

LA REGULACIÓN DEL SERVICIO ELÉCTRICO

Víctor Rafael Hernández-Mendible*

INTRODUCCIÓN

Este homenaje que han promovido quienes han sido los discípulos¹ de Don Mariano R. Brito Checchi, a lo largo de tantos años en la República Oriental del Uruguay, permite que quienes hemos tenido el privilegio de conocerlo y compartir con él desde otros lugares en Iberoamérica, podamos sumarnos a tan merecido reconocimiento.

Para mí constituye un auténtico honor participar con tan prestigiosos académicos en este merecido tributo al ser humano, al amigo, al profesor, al servidor público, al maestro, al jurista, a Don Mariano R. Brito Checchi, con motivo de la culminación de una parte de su larga trayectoria académica y digo que de una parte, porque a pesar de dejar la enseñanza ininterrumpida durante cuarenta años en la Cátedra de Derecho Administrativo, sigue comprometido con la enseñanza como Rector y como persona, lo que permite tener la esperanza de continuar recibiendo lecciones suyas por muchos años más.

El tema que se abordará se encuentra vinculado con la actividad administrativa, uno de los temas que ha ocupado la vida académica de nuestro querido homenajeado y dentro de ella, se va a analizar la actividad prestacional en el contexto de los servicios públicos y más específicamente se hará referencia al servicio público eléctrico, el cual ha sido objeto de particular transformación en el ordenamiento jurídico venezolano, en los últimos diez años.

Debe tenerse presente que Venezuela ha pasado de un modelo de servicio eléctrico prácticamente carente de regulación constitucional y legal, con las contadas excepciones de una incipiente regulación sublegal a un modelo de intensa regulación constitucional y legal, complementada y desarrollada por las disposiciones sublegales dictadas a tal efecto.

Además hay que señalar que siendo considerada la actividad de servicio eléctrico como una actividad de servicio público domiciliario, no cuenta con una

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho de la Regulación Económica, en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) e Invitado en la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación. Premio Mención Especial en el I Concurso Iberoamericano “ÁNGEL BALLESTEROS”, de Estudios y Buenas Prácticas Locales, otorgado por la Unión Iberoamericana de Municipalistas (UIM), en Guayaquil, Ecuador. 2006. www.hernandezmendible.com

¹ Debo expresar mi agradecimiento por la participación en esta publicación jubilar, a la gentil invitación que me formuló el distinguido jurista uruguayo y catedrático universitario Carlos E. DELPIAZZO, profesor cuya generosa amistad me honra y me permite difundir estas reflexiones.

**Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783**

regulación similar a otros países, donde ha experimentado un amplio proceso de liberalización², producto de la transformación del modelo de Estado social y democrático de Derecho, ajustado a los avances políticos, jurídicos, económicos, sociales, científicos y tecnológicos de las últimas décadas.

Ello ha llevado a que el estudio de los servicios públicos domiciliarios se aborde desde la teoría de la regulación, lo que exige un estudio de los mismos desde una triple perspectiva: La regulación jurídica-institucional, la regulación económica-financiera y la regulación técnica, es decir, se trata de abordar el análisis y la investigación a partir de un enfoque multidisciplinario que permita comprender cada sector económico de manera integral.

Como operadores jurídicos nos corresponde centrar este análisis en el primer aspecto, que por si solo resulta bastante amplio en virtud de la cada vez mayor intervención del Estado en la producción de normas jurídicas y de su presencia institucional en la gestión de los servicios públicos, con la confesa intención de los operadores políticos que actualmente gobiernan el país, de demostrar que bajo su dirección, las empresas públicas sí pueden ser eficientes en la gestión de tales servicios.

Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el presente trabajo en los siguientes aspectos a saber: El régimen jurídico del sector eléctrico (I); Las actividades del sector eléctrico (II); Los paradigmas jurídicos del sector eléctrico (III); y, la nueva política pública en el sector eléctrico (IV).

I. El régimen jurídico del sector eléctrico

La actividad económica de la energía eléctrica ha transitado por varias etapas. Como todas las actividades económicas, que iniciaron su desarrollo a finales del siglo XIX, el sector eléctrico surgió en Venezuela producto de la libre iniciativa empresarial privada, sin mayor regulación que aquella contenida en la legislación mercantil.

Es así como la regulación del sector eléctrico se encontraba legalmente establecida en el Código de Comercio, que consideraba entre los actos de comercio, la constitución de las empresas para el aprovechamiento industrial de las fuerzas de la naturaleza, tales como la producción y utilización de la fuerza eléctrica³.

