicamente, este derecho alude a la posibilidad de todos los ciudadanos de explotar, comercialmente, cualquier actividad comprendida dentro del sector eléctrico. Mas no es, aclaramos, un derecho absoluto: éste puede ser limitado —a través de las llamadas *barreras legales*— siempre que se respete la garantía constitucional de la libertad económica, esto es, la reserva legal y siempre que se respete el *contenido esencial* de ese derecho.

El Decreto 1.558 desconocía ese principio, desde que, y a pesar de su rango infra legal, imponía severas barreras legales para el ingreso al mercado eléctrico. Así, y en lo que respecta a la *generación eléctrica*, el referido Decreto disponía, en su artículo 26, que tal actividad estaba *abierta a la libre competencia*; pero sin embargo el Decreto *establecía una barrera a la entrada a ese mercado*, desde que para generar electricidad era necesaria la previa obtención de una *concesión* o una *licencia*. Sin embargo, el tratamiento que debe efectuarse a una y otra barrera parte de supuestos completamente distintos.

En efecto, la exigencia de una *concesión* se refería únicamente a los supuestos de generación hidroeléctrica, esto es, aquella producida a través del aprovechamiento de las aguas. En ese supuesto, la exigencia de la concesión no deviene del ejercicio de la actividad de generación eléctrica, sino del *aprovechamiento de un recurso de la dominialidad pública*, a saber, el agua. Se trataba, entonces, de una concesión para el uso y aprovechamiento de bienes del dominio público¹⁵.

Principios constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 1995, el cual constituye uno de los estudios más profusos y elaborados que se han efectuado en la materia.

¹⁵ Cfr.: ORTÍZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMI, "Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela", ob. cit, páginas 108-109. Nos referimos al *dominio público fluvial*, consagrado en el artículo 539 del Código Civil. Como expresa el Maestro ELOY LARES MARTÍNEZ, en Venezuela *todos los ríos, sin excepción, son bienes del dominio público (Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, página 690). El régimen jurídico de ese bien del dominio público y de las concesiones para su uso y aprovechamiento, está contenido básicamente en la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

Asunto del todo distinto es la barrera que existía para la explotación de la actividad de generación a través de otras fuentes (i.e.: la termoeléctrica). Según el Decreto 1.558, se exigía la obtención de una *licencia previa* (artículo 28), que no es otra cosa que una *autorización administrativa*, instrumento típico de intervención del Estado en el orden económico¹⁶. La autorización –como había ya aclarado la doctrina germana, especialmente en la obra de OTTO MAYER- supone una *previa barrera* que *impide* el ejercicio de la actividad de que se trate: de allí que la Administración despliega sus potestades de control sobre la concreta actividad, para verificar que ésta se adecue a la ordenación dictada sobre la materia. Cumplido ese supuesto, la Administración económica otorga la autorización, *levantando con ello* la previa barrera que se había impuesto para la entrada en el mercado. Es por ello que sin tal autorización, le está vedado a los particulares entrar al mercado de que se trate.

La exigencia del artículo 28 comentado se traduce entonces en la barrera que impide el acceso a los particulares al mercado de generación eléctrica. Barrera que es, ciertamente, justificada, pero que fue establecida en una norma infra legal y, por tanto, de rango insuficiente para afectar la libertad económica en el mercado de la electricidad.

Aspecto mucho más grave revestía la *barrera* impuesta por el Decreto 1.558 a las actividades de transmisión y distribución, respecto a las cuales se exigía previa *concesión*. La imprecisión terminológica empleada en el Decreto no podría ser mayor: la concesión, según enseña GARRIDO FALLA, solo es procedente respecto aquellas actividades que han sido reservadas al Estado¹⁷. Y es por ello, precisamente, que la concesión se caracteriza por su *carácter traslativo*: mediante la concesión –

¹⁶ En general, la técnica autorizatoria es el instrumento por medio del cual la Administración –en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ- valora una *actividad privada* a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar. La intervención de la Administración "... por vía de consentimiento del ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio, que, de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente, o bien se vería privado de efectos jurídicos..." (*Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1995, páginas 135).

En el campo del Derecho económico, la autorización, como decíamos, se manifiesta como el instrumento típico de intervención de la Administración económica. Según señala SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER "... la fórmula más habitual para llevar a cabo la ordenación del derecho de libertad económica es, sin duda alguna, la autorización..." (*Derecho administrativo económico*, Tomo I, ob. cit., página 193).

¹⁷ *Tratado de Derecho Administrativo II*, Tecnos, Madrid, 1992, página 345.

como en Venezuela ha expuesto BADELL MADRID- la Administración pública *traslada* al concesionario el derecho sobre el cual versa el objeto de la concesión¹⁸.

Sin embargo, las actividades de transmisión y distribución no se encontraban reservadas al Estado, no sólo por que esa reserva no estaba prevista en el Decreto 1.558, sino además, desde que esa reserva sólo podía acordarse mediante Ley formal¹⁹. Es por ello que esa *concesión* era, en realidad, una *autorización administrativa*: la transmisión y distribución eléctrica eran actividades *privadas*, para cuyo ejercicio existía una barrera, cual es la necesidad de obtener, previamente, la denominada “concesión”.

Pero además el mencionado Decreto imponía restricciones al desarrollo de las actividades eléctricas. En lo que atañe a las *tarifas*, y al margen de las disposiciones especiales sobre la materia²⁰, existía un intenso control por parte del Estado a través del denominado *Sistema Unificado de Explotación y Remuneración de Generación y Transmisión*, consagrado en el artículo 57 del Decreto²¹. Este sistema *centralizado y unificado* –que como veremos, subsiste aún en la LSE- se extendía también a la estructura del Mercado Mayorista Eléctrico, el cual debía desarrollarse según la normativa sub-legal que dictase la Administración (artículo 50 del Decreto). La base de ese sistema centralizado y unificado partía de lo dispuesto en el artículo 55 del Decreto: la totalidad de las capacidades de generación acreditadas *debían ponerse a disposición del Centro Nacional de Despacho de Cargas*.

Este sistema *centralizado y unificado* ha sido empleado comúnmente en la ordenación del sector eléctrico en Derecho Comparado. Así ocurrió en España, con la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), contenida en la Ley 40/1994, de 30 de diciembre. A

¹⁸ Cfr.: “El régimen jurídico de las Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales”, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 1996, página 398.

¹⁹ Tal y como se desprende de la interpretación concordada de los artículos 97 y 98 de la Constitución de 1961, vigente cuando fue dictado el Decreto 1.558.

²⁰ El suministro eléctrico ha sido calificado como un bien de primera necesidad, lo que habilita a la Administración para el control de los precios del sector eléctrico, según lo previsto en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (cfr.: ORTÍZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMI, “Régimen jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela”, ob. cit., páginas 114-117).

través de la denominada “integración económica de la energía” se facultó a la Administración para proceder a la *liquidación de la energía*, determinando, en atención al valor integrado de dicha energía y el de las actividades que tienen como finalidad la puesta a disposición para su uso, el “importe correspondiente a cada sujeto del sistema integrado, el concreto destinatario del pago y la forma en que éste deberá realizarse” (artículo 11.3). El efecto práctico de ello es que la *adquisición* de la energía producida, a los fines de su posterior distribución a los usuarios finales, *quedaba en manos de la Administración económica*, cercenándose así, aún más, la libertad económica. Por tanto, y partiendo siempre de la integración y unificación de las actividades del sector eléctrico, *toda* la explotación del Sistema Eléctrico Nacional, abarcando la producción, transporte y *también* la comercialización al por mayor, estaba sujeta a la ordenación que al efecto dispusiera la Administración económica²².

El sistema adaptado en el Decreto 1.558 es cuestionable por muy diversas razones. Conviene destacar en este punto que el denominado Mercado Mayorista, y las operaciones económicas efectuadas a través del Sistema Unificado de Explotación y Remuneración de Generación y Transmisión, eran ante todo *actividades económicas privadas, desarrolladas en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica*. Por tanto, insistimos, las limitaciones contenidas en el Decreto 1.558 solamente podían establecerse mediante actos con rango y fuerza de Ley, mas no a través de una disposición infra legal. Dejando a salvo ese re-

²¹ Según el artículo 33 del Decreto, la planificación, “la supervisión y el control de operación conjunta de los recursos de generación y transmisión del Sistema Interconectado Nacional, serán realizados de forma autónoma y *unificada* por el Centro Nacional de Despacho de Cargas, de manera de garantizar el mínimo costo global de producción y transporte de la energía eléctrica y contribuir a la obtención de un suministro de electricidad de la mejor calidad, de acuerdo con los lineamientos de política energética nacional”. A este Centro le correspondía, entre otras atribuciones, llevar a cabo el despacho económico de cargas del Sistema Interconectado Nacional y operar el Mercado Mayorista Eléctrico (artículo 35). A través del mencionado artículo 57, se centralizó todo lo relativo a la generación y transmisión, correspondiendo al Centro Nacional de Despacho de Cargas “determinar el precio horario de generación, en función de los costos de producción en tiempo real y los asociados a la capacidad acreditada, en condiciones de eficiencia, de acuerdo con el despacho económico realizado por el Centro...”.

²² El término Administración económica, conforme el artículo 11.3 de la LOSEN, comprendía a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y a la sociedad pública gestora de la explotación unificada. La consecuencia de este sistema, según destaca CRUZ FERRER, es que se “... priva a las empresas de la energía que han producido y, en consecuencia, les impide cualquier posibilidad de comercializarla mediante su libre contratación con distribuidores o grandes consumidores...” (*La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, ob. cit., página 317).

quisito formal, la regulación contenida en el Decreto 1.558 era también cuestionable por afectar el contenido esencial del derecho a la libertad económica, más allá de los límites que la Constitución de 1961 establecía²³.

El mencionado Decreto se caracterizaba así por la intervención intensa de los Poderes Públicos en el sector eléctrico, con la consecuente limitación del ejercicio de la libertad económica. Limitación y ordenación del ejercicio de actividades económicas privadas a través de una normativa sub-legal; desconocimiento, en definitiva, de la reserva legal que disponía la Constitución de 1961 sobre las cargas y limitaciones a la iniciativa económica privada.

d. La interacción entre las distintas personas político-territoriales que intervienen en la ordenación del sector eléctrico

La forma federal adoptada por el Estado venezolano, y que suponía la actuación de tres niveles político-territoriales, tenía también importantes consecuencias jurídicas en el sector eléctrico. Según el artículo 30 de la Constitución de 1961, la competencia municipal se extendía, en general, a todos los asuntos anejos a los *intereses peculiares del Municipio y a las materias propias de la vida local*. Sobre la base de esa norma, la Ley Orgánica de Régimen Municipal (en lo adelante LORM) dictada en 1978, estableció como competencia municipal todo lo relativo a la distribución y venta de electricidad, competencia reconocida bajo la legislación vigente²⁴. Dicha competencia, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución de 1961, debía reducirse estrictamente a la ordenación y control de las actividades de distribución y comercialización en tanto éstas son *materias propias de la vida local*. El resto de la ordenación sobre el sector –al exceder el ámbito local– era competencia exclusiva del Poder Nacional, de conformidad con lo que disponía el ordinal 25 del artículo 136 de la Constitución de 1961²⁵.

²³ Sobre esta idea volveremos más adelante, al analizar la regulación de la LSE sobre el mercado eléctrico.

²⁴ Cfr.: ordinal 2 del artículo 36 de la Ley vigente, publicada en la Gaceta Oficial número 4.109 extraordinario de 15 de junio de 1989.

²⁵ En este mismo sentido, vid. el estudio de la LSE publicado en la página web www.badellgrau.com. Véanse igualmente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, de 25 de septiembre de 1990 y los comentarios que al respecto realizan ORTÍZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMÍ, “Régimen Jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela”, ob. cit., páginas 89-90.

De esa manera, el *alumbrado público y domiciliario* es un servicio mínimo que deberá garantizar el Municipio en toda localidad con población superior a los mil (1.000) habitantes (literal a del artículo 38 de la LORM). En general, la distribución y comercialización son considerados por la LORM *servicios públicos municipales*. Ello, en la práctica, ha implicado que los particulares sólo pueden intervenir en esas dos actividades previo el otorgamiento de una *concesión*²⁶.

Extraña, sin embargo, que esa concesión sea exigida para explotar determinadas actividades eléctricas a pesar de que la LORM no establece expresamente la *reserva municipal* sobre éstas. Y ese es un aspecto que siempre debe quedar claro: la reserva, al igual que todas las técnicas de intervención del Estado en la economía, debe ser siempre expresa. Sin embargo, la LORM, en olvido de los principios de claridad y certidumbre jurídica que debe informar la labor legislativa, establece como requisito para explotar las actividades de distribución y comercialización la *concesión administrativa*, dando con ello a entender que, implícitamente, tales actividades se encuentran reservadas al Estado. Consecuencia, en todo caso, de una teoría que ha prevalecido en Venezuela y a la que luego aludiremos: la sola declaratoria de una actividad como servicio público aparea su *reserva* al Estado. Ese régimen previsto en la LORM ha sufrido importantes modificaciones con la entrada en vigencia de la LSE, tal y como luego veremos.

B. Causas de la crisis de la regulación tradicional

El modelo tradicional de regulación del Estado sobre el sector eléctrico entró en crisis por diversas razones, a saber, *por la necesidad de revisar el intervencionismo excesivo e ineficiente del Estado*; *por la necesidad de fomentar la seguridad jurídica en el sector*; *por la crisis material del Estado social* y, finalmente, *por la necesidad de fomentar la iniciativa privada y la libre competencia en el sector*. Todas esas razones aparecen magistralmente expuestas en la Exposición de Motivos de la LSE.

²⁶

Según el ordinal 5º del artículo 41, la prestación de los servicios públicos municipales podrá ser hecha por *concesión otorgada en licitación pública*, cuyas características aparecen enumeradas en el artículo 42. Sobre el tema, vid. BADELL MADRID, RAFAEL, "Régimen de prestación de los servicios públicos locales", en *La Contratación Municipal*, P.H. Editores, Caracas, 1995, y ORTÍZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMÍ, "Régimen Jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela", ob. cit., página 92.

a. Revisión del intervencionismo público sobre el sector eléctrico: la necesidad de liberalizar ese sector

La regulación tradicional del sector eléctrico es una constante en el Derecho Comparado y de allí que sea también una constante la revisión de ese intervencionismo público, partiéndose para ello de una premisa general: el intervencionismo público exagerado constituye un obstáculo para el desarrollo económico, lo que justifica la revisión de esas técnicas de intervención a través de la *liberalización de la economía*.

Existe la necesidad, como se desprende del *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo de transformación*, de incrementar la eficacia del Estado²⁷. En Venezuela, el órgano de defensa de la competencia, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA) ha elaborado un informe intitulado *El crecimiento económico y la promoción de la competencia en el contexto de la actual coyuntura nacional* (1999) en el cual se concluye que *aquellos países que presentan instituciones más orientadas a garantizar la libertad económica son los que han logrado mayores niveles de crecimiento económico y reducción de la pobreza*²⁸. Puede afirmarse entonces que la liberalización de la economía y la conformación de un Estado más eficaz, son elementos necesarios para un adecuado desarrollo económico.

27

Resume tal Informe el proceso que ha desembocado en la necesidad de replantear el rol del Estado: "... durante los cien últimos años, la presencia y la intervención del Estado han crecido enormemente, sobre todo en los países industriales. Antes de la segunda guerra mundial, la expansión se debió, entre otros factores, a la necesidad de superar los graves daños causados por la Gran Depresión en los sistemas económicos y sociales. La confianza en la intervención estatal durante el período de la posguerra llevó a que se exigiera su intensificación...". Tal incremento de la influencia estatal es "... lo que ha dado lugar a un cambio de orientación: lo que importa ante todo no es lo cuantitativo sino lo cualitativo, no la mera magnitud del Estado y el ámbito de sus intervenciones sino su eficacia para atender las necesidades de la población ..." (destacado nuestro). Se afirma así que "... el clamor en favor de una mayor eficacia de los poderes públicos ha alcanzado dimensiones críticas en muchos países en desarrollo en los que el Estado no proporciona ni siquiera bienes públicos fundamentales, como la protección de los derechos de propiedad, la red vial y servicios básicos de salud y educación. El resultado ha sido un círculo vicioso: ante el deterioro de los servicios públicos, los individuos y las empresas evaden el pago de impuestos, lo que a su vez agrava ese deterioro...". Cfr.: *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo de transformación*, Washington, D.C., 1997, consultado en original.

28

Consultado en original.

Los beneficios de la liberalización –y de la competencia- en el desarrollo económico, han sido también analizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia español, en el Informe intitulado *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*²⁹. Según ese informe, *el gran beneficiario de la competencia es el consumidor*. La importancia para los consumidores de la introducción de la competencia –continúa el informe- “no es desdeñable”, pues “la liberalización supone mejorar el nivel y la calidad de vida de todos los españoles”. De la liberalización de los servicios “depende el tamaño y el nivel de competitividad de la industria española, ya que el usuario más importante de los servicios no es el consumidor final sino la industria y las empresas en general”. Además, la *industria* “se beneficiará de la liberalización de los servicios directamente –a través de la reducción de los precios de los servicios que son factores de producción- pero también, indirectamente, a través de la mejora de la renta real que conseguirán los consumidores”. Según tal informe –posición que compartimos- la introducción de competencia tiene efectos sobre *todos los ciudadanos*: dado que la “competencia permite mejorar la eficiencia en la asignación de los recursos del país, si ahora se liberalizan los servicios, la tasa de crecimiento a largo plazo de la economía española aumentará y en consecuencia, se producirá un aumento de la renta per cápita y del nivel de vida de todos los ciudadanos”.

En el servicio eléctrico, ello se manifiesta mediante la *liberalización del sector eléctrico*, término que puede ser definido como el proceso a través del cual *racionaliza la intervención pública en el sector* y se *amplía el ámbito de actuación de la iniciativa económica privada*, la cual, en ejercicio del derecho a la libertad económica, podrá explotar actividades eléctricas –en las fases de generación, transmisión, distribución y comercialización- en régimen de libre competencia, salvo excepciones *expresamente reguladas*. De esta definición que hemos dado surgen una serie de consecuencias y modulaciones que conviene tener en cuenta:

- En *primer lugar*, el sector privado explota la actividad en ejercicio de la libertad económica, esto es, en ejercicio de un derecho preexistente y no en ejercicio del derecho otorgado por la Administración a través de la respectiva concesión.

²⁹

Madrid, 1993. Consultado en original.

.- En *segundo lugar*, puede ocurrir sin embargo que determinadas actividades del sector eléctrico aún sean de titularidad pública: debe tratarse, en todo caso, de supuestos excepcionales, pues de lo contrario no se estaría liberalizando ese sector sino, cuando mucho, permitiendo la libre entrada de los particulares en algunos supuestos.

.- En *tercer lugar* puede haber liberalización del sector eléctrico aún cuando éste, previamente, no se encontrara reservado al Estado. En este caso, la liberalización no se traduciría ya en la derogación de la reserva o *publicatio* sino en la racionalización de las técnicas de intervención de la Administración económica, y en la introducción, fomento y protección de la libre competencia.

.- Finalmente, y en *cuarto lugar*, la liberalización no conduce a la desaparición de las técnicas de intervención de la Administración económica: antes por el contrario, la Administración debe seguir interviniendo para regular el sector, aunque con finalidades del todo distintas a la regulación económica tradicional. Se trata así de regular, por un lado, para proteger el correcto funcionamiento del sector eléctrico y por el otro, de regular para permitir la introducción real y efectiva de la libre competencia.

El alcance exacto de la liberalización operada en determinado sector económico puede cuantificarse mediante el *índice revelador de la liberalización*, para lo cual es necesario determinar *cuál es la extensión práctica o efectiva de la libertad económica*. De esa manera, caben distintas *grados de liberalización*, desde que el ámbito de la libertad económica puede ser mayor o menor: la liberalización, aclaramos desde ya, no supone la retirada total del Estado, ni la eliminación de todos los instrumentos de intervención administrativa; muy por el contrario, hay una permanencia e incluso, incremento de las funciones de control y limitación de la Administración económica. La interrelación entre esas *técnicas de limitación* y el *ámbito de la libertad económica y de la libre competencia*, nos permitirá determinar –en el caso de la LSE– cuál es el alcance de la liberalización que dicha ley persigue.

b. Necesidad de fomentar la seguridad jurídica en el sector

El *desarrollo de actividades comerciales e industriales en ejercicio de la libertad económica* supone la existencia de un régimen jurídico estable, claro, predecible y uniforme, a través del cual se limite el ámbito de actuación de la iniciativa privada y el ámbito de actuación de

la iniciativa pública. Como concluye JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, el mercado *necesita seguridad jurídica en sus agentes*³⁰.

Este principio, a partir de la Constitución de 1999, tiene en Venezuela una sólida base jurídica. Nos referimos al artículo 299 de la Constitución, cuyo tenor es el que sigue:

“... El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, **garantizando la seguridad jurídica**, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta...” (destacado nuestro).

La seguridad jurídica se erige como principio constitucional que informa al régimen socioeconómico de Venezuela y que debe informar también, en consecuencia, al sector eléctrico. Concepto íntimamente relacionado con lo anterior es la *confianza legítima en la ordenación de la economía*. Es esencial a la idea del Estado de Derecho la existencia de cierta certidumbre jurídica, que en el campo del Derecho Administrativo implica el derecho de todo ciudadano a relacionarse con la Administración dentro de un marco jurídico estable, definible y claro, que le permita *anticipar, conocer o esperar*, con cierto grado de exactitud, el sentido y alcance de la actuación administrativa. La confianza legítima se manifiesta entonces como el derecho a la *certidumbre jurídica*³¹.

30 “Tres postulados para el nuevo servicio público”, en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, página 133.

31 Cfr.: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, “Actividad consultiva de la Administración y Responsabilidad Patrimonial”, en *Revista de Derecho Administrativo número 7*, Caracas, 1999, páginas 115-217. Igualmente, véase el completo y novedoso estudio de RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, “El principio de Confianza Legítima en el Derecho Venezolano”, en *IV Jornadas Internacional de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*,

Como indicamos al comienzo del presente estudio, el régimen jurídico derivado del Decreto 1.558 no se caracterizaba por su seguridad jurídica. Planteamiento éste recogido en la Exposición de Motivos de la LSE de la siguiente manera:

“... (el sensible vacío legal) se expresa en la ausencia de un instrumento que sirva ya no sólo para regular las distintas relaciones jurídicas que emergen de esta actividad, sino también como instrumento de política económica y social en mandos del Estado. De manera que ni éste, ni los inversionistas, ni los usuarios, tienen claramente definidos sus derechos y obligaciones, ni mucho menos la dirección hacia la cual se orientan las actividades eléctricas del país...”.

La nueva Ley afianza, a no dudarlo, la seguridad jurídica en el sector. Dejando a salvo las críticas que puedan realizarse a ésta –y a las que nos referiremos luego– lo cierto es que la LSE definió el papel del Estado en el sector eléctrico, delineando el ámbito de actuación de la iniciativa privada, la cual cuenta, ahora, con un *sólido* instrumento legal.

Es paradigmático, en este sentido, el artículo 1 de la *Ley de Promoción y Protección de Inversiones*³², que al enumerar sus objetivos hace mención a la necesidad de proveer a las inversiones *un marco jurídico estable y previsible*, en el cual las inversiones *puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad*. Tal Ley –aplicable también a las inversiones, extranjeras y nacionales, que se realicen en el sector eléctrico– alude, por un lado, al marco jurídico *estable*, lo que se relaciona con la seguridad jurídica, y al marco jurídico *previsible*, que se refiere a la confianza legítima. Seguridad jurídica y confianza legítima, como principios rectores de la ordenación pública del sector eléctrico.

c. Crisis material del Estado social

El Estado social, al que se refiere el artículo 2 de la Constitución, se encuentra en crisis. Mas no se trata de una crisis producto de los co-

FUNEDA, Caracas, 1998. La bibliografía extranjera sobre el tema es abundante. Entre otros, vid. CASTILLO BLANCO, FEDERICO *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998 y GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999.

³² Contenido en el Decreto-Ley número 356, publicado en la Gaceta Oficial número 5.390 extraordinario de 22 de octubre de 1999.

metidos o fines de ese Estado, sino de la crisis proveniente del *desbordamiento de la actuación de los Poderes Públicos en ejecución de la cláusula del Estado social*. Al amparo del Estado social, el Estado y especialmente la Administración pública, adquirieron cada vez mayor protagonismo en la economía. Su presencia fue una constante y el papel secundario de la iniciativa privada la consecuencia de ese *desbordamiento*³³.

De esa crisis surge la necesidad de revisar la actuación pública en la economía, revisión que, como antes señalamos, se efectúa también en el sector eléctrico. En ese sector, el Estado venezolano ha sido el principal empresario y también el principal inversor, lo que se ha traducido en un incremento del gasto público insostenible en la actualidad. El protagonismo del Estado como empresario e inversor en el sector eléctrico debe dar paso a la preponderancia de la iniciativa privada económica. La reducción de ese gasto público se erige entonces como uno de los objetivos de la liberalización de la electricidad, lo cual supone –además de las necesarias y eventuales privatizaciones– el estímulo del sector privado como principal *agente económico*.

Todos estos planteamientos, de nuevo, fueron recogidos en la Exposición de Motivos de la Ley:

“... Hasta el presente, la posibilidad de crecimiento y expansión del sector se apoyaron fundamentalmente en las fuentes inversiones públicas (...) El Estado, al disponer de cuantiosos recursos, pudo emprender la explotación del gigantesco potencial hidroeléctrico del río Caroní, así como también de otros potenciales menores (...)

Sin embargo, hoy confronta el país un (...) problema: la caída de la inversión pública que arrastra un proceso de deterioro en todo el sector (...) A partir de la década de los 90 la ya señalada caída de inversión, ha ido colocando al país frente a una verdadera emergencia energética...”.

De allí que uno de los principales objetivos de la LSE es el estímulo de la inversión privada en el sector eléctrico. Ello supone, por un

33

Sobre la crisis del Estado social, por todos, vid. Vid. PAREJO ALFONZO, LUCIANO, JIMÉNEZ-BLANCO, ANTONIO, y ORTEGA ALVAREZ, LUIS, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, páginas 78-82, y BREWER-CARIAS, ALLAN, “Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina”, en *Revista de Derecho Administrativo número 1*, Editorial Sherwood, Caracas, 1997, páginas 31-46.

lado, *racionalizar las técnicas de intervención del Estado*, ampliando consecuentemente el ámbito de la iniciativa privada, y por el otro, afianzar la seguridad jurídica indispensable para el adecuado estímulo del sector privado.

d. La necesidad de fomentar la iniciativa privada y la libre competencia en el sector

Por último, otro de los factores que motivaron la crisis del sistema tradicional de regulación sobre el sector eléctrico, es la necesidad –ya comentada– de estimular la iniciativa privada y la libre competencia. Así, no se trata sólo de permitir que el sector privado intervenga en el servicio eléctrico, sino además de *garantizar* que esa intervención se realice en *libre competencia*. Como señala la Exposición de Motivos de la LSE, la regulación por ella implementada:

“... introduce formas novedosas para garantizar una verdadera y real competencia, particularmente en las actividades de generación y comercialización especializada. La actual estructura integrada que presentan todas las actividades, se orientan hacia el monopolio y las condiciones de acceso a ellas no se encuentran realmente tuteladas por el Poder Público. Tal realidad reclama una regulación más intensa que venga a ordenar, permitir y crear las condiciones para el desarrollo del mercado y de la sana competencia...”.

La necesidad de introducir la libre competencia en el sector, como veremos, se traduce en la denominada *neo-regulación*, esto es, la regulación económica cuyo fin último es el incentivo de la *libre competencia*, sin menoscabo de la protección y garantía del suministro eléctrico.

Esta circunstancia fue objeto de un profundo estudio de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia intitulado *Formulación de políticas públicas de eficiencia y equidad en el sector eléctrico* (1995)³⁴. Se señala en ese Informe que “... en términos generales, el esquema regulatorio venezolano responde a la concepción de un Estado rentista, en el cual, se erige simultáneamente en productor y distribuidor de bienes y servicios que fácilmente pudieran ser

³⁴ Consultado en original.

ofrecidos por el sector privado. Es claro que esta visión del Estado, está actualmente en crisis en vista del deterioro creciente de la renta pública lo que ha causado inevitablemente el abandono o cuando menos reconsideración de cometidos antes atribuidos al Estado, ahora cada vez más sujeto a la dinámica de los mercados. A esto se ha llamado la «transición» del *Estado productor* hacia el *Estado regulador...*”. Al recomendar la modificación del régimen jurídico existente en ese entonces, señaló que “... entre los aspectos más importantes a ser considerados por el Estado al diseñar una regulación optima que promueva la participación privada está la de remover los obstáculos al comercio. *La intervención del Estado debe estar orientada a disminuir los impedimentos para la libre celebración de contratos o soluciones consensuadas...*” (destacado nuestro).

II. PRINCIPIOS DE LA NUEVA ORDENACIÓN

A. Postulados generales: el nuevo rol del Estado en el sector eléctrico

En el programa económico del Gobierno iniciado en Venezuela en 1999 se hizo énfasis en la necesidad de reordenar el sector eléctrico. Se precisó así, en tal Programa, que “... la situación actual del sector eléctrico, especialmente en las áreas de transmisión y distribución, es de franco deterioro y podría convertirse en un obstáculo de difícil superación para las posibilidades reales de crecimiento productivo del país en el mediano plazo, si no se acomete a la brevedad un ambicioso programa de inversiones y un plan de reformas estructurales...”. Además, como fundamento de la necesidad de acudir a esa reordenación, se resaltó el *quiebre fiscal* de las empresas públicas que actuaban en ese sector³⁵.

En definitiva –y según ese Programa- era “... indispensable establecer un nuevo marco regulatorio expresado en la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional, que refuerce las labores reguladora y fiscalizadora del Estado, cree un organismo coordinador de la operación centralizada de la generación y la transmisión, defina clara-

35

Según el Programa “... las pérdidas acumuladas de algunas empresas eléctricas públicas no han permitido mantener un ritmo de inversiones capaz de soportar el crecimiento de la demanda y sostener la calidad de los servicios. Mas de una década de diferimiento de inversiones en las áreas de transmisión, distribución, comercialización y mantenimiento de la generación térmica hace inaplazable la búsqueda de recursos para recuperar la confiabilidad de la red y soportar el crecimiento de la demanda...” (consultado en original).

mente las actividades, abra el sector a la competencia en las áreas en las cuales sea técnicamente factible, tal como la generación y la comercialización, defina regulaciones eficientes en las áreas que se consideren monopolios naturales, establezca condiciones de calidad de servicio, infracciones y sanciones...”³⁶.

Fue así como el nuevo Gobierno aprobó –a través de Decreto-Ley- la LSE, la cual es, en Venezuela, el primer supuesto de liberalización de un sector estratégico económico, como es el sector eléctrico. En dicha Ley encontramos *nuevos* principios que informan las distintas técnicas de intervención del Estado en la economía, que pivotan sobre dos ideas centrales: el afianzamiento de la libre competencia y el mantenimiento de las facultades de control e inspección de la Administración económica.

a. La introducción de la libre competencia

Hemos ya señalado que en el régimen derogado regía la libertad económica, aunque en un ámbito bastante reducido. Además, tenía vigencia también, en ese sector, la libre competencia. Por tanto, el objeto de la LSE no es tanto la *introducción de la libre competencia*, sino el *afianzamiento* de ese principio. Ello nos obliga a efectuar algunas consideraciones en torno al concepto de *libre competencia*.