Este régimen jurídico era complementado por la Ley de Servidumbres de Conductores Eléctricos⁴ y mucho tiempo después, por la Ley Orgánica de

² Luís Ferney MORENO CASTILLO, *Servicios Públicos Domiciliarios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.

³ Artículo 2.7 del Código de Comercio.

⁴ Gaceta Oficial de 19 de julio de 1928, reimpresa por haberse agotado la edición en la Gaceta Oficial N° 19.382, de 4 de octubre de 1937.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

Régimen Municipal. Ello permite afirmar que desde finales del siglo XIX, cuando comenzó la explotación de la energía eléctrica, el sector era considerado jurídicamente como una actividad privada mercantil, conforme al Código de Comercio y posteriormente a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989.

Sin embargo, no se puede soslayar que un acto de rango sublegal como el Decreto N° 2383, de 18 de junio de 1992, se refería en el “considerando” segundo a que el suministro de electricidad era un servicio público obligación del Gobierno Nacional⁵.

Al respecto hay que señalar, que el “considerando” del Decreto no tiene carácter normativo, sino que constituye una manifestación de las razones que tuvo presente el Ejecutivo Nacional para expedir dicho acto jurídico. Además debe mencionarse, que el *suministro* constituye solo una de las actividades que se realizan en el sector eléctrico, lo que implicaba que el Ejecutivo Nacional parecía no considerar a todas las actividades del sector como servicio público.

Para salvar cualquier duda, el Ejecutivo Nacional luego dictó el Decreto N° 1558, de 30 de octubre de 1996⁶, que declaraba al sector eléctrico como un servicio público nacional (artículo 1), que comprendía las actividades de generación, despacho de cargas, transmisión, distribución, comercialización, venta de potencia y energía eléctrica, así como las transacciones de potencia y energía eléctrica en el sector, que están destinadas a satisfacer las necesidades colectivas en forma permanente⁷.

Ambas declaraciones de servicio público establecidas en actos de rango sublegal –una sin carácter normativo, referida a una sola actividad y la otra con rango jurídico normativo, referida a todas las actividades-, se efectuaron en contravención a lo dispuesto en la Constitución de 1961⁸, vigente en ese momento. Adicionalmente cabe destacar, que siendo considerada las actividades eléctricas como actividades de naturaleza mercantil, regidas por la

⁵ Gaceta Oficial N° 35.010, de 21 de julio de 1992.

⁶ Gaceta Oficial N° 36.085, de 13 de noviembre de 1996.

⁷ El artículo 5 del Decreto N° 1.558, promovía la libertad de empresa y la iniciativa privada en las actividades del sector eléctrico, mediante el señalamiento que la participación del Estado como empresario en la prestación del servicio público nacional de electricidad, se realizara a través de empresas destinadas a este fin y de manera subsidiaria, en caso que ello no fuere de interés para los particulares.

⁸ El artículo 96 señalaba que “Todos pueden dedicarse libremente 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” y el artículo 98 establecía que “El Estado protegerá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza, a fin de impulsar el desarrollo económico nacional”. Estas disposiciones analizadas de manera concordada con los artículos 179.5 y 190.11 de la Constitución establecía que el Ejecutivo Nacional únicamente podía ser autorizado, en caso de emergencia comprobada, por la Comisión Delegada del Congreso, durante el receso de éste, para crear y dotar nuevos servicios públicos, así como para modificar o suprimir servicios públicos existentes, lo que evidencia que la creación, modificación o supresión de los servicios públicos constituía una materia de reserva legal del Congreso, por tener incidencia sobre el ejercicio de derechos constitucionales.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

libertad de empresa, la libertad de negociación y la libertad de contratación, estas libertades no podían ser restringidas por un acto de rango sublegal en desconocimiento de los derechos constitucionales económicos⁹.

Posteriormente, se dictó un texto de rango legal y el servicio eléctrico fue regulado con carácter general, por el Decreto N° 319, con rango y fuerza de Ley del Servicio Eléctrico, de 21 de septiembre de 1999¹⁰ y de manera parcial por la Ley de Servidumbres de Conductores Eléctricos, de 19 de julio de 1928, en aquello que no fue derogado por el referido Decreto-Ley.

Cabe mencionar, que la primera oportunidad después de más de un siglo, en la cual se declaró la actividad eléctrica como servicio público en un acto jurídico con rango y valor de ley, fue a través del Decreto-Ley N° 319.

A partir de diciembre de 1999, con la entrada en vigencia de la Constitución y por virtud del artículo 153 de la Constitución¹¹, el ordenamiento jurídico del sector eléctrico se encontraba conformado por una parte, por el derecho supranacional de la integración o derecho comunitario andino, entendido por tal, tanto el derecho originario constituido por el Tratado del Acuerdo de Cartagena como por el derivado producido por los órganos comunitarios, el cual una vez dictado se incorpora al ordenamiento jurídico venezolano¹². Las Decisiones

⁹ Además de lo expuesto por Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La regulación económica. *Estudios de Derecho Público. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*. Tomo II. UCAB. Caracas. 2004. pp. 741-745; también puede leerse José I. HERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2006. pp. 389-394; en la doctrina científica uruguaya Carlos E. DELPIAZZO, al formular la noción de servicios públicos señala que “se entiende por tales aquellos desarrollados por entidades estatales o por terceros mediante un mandato expreso (a través de concesión), para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos bajo un régimen de Derecho Público, **cuya determinación requiere de un acto legislativo, tanto desde el punto de vista material como formal porque implica sustraer la actividad respectiva del campo de la actividad privada**. Sus destinatarios se encuentran en una situación estatutaria, por cuanto la utilización del servicio respectivo los ubica en un régimen predeterminado”. *Derecho Administrativo Especial*. Vol. I. AMF. Montevideo. 2007. p. 20. (Las cursivas y negrillas son mías).

¹⁰ Gaceta Oficial N° 36.687, de 26 de abril de 1999.

¹¹ El artículo 153 establece que “La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará las relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”.

¹² El Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, ahora de la Comunidad Andina establece lo siguiente:
“Artículo 2. Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobados por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

adoptadas por los órganos supranacionales son de vigencia inmediata, las Decisiones y las Resoluciones son de aplicación directa o efecto directo y el ordenamiento andino no debe ser objeto de medidas que contravengan o que obstaculicen su aplicación¹³. Es conforme a ello que resultaban aplicables las Decisiones adoptadas para la liberalización de los servicios públicos¹⁴, sobre la libre competencia¹⁵, respecto a las actividades del sector energético¹⁶ y de las inversiones extranjeras¹⁷.

No puede soslayarse el anuncio efectuado por la República de Venezuela a comienzos del año 2006, que se materializó el 22 de abril de 2006, de denunciar el Acuerdo de Cartagena y en consecuencia iniciar el retiro de la Comunidad Andina, lo que no afecta en absoluto las referencias al ordenamiento jurídico andino anterior a dicho retiro, en virtud que el mismo se incorporó plenamente al derecho nacional.

Sin embargo debe advertirse que la denuncia produjo el cese de los derechos y obligaciones que se derivaban de su condición de País Miembro y por ende, de la aplicación y cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, surgiendo como única obligación la aplicación del Programa de Liberación que se debe ejecutar durante un período no mayor de 5 años¹⁸.

Por otra parte, la Constitución de 1999 contiene dos normas que hacen alusión expresa al servicio eléctrico. La primera de las normas es la atributiva de competencia al Poder Público Nacional, para establecer el régimen general de los servicios públicos domiciliarios, entre los cuales destaca el servicio

Artículo 3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables a los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Artículo 4. Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

¹³ Jorge Luís SUÁREZ MEJÍA, *El derecho administrativo en los procesos de integración: La Comunidad Andina*. FUNEDA. Caracas. 2005.

¹⁴ Decisión N° 439, Marco General de Principios para la Liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina, complementada por las Decisiones N° 510 y 659.

¹⁵ Decisión N° 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

¹⁶ Decisión N° 536, Marco General para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad y Decisión N° 639 de Incorporación de Bolivia al Marco General para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad.

¹⁷ Decisión N° 291, Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

¹⁸ En razón de ello se ha suscrito el Memorando de Entendimiento entre Venezuela y la Comunidad Andina, que a los fines de darle pleno valor jurídico fue aprobado por la Comunidad Andina, en Decisión N° 641, de 9 de agosto de 2006.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

eléctrico¹⁹; en tanto que la segunda, señala que es competencia de los Municipios la gestión que le asignan la Constitución y las leyes nacionales en la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, como el eléctrico²⁰.

Según estas normas, corresponde al Poder Legislativo dictar la legislación general sobre el servicio público domiciliario eléctrico, en tanto que la dotación y prestación de dicho servicio es una competencia atribuida directamente a los Municipios.