La libre competencia es atributo inherente a la libertad económica, y rige, especialmente, en el *desarrollo de actividades comerciales e industriales*³⁷. Según el artículo 3 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia³⁸, hay libre competencia en actividades económicas cuando existen las condiciones necesarias para que cual-

³⁶ Dada esa situación preocupante del sector –continúa el Programa- se plantea “... la estrategia de recuperar y modernizar el sector eléctrico nacional, para garantizar un sector autosustentable y eficiente. También se tendrá como objetivo aprobar el marco legal para el sector a fin de contar con reglas claras de juego que favorezcan la inversión privada ...”.

³⁷ La libre competencia como principio inherente a la libertad económica, es la tesis sostenida por ENTRENA CUESTA, RAMÓN, “El principio de la libertad de empresa”, en *El modelo económico en la Constitución española, Volumen I*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, página 160 y FONT GALÁN, JUAN IGNACIO, *Constitución económica y Derecho a la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, páginas 166-174.

³⁸ Publicada en la GO número 34.880 de 13 de enero de 1992.

quier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga “completa libertad” de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio.

No obstante, creemos que el concepto dado por la Ley no es del todo exacto. En efecto, son pocas las actividades en las cuales los sujetos tienen *completa libertad* de entrada o salida en mercados económicos: el intervencionismo público desarrollado por el Estado venezolano hace que prácticamente *todas* las actividades económicas estén sometidas en mayor o menor medida a controles que restringen –y a veces eliminan– esa libertad de entrada y salida. Es por ello que, para nosotros, el concepto de libre competencia no depende de la *completa libertad* de entrada y salida del mercado, sino de la aptitud de los agentes económicos que actúan en el mercado (como oferentes o demandantes) de fijar libremente las condiciones de los intercambios comerciales que se realicen. No se trata de un concepto *absoluto* –tal y como sostiene el artículo 3 antes comentado– sino *relativo*; se admite, por tanto, condicionamientos a esa libertad. De allí que para nosotros, el concepto que debe mantenerse es el de competencia efectiva o *plausible*³⁹.

Partiendo de este concepto, es innegable que bajo la regulación del Decreto 1.558, regía en el sector eléctrico la libre competencia. No había, ciertamente, una *completa libertad de entrada* al mercado, pero los agentes económicos tenían la posibilidad de desarrollar las distintas actividades del servicio eléctrico con un margen relativo de libertad, en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica.

Ello fue expresamente aceptado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, en la resolución SPPLC/034-99 de 29 de junio de 1999 (caso *empresas de televisión por cable*). En esa oportunidad se sostuvo –respecto al sector eléctrico– lo siguiente:

39

Como reconoce JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, no hay un objeto teórico del Derecho a la competencia, existiendo cuando menos tres posiciones: la competencia como libertad de oferta y demanda; la *competencia efectiva* y la competencia como proceso de descubrimiento. Para el autor, el objeto del Derecho a la Competencia es la protección de la competencia eficaz o factible (cfr.: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho Español de la Competencia*, McGraw Hill, Madrid, 1996, páginas 20 y 57-58). Como veremos, la Constitución de 1999 parece inclinarse por la teoría de la *competencia efectiva*.

“... Las normas que aseguran y protegen la libre competencia están dirigidas a fortalecer el ejercicio del derecho individual a la libertad económica conforme a lo previsto en el primer aparte del artículo 96 de la Constitución de la República. El derecho a la libertad económica no se encuentra destruido ni disminuido cuando una empresa realiza una actividad de servicio público. Si bien se afecta un elemento propio de ese derecho, como es la libre concurrencia de acceder a la actividad; una vez que se levantan esas barreras legales y se permite el acceso a varias empresas para que realicen el servicio público, a través de una concesión o autorización, se está colocando a esas empresas en condición de competir.

Por otro lado, cuando el Estado ha otorgado a una sola empresa la concesión o autorización para prestar el servicio público, confiriendo de esta manera a la empresa una clara posición de dominio en la prestación del servicio público, las normas de libre competencia son aplicables en cuanto al abuso que en su posición de dominio pueda realizar la empresa concesionaria o autorizada, salvo que la Ley que regule el servicio público haya expresamente exceptuado la aplicación de normas de libre competencia ...”⁴⁰.

Luego nos referiremos a la libre competencia en actividades catalogadas como *servicio público*. Lo que nos interesa destacar de esa resolución es, en *primer lugar*, que el concepto de libre competencia manejado en la resolución es *relativo*, que no absoluto⁴¹; en *segundo lugar*, que la Superintendencia reconoció la vigencia de ese principio en el sector eléctrico.

Pero incluso, el propio Decreto 1.558 no sólo aceptaba la vigencia de la libre competencia en el sector eléctrico, sino que además, esta-

40

Continúa la resolución afirmando que “... En este sentido el artículo 16 en su Parágrafo Único establece que «cuando la posición de dominio se derive de la ley, las personas que se encuentren en esa situación, se ajustarán a las disposiciones de esta Ley, en cuanto no se haya estipulado condiciones distintas en los cuerpos normativos que la regulen, conforme a lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución». En consecuencia, le es aplicable la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia a aquellas empresas que gozan de una posición de dominio permitida por el Estado en ejecución de la Ley...”. Olvidó la Superintendencia, sin embargo, que la eventual posición de dominio de las empresas eléctricas –por la tenencia de las líneas de transmisión– no derivaba exactamente de una “Ley”, sino de normas infralegales.

blecía mecanismos cuya finalidad última es proteger la vigencia de la libre competencia en el mercado eléctrico. Ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 5 del mencionado Decreto, según el cual las redes de transmisión se regían por el principio de *libre acceso por terceras personas*. Tal principio, como luego veremos, es uno de los mecanismos a través de los cuales se introduce y afianza la libre competencia en el sector eléctrico, según la regulación acogida en la LSE⁴².

La LSE persigue, por tanto, afianzar y ampliar la libre competencia como principio rector del sector eléctrico. Sin embargo, es conveniente insistir en que no se trata de una competencia *absoluta*, sino de una *competencia relativa*; las características del sector eléctrico —que exigen la intervención de los Poderes Públicos— impiden la vigencia absoluta de la libre competencia. La liberalización de la electricidad no supone adoptar un modelo de competencia perfecta, sino más bien de *competencia regulada*: el sector eléctrico —apuntan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO— siempre será un sector regulado; lo importante es, entonces, el cuestionamiento del alcance y sentido de la regulación, pues lo que se pretende con la liberalización es minimizar la regulación, partiendo de la premisa según la cual no todas las actividades que integran el sector eléctrico pueden prestarse en competencia⁴³. JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene, igualmente, que la libre competencia tiene un carácter *meramente instrumental*. Las distintas actividades que integran el suministro eléctrico —escribe este autor— quedan sometidas a regímenes “claramente diferenciados, en los que se reservan cometidos muy diversos al principio de libre competencia y a la regulación o intervención pública y en los que estos elementos se integran y complementan bajo muy diversas combinaciones...”⁴⁴.

41 En efecto, nótese que la resolución aceptó que no existía, en el sector eléctrico, la *completa libertad de entrada* al mercado.

42 El Decreto 2.383 de 18 de junio de 1992, sobre *Normas para el Desarrollo del Servicio Eléctrico* (GO número 35.010 de 21 de julio de 1992), uno de los antecedentes más importantes del Decreto 1.558, establecía como uno de sus objetivos la *apertura progresiva del sector a la libre competencia*. En este sentido, véase a ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS y FISCHBACH, NOEMI, “Régimen jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela”, ob. cit., páginas 128 y siguientes.

43 ARIÑO ORTIZ, GASPAR, y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998, página 437.

44 “La regulación del sector eléctrico: intervención normativa sobre el mercado y defensa de la competencia”, en *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid, 1999, páginas 113-114. El autor sostiene, asimismo, que el concepto de libre competencia que debe imperar es la competencia *practicable o eficaz* (página 112).

El concepto de *competencia regulada* en el sector eléctrico es propio del Derecho Comunitario Europeo, debiendo resaltar la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre *Normas Comunes para el Mercado Interior de la Electricidad*. Su artículo 3 señala que los Estados miembros velarán por que las empresas de electricidad actúen en respeto del principio de *libre competencia*. Libre competencia que, como habíamos señalado, es *relativa*, pues la Directiva permite a los Estados miembros imponer *obligaciones de servicio público*⁴⁵, en virtud de lo cual, y en atención a lo previsto en el artículo 90.2 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, determinadas normas de la Directiva sobre competencia podían no ser aplicadas a esas empresas, para evitar restricciones al cumplimiento de las obligaciones de servicio público asumidas⁴⁶.

El carácter *relativo* de la libre competencia fue incorporado expresamente en la LSE, cuyo artículo 3 dispone que:

⁴⁵ En relación con esta Directiva y la vigencia relativa de la libre competencia, vid. ARIÑO ORTIZ, GASPAR, et al, *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación económica*, Comares Editorial, Madrid, 1999, páginas 613-617, CRUZ FERRER, JUAN DE LA, El mercado interior de la electricidad: perspectiva jurídica”, en *Regulación sectorial y competencia*, ob. cit., especialmente página 30, y GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA, *El servicio público eléctrico en el Mercado Interior Europeo*, Civitas, Madrid, 1994.

⁴⁶ La principal norma que ha condicionado la liberalización de la economía en Europa, a través de la racionalización de la intervención pública en el orden económico, ha sido el artículo 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, cuyo aparte uno dispone lo siguiente: “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive”. Las *empresas públicas* y la *actuación del Estado en el orden económico*, por tanto, deben sujetarse al principio de libre competencia. Empero, dicho principio no es absoluto sino relativo: determinadas actividades económicas ajenas al interés general de la Comunidad, pueden exigir el atemperamiento de la libre competencia. Es esa la idea central contenida en el aparte dos del artículo 90, cuya letra es la que sigue: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiadas. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”.
Precisamente, una la de las actividades catalogadas como servicios económicos de interés general ha sido el suministro eléctrico y de allí que en éste la libre competencia ceda a favor de la misión de servicio público encomendada a las empresas eléctricas. Ello se ve reflejado en las denominadas obligaciones de servicio público contenidas también en la LSE.

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

La libre competencia, en conclusión, no es extensible a todos los servicios eléctricos básicamente por dos razones: en *primer lugar*, desde que determinadas actividades restringen la concurrencia de operadores. Nos referimos a los supuestos de *monopolio natural* derivados de las redes de transmisión eléctrica. En *segundo lugar*, desde que el interés general que subyace tras el sector eléctrico –en lo que atañe al *suministro eléctrico*– impide que todas las actividades de esos sectores se “abandonen” a la libre competencia.

De allí que el primer postulado que informa el “nuevo” rol del Estado en el sector eléctrico, se caracteriza por el afianzamiento y protección de la libre competencia en el sector eléctrico, justificándose, sin embargo, la atenuación de ese principio en determinadas actividades eléctricas.

b. Mantenimiento de las facultades de control e inspección de la Administración económica

Hemos señalado ya que la liberalización del sector eléctrico parte del fomento e incentivo de la iniciativa privada, tal y como señala el artículo 3 de la LSE. Ello supone, además, la reducción del intervencionismo público en ese sector. Sin embargo, la actuación de la Administración económica, si bien se reduce, *no desaparece*: muy por el contrario, la liberalización del sector eléctrico se traduce en una mayor presencia e intervención de la Administración económica.

Un aspecto fundamental que debe tenerse en cuenta, es que la liberalización de sectores estratégicos –como el sector eléctrico– no supone el desconocimiento del interés general presente en éstos. Es por ello que la liberalización de la electricidad no elimina la especial condición del suministro eléctrico, llamado a satisfacer necesidades colectivas. Ese interés general presente en el sector eléctrico justifica la presencia de la

Administración económica y la existencia de técnicas de control, supervisión y limitación de la iniciativa privada. Precisamente, una de las finalidades de la LSE –según reconoce su Exposición de Motivos– es “asegurarle al país la prestación de un servicio eléctrico al menor costo posible y con la mayor calidad, que permita la óptima utilización de los recursos disponibles y que, al mismo tiempo, garantice continuidad, seguridad y eficiencia...”. La Administración económica debe intervenir, entonces, para garantizar el *suministro eléctrico*, consecuencia ello de las obligaciones positivas que dimanar de la cláusula del Estado social a que se refiere el artículo 2 de la Constitución. Sobre esta *presencia necesaria de la Administración* en el sector eléctrico, JOAQUÍN NEBRADA PÉREZ afirma lo siguiente:

“... Hay además, una intensa regulación, que afecta a determinadas actividades como son el transporte, la distribución y la operación técnica y económica del sistema. Esta intensa regulación se justifica por el servicio universal que dichas actividades tienen ...”⁴⁷.

Pero además, la intervención de la Administración económica se justifica también por la necesidad de afianzar la libre competencia mediante la *regulación económica*. Esto constituye, a no dudarlo, una importante novedad en las técnicas de intervención de la Administración venezolana en la economía.

En efecto, tradicionalmente la actuación de la Administración se reconduce a la denominada *actividad de policía*, por medio de la cual ésta condiciona y disciplina el ejercicio de actividades económicas privadas, para proteger el interés general que, en este caso, subyace tras el suministro eléctrico. Igual técnica de *policía* es desplegada por la Administración para la defensa de la libre competencia⁴⁸. Por otro lado, la

⁴⁷ *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Civitas, Madrid, 1999, páginas 111-112.

⁴⁸ En sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 29 de junio de 1995, caso *Premezclados Avila*, se sostuvo que la defensa de la competencia por parte de la Administración constituía una *actividad de policía económica*. La decisión puede ser consultada en GIRAUD TORRES, ARMANDO y CASTRO CORTIÑAS, IGNACIO, *Derecho Administrativo de la Competencia. Jurisprudencia y Legislación*, FUNEDA, Caracas, 1999, página 92. Vid. igualmente ORTIZ-ALVAREZ, LUIS y FISCHBACH, NOEMÍ, “Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela”, ob. cit., página 129.

regulación económica desarrollada por la Administración se caracteriza por la ordenación y limitación del ejercicio de actividades económicas privadas.

No obstante, en el marco de la liberalización surge una “nueva” modalidad de actuación de la Administración que *integra* las técnicas antes mencionadas: la *regulación económica* dictada *para introducir, fomentar y afianzar la libre competencia*. No se trata ya de la actuación *de policía* para la protección de ese bien jurídico, ni de la *regulación económica tradicional*, sino de la intervención administrativa indirecta, por medio de la regulación, para fomentar la libre competencia. La Exposición de Motivos de la LSE sostiene así que dicha Ley incorpora “una **regulación más intensa**” que permite crear las condiciones de libre competencia en el mercado eléctrico. La nueva orientación de esa regulación queda reflejada igualmente en dicha Exposición:

“... la tradición en materia de regulación generalmente coloca el énfasis en el control del sistema y sus operadores. En Venezuela necesitamos modificar, ampliar y transformar el contenido de la regulación para promover la competencia allí donde ésta sea posible; al mismo tiempo, garantizar los intereses de los usuarios en cuanto a seguridad, calidad y precio del servicio, allí donde éste mantenga el carácter de un monopolio natural. Por tanto, la regulación está orientada a combinar los beneficios y estímulos característicos del mercado, abriendo cauces a la libertad empresarial, con la indispensable exigencia de calidad y seguridad en el servicio...”.