Por su parte, el Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 1507, con fuerza de Ley de armonización y coordinación de competencias de los poderes públicos nacional y municipal para la prestación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad, con la finalidad de adecuar el régimen, organización, funcionamiento y condiciones para la prestación eficaz y eficiente de los servicios públicos de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad (artículo 1)²¹.

Tal como se pone en evidencia, desde la propia Constitución existe una diferencia importante entre el régimen jurídico del servicio eléctrico y de gas con fines domésticos, respecto al de las telecomunicaciones, pues en éste último, la competencia tanto para la regulación como para la prestación es nacional; las telecomunicaciones no fueron mencionadas en la enunciación de los servicios públicos domiciliarios que realiza el numeral 29, del artículo 156 de la Constitución y tampoco fue atribuida a la competencia de los Municipios, dentro de los servicios públicos que les corresponde prestar (numeral 6, del artículo 178 de la Constitución).

Igualmente, nace de la propia Constitución la distinción en la naturaleza de estas actividades económicas, pues al referirse a las telecomunicaciones simplemente señala que se trata de una actividad prestacional, al mencionar genéricamente que constituyen un “servicio”, sin calificarlo de público; en tanto que al mencionar el servicio eléctrico y el servicio de gas, establece claramente que también se trata de una actividad prestacional de carácter público, razón por la cual la califica de servicio público²².

El Decreto-Ley N° 319 de 1999, fue reformado parcialmente por la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, de 31 de diciembre de 2001²³, actualmente vigente y además, se dictó con rango sublegal, el Decreto N° 1124, de 13 de diciembre de 2000, que contiene el Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico²⁴. A

¹⁹ Artículo 156.29 de la Constitución.

²⁰ Artículo 178.6 de la Constitución.

²¹ Gaceta Oficial N° 37.319, de 7 de noviembre de 2001.

²² Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, El régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios). *Tema de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Caracas. Venezuela. 2001. pp. 979-985.

²³ Gaceta Oficial N° 5558, de 31 de diciembre de 2001.

²⁴ Gaceta Oficial N° 5510, de 14 de diciembre de 2000.

**Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783**

este Decreto se suma la resolución N° 310, del Ministerio de Energía y Minas, de 18 de noviembre de 2003, que contiene el Reglamento de Servicios²⁵ y la resolución N° 225, del Ministerio de Energía y Minas, de 19 de agosto de 2004, que establece las Normas de calidad del servicio de distribución de electricidad²⁶.

Luego se dictó la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de 8 de junio de 2005, que desarrolla la disposición constitucional que le atribuye competencia a los municipios para la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, que serán prestados directamente por ellos o mediante alguna forma de contratación, conforme a lo que establezca la legislación nacional (artículos 56 y 63)²⁷.

Más recientemente, se ha dictado el Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, de 2 de mayo de 2007²⁸. Estos últimos textos jurídicos constituyen el marco regulatorio general del sector eléctrico.

II. Las actividades del sector eléctrico

La Ley establece que el servicio eléctrico está constituido por las actividades de generación, transmisión, gestión, distribución y comercialización de energía eléctrica²⁹. A continuación se precisará en qué consisten cada una de estas actividades:

2.1. La actividad de generación

La generación, consiste en la actividad de instalación y operación de las infraestructuras para la producción de potencia y energía eléctrica, por cualquier medio y en la prestación de los servicios complementarios, que están dirigidos a asegurar las condiciones adecuadas de calidad, confiabilidad y seguridad de suministro, tales como control de frecuencia, generación de potencia reactiva, reserva de generación y suministro de potencia de arranque de unidades de generación.

La actividad de generación y también en principio la autogeneración³⁰ y la cogeneración³¹ pueden ser realizadas por los operadores privados, en régimen

²⁵ Gaceta Oficial N° 37.825, de 25 de noviembre de 2003.

²⁶ Gaceta Oficial N° 38.006, de 23 de agosto de 2004.

²⁷ Si bien el texto original es de 8 de junio de 2005, luego de dos reformas parciales y una reimpresión por error material, el texto vigente se encuentra publicado en la Gaceta Oficial N° 38.421, de 21 de abril de 2006.

²⁸ Gaceta Oficial N° 38.736, de 31 de julio de 2007.