Finalmente, hay que acotar que esta “nueva” modalidad de intervención del Estado en la economía, para fomentar e introducir la libre competencia, tiene ahora un sólido basamento constitucional. En efecto, la Constitución de 1999, en su artículo 299, arriba transcrito, ha elevado a la libre competencia como uno de los *principios constitucionales que debe informar al régimen socioeconómico*. Por ello, toda la actuación del Estado en la economía, incluyendo su intervención en el sector eléctrico, debe respetar la libre competencia como principio constitucional jurídicamente vinculante. Pero además, el Estado tiene la obligación de *adoptar las medidas que fueren necesarias para asegurar las condiciones efectivas de competencia en la economía*, tal y como dispone el artículo

113 de la Constitución. Esto es, que el Estado –como había consagrado ya la LSE- tiene la obligación positiva de intervenir en la economía, incluso a través de la regulación, para garantizar la existencia de una competencia efectiva⁴⁹.

c. Conclusión: incentivo de la iniciativa privada y nuevo rol del Estado.

La LSE persigue entonces el incentivo de la iniciativa privada, pues las inversiones necesarias para el desarrollo del sector eléctrico y la prestación de las distintas actividades, son responsabilidad, en la nueva Ley, del sector privado; la crisis material del Estado social –en lo que atañe al gasto público- justifica el papel protagónico de la iniciativa privada.

No obstante, el papel protagónico de la iniciativa privada no reduce la actuación que debe cumplir el Estado en el sector eléctrico. Hay, de esa manera, una presencia importante de la Administración económica cuya actuación se justifica por dos causas: la *garantía* del suministro eléctrico y la introducción y protección de la libre competencia. Como enseña SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO BAQUER “... la implantación misma del mercado hace que, en ocasiones, las intervenciones públicas aumenten y, en todo caso, sean más intensas y penetrantes ...”⁵⁰. Intervención de la Administración económica en el sector eléctrico que se manifiesta, sin embargo, de manera del todo distinta a la regulación *tradicional*: ya no se trata de *sustituir el contenido privado de la libertad económica por la regulación pública*, sino de ordenar las distintas actividades del sector a través de una regulación *conforme al mercado*, que en virtud del principio de *menor intervención*, afecte a la libertad económica sólo en la medida de lo necesario, en sujeción al principio de *proporcionalidad*. Podríamos afirmar que estamos ante una intervención administrativa indirecta informada por el principio *pro libertatis*, esto es, a favor de la libertad económica.

Ello es consecuencia directa del respeto y sometimiento de los Poderes Públicos al derecho constitucional a la libertad económica, según deriva de los artículos 3 y 113 de la Constitución. Sujeción del Esta-

⁴⁹ El término empleado por la Constitución –condiciones efectivas de competencia- se refiere, para nosotros, a la *competencia efectiva*, concepto antes definido.

⁵⁰ “La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho”, en *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, página 207.

do al derecho constitucional de la libertad económica. Esa sujeción es la que pasa a informar la ordenación pública del sector eléctrico y la que debe servir de orientación para la interpretación de la LSE.

B. El sector eléctrico como servicio público. La necesaria revisión de un concepto tradicional.

Pese a postular como objetivo principal el fomento de la iniciativa económica privada y de la libre competencia, la LSE efectúa, en su artículo 4, una declaración cuya interpretación resulta imprescindible:

“... se declaran como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico...”.

La nueva Ley pretende armonizar conceptos que, en principio, son inconciliables: servicio público, libertad económica y libre competencia. La interpretación de esa *armonización* debe partir de los orígenes del artículo 4⁵¹.

La consideración del sector eléctrico como servicio público estaba contenida ya en el Decreto 1.558, cuyo artículo 1 se refería al *servicio público nacional de electricidad*. En el Proyecto de Ley Orgánica que Regula las actividades del Sector Eléctrico Nacional⁵² también se hacía esa declaración. Según el artículo 2 de ese Proyecto “.. la generación, en todas sus modalidades, transmisión, transformación, distribución y suministro de la electricidad, están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente. En consecuencia, se declaran como un *servicio público de carácter esencial*, obligatorio y solidario y de utilidad pública...”. Conviene aclarar que ese Proyecto no suponía la reserva al Estado de las actividades que conforman el sector eléctrico: muy por el contrario, el Proyecto partía del reconocimiento de *la libre iniciativa de las empresas para el ejercicio de actividades eléctricas*.

⁵¹ Lo cual supone analizar tanto los antecedentes legislativos de la LSE, como la normativa anterior a esa Ley. En el estudio jurídico sobre la LSE publicado en la página web www.badellgrau.com se realiza un análisis de los distintos antecedentes de la LSE. Asimismo, ORTIZ-ALVAREZ y FISCHBACH efectúan un estudio de los distintos anteproyectos del sector eléctrico en “Régimen jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela”, ob. cit., páginas 139-150.

⁵² Tal Proyecto fue presentado ante el Congreso de la República el 30 de octubre de 1996, por el partido político *Patria Para Todos*.

Posteriormente fue elaborado y presentado el Proyecto de *Ley Orgánica del Servicio Eléctrico*⁵³, el cual no declaraba al sector eléctrico como servicio público. Sin desconocer la *presencia necesaria del Estado* en ese sector, el proyecto partía del afianzamiento de la libertad económica y de la libre competencia.

Estos dos Proyectos, si bien perseguían fines y objetivos similares, tenían sin embargo una orientación distinta: el Proyecto de Ley Orgánica que Regula las actividades del Sector Eléctrico Nacional, respetando la iniciativa privada, sometía al sector a un control intenso, sobre la base de una *regulación económica tradicional* y por tanto, con una filosofía muy distinta a la liberalización del sector. El Proyecto de Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, por el contrario, se fundamentaba en la mayor preponderancia de la iniciativa económica privada y de la libre competencia: su efecto liberalizador, por tanto, era mucho mayor. Ahora bien, en 1998 estos dos Proyectos se refunden en uno solo, intitulado *Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional*⁵⁴. No obstante, la conciliación de dos Proyectos con orientaciones distintas, resultó en un texto en el cual el papel del Estado y de la iniciativa privada en el sector eléctrico no se encontraba bien definido.

A ello responde, en nuestra opinión, algunas de las contradicciones presentes en la LSE. Y a ello responde también la declaratoria de servicio público que hace el artículo 4 de la Ley. Tal declaratoria proviene de un Proyecto cuya orientación era la intervención intensa del Estado. El fomento de la iniciativa privada y de la libre competencia, postulado en el artículo 3, proviene del Proyecto cuya filosofía era la liberalización del sector. Dos artículos –el 3 y el 4– *aparentemente* contradictorios. ¿Cuál es, entonces, el sentido o propósito del artículo 4?⁵⁵.

⁵³ Presentado el 10 de abril de 1997 por el Ministerio de Energía y Minas.

⁵⁴ Presentado el 4 de marzo de 1998 por el Presidente de la Comisión Permanente de Energía y Minas del Senado. Según su Exposición de Motivos “la visión del presente proyecto de Ley es recoger lo mejor de ambos proyectos (esto es, de los dos Proyectos anteriores), en su perspectiva conceptual, para ofrecer una ley que responda fundamentalmente a la orientación del interés nacional”.

⁵⁵ Un planteamiento similar se desarrolló en España. Desde el Decreto de 19 de abril de 1924 pesaba sobre el sector eléctrico en general, la declaratoria de servicio público, la cual, sin embargo, no aparejó la *publicatio* sobre todo el sector. En relación con este carácter de servicio público se planteó cierta controversia en la doctrina: por un lado, se señalaba que lo importante no era la declaratoria de servicio público, sino el régimen jurídico al cual la actividad se sometía (SALAS); por el otro, se insistía que todo el sistema eléctrico tenía un

Ello nos obliga a efectuar algunas breves consideraciones sobre uno de los dogmas tradicionales del Derecho Administrativo Económico: el *servicio público*. La doctrina venezolana mayoritaria se ha inclinado por la tesis según la cual la declaratoria de servicio público apareja la *reserva sobre la actividad de que se trate*. En este sentido ALLAN R. BREWER-CARIAS afirma que el servicio público alude principalmente a actividades prestacionales:

“... desde el punto de vista jurídico, la noción de servicio público es algo más precisa, y puede decirse que se refiere a las actividades prestacionales del Estado tendientes a satisfacer necesidades colectivas, y que cumple en virtud de una obligación constitucional o legal...”⁵⁶.

La consecuencia de la declaratoria de una actividad como servicio público, para el autor, es la *restricción automática de la libertad económica de los particulares en el sentido que no pueden libremente ejercer dicha actividad*. El servicio público, para esta opinión, no es “... otra cosa que una actividad prestacional impuesta y reservada al Estado en forma exclusiva...”⁵⁷. Esta posición es asumida también por GUSTAVO LINARES BENZO, para quien:

régimen unitario, que es el del servicio público (ARIÑO). En nuestra opinión, la sola declaratoria de servicio público no impone, *per se*, la reserva de la actividad; dicha reserva siempre debe ser expresa. Tratábase, en consecuencia, de un *servicio público objetivo* (cfr.: MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público...*, Tomo IV, ob. cit., página 51). La opinión de SALAS, en virtud de la cual la declaratoria de servicio público tenía una clara finalidad instrumental (lo de menos –acotaba– era la transferencia a la Administración de la titularidad de la actividad) está contenida en su obra *Régimen jurídico-administrativo de la actividad de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, páginas 38-39. La posición de GASPAR ARIÑO ORTIZ está contenida en “Configuración jurídica del sector eléctrico. Prolegómenos a su estudio”, en *Libro homenaje al Profesor Juan Galván Escutia*, Universidad de Valencia, 1980, páginas 28 y siguientes, ahora en ARIÑO ORTIZ, GASPAR, y LÓPEZ DE CASTRO, LUCÍA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., páginas 77 y siguientes.

56 “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en *Revista de Derecho Público número 6*, Caracas, 1988, páginas 65-67.

57 “La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo”, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Carías’*, ob. cit., página 54. Aún más enfáticamente, BREWER-CARIAS ha sostenido que la declaración de una actividad como servicio público “... no significa otra cosa que sustraerla de las actividades que puedan realizar, libremente, los particulares...”. Cfr.: “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V, Civitas, Madrid, 1991, página 3852.

“... declarar una determinada actividad como servicio público, pues, es intervenir en el patrimonio de los particulares, y de un modo especialmente intenso. Reservado un sector, allí la libertad privada queda a merced de la decisión pública, administrativa las más de las veces, con lo cual es imprescindible aplicar a la figura todas las exigencias del principio de legalidad de las cargas y del respeto al contenido esencial de los derechos...”⁵⁸.

En resumen, conforme esta posición –a la que parece sumarse también JOSÉ ARAUJO JUÁREZ⁵⁹– el servicio público alude a las actividades prestacionales reservadas al Estado: se trata, por tanto, de una *modalidad* de la actividad administrativa. Esa es también la posición asumida, en España, por ARIÑO ORTIZ y, posteriormente, por GARRIDO FALLA. La reserva sobre la actividad –*publicatio*– aparece entonces como elemento indisoluble al servicio público⁶⁰.

La liberalización de la economía ha permitido forjar un *nuevo* concepto de servicio público, en el cual rige plenamente la libre competencia y la iniciativa privada, y que supone la *despublicación* de los sectores liberalizados, esto es, la eliminación de la reserva⁶¹. Este *nuevo*

58 “Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación no constitucionalmente garantizada”, en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, página 900. No obstante, el autor pareciera aceptar la existencia de los denominados servicios públicos concurrentes, esto es, aquellos que no suponen una reserva sobre la actividad (páginas 901-902). Téngase en cuenta, además, que el antagonismo entre la libertad económica y la reserva de actividades al Estado (al cual hacen mención estos autores), ha sido superada en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1998, caso *Avensa*.

59 *Derecho de las Telecomunicaciones*, FUNEDA, Universidad Católica del Táchira, Caracas, 1997, páginas 77-80.

60 Cfr.: ARIÑO ORTIZ, GASPAS, “Servicio público y Libertades Públicas (una interpretación limitadora del art. 128 de la Constitución)”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla. Volumen III*, Editorial Complutense, Madrid, 1992, páginas 1318-1321, y GARRIDO FALLA, FERNANDO, en “El concepto de servicio público en el Derecho Español”, en *Revista de Administración Pública número 135*, Madrid, 1994, páginas 7-36. La *publicatio* o reserva es término acuñado por JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ (“La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública número 3*, Madrid, 1950, página 62).

61 Por todos, vid. “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación”, en *El nuevo servicio público*, ob. cit., página 25. En general, véase también a VARAS-IBAÑEZ, SANTIAGO, *Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, páginas 431-459 y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS, “Nuevo sistema conceptual”, en *Privatización y Liberalización de servicios*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1999, páginas 140-149.

servicio público –en el que la *publicatio* o reserva es sustituida por una regulación conforme al mercado- es el concepto que pasaría a regir a sectores como el eléctrico⁶².

No compartimos, sin embargo, la posición según la cual la declaratoria de una actividad como servicio público apareje su reserva al Estado, ni tampoco la posición doctrinal sobre el *nuevo* servicio público.

En nuestra opinión, hay que partir de dos premisas: en *primer lugar*, que el término servicio público es multívoco pues la doctrina nunca ha sido conteste en cuanto a su significado; en *segundo lugar*, que todas las limitaciones a la libertad económica –como manifestación de la genérica libertad personal a que se contrae el artículo 20 de la Constitución- deben ser *expresas* y además, son siempre de interpretación restrictiva⁶³. Pues bien, si sostenemos la posición aceptada por la doctrina en Venezuela, deberíamos concluir que el artículo 4, implícitamente, consagra la *reserva sobre todas las actividades del sector eléctrico* y consecuentemente, la *eliminación o, en todo caso, restricción de la libertad económica*. Y esa sería, para nosotros, una conclusión sin fundamento jurídico y contradictoria. Carecería de fundamento jurídico, pues la reserva sobre todo el sector eléctrico *tiene que ser expresa*: no caben, insistimos, reservas “implícitas”. Además, sería contradictorio que la LSE, para *fomentar la iniciativa privada* –como postula su artículo 3- *elimine el ejercicio de la libertad económica*. Por tanto, la posición asumida por la doctrina venezolana en torno al concepto de servicio público, no sirve para interpretar el artículo 4 de la LSE.

El principal equívoco de esa posición –que como vimos, ha sido aceptada también en el Derecho Comparado- parte en nuestra opinión de la relación que se pretende sostener entre el *servicio público* y la *reserva o publicatio*. No hay, para nosotros, tal equiparación: el servicio público no supone necesariamente la reserva sobre la actividad. Incluso –y este puede ser un dato significativo- la Constitución de 1999 –al igual que la Constitución de 1961- al regular la reserva, se refiere a *servicios de interés público* y no a *servicios públicos*⁶⁴.

⁶² CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *Liberalización de servicios públicos...*, ob. cit., páginas 50-86

⁶³ Cfr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., páginas 171 y siguientes.

⁶⁴ Cfr.: artículos 97 de la Constitución de 1961 y 303 de la Constitución de 1999.

Para nosotros, el término servicio público alude únicamente a actividades prestacionales, esto es, actividades destinadas a satisfacer necesidades colectivas o públicas. Ninguna otra consecuencia puede extraerse de ese concepto: la *reserva* sobre la actividad es por tanto *accidental*. Y es que, en realidad, el concepto de servicio público alude a las *técnicas de intervención del Estado sobre actividades prestacionales de interés general*. Como bien señala TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ el servicio público sólo es una técnica de intervención de la Administración; y es por ello que "... la calificación legal de una actividad como servicio público tampoco ha supuesto nunca la aplicación de un régimen jurídico diferenciado, ni mucho menos..."⁶⁵. Frente a las actividades prestacionales de interés general –servicios públicos– el Estado puede optar por reservarse la titularidad de la actividad, pero también puede limitarse a regular tales actividades. Hay entonces "servicios públicos" en los cuales existe una *reserva expresa* a favor del Estado y "servicios públicos" *de titularidad* privada sobre los que el Estado ejerce una regulación económica. Es por ello que la declaratoria de una actividad como servicio público no apareja, por sí misma, ninguna consecuencia jurídica, pues deberá atenerse a las *técnicas de intervención pública sobre la actividad declarada servicio público* y contenidas en el instrumento legal que consagra tal declaración. Y como la *reserva* no es inherente al servicio público⁶⁶, la liberalización de éstos –como concluye VILLAR EZCURRA– incidirá de manera muy dispar en las diferentes actividades de servicio público "habida cuenta de su nivel de *publicatio* en el momento de incidencia de la nueva regulación"⁶⁷. La liberalización de servicios públicos significa, entonces, la reducción y racionalización de las técnicas de intervención del Estado sobre actividades prestacionales de interés general.

Es en ese sentido en que debe, para nosotros, interpretarse el artículo 4 de la LSE: la declaratoria de servicio público sobre todas las actividades del servicio eléctrico *no apareja ninguna consecuencia jurídica, ni mucho menos supone la reserva sobre la actividad*. A lo

65 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-RAMÓN, "Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy", en *Revista de Administración Pública número 150*, Madrid, 1999, página 60.

66 Que la declaratoria de una actividad no apareja su reserva al Estado, es una conclusión a la que llegamos, también, del análisis de la Constitución. Según el artículo 102 constitucional, la educación *es un servicio público*; no obstante, y en virtud del artículo 106, todos tienen el derecho a fundar y mantener instituciones educativas privadas. Hay allí una actividad declarada como servicio público en la cual se reconoce la iniciativa privada. Tal declaratoria no supone, entonces, la reserva de la educación al Estado.

sumo, tal artículo reconoce que el servicio eléctrico está constituido por actividades materiales prestacionales que satisfacen necesidades colectivas; tal es, a la postre, la principal característica del suministro eléctrico. Para garantizar ese suministro, el Estado –a través de la Administración económica- debe intervenir en el sector eléctrico, pero el título habilitante de esa intervención no puede encontrarse en el artículo 4, sino en las diversas normas que sancionan la intervención pública en el sector⁶⁸. En definitiva, el servicio eléctrico es un servicio público *objetivo*, esto es, una actividad prestacional, sin que esté presente la reserva sobre la actividad⁶⁹.

Distinciones y posibles equívocos que justifican la superación del término *servicio público* y su sustitución por otro, a saber, los *servicios esenciales* o de *interés público*, términos que aluden a prestaciones fundamentales para la convivencia social y para el desarrollo de derechos constitucionales⁷⁰, excluyendo por tanto cualquier relación entre ese concepto y la reserva o *publicatio* a favor del Estado.

La declaratoria de una actividad como servicio público no supone la reserva al Estado; es más, no supone ninguna consecuencia jurídica

67 VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS, “Los cauces de la intervención administrativa”, en *Don Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, página 302. Frente al servicio público caben entonces distintas técnicas de intervención e incluso, distintos niveles de reserva o *publicatio*, tal y como afirma SOUVIRON MORENILLA, JESÚS MARÍA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Editorial Comares, Madrid, 1998, páginas 499 y siguientes.

68 Por ejemplo, el artículo 2 de la LSE.

69 En cuanto al servicio público objetivo y subjetivo en el sector eléctrico, vid. CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización de los servicios públicos...*, ob. cit., páginas 349 y siguientes. El término *servicio público objetivo* alude a la existencia de actividades prestacionales de interés general; el término *servicio público subjetivo* implica que esas actividades prestacionales son, además, de titularidad pública.

70 En la liberalización de otro sector –las telecomunicaciones- no se ha empleado, afortunadamente, el término servicio público, pero se ha acudido a otro completamente ajeno al Derecho venezolano, que puede prestarse a confusiones. Según el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (publicada en la Gaceta Oficial número 36.970, de 12 de junio de 2000), las telecomunicaciones se consideran *actividades de interés general*, con una clara reminiscencia del término *servicios económicos de interés general*, a que alude el artículo 90.2 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas. Es criticable, para nosotros, el empleo de ese término, desde que su *amplitud e imprecisión* –plenamente justificada en el Derecho Comunitario Europeo- puede prestarse a equívocos en el Derecho Venezolano.

precisa. Y de allí que tal declaratoria no elimina –*per se*– la libre competencia, vigente en el “servicio público eléctrico” según señala el artículo 3. En este sentido, debemos rechazar que la existencia de *servicios públicos* sometidos a la libre competencia y al principio de libertad económica sea un concepto *novedoso*. Muy por el contrario, la doctrina clásica francesa –JEZÈ– estudió una peculiar categoría de servicios públicos –los servicios públicos comerciales e industriales– que según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés se sometían a las reglas de la libre competencia⁷¹. Asimismo, ya vimos como en Venezuela la Administración de Defensa de la Competencia aceptó la compatibilidad entre el término “servicio público” y la libre competencia.

Concluimos entonces que el término *servicio público* empleado en el artículo 4 de la LSE, alude sólo a que la electricidad está constituida por actividades prestacionales que, al afectar al interés general, justifican la actuación de la Administración económica conforme los distintos títulos habilitantes previstos en la LSE. Pero esa declaratoria –que en nada prejuzga acerca de los *instrumentos de intervención* de la Administración– no desdice el carácter *privado* de *todas* las actividades del sector eléctrico, ni mucho menos elimina la vigencia de la libre competencia.

III. LA NEO-REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

La liberalización de sectores estratégicos, entre ellos el eléctrico, opera a través de distintos *instrumentos jurídicos*, cuya aplicación depende de cuáles son las *técnicas de intervención* que a través de la *liberalización* pretenden racionalizarse. De esa manera, en la regulación tradicional del sector eléctrico venezolano regía la libertad económica y la libre competencia, pues no se trataba, recordamos, de actividades *reservadas* al Estado. De allí que la liberalización de ese sector no supone su *despublificación*, sino en todo caso la *desregulación* –eliminación de la regulación económica– y la *neo-regulación*. Hay que tener en cuenta,

⁷¹

Nos referimos a la decisión del Consejo de Estado francés de 23 de diciembre de 1921, caso *Société Générale d'armements*, en la cual se sostuvo que “en la explotación de los servicios públicos industriales, cuya gestión cree asumir, el Estado se halla, con respecto a los usuarios, en la misma situación que un empresario ordinario”. Esto es, que tales *servicios públicos* se rigen por el derecho común y, por tanto, por la libre competencia (cfr.: JEZE, GASTÓN, *Principios generales de Derecho Administrativo, Tomo II I*, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1949, página 10). El “nuevo” concepto de servicio público ha sido aplicado también al sector eléctrico. Véanse los comentarios de JOSÉ MARÍA NEBOT LOZANO, contenidos en “Competencia y servicio público en la actividad eléctrica”, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, ob. cit., páginas 13 y siguientes.

además, que uno de los objetivos de la LSE fue *reordenar* el régimen jurídico del sector eléctrico, lo que supuso *incorporar* varios de los principios vigentes en el Decreto 1.558: la *desregulación*, por tanto, fue de alcance bastante limitado.

Por ello, la liberalización del sector eléctrico operó básicamente mediante la *neo-regulación* del sector, la cual supone la implementación de una regulación económica orientada a la introducción y afianzamiento de la libre competencia y a la garantía del suministro eléctrico, en respeto a la libertad económica. Se trata así de una regulación económica *proconcurrential*, acorde *con el mercado*. Hay en este punto una notable semejanza con el régimen implantado en España, a través de la Ley 54/1997, de Ley del Servicio Eléctrico.

Se ha destacado así, por ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO, que la Ley 54/1997 supone un “cambio radical” en el modelo de regulación eléctrica, al adaptarse un modelo de regulación “para la competencia en el sector eléctrico”⁷². CRUZ FERRER, igualmente, postula que esa Ley supone un cambio de paradigma: ya no corresponde al Estado el protagonismo en el sector eléctrico, pues el objeto principal sobre el cual pivota la nueva regulación es la libertad económica⁷³. Lo sustancial de esa reforma—escribe MUÑOZ MACHADO—consiste “... en el intento de constituir al sector eléctrico como un mercado libre en el que todas las empresas puedan actuar en competencia...”⁷⁴. La Ley 54/1997 parte de la premisa según la cual la intervención del Estado en la economía no puede ejercerse libre e indiscriminadamente, sino siempre en atención a específicos supuestos y, sobre todo, en estricto respeto al principio de proporcionalidad. Así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, en la cual se expresa que “.. a diferencia de regulaciones anteriores, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone...”⁷⁵. Nue-

⁷² Cfr.: *Principios...*, ob. cit., páginas 609 y 617.

⁷³ *La liberalización...*, ob. cit., página 345.

⁷⁴ *Servicio público...*, Tomo IV, ob. cit., página 136.

⁷⁵ Continúa la exposición de motivos señalando que “... no se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del

va regulación y nuevo papel del Estado, nuevo paradigma, como se ha dicho, en el que juega papel determinante la *libre competencia*. De esta forma –señala la exposición de motivos– “... se configura un sistema eléctrico que funcionará bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, en el que la libre iniciativa empresarial adquirirá el protagonismo que le corresponde...”. La intención de la Ley –como se vislumbraba ya desde el *Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del sistema eléctrico nacional*– es liberalizar el sector, fomentando la libre competencia y garantizando un menor coste de la energía eléctrica para el conjunto de la economía española⁷⁶.

La Ley 54/1997 –como también la LSE en Venezuela– consagra igualmente la *neo-regulación* del sector eléctrico. Se parte así, como señala R. FIESTAS HUMMLER, de una nueva regulación basada en la mayor confianza en las libertades y en el mercado: el fin último de la *neo-regulación*, en definitiva, es afianzar la libre competencia, garantizando al mismo tiempo los fines sociales inherentes al suministro eléctrico⁷⁷. Aunque se han planteado algunos obstáculos. La competencia en ese sector –escribe MARTÍN MATEO– es “... difícil de organizar a escala de los consumidores, pero sobre todo exige pluralidad de agentes oferentes en los diversos niveles transaccionales (...) lo que en estos momentos no sucede...”. Por tanto, para el autor “... la transición a la competencia, pese a los bienintencionados propósitos liberalizadores de la Ley de 1997, no resulta fácil...”⁷⁸. No obstante, téngase en cuenta, como refiere MUÑOZ MACHADO, que la intención de la Ley no es introducir plenamente la competencia al sector eléctrico. La Ley “... no pretende revolucionar completamente el sistema establecido, sino sentar las bases para que la competencia sea implantada paulatinamente. Además, se organiza la competen-

territorio nacional. La explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema...”.

76 A través de dicho Protocolo, el Gobierno español y los principales integrantes del sistema eléctrico establecieron las bases para el nuevo modelo de regulación. El texto ha sido tomado de MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio público...*, ob. cit., Tomo IV, páginas 179-203.

77 Cfr.: “Regulación y libertad empresarial: el Derecho de establecimiento en la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico”, en *Regulación sectorial...*, ob. cit., páginas 76-77. Se trata, insistimos, de una competencia regulada. En este sentido, vid. especialmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, “La regulación del sector eléctrico: intervención normativa sobre el mercado y defensa de la competencia”, en *Regulación sectorial...*, ob. cit., página 117.

78 MARTÍN MATEO, RAMÓN, *El marco público de la economía de mercado*, Editorial Trivium, Madrid, 1999, página 172.

cia donde es posible...”⁷⁹. La liberalización del sector eléctrico, entonces, supone una regulación –como bien plantea VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR- enfocada hacia la libre competencia, sin descuidar por ello la calidad, regularidad y universalidad del suministro eléctrico⁸⁰.

A. La nueva regulación económica en el sector eléctrico: el ámbito de la libertad económica

¿Cuál es el alcance práctico de la libertad económica en la LSE?. La respuesta exige considerar y analizar tres aspectos: el *régimen jurídico de las actividades eléctricas*; el *régimen tarifario* y finalmente, el *régimen del Mercado Mayorista Eléctrico*. En este último caso, como veremos, la libertad económica aparece limitada incluso, en lo que atañe a su *contenido esencial*.

a. Régimen jurídico de las actividades eléctricas. La imprecisión terminológica en la regulación jurídica del sector eléctrico

Según el artículo 24 de la LSE venezolana, el ejercicio de la actividad de *generación* de energía eléctrica está abierto a la competencia, previa autorización de la Administración económica. Por tanto, la generación sería una actividad sometida al principio de libre competencia, *excepto* la actividad de generación hidroeléctrica sobre las cuencas de los ríos (bienes del dominio público cuyo uso requiere el otorgamiento de previa concesión) y la generación hidroeléctrica sobre las cuencas a que se refiere el párrafo único del artículo 3 de la Ley, pues esa actividad está reservada al Estado⁸¹.

⁷⁹ *Servicio Público...*, Tomo IV, página 149.

⁸⁰ Vid. “La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica”, en *La liberalización de sectores estratégicos y el proceso de convergencia: oportunidades empresariales*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RODÓ, LAUREANO, Madrid, 1997, páginas 151-175, en el que se efectúa un análisis comparativo de los distintos modelos de regulación del sector eléctrico en Derecho Comunitario y en España. Este planteamiento, acotamos, es válido también para Venezuela.

⁸¹ Según el párrafo único del artículo 3 de la LSE “el Estado se reserva la actividad de generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura”. Debe entenderse, por tanto que sólo la *República*, o las *personas jurídicas descentralizadas* integradas al Poder Nacional, pueden explotar la actividad de generación en esas cuencas. Téngase en cuenta, además, que lo aquí expuesto se refiere sólo a la generación. La *autogeneración* –entendida como la actividad de generación eléctrica destinada al uso exclusivo de la persona natural o jurídica que la realiza- está exenta del requisito de previa autorización, dejando a salvo las eventuales cargas que, sobre esa actividad, consagra la LSE (cfr.: artículos 24, párrafo único y 26).

El régimen jurídico de la actividad de *transmisión* resulta menos preciso. Conforme el artículo 27, el ejercicio de la actividad de transmisión *está sujeto a concesión*, y debe realizarse *de conformidad con esta Ley y demás normas que regulen la materia*. La concesión, reiteramos, es un título habilitante que sólo opera respecto actividades *reservadas* o de titularidad pública. Así, y en una primera interpretación, podríamos derivar que sobre la actividad de transmisión hay una *reserva* o *publicatio* implícita y de allí, por tanto, la necesidad de obtener una previa concesión.

Sin embargo, la existencia de una reserva *implícita* choca contra la idea del Estado de Derecho y contra el principio de la libertad económica, principio rector de la Constitución económica venezolana; ya su Exposición de Motivos aclaró que la Constitución sanciona un sistema económico de respeto a la acción individual. La libertad económica, como ha expresado en España la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1982 y como habíamos indicado antes, deriva del principio general de libertad, y por tanto, insistimos, todas las técnicas de intervención de los poderes públicos deben ser *expresas* y, además, son de *interpretación restrictiva*. La vigencia del principio *pro libertatis* excluye así la posibilidad de entender *implícitamente* reservada una actividad. Toda reserva tiene que estar expresamente consagrada en actos con rango de Ley. Por ello, es lamentable que la LSE venezolana, como ocurría ya antes, establezca la *concesión* como título necesario para desarrollar actividades *privadas* del sector eléctrico. La concesión *es la consecuencia de la reserva sobre determinados servicios*; es insostenible, al amparo de la Constitución económica vigente, afirmar lo contrario, esto es, que la *reserva* es una consecuencia de la *concesión*.