²⁹ Artículo 1 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

³⁰ El artículo 24, parágrafo único de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, exceptúa de la aplicación de dicha norma, a la autogeneración, considerada como la actividad de generación eléctrica destinada al uso exclusivo de la persona que la realiza, salvo lo dispuesto en el artículo 119 de la misma Ley, el cual

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

de libre competencia, previa autorización de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica³². Sin embargo, se admite que la mencionada Comisión reguladora pueda exceptuar de la obligación de obtener autorización, a los titulares de instalaciones de generación de energía eléctrica, que por sus características no la requieran.

Se encuentra excluida de la operación privada, la generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura, que quedan reservadas al Estado³³.

2.2. La actividad de transmisión

La transmisión es la actividad que se realiza para transformar y transportar la energía eléctrica, mediante el uso de la red de transmisión nacional, desde el lugar de generación hasta el lugar de suministro a los usuarios del servicio eléctrico.

La actividad de transmisión puede ser realizada por los operadores privados, previa obtención de la respectiva concesión administrativa por el Ministerio de Energía y Petróleo³⁴.

2.3. La actividad de gestión

La gestión, implica la realización de las actividades destinadas a garantizar la óptima utilización de los recursos de las energías primarias, generación y transmisión de energía eléctrica, así como de contribuir a la prestación de un suministro de electricidad confiable, económica, segura y de la mejor calidad.

establece que mientras la Comisión Nacional de Energía Eléctrica no establezca otros criterios, no estarán sujetos a autorización y estarán exentos de las obligaciones contempladas en el artículo 43, los operadores titulares de las instalaciones de autogeneración de hasta 2 megavatios y las centrales de generación en sistemas independientes de hasta 5 megavatios.

³¹ La cogeneración consiste en la generación de electricidad asociada a la producción de calor con fines industriales (artículo 10.8 del Decreto N° 1558 actualmente derogado) y luego se ha definido como la “generación de electricidad asociada a otros procesos industriales de carácter principal” (artículo 2 del Decreto N° 1124, que contiene el Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico, Gaceta Oficial N° 5510, de 14 de diciembre de 2000); la Comisión de Regulación de la Energía Eléctrica de Colombia define la cogeneración como “el proceso de producción combinada de energía eléctrica y energía térmica, que hace parte integrante de la actividad productiva, destinadas ambas al consumo propio o de terceros y destinadas a procesos industriales o comerciales”. <http://www.creg.gov.co/plantilla-creg.jsp?id=11>; Carlos E. DELPIAZZO, define la cogeneración como el aprovechamiento del calor desprendido de procesos industriales o de tratamientos de residuos. *Derecho Administrativo Especial*. Vol. I. Ed. AMF. Montevideo. 2007. p. 461.

³² Artículos 24 y 43 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

³³ Artículo 3, párrafo único de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

³⁴ Artículos 22 y 44 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

La actividad de gestión del sistema eléctrico nacional debe realizarla una empresa propiedad de la República, que estará adscrita al Ministerio de Energía y Petróleo³⁵.

2.4. La actividad de distribución

La distribución, consiste en el transporte y entrega de energía eléctrica a todos quienes lo requieran, de manera continua, eficiente, no discriminatoria, conforme a parámetros de calidad y atención a los usuarios, a través de líneas e instalaciones diferentes a las utilizadas en la actividad de transmisión.

La actividad de distribución puede ser realizada por operadores privados, previa obtención de la concesión administrativa, dentro de un área exclusiva, la cual será otorgada en principio por el Ministerio de Energía y Petróleo³⁶, ello sin perjuicio de los acuerdos que se pueden realizar con los Municipios, sobre las modalidades y condiciones de la concesión, en los casos que el área de distribución se encuentre totalmente, dentro del ámbito territorial de un sólo municipio³⁷.

2.5. La actividad de comercialización

La comercialización, consiste en la actividad de compra y venta de potencia y energía eléctrica, así como la medición de la demanda y del consumo, la facturación y el cobro de la energía vendida.

La actividad de comercialización especializada puede ser realizada por operadores privados, bajo el régimen de libre competencia, previa autorización de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica³⁸.

Todas estas actividades económicas que persiguen la satisfacción de las necesidades colectivas, de uso de la energía eléctrica para lograr un nivel de vida digna en la sociedad actual, se encuentran sometidas a una intensa regulación del Estado y en la realidad venezolana, históricamente han estado sujetas de manera preponderante a la gestión semi-directa³⁹ o diferenciada de la Administración Pública Nacional⁴⁰.