El artículo 27 de la LSE debe interpretarse, para nosotros, *conforme la Constitución*. En consecuencia, la actividad de transmisión no puede entenderse reservada al Estado, desde que esa reserva no ha sido expresamente consagrada en la LSE. La transmisión es, entonces, una *actividad económica privada* que puede ser ejercida en desarrollo del derecho constitucional a la libertad económica. El título habilitante necesario para ejercer esa actividad privada no tiene la naturaleza jurídica de la concesión, sino de la *autorización*, pues la Administración, a través del título habilitante consagrado en el artículo 27, permite el ejercicio del

derecho contenido en el artículo 112 constitucional, mas no *confiere o concede* derecho alguno⁸².

Esta imprecisión terminológica la encontramos, igualmente, en el artículo 35, conforme al cual el ejercicio de la actividad de *distribución* está sujeta al otorgamiento de una concesión. De nuevo, la Ley emplea el término “concesión” de manera confusa, pues no hay, respecto esa actividad, una previa declaratoria expresa de reserva. De allí que la distribución sea, para nosotros, una actividad económica privada.

Finalmente, la LSE venezolana distingue la *comercialización*, definida como *la actividad de compra y venta de potencias de energía eléctrica* (cfr. art. 38). Las empresas especializadas en comercialización ejercen esta actividad bajo régimen de competencia y, por tanto, en ejercicio de la libertad económica. El único requisito o barrera de entrada a ese mercado es la previa obtención de una autorización.

La distinción entre las actividades de distribución y comercialización atañe a su régimen jurídico, no a su naturaleza jurídica. En ambos casos estamos frente al *suministro* de electricidad a usuarios finales: sólo que en un supuesto rige la libre competencia (comercialización) y en otro no (distribución)⁸³. Ello supone además, la existencia de dos tipos de usuarios diferenciados: los usuarios regulados, que obtienen electricidad a través de la distribución, y los usuarios cualificados o especializados, que obtienen electricidad de la comercialización. Lo importante de estos dos regímenes jurídicos diferenciados es que la liberalización del sector eléctrico supone la *progresiva introducción y expansión de la libre competencia* y, por tanto, la progresiva sustitución de la distribución por la actividad de comercialización. No obstante, la LSE –a diferencia de lo ocurrido en otros ordenamientos jurídicos, como el español⁸⁴– no incorporó el

82 Ello supone una difícil tarea al desarrollar, reglamentariamente, los principios de la LSE que giran en torno al *contrato de concesión* necesario para explotar una actividad económica privada.

83 Cfr. CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización...*, ob. cit., página 438.

84 La Ley 54/1997 establece un cronograma en su disposición decimotercera, y conforme al cual, para el año 2007 todos los usuarios del sector tendrán la condición de usuarios cualificados, esto es, se regirán por las normas de libre competencia. Sin embargo, el avance del sector eléctrico en España hará que, probablemente, antes de esa fecha se sustituya completamente la distribución.

cronograma a través del cual deberá sustituirse, progresivamente, la actividad de distribución por la comercialización especializada. Corresponderá en todo caso a la Administración, esto es, a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, determinar qué usuarios podrán tener la condición de cualificados, y en qué medida la distribución será sustituida por la comercialización.

El análisis comparativo de la LSE con el régimen contenido en régimen anterior nos permite concluir que el único cambio operado es en la *comercialización*, la cual ahora se regirá enteramente por el principio de libre competencia. Y es en esa actividad, precisamente, en la que debe promoverse la introducción de la libre competencia, fomentando la iniciativa económica privada⁸⁵.

b. El régimen tarifario

El régimen de tarifas o precios del sector eléctrico está establecido de manera muy confusa en la LSE. La Ley distingue, en su Título VII, dos mercados: el *Mercado Mayorista*, regido por el principio de libre competencia (artículo 78), y el *Mercado de Tarifa Regulada*, el cual estará *regulado* (artículo 79). Además, deriva de la Ley la existencia del *mercado minorista no regulado*, y en el cual participan las empresas de comercialización. Dispone así el artículo 84 que la remuneración de la actividad de comercialización será la que libremente se pacte entre las partes. Esta distinción y la que antes hemos efectuado al analizar el régimen de las distintas actividades, permitiría concluir que, en relación con las actividades sometidas al principio de libre competencia (generación y comercialización), la remuneración se determinará conforme los precios libremente fijados y, en las actividades altamente reguladas (transmisión y distribución), la remuneración se fijará conforme un sistema tarifario. Igualmente, podríamos concluir que la remuneración de las actividades en el *Mercado Mayorista* se determinará conforme los precios libremente fijados, lo cual es una consecuencia de la vigencia de la libre competencia.

⁸⁵

En nuestra opinión, la LSE *derogó* las disposiciones de la LORM en lo que atañe a la comercialización. Los Municipios, en un todo de acuerdo con el artículo 42 de la LSE, deberán fiscalizar y controlar el ejercicio de la comercialización dentro del ámbito local, *pero respetando las disposiciones de la LSE*: no será ya exigible, por tanto, la concesión, sino la sola autorización para la actividad de comercialización. Además, la intervención local en esa actividad deberá respetar la libre competencia.

El impacto de la LSE sobre la libertad económica, en lo que atañe al sistema tarifario, se reduciría entonces a dos supuestos: la implantación de la libre competencia en el mercado minorista no regulado y en el Mercado Mayorista. No obstante, un detenido análisis de las disposiciones de la LSE en este último mercado nos lleva a conclusiones del todo distintas.

c. El Mercado Mayorista y la intensa regulación del Estado en la materia.

La Ley regula el Mercado Mayorista en su artículo 78, según el cual en ese Mercado se realizarán las transacciones “de bloques de potencia y energía eléctrica que ocurran dentro del Sistema Eléctrico Nacional”. Podrán participar en este mercado los generadores, distribuidores, los comercializadores especializados y los grandes usuarios⁸⁶, y estarán sujetos a la competencia libre y abierta, “cuyos beneficios deberán traducirse en un mayor beneficio colectivo”. El *mercado eléctrico* puede ser definido (FERNÁNDEZ PLASENCIA)⁸⁷ como el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica; el término “mayorista” alude al uso de los servicios y bienes transados en ese mercado, que no se destinan a los usuarios finales⁸⁸.

⁸⁶ Según el parágrafo único del artículo 87, a los efectos de la LSE se entiende por gran usuario aquel cuya demanda de potencia y energía sea superior a un límite fijado en la LSE, cuyo artículo 117 prevé que “la contratación en el Mercado Mayorista de Electricidad por un gran usuario se realizará de acuerdo a las condiciones establecidas en el Reglamento de esta Ley. La apertura del Mercado Mayorista Eléctrico a esos usuarios deberá realizarse antes de tres (3) años, contados a partir de la publicación de esta Ley”. Dispone asimismo la norma que mientras la Comisión Nacional de Energía no establezca otro valor, el límite para calificar a los grandes usuarios será de cinco megavatios (5MW). Los grandes usuarios son, entonces, personas que adquieren electricidad para consumo propio –como los usuarios finales– pero que, sin embargo, su condición se asimila a los agentes mayoristas de ese mercado, a saber, los generadores, distribuidores y comercializadores.

⁸⁷ FERNÁNDEZ PLASENCIA, SANTIAGO, “El mercado de producción de energía eléctrica”, en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)* número 4, Madrid, 1999, página 73.

⁸⁸ En ese Mercado los agentes venden electricidad y servicios *afines* a los distribuidores y comercializadores especializados –por intermedio de las empresas de transmisión– quienes procederán a su posterior venta en el mercado minorista.

El funcionamiento de ese Mercado se rige por un mecanismo de *oferta*⁸⁹. Así, para introducir la libre competencia, la LSE venezolana ha concebido un Mercado Mayorista de Electricidad gestionado por el Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico (CNGSE)⁹⁰, a quien corresponderá casar o conciliar las ofertas y demandas de energía “para cada período de programación”, de acuerdo con los precios que resulten de la comparación de ofertas (cfr. art. 34, numeral 16, de la LSE). El CNGSE deberá liquidar y comunicar los pagos y cobros que deban realizarse por efecto de la participación de los agentes en el Mercado, y la liquidación y comunicación del precio final resultante del sistema. (cfr.: artículo 34, numeral 17 de la LSE).

Ahora bien, la Ley regula de manera confusa el funcionamiento de ese Mercado. Hay un aspecto que, no obstante, resulta relevante para interpretar qué principios rigen ese funcionamiento. Las empresas que ejerzan la actividad de generación, de conformidad con el artículo 25, numeral 1, tienen la obligación de “declarar y *poner a disposición*” del Operador del Mercado –el CNGSE- la “*totalidad de la potencia y energía de sus instalaciones y permitir su verificación*”. Esta misma disposición, subrayamos, estaba contenida ya en el Decreto 1.558.

Nótese entonces como la LSE venezolana *obliga* a las empresas generadores de electricidad a poder a disposición del CNGSE *toda* la energía producida. Y ello, precisamente, nos permitiría interpretar el término “centralizada” que emplea la Ley venezolana, al hacer mención a la

⁸⁹ Dentro de los distintos modelos de regulación del mercado mayorista, quizás el más seguido e imitado ha sido el modelo británico, conocido como “pool” e incorporado en la *Electricity Act* de 1989. Su pilar fundamental es la libre competencia, mas su implantación requiere de una estructura empresarial adecuada. La LSE parece haberse apartado de ese modelo, dada las amplias potestades atribuidas a la Administración (cfr.: FERNÁNDEZ PLASENCIA, SANTIAGO, “El mercado de producción de energía eléctrica”, ob. cit., páginas 51-54).

⁹⁰ La LSE ha previsto la creación del *Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico* (CNGSE) como un ente que, de manera centralizada, ejerce la gestión del Sistema Eléctrico Nacional. La centralización de las funciones de gestión persigue *garantizar la óptima utilización de los recursos de energías primarias, producción y transporte, de la energía eléctrica y de contribuir a la obtención de un suministro de electricidad confiable, económico, seguro y de la mejor calidad, de conformidad con esta ley y demás normas que regulen la materia*» (cfr. art. 32 de la LSE). El Centro, según dispone el artículo 33, será creado por el Ejecutivo Nacional, quien “*constituirá una empresa de su propiedad para llevar a cabo la gestión del Sistema Eléctrico Nacional*”. Se trata, en consecuencia, de una empresa pública, muy similar al *Operador del Mercado*, que regula la legislación española.

gestión del Sistema Eléctrico Nacional. Suele así distinguirse, por un lado, la *explotación centralizada*, en el que las actividades del mercado son efectuadas por un único ente – el operador del mercado- a quien los operadores *ceden* la electricidad producida. En contra de ese sistema, encontramos la *gestión centralizada*, en la que el manejo o administración del mercado se encarga a un único ente, quien actúa como coordinador, mientras que el funcionamiento práctico del mercado se rige por el principio de *explotación descentralizada*. Pues bien, de la interpretación literal de la LSE venezolana priva el principio de *explotación centralizada*, pues toda la electricidad generada –insistimos- *debe ponerse a disposición del operador*, quien se encargara luego de asignar la remuneración por las unidades producidas⁹¹.

En la LSE hay una situación de imprecisión, pues no están definidos los derechos de propiedad sobre la electricidad producida. Jamás se precisa –parafraseando a la doctrina española que comentaba la LOSEN- quiénes son las partes en las adquisiciones de energía; no se precisa quién es el titular de los derechos de propiedad de la energía; en definitiva, no se precisa quien vende ni a quién⁹².

De esa manera, insistimos, el funcionamiento del Mercado Mayorista establecido en la LSE venezolana parte de la obligación de los generadores de poner a disposición del Operador del Mercado toda la electricidad producida, el cual no actúa, entonces, como un simple intermediario. Es por esto, precisamente, que la gestión del Sistema Eléctrico Nacional se rige por el principio de centralización, pues todas las decisiones relativas al funcionamiento del Mercado quedarían a disposición de un único ente, como es el Operador del Mercado. Por tanto, una primera interpretación literal de la Ley nos permite concluir que el funcionamiento del Mercado Mayorista de Electricidad supone la *requisita* de toda la electricidad generada, en detrimento no sólo del principio de libre compe-

⁹¹ Respecto a esta distinción, vid. ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., página 459.

⁹² ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., 369. La conclusión a la que llegan los autores, en torno al Mercado Mayorista basado en el sistema centralizado de ofertas y en la *requisita* de la electricidad producida, no puede ser otra: se configura "... unas empresas eléctricas sin derechos de propiedad sobre el producto que producen, sin asunción de riesgo empresarial respecto a las inversiones, ni respeto a la explotación de sus instalaciones. Antes, al contrario, se reafirma legalmente la publicación de las decisiones de inversión (...) y de gestión..." (páginas 372-373).

tencia, sino también de la libertad económica e incluso, del derecho de propiedad. Se priva con ello a las empresas de la energía que han producido, impidiendo "... cualquier posibilidad de comercializarla mediante su libre contratación con distribuidores o grandes consumidores..."⁹³. Constatamos de esa manera la publicación intensa de un mercado privado y la existencia de un modelo, como queda planteado en los términos *literales* de la LSE, que niega la competencia entre los agentes que actúan en el mercado y en el que las operaciones son centralizadas de tal modo que deriva, a la postre, en un verdadero monopolio⁹⁴.

No obstante, y en nuestra opinión, la interpretación de las disposiciones de la LSE en cuanto al Mercado Mayorista debe tener en cuenta tres premisas reiteradas ya por nosotros: en primer lugar, el servicio eléctrico está constituido por actividades económicas privadas; en segundo lugar, todas las limitaciones a la libertad económica deben ser expresas y son además, de interpretación restrictiva; finalmente, y en tercer lugar, la intención de la LSE es el fomento de la iniciativa privada en régimen de libre competencia. La centralización de ese mercado, en respeto al principio de libre competencia y al derecho constitucional a la libertad económica, supone la prevalencia de la voluntad de las partes y la posibilidad de realizar ofertas libremente y de aceptarlas, también, de manera voluntaria, sin perjuicio de la necesaria coordinación que supone la gestión de tal mercado. La centralización, por tanto, debe partir de la "casación" de las ofertas libremente formuladas, sin que ello suponga ni la sustitución de la voluntad privada por la voluntad pública, ni la requisa de la electricidad producida.

La *requisa* de toda la electricidad producida —que además de afectar la libertad de empresa, afecta el derecho de propiedad de las empresas de generación sobre la electricidad producida— no está consagrada de manera clara en la Ley. Por tanto, ante esa duda, *debe favorecerse el principio de libertad de empresa y de libre competencia*. Este principio

⁹³ CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización...*, ob. cit., 317

⁹⁴ Véanse los comentarios de la doctrina sobre el modelo español —hoy derogado— que partía de los principios recogidos parcialmente en la LSE, en ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., página 370. BENINGO BLANCO sostiene similar conclusión en "Sistema Integrado y Sistema Independiente. Perspectiva Jurídica", *IV Jornadas jurídicas de las empresas integradas*, UNESA, Barcelona, 1995.

–*pro libertatis*– modifica la interpretación inicial antes dada, y nos permite plantear, como solución alterna, que las funciones del Operador del Mercado deben reducirse a la simple gestión o intermediación, permitiendo que el Mercado Mayorista actúe, efectivamente, conforme el principio de libre competencia⁹⁵. Libre competencia que, acotamos, no supone la ausencia de regulación: esta puede presentarse, si, pero siempre conforme a las orientaciones que rigen la *neo-regulación*⁹⁶.