³⁵ Artículo 33 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

³⁶ Artículos 35 y 43 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

³⁷ Artículo 4 de la Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los Poderes Públicos Nacional y Municipal, para la prestación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y electricidad.

³⁸ Artículos 38 y 43 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

³⁹ Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, El régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios). *Tema de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Caracas. Venezuela. 2001. pp. 993-996.

⁴⁰ Hasta el 1° de enero de 2007, existían 10 empresas del Estado que operaban en el sector eléctrico, mientras que sólo existían 8 empresas privadas, las cuales deberán pasar a propiedad del Estado, en acatamiento de lo dispuesto en el Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.736, de 31 de julio de 2007.

III. Los paradigmas jurídicos del sector eléctrico

Hay que señalar que el Decreto-Ley N° 319 de 1999, estableció los paradigmas del sector eléctrico, que se mantienen inalterables luego de la reforma producida con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Este texto legal constituye una nueva regulación, no solo desde el punto de vista jerárquico del sistema de fuentes, sino porque al regular una actividad económica que debe perseguir tanto el ejercicio de los derechos y las libertades económicas como la satisfacción del interés general, exige que se produzca una intensa intervención del Estado que debe realizarse con estricta sujeción a la Constitución, la ley y el Derecho.

En la doctrina científica se ha señalado que la intervención del Estado en el sector eléctrico tiene como justificación la protección de tres bienes jurídicos fundamentales: En primer lugar, el servicio público; en segundo lugar, la promoción de la libertad de empresa, la libre competencia y la apertura a la participación de capitales privados y en tercer término, la protección del ambiente⁴¹.

3.1. El servicio público y el sector eléctrico

Según lo dispuesto en la Constitución, se ha señalado que tanto el artículo 156.29 y 178.6, le otorgan carácter de servicio público domiciliario a las actividades de los servicios eléctricos y el legislador señaló que todas las actividades del sector eléctrico constituyen un servicio público y declaró de utilidad pública e interés social, las obras directamente afectadas a la prestación del servicio en el territorio nacional⁴².

No obstante, algún sector de la doctrina científica ha considerado que ello lleva a entender que el sector eléctrico no se trata de un servicio público tradicional, sino de una actividad reglamentada por un ordenamiento sectorial, que conforma el sector en su conjunto⁴³. En este mismo orden de ideas, se ha considerado que la declaración no implica reserva a favor del Estado de la totalidad de las actividades, que ello no conlleva a la existencia de efectivas obligaciones prestacionales a cargo de la Administración y que de tal declaración solo se

⁴¹ José ARAUJO JUÁREZ y Oscar RODRÍGUEZ, El nuevo derecho de la electricidad. *Leyes sobre servicios públicos domiciliarios: agua, electricidad y gas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2001. p. 28-42.

⁴² Artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁴³ José ARAUJO JUÁREZ y Oscar RODRÍGUEZ, El nuevo derecho de la electricidad. *Leyes sobre servicios públicos domiciliarios: agua, electricidad y gas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2001. p. 29.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

derivan obligaciones de contenido patrimonial impuestas a los operadores económicos⁴⁴.

En otra ocasión he sostenido que el tránsito del Estado prestacional hacia el Estado de garantía de prestaciones conlleva a reevaluar el concepto tradicional del servicio público sustentado en el criterio subjetivo u orgánico, por un concepto de servicio público que pivota en el criterio de objetivo, material o teleológico. Si bien ésta parece haber sido la intención del legislador, que se pretendió plasmar en el espíritu de la ley, debe reconocerse que ha existido una evidente fractura entre el deber ser y el ser en este importante sector de la economía nacional, pues la aplicación o mejor dicho, la no aplicación de la ley vigente, ha permitido que en la realidad se mantenga una concepción de servicio público tradicional.

En el moderno Estado social de Derecho, el concepto de servicio público establecido por el constituyente y desarrollado por el legislador sobre la actividad económica de la energía eléctrica, debe entenderse en razón de la importancia que tiene para el Estado cumplir con su obligación de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas, para que puedan vivir con dignidad y alcanzar el libre desarrollo de su personalidad, en un entorno de cohesión social, solidaridad e igualdad, lo que otorga a dicha obligación una vocación universal y progresiva⁴⁵.

Es así como este servicio público eléctrico deberá ser prestado conforme a los principios de: continuidad, adaptabilidad o mutabilidad, neutralidad, igualdad, obligación de correcta prestación⁴⁶, imparcialidad, transparencia y participación⁴⁷ y los principios del servicio universal⁴⁸: accesibilidad, estándares mínimos de calidad y asequibilidad económica de los usuarios.

Ahora bien, siendo que la regulación legal pretende fomentar la competencia en la gestión de los servicios públicos de energía eléctrica, debe analizarse qué técnica planteó el legislador para ello.

3.2. La promoción de la libertad de empresa, libre competencia y la apertura a la participación de capitales privados

⁴⁴ José I. HERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2006. p. 409.

⁴⁵ Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Los servicios públicos competitivos y la libertad de empresa. *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruíz*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005. p. 346.

⁴⁶ Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. Porrúa. México. 1995. pp. 116 y ss.; Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo. General y Colombiano*. 15ª ed. Temis. Bogotá. 2007. pp. 557-559.

⁴⁷ José ARAUJO JUÁREZ, *Manual de derecho de los servicios públicos*. Vadell Hermanos. Caracas. 2003. pp. 137-160.

⁴⁸ José ARAUJO JUÁREZ, Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. p. 1976.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

La promoción de la libertad de empresa, la libre competencia y la apertura a la participación de los capitales privados nacionales y foráneos en los servicios públicos en general y en el sector eléctrico en particular tiene su fundamento en el Derecho Comunitario Andino. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado sobre la situación actual de Venezuela respecto a la Comunidad Andina, el derecho producido en su seno mientras la República formaba parte de ella en forma plena, se incorporó al derecho nacional, por lo que resultan aplicables las Decisiones adoptadas para la liberalización de los servicios públicos⁴⁹, sobre la libre competencia⁵⁰, respecto a las actividades del sector energético⁵¹ y de las inversiones extranjeras⁵².

Ello encaja perfectamente con los postulados constitucionales, que por una parte reconocen a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia la cualidad de derechos públicos subjetivos⁵³ que deben ser garantizados por todos los órganos del Poder Público y por ende tutelados jurisdiccionalmente; y por la otra, establece que la libre competencia y la iniciativa empresarial privada que concurre con la iniciativa empresarial pública, constituyen principios rectores del modelo socio-económico de la República⁵⁴.

Las anteriores son las premisas consideradas por el legislador para establecer el deber del Estado de fomentar la participación privada y de promover la libre competencia en aquellas actividades del sector eléctrico en que ello sea posible, sin perjuicio del ejercicio de la atribución para regular las situaciones donde aquélla no sea viable, en cuyo caso por existir un monopolio, debe garantizarse una prestación eficiente en términos económicos⁵⁵.

Conforme a tales premisas, los objetivos generales que el Estado se trazó alcanzar a través de la Ley fueron los siguientes:

3.2.1. La libertad de empresa y la libre competencia

Si bien la Ley reconoce su interés en promover la libertad de empresa y la libre competencia, no puede soslayarse que la regulación establece un conjunto de disposiciones que matizan el espíritu de los postulados iniciales. Es así como las

⁴⁹ Decisión N° 439, Marco General de Principios para la Liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina, complementada por las Decisiones N° 510 y 659.

⁵⁰ Decisión N° 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

⁵¹ Decisión N° 536, Marco General para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad y Decisión N° 639, de Incorporación de Bolivia al Marco General para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad.

⁵² Decisión N° 291, Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

⁵³ Artículos 112 y 113 de la Constitución.

⁵⁴ Artículo 299 de la Constitución.

⁵⁵ Artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

actividades de generación y de comercialización se encuentran abiertas al régimen de libre competencia⁵⁶ y los precios pueden fijarse de manera competitiva, en tanto que las actividades de transmisión y distribución son actividades sustraídas a la competencia⁵⁷ y por ende, sujetas a la fijación de las tarifas por el Estado⁵⁸, constituyendo éste solo un ejemplo de las restricciones a la libertad de empresa y a la libre competencia.

3.2.2. La separación de la función de planificación, de la regulación y de la actividad empresarial

La Ley permite distinguir entre la autoridad administrativa planificadora y creadora de las políticas públicas en el sector eléctrico, que no es otra que el ministerio del ramo y la autoridad administrativa a la cual se atribuye las funciones de regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

Una vez creada la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como ente técnico regulador, se le encomiendan unas funciones plenamente diferenciadas de los operadores del sector eléctrico, tanto de los públicos como de los privados.

Ello persigue lograr una separación entre la función de regulación y la actividad de prestación, pues el ente regulador técnicamente creado con tal fin, debe cumplir sus cometidos de manera equidistante del poder político y del poder económico, debiendo actuar con neutralidad, transparencia, objetividad e imparcialidad⁵⁹.