B. Tipos de neo-regulación en el sector eléctrico venezolano

a. La neo regulación para implementar la competencia

La LSE contiene mecanismos de *neo-regulación* cuya intención es la introducción y afianzamiento de la libre competencia, y que justifican la intervención de la Administración económica en el sector eléctrico. Tales mecanismos son los siguientes:

1. Acceso de terceros a la red.

Algunas de las actividades prestacionales de interés general están asociadas a una red, esto es, que su explotación requiere, necesariamente, el empleo de una red o infraestructura, lo que *tiende* a la configuración de monopolios naturales. Esas infraestructuras se presentan, así, como barreras naturales que restringen o dificultan la libre competencia. El sector eléctrico, precisamente, está conformado por actividades cuyo ejercicio se vincula a una red, a saber, la red de transmisión eléctrica.

Varias soluciones se arbitran para solventar esa barrera, una de las cuales es el principio de *libre acceso de terceros a la red*, esto es, que

⁹⁵ Según el artículo 78, corresponderá a la Administración determinar los principios, metodología y modelos que regirán la formación de precios de transacción en el Mercado Mayorista de Electricidad. Tal regulación, en nuestra opinión, debe partir de los principios antes expuestos, a saber, la libertad de empresa y la libre competencia. Hasta la presente fecha, aún no se ha dictado el reglamento de funcionamiento del Mercado Mayorista, por lo que no podemos precisar cuál es la interpretación de la LSE que ha prevalecido.

⁹⁶ Muestra de esa regulación, en España, es el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, de mercado de producción de energía eléctrica. La regulación es indispensable para asegurar la efectiva introducción de la libre competencia. En este sentido, y en cuanto a las peculiaridades del funcionamiento del mercado eléctrico en régimen de libre competencia. vid. MARIN, PEDRO, "Liberalización y competencia en el sector eléctrico", en *Economistas número 80 extraordinario*, Madrid, 1999, páginas 62-71.

los operadores no propietarios de redes de transmisión eléctrica podrán acceder libremente a esa red, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Por tanto, al propietario de la red se le impone una limitación legal a su derecho de propiedad, específicamente en lo que respecta al atributo del *uso exclusivo*: en virtud del principio que aquí se analiza, el propietario de la red de transmisión no tendrá el derecho a usar exclusivamente ese bien. Antes por el contrario, deberá permitir que otros operadores puedan utilizar esa infraestructura⁹⁷. Tal principio está consagrado en el artículo 7, el cual es claro al disponer que sólo razones técnicas podrán impedir tal acceso. No es extraño, por tanto, que la doctrina –SÁNCHEZ-BUSTAMANTE– haya afirmado que este principio es el “pilar” que permite llevar a cabo la liberalización; sin ese principio, la gestión de la red reconduciría a un monopolio, impidiendo la implantación de la libre competencia⁹⁸.

2. Gestión independiente de la red.

Otro de los mecanismos consagrados en la LSE para atenuar los efectos nocivos sobre la libre competencia y que derivan de la red de transmisión o transporte de electricidad, es su gestión independiente, que garantiza que no se realizarán tratos discriminatorios y anticompetitivos. Así, de conformidad con el artículo 28, la actividad de transmisión de electricidad deberá realizarse conforme al principio de *independencia respecto a la acción de los agentes del Servicio Eléctrico Nacional, autonomía en cuanto a su operación y administración, y no intermediación en las transacciones de mercado*. Se garantiza, por tanto, la autonomía de las empresas de transmisión, evitando así la realización de acuerdos con los otros agentes del sector que podrían restringir la libre competencia.

3. Construcción y conexión de redes.

Uno de los instrumentos empleados para solventar los obstáculos derivados de las infraestructuras de red, a los cuales hemos hecho

⁹⁷ Esa carga a la propiedad ha sido estudiada de manera general por GASPAR ARIÑO ORTIZ, específicamente, al tratar la ruptura del concepto tradicional del derecho de propiedad en el “nuevo” servicio público. Cfr.: “Significado actual de la noción del servicio público”, en *El nuevo servicio público*, ob. cit., página 31.

⁹⁸ SÁNCHEZ-BUSTAMANTE, ALEJANDRO, “El derecho de terceros a las redes eléctricas”, en *Regulación sectorial y competencia*, ob. cit., página 138.

referencia, es el derecho de los operadores del sector eléctrico a construir redes de transmisión. Tal principio está contenido en el artículo 31, el cual consagra la expansión del Sistema de Transmisión mediante la *construcción de nuevas redes*. Según esa norma:

“... la expansión del Sistema de Transmisión se realizará de acuerdo con el Plan de Desarrollo del Servicio Eléctrico Nacional y *estará abierta a todos los inversionistas...*” (destacado nuestro).

La construcción de nuevas redes y la expansión de ese Sistema supone la constitución de servidumbres y eventualmente, la expropiación de determinados bienes, para lo cual los operadores deberán seguir el procedimiento pautado en los artículos 54 y siguientes de la LSE.

Nos interesa destacar especialmente que la construcción de redes de transmisión, conforme al artículo 31, *estará abierta a todos los inversionistas*: se trata entonces de actividades *privadas*, lo que abona a favor de la tesis defendida por nosotros, esto es, que la *actividad de transmisión* –que abarca la construcción y/u operación de redes– es una actividad privada *abierta a la inversión*. No hay, por tanto, reserva alguna sobre esa actividad.

Además, el artículo 30 establece el derecho de los generadores, distribuidores y “grandes usuarios” a conectarse directa o indirectamente a la red de transmisión, con lo cual se atenúan los efectos anticompetitivos derivados del control sobre esa red. Este derecho –interconexión– si bien similar al principio de libre acceso de terceros, tiene una importante diferencia: la interconexión es un derecho de los operadores propietarios de redes que necesitan conectarse a la red de transmisión; el libre acceso de terceros, por el contrario, es un derecho de operadores que no son propietarios de redes y que por ello requieren usar las redes de otros agentes del sistema eléctrico.

4. Separación de actividades.

La introducción de la competencia en el sector eléctrico requiere no sólo la superación de los obstáculos derivados de las redes de infraestructura, sino que, además, impone la eliminación de integraciones verti-

cales. Suele ocurrir así que las actividades que integran el sector eléctrico son prestadas por una sola empresa⁹⁹.

El principio estaba recogido en la Directiva 96/92/CE, la cual consagraba la *separación contable*. Conviene destacar que el Derecho español excedió, con mucho, al Derecho comunitario, pues la carga que consagró es la obligación de las sociedades mercantiles que desarrollan alguna o algunas de las actividades reguladas (gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución) de tener como objeto social *exclusivo* la explotación de éstas actividades, sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o de comercialización (cfr.: artículo 14 de la Ley 54/1997).

Dicho principio está consagrado en el artículo 6 de la LSE, cuyo tenor es el que sigue:

“... el ejercicio de dos o más de las siguientes actividades: generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional y distribución, no podrá ser desarrollado por una misma empresa. La actividad de comercialización podrá ser desarrollada por distribuidores con sus usuarios con tarifa regulada, por generadores o por empresas especializadas en la comercialización de potencia y energía eléctrica...”.

Según el artículo 108, las empresas deberán efectuar tal separación dentro de un lapso no mayor a dos años desde la entrada en vigencia de la Ley. Cabe destacar que la integración vertical es nota característica de la mayoría de las empresas *públicas* que operan en el sector eléctrico y de allí, precisamente, el impacto favorable que tendrá la separación regulada en la LSE. A través de ésta se impedirá que las *barreras* de la libre competencia presentes en determinadas actividades –por ejemplo, en la transmisión- se traspasen a actividades plenamente competitivas.

⁹⁹

Como destaca CRUZ FERRER, la introducción de competencia en el mercado mayorista tiene como obstáculo que en las industrias eléctricas verticalmente integradas “... la propiedad de las redes de transporte y de distribución ha permitido a las compañías decidir qué centrales de generación entran en cada momento en funcionamiento e impedir la entrada de competidores para suministrar a los consumidores a los que sólo se puede acceder a través de sus redes. Frente a este problema, la solución del principio de la nueva regulación ha consistido en separar las actividades de transporte y distribución de las actividades de generación y de comercialización...” (ob. cit., página 366). Tal separación puede ser contable, de gestión, jurídica o de propiedad.

b. La neo regulación como técnica de limitación: las obligaciones de servicio público

La intervención que ha de desplegar la Administración económica, según los principios antes enunciados, se dirige a fomentar la libre competencia. Sin embargo, si bien se despliega en protección de la competencia y de la libertad de empresa, es lo cierto que se desdobra, también, como limitación a otros operadores. Así sucede, por ejemplo, con el acceso de terceros a la red: dirigido a fomentar e implementar la libre competencia, se desdobra además como carga al propietario de la red de transmisión.

Hay, sin embargo, una actuación que se dirige directamente a imponer cargas y limitaciones a los operadores del sector eléctrico, con la finalidad de garantizar el suministro de electricidad. Para cumplir ese cometido, la Administración impone la *obligación* de los operadores de prestar específicos servicios, a los fines de garantizar ese suministro. De esa manera, la neo-regulación, que fomenta la libre competencia y la iniciativa privada, se integra con una neo-regulación dirigida a garantizar el suministro eléctrico: existe pues, compatibilidad entre el modelo competitivo y la garantía de suministro¹⁰⁰. Ello se logra a través de las denominadas *obligaciones de servicio público*, presentes en la LSE.

Ya la Directiva 96/92CE hacía alusión a la figura de las obligaciones de servicio público: los Estados miembros, en sujeción al artículo 90 antes comentado, podrán exigir a las empresas del sector la satisfacción de obligaciones de servicio público que se refieran a la seguridad de suministro, garantía de abastecimiento, calidad y precios, y a la protección del medio ambiente, tal y como destacan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO¹⁰¹.

La libre competencia, como habíamos indicado antes, puede ser afectada legítimamente por el Estado; su extensión no es posible en todos los ámbitos de la economía. Precisamente, uno de los aspectos en los que se atenúa significativamente la libre competencia es en la obligación de

¹⁰⁰ Cfr.: ARIÑO ORTIZ, GASPAS, y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., página 512.

¹⁰¹ *Principios...*, ob. cit., página 613.

servicio público que la Administración económica puede imponer a los operadores para garantizar que el suministro eléctrico¹⁰². De esa manera, las obligaciones de servicio público, en el marco de la LSE, pueden ser definidas como las cargas impuestas unilateralmente por la Administración económica a los agentes del sector eléctrico, para desarrollar determinadas prestaciones dirigidas a garantizar el suministro eléctrico, según los parámetros de calidad por ella determinados, y que pueden presentarse en la generación, transmisión, distribución y comercialización. Tal carga se impone, normalmente, en el título que expide la Administración para habilitar el ejercicio de actividades eléctricas.

El fundamento legal de esas obligaciones lo ubicamos en el artículo 2 de la LSE, según el cual *el Estado velará* porque todas las actividades que constituyen el servicio eléctrico se realicen bajo los principios de eficiencia, calidad, equidad, entre otros, *a los fines de garantizar un suministro de electricidad* al menor costo posible y con la calidad requerida por los usuarios. Con mayor claridad, establecen los numerales 1 y 2 del artículo 36, que las empresas de distribución *deberán prestar el servicio* a todos los que lo requieran, de manera *continua, eficiente, no discriminatoria y dentro de los parámetros de calidad y atención a los usuarios*¹⁰³. Puede entonces la Administración –la Comisión Nacional de Energía Eléctrica- *limitar* el ejercicio de la libertad económica para garantizar el suministro eléctrico. Estas obligaciones de servicio público tienen como fundamento constitucional el artículo 82: en efecto, el suministro eléctrico es uno de aquellos *servicios básicos esenciales* que el Estado –junto con la iniciativa privada- debe garantizar. El principio de *solidaridad* se ha manifestado en la LSE con la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones, y con el deber del sector privado de prestarlas directamente.

Técnica de limitación que, sin embargo, debe desarrollarse en estricto apego a la libre competencia y también, en apego al principio de

¹⁰² En cuanto a la figura de las *obligaciones de servicio público*, vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, JOSÉ LUIS, “La regulación económica en España”, en *El nuevo servicio público*, ob. cit., páginas 247-249, también en “Nuevo sistema conceptual”, *Privatización y Liberalización de Servicios*, ob. cit., páginas 149-151.

¹⁰³ Incluso, el numeral 7 del artículo 34 otorga poderes amplios a la Administración económica, a los fines de garantizar el suministro eléctrico en caso de “restricciones y emergencias” en el Sistema Eléctrico Nacional.

menor intervención y afectación a la libertad económica. Sí es posible entonces –como se ha demostrado ampliamente en el Derecho Comunitario Europeo– asegurar la prestación continua, regular y universal del suministro eléctrico, imponiendo técnicas de intervención pública, todo ello en armonía con los principios de libertad de empresa y libre competencia. Conceptos aparentemente contradictorios (intervención administrativa y servicio público, por un lado, y libre competencia y libertad económica, por el otro) aparecen ahora completamente armonizados. La liberalización del sector eléctrico –siguiendo a TOMAS DE LA QUADRA SALCEDO– no pretende el abandono de las necesidades de interés general, sino la conciliación de esas necesidades con la iniciativa privada y con la libre competencia¹⁰⁴.

IV. EL ALCANCE PRÁCTICO DE LA NUEVA ORDENACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO.

La liberalización operada en la LSE es relativa. La adopción de algunos de los principios contenidos en el Decreto 1.558 –especialmente en lo que atañe al Mercado Mayorista– supone el intenso control administrativo sobre las actividades del servicio eléctrico, a lo cual debemos agregar la intervención de la Administración económica necesaria para la defensa de la libre competencia y para la garantía del suministro eléctrico. La electricidad aparece entonces como una actividad sometida a un intenso control por parte del Estado. Sin embargo, la *fuerza expansiva* de la libertad económica y el carácter vinculante de la libre competencia, como principio constitucional, deben atenuar y moldear esa intervención intensa sobre el sector. La interpretación de la Ley debe estar orientada así conforme al principio *pro libertatis*.

Liberalización que, acotamos, no supone necesariamente la existencia de una *competencia efectiva* en el sector eléctrico. Así ha ocurrido en España, país en el que, pese los novedosos mecanismos de la Ley 54/1997, la libre competencia aún no ha sido implantada de manera definiti-

104

Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea, Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, páginas 159-173.

105

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN, “Tres postulados para el nuevo servicio público”, en *El nuevo...*, ob. cit., páginas 121-125.

106

La liberalización..., ob. cit., página 371.

va. En efecto, la liberalización del sector eléctrico requiere que, *materialmente*, exista competencia, para lo cual es indispensable la existencia de varios operadores, tal y como señala MARTÍN MATEO. Se ha sostenido—DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ— que la liberalización de servicios público abarca dos fases: la primera, dirigida a la implementación de la libre competencia, corrigiendo la regulación tradicional que promovía el monopolio; la segunda —mucho más complicada— es la creación de nuevas normas jurídicas adaptadas a la libre competencia¹⁰⁵. El primer paso requiere, necesariamente, *la existencia de varios operadores*: no puede existir libre competencia si no hay concurrencia. Ya no se trata de “desmontar” un monopolio, o de abolir barreras que restringen la libre competencia; lo que se exige, en esta fase material de la liberalización, es que efectivamente existan varios operadores. Tema que, en el caso del sector eléctrico, ha llamado la atención de la doctrina. CRUZ FERRER señala que el sector eléctrico español presenta una concentración horizontal en la actividad de generación, que puede plantear problemas para “... el desarrollo de la competencia y para la formación competitiva de los precios...”¹⁰⁶. Hay entonces una estructura empresarial inadecuada, que requiere la implementación de medidas que tiendan, como señalan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO, a la defensa de la competencia¹⁰⁷. MUÑOZ MACHADO, por su parte, estima que esa estructura empresarial produce un desequilibrado reparto de las instalaciones que utilizan las diferentes fuentes de producción de energía¹⁰⁸, ante lo cual propone dos soluciones: la separación vertical de actividades, a la cual hemos hecho referencia antes, y la privatización de las empresas públicas eléctricas, para facilitar la mayor desagregación de las empresas¹⁰⁹.

Por tanto, determinar cuál es el alcance práctico de la nueva ordenación del sector eléctrico, supone realizar algunas breves considera-

¹⁰⁷ *Principios...*, ob. cit., página 633. Tales medidas, en opinión de CRUZ FERRER, son las siguientes: “... facilitar la libre elección efectiva por los consumidores y el desarrollo de las compañías comercializadores; permitir la entrada de nuevos competidores y la entrada en funcionamiento de centrales más competitivas, y finalmente confiar en las propuestas de la Comisión Nacional de la Energía, en el ejercicio de sus competencias atribuidas por la Ley del Sector Eléctrico...” (*Liberalización...*, ob. cit., páginas 373-374).

¹⁰⁸ En especial, subraya que la energía hidráulica es más barata, por lo que las empresas que producen electricidad a través de esa fuente se encuentran en posición privilegiada. En este mismo sentido, vid. PÉREZ REY, LUIS, “Algunas reflexiones sobre los cambios regulatorios en el sector eléctrico español”, en *Economistas número 74*, Madrid, 1997, página 65.

¹⁰⁹ *Servicio público...*, Tomo IV, ob. cit., páginas 148-160.

ciones sobre la situación actual de ese sector. Para ello, nos referiremos a dos aspectos.

El *primer* aspecto que debemos resaltar es la importante presencia del Estado venezolano en las empresas del sector eléctrico: en la actualidad, las empresas públicas que intervienen en el mercado eléctrico son, cuando menos, iguales en número que las empresas privadas. El Estado es, entonces, regulador y empresario del sector cuya liberalización pretende la LSE. La reducción del Estado como empresario supone la *privatización de empresas públicas*, proceso comúnmente asociado a la liberalización de sectores estratégicos. Mas sin embargo la *privatización* no puede ser absoluta: hay, a no dudarlo, empresas públicas eléctricas *estratégicas*, respecto a las cuales la LSE ha eliminado cualquier posibilidad de traspaso al sector privado¹¹⁰. En todo caso, la *privatización* de empresas públicas eléctricas, cuya presencia no se justifique o no sea exigida por la Ley, es un paso necesario para afianzar la iniciativa privada en el sector eléctrico¹¹¹, que es uno de los objetivos principales de la LSE.

Impulso de la iniciativa privada que –según lo referido en la Exposición de Motivos de la LSE– es la solución *alternativa* frente a la inversión pública. Mas esa actividad privada está sometida, repetimos una vez más, a los controles previstos en la LSE dirigidos a garantizar el suministro eléctrico: liberalización, iniciativa privada y libre competencia no son términos que *excluyen* la presencia necesaria del Estado.

La *segunda* característica del sector eléctrico es la *concentración horizontal* existente en el sector, que se traduce en la inexistencia de una concurrencia amplia de operadores. La situación es particularmente

¹¹⁰ Nos referimos al párrafo único del artículo 3 de la LSE, por medio del cual el Estado se reserva el uso de las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura, a los fines de la generación hidroeléctrica. Precisamente, la empresa pública C.V.G. Electrificación del Caroní (EDELCA) –indudablemente, una empresa cuya posición estratégica justifica la presencia del Estado venezolano– se dedica a la explotación hidroeléctrica. Y es que, como resalta la exposición de motivos de la Ley, las instalaciones hidroeléctricas del bajo Caroní representan el *setenta por ciento* (70%) de la oferta nacional de electricidad.

¹¹¹ En septiembre de 1998 se privatizó el *Sistema Eléctrico del Estado Nueva Esparta, C.A. (SENECA)*, *holding* que agrupaba a las empresas eléctricas locales de la mencionada entidad federal. En el mencionado *Programa Económico de Transición*, elaborado por el Gobierno en 1999, expresamente se prevé la entrada de capital privado en las empresas públicas ENELVEN-ENELCO, ENELBAR y del *Sistema Eléctrico de los Estados Monagas y Delta Amacuro (SEMDA)*, manteniéndose presencia del Estado en la empresa pública EDELCA.

afianzada en la actividad de *generación*, en la cual, además, la mayoría de las empresas que concurren son públicas. La solución aparente – introducción de nuevos operadores privados- no es sin embargo tan sencilla. Más del setenta y cinco por ciento (75%) de la electricidad que se produce en Venezuela es hidroeléctrica y es generada sólo por empresas públicas; el setenta por ciento (70%) de la oferta nacional de electricidad proviene de las instalaciones hidroeléctricas del bajo Caroní, cuyo uso, recordemos, está reservado al Estado. A ello debemos agregar que los costes de producción de la energía hidroeléctrica suelen ser menores que los costes de producción de la energía termoeléctrica, a pesar de lo cual la electricidad producida por esas dos fuentes debe comercializarse en igualdad de condiciones¹¹². Pareciera entonces que la actividad de *generación* carece en la actualidad de atractivo para sector privado, lo que reduce el ámbito de vigencia de la *libre competencia*, principio rector de esa actividad según el artículo 24. Esta actividad representará mayor *interés* cuanto la oferta de electricidad se diversifique, atendiendo –además del consumo interno- a la posibilidad de generar electricidad para efectuar *intercambios internacionales*¹¹³.

Otro aspecto que debe destacarse –en cuanto a las concentraciones *horizontales*- es la intención de crear una *única* empresa de transmisión –la *Empresa Nacional de Transmisión (ENT)*- según la intención reflejada en el Programa Económico de Transición, al cual nos hemos referido antes. La *concentración* de los activos de transmisión en una empresa pública no es solución impuesta o derivada de la LSE, pues los principios de *unidad* y *coherencia* pueden satisfacerse perfectamente a través de la coordinación ejercida por el CNGSE. Por ello, la creación de la EMT debe tener en cuenta los posibles efectos anticompetitivos que podrían producirse, al estarse creado una empresa sobre la base de una concentración económica. Recuérdese que esa concentración, cuando genera efectos anticompetitivos, se encuentra prohibida por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia¹¹⁴. Un ejem-

¹¹² Véase el contenido de la nota número 108.

¹¹³ El artículo 8 de la LSE prevé así que los intercambios internacionales de electricidad en alta tensión estarán sujetos a la opinión favorable del Ministro de Energía y Minas. Conviene destacar que en la actualidad el Gobierno venezolano culmina la construcción de una red de transmisión que permitirá la interconexión con Brasil, fomentándose con ello los intercambios internacionales en el sector.

¹¹⁴ Cfr.: artículo 11 de la Ley.

plo de los efectos negativos que pueden derivar de la concentración de las actividades de transmisión lo constituye el caso español.

Partiendo de la importancia de la red de alta tensión como instrumento indispensable para el transporte de electricidad en el territorio español, y además, para auspiciar “la explotación unificada del sistema eléctrico nacional” permitiendo así “el abastecimiento de las necesidades de energía eléctrica con unos costes variables mínimos”, se procedió a la “*nacionalización*” de la red de alta tensión, a través de la Ley 49/1984, de 29 de diciembre, sobre Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional. Aunque, en estricto sentido, lo que realmente se nacionalizó fue la *explotación* de esa red, tal y como se desprende del artículo 1 de la Ley 49/1984, conforme el cual “... la explotación unificada del sistema eléctrico nacional a través de las redes de alta tensión es un servicio público de titularidad estatal...”. Esa *publicatio* versaba no sólo sobre la titularidad de la actividad, sino también sobre su gestión, pues como estableció ese artículo, tal servicio se gestionaría “mediante una Sociedad estatal”¹¹⁵.

Como bien destacó la doctrina –PASTOR RIDRUEJO, CRUZ FERRER– la reserva sobre la explotación de la red de alta tensión implicaba un control público sobre los medios de producción y distribución del sector y, por tanto, una “... nacionalización encubierta del sector eléctrico: para su dirección no era necesaria la expropiación de los bienes, bastaba con expropiar las redes de transporte y sobre todo el despacho central...”¹¹⁶. En las actividades con tecnología de red –como la electricidad– el control de la red, como infraestructura indispensable para la explotación de esas actividades, *implica un control sobre todo el sector*. De allí que el efecto práctico, como subrayan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO, es que toda la energía del sistema era puesta a disposición de la empresa de gestión (REDESA), publicándose la gestión¹¹⁷. Ello dio lugar a la creación de una empresa pública –*Red Eléctrica de España (REE)*– que sería (según los términos del Real Decreto 91/1985, de 23 de enero) propietaria de la red de alta tensión, ostentando con ello una clara posición *monopólica*.

¹¹⁵ El sector público no podía tener menos del cincuenta por ciento (50%) del capital de esa empresa.

¹¹⁶ *La liberalización...*, ob. cit., página 308.

¹¹⁷ *El sistema eléctrico español...*, ob. cit., página 163.

La Ley 54/1997 *eliminó* la reserva sobre la red de alta tensión, disponiendo, a los fines de garantizar la vigencia de la libre competencia, que REE actuaría como *operador del sistema*, con funciones muy parecidas a las del CNGSE¹¹⁸. Nótese entonces que en España, la creación de una *única empresa de transmisión* fue la consecuencia de la sanción de un monopolio legal y de allí, precisamente, que la empresa pública de transmisión actuase en un monopolio cuya eliminación era un presupuesto de la introducción de la libre competencia.

La creación de la ENT en Venezuela respondería a un procedimiento contrario: existiendo competencia en el sector, ésta sería *alterada* con la concentración de todos los activos en la ENT, la cual pudiera llegar a ejercer una posición dominante y anticompetitiva. De una situación de competencia se pasaría a una situación de concentración, sin que esa operación tenga cobertura clara en la Ley. Además, la existencia de la ENT dificultaría la introducción de operadores privados en la transmisión; en contra de los objetivos de la LSE.

En virtud de lo anterior, y en atención a la estructura empresarial actual del sector eléctrico venezolano, la introducción de nuevos operadores (dejando a salvo las eventuales privatizaciones) pareciera sólo factible en la actividad de comercialización, que como hemos visto, queda marginada en la nueva Ley: la implantación de la libre competencia depende entonces de la sustitución progresiva de la distribución por la comercialización, tarea fundamental que debe ser emprendida por la Administración económica. La estructura empresarial actual del sector restringe, entonces, el efecto práctico de la liberalización y de la libre competencia, lo cual se agravaría ante la posible creación de la ENT.

La vigencia *efectiva* de la libre competencia –o lo que es lo mismo, la existencia de una *competencia efectiva*, en los términos del artículo 16 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia- se ve afectada en el sector eléctrico, además, por otras tres circunstancias: en *primer lugar*, la declaración genérica de toda la actividad como *servicio público* (cuya errada interpretación puede dar lugar a consecuencias contrarias a la liberalización); en *segundo lugar*, la exigen-

¹¹⁸

Según la disposición transitoria novena de la Ley 54/1997, REE actuará como operador del sistema, lo cual supuso la transmisión de acciones al resto de las empresas del sector, a fin de garantizar su autonomía.

cia de *concesión* sin previa reserva expresa de la actividad (que permitiría asimismo conclusiones adversas a la liberalización) y, por último, y en *tercer lugar*, la confusa regulación del *Mercado Mayorista* y del derecho de propiedad sobre la electricidad generada. Principios contradictorios que deben ser resueltos a favor de la *libertad económica, libre competencia y protección del suministro eléctrico*.

La puesta en práctica de la LSE supone solventar otros problemas que no derivan de la estructura empresarial del sector eléctrico venezolano ni de la interpretación literal de la Ley, pero que sí se vinculan, directamente, con la introducción de la libre competencia. La indemnización de los *costes de transición* son, a no dudarlo, uno de los aspectos relevantes en toda liberalización de servicios públicos. Tales costes – denominados también *standed cost*, relacionados con los costes varados– son consecuencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por la sanción de una Ley –en este caso, la LSE– destinada a introducir competencia en sectores altamente regulados. Tal responsabilidad, derivada de un *sacrificio particular*, se generaría por la transición de un régimen tarifario regulado, con ganancias y retorno de inversiones garantizados, a un régimen de libre competencia, en el que ni las ganancias ni el retorno de las inversiones está garantizado. La base de esta especial modalidad de responsabilidad es la violación al derecho a la *confianza legítima*, pues se parte del supuesto según el cual los operadores del servicio eléctrico tenían derecho a esperar, legítimamente, que el sistema tarifario se mantendría vigente, por lo que surgiría el derecho a la recuperación de las inversiones prudentemente incurridas. Sin embargo, la aplicabilidad concreta de esa responsabilidad patrimonial supone verificar el cumplimiento de muy diversos y complejos requisitos, análisis que debe partir además, del alcance más bien limitado de la “expansión” de la libre competencia –y de la liberalización– en la LSE¹¹⁹.

En todo caso, y en lo que atañe a los problemas de interpretación que derivan de la nueva Ley, el desarrollado reglamentario de la LSE –

119

Sobre esta modalidad de responsabilidad, véase el exhaustivo trabajo de ARINO EORTIZ, GASPAR Y VELASCO, FRANCISCO, “Los costes de transición a la competencia: perspectivas jurídicas”, en *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, ob. cit., páginas 149-192. Asimismo, véase el tratamiento del tema en MARTÍNEZ, LUIS (coordinador), *La responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III Coloquio hispano-luso de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997 y JIMÉNEZ, JAVIER, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

que aún no ha sido puesto en práctica- determinará, en definitiva, cual interpretación ha de imperar: la interpretación *literal*, que atenúa los efectos liberalizadores, o la interpretación de la *Ley conforme* al principio constitucional de libertad económica, que impulsará la liberalización. Conviene insistir en que la LSE no contiene *reserva* expresa sobre las actividades del sector eléctrico, por lo que forzosamente ha de concluirse –al margen de las imprecisiones terminológicas en que incurre la Ley- que el *título que legitima la realización de actividades eléctricas es el derecho constitucional a la libertad económica*¹²⁰. Por tanto, según la Constitución, es la segunda interpretación la que debería imponerse.

120

Téngase en cuenta además, que en Venezuela la tradición ha sido que la reserva siempre se declara expresamente en las respectivas Leyes. Así, en cuanto a la *reserva de actividades económicas*, es ilustrativo el contenido del artículo 1 de la *Ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural* (Gaceta Oficial número 29.594 de 26 de agosto de 1971); el artículo 1 de la *Ley que Reserva al Estado la Explotación de los Productos derivados de Hidrocarburos* (Gaceta Oficial número 1.591 extraordinario de 22 de junio de 1973); el artículo 1 del Decreto-Ley número 580, de *reserva al Estado de la Industria de la Explotación del Mineral del Hierro* (Gaceta Oficial número 30.557 de 16 de diciembre de 1974), y el artículo 1 de la *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos* (Gaceta Oficial número 1.769 extraordinaria de 29 de agosto de 1975). La misma técnica legislativa ha sido empleada en la *reserva de servicios esenciales*. Así, véase el artículo 1 de la *Ley de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial número 20.248 de 1 de agosto de 1940), que si bien no emplea el término *reserva*, es claro al disponer que el establecimiento y explotación de actividades de telecomunicaciones corresponde exclusivamente al Estado, y los artículos 1 del Decreto-Ley número 474 de *Correos* (Gaceta Oficial número 25.841 de 18 de diciembre de 1958) y 1 de la *Ley de creación del Instituto Postal Telegráfico* (Gaceta Oficial número 2.146 extraordinario de 28 de enero de 1978), conforme a los cuales tal servicio de “carácter público” es prestado “exclusivamente” por el Estado. Nótese que la expresión de la *Ley de Correos* es bastante vaga, lo cual parece justificado por el año en el que tal Ley fue dictada (1958). En todo caso, *ninguna de estas expresiones aparece en la LSE*, por lo que no puede afirmarse, insistimos, en la existencia de alguna reserva, sobre la base de la exigencia de una previa concesión.