La separación entre la actividad empresarial pública y la función de regulación, constituye un paso más en el tránsito de la intervención del Estado a través de la *publicatio*, en favor de la intervención del Estado mediante la *ordenatio* en este sector económico, es decir, se ubica dentro del camino de transformación del Estado prestacional que asumía la titularidad pública (Estado productor de bienes y prestador de servicios), por el Estado de garantía de prestaciones (Estado regulador)⁶⁰.

3.2.3. La desintegración vertical

La desintegración de cada una de las actividades económicas, mediante el establecimiento de reglas claras que fomenten y garanticen la competencia tiene como finalidad diferenciar dos categorías de actividades: Por una parte, las

⁵⁶ Artículos 24 y 38 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico y 85 del Reglamento General de la Ley.

⁵⁷ Artículos 27 y 35 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁵⁸ Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en sentencia 2257, de 13 de noviembre de 2001.

⁵⁹ Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, El ente regulador de los servicios públicos de agua potable y saneamiento. *A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. N° 14. Out/Dez. Belo Horizonte. 2003. pp. 111-162.*

⁶⁰ Sabino CASSESE, La noción de “Constitución Económica” y las transformaciones del Estado. *A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. N° 14. Out/Dez. Belo Horizonte. 2003. pp. 16-17.*

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

competitivas, que se rigen por las reglas del mercado y se someten al régimen jurídico-económico de la libre competencia; y por el otro, las no competitivas, en las cuales no es posible el ejercicio pleno de la libertad de empresa, la libre iniciativa empresarial privada y la libre competencia, y que puede conducir a la imposición de cargas o misiones de servicio público⁶¹.

La separación jurídica, implica la constitución de personas jurídicas distintas, separadas legalmente para realizar actividades económicas en un mismo mercado⁶²; la separación contable, conduce a llevar una contabilidad separada para cada actividad que se realiza, en razón de cada unidad de negocios⁶³; la separación de actividades, puede requerir o no la separación jurídica, pero cuando ésta no es exigida, implica que una misma persona jurídica realice distintas actividades, que deberán efectuarse de manera claramente diferenciada⁶⁴.

Esta regulación persigue reducir los costos de transacción, la transparencia en la fijación de tarifas, la eliminación de las subvenciones cruzadas, la reducción de las concentraciones económicas, impedir que se produzcan abusos de posición de dominio y el falseamiento de la competencia⁶⁵.

3.2.4. La garantía de libertad de acceso de terceros a las redes

Una regulación que persiga fomentar la competencia debe garantizar el acceso de los terceros a las instalaciones esenciales o el libre acceso de terceros a las redes e infraestructuras. La doctrina científica ha construido la tesis jurídica de las instalaciones esenciales y la doctrina económica elaboró la tesis del libre acceso de terceros a las redes, cuya finalidad es establecer la obligación del operador titular de las redes e infraestructuras, que ostentan una posición de

⁶¹ Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La regulación de los servicios públicos económicos. *Memorias del 1er. Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. Editorial Jurídica Míguez & Mosquera.* Guayaquil. 2004. pp. 210-211.

⁶² Artículo 123 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁶³ Artículo 6, parágrafo primero de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁶⁴ Artículo 6, parágrafo primero de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁶⁵ En este sentido, la Superintendencia para la promoción y protección de la Libre Competencia, -siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 375 de 18 junio de 1998-, estableció en la resolución N° SPPLC/034, de 29 de junio de 1999, lo siguiente: “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”.

**Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783**

dominio, de permitir el libre acceso a las mismas, a los actuales o potenciales competidores, en condiciones de transparencia, igualdad y no discriminación, impidiendo el abuso de la posición de dominio y garantizando una efectiva competencia en el mercado eléctrico⁶⁶. Ello plantea como contrapartida que los operadores entrantes tienen derecho al uso de las redes e infraestructuras y tienen la obligación de pagar los cargos de uso de las mismas⁶⁷.

Esto es justamente lo que persigue el estatuto jurídico de las redes, la definición de las condiciones de acceso de terceros a las infraestructuras y redes, en especial, cuando existe un operador establecido que se encuentra en posición de dominio en el mercado, en virtud de su condición de titular de las mismas, es decir, que éste persigue garantizar el efectivo acceso de los operadores entrantes al mercado eléctrico, aunque limitado por razones de carácter técnico y de seguridad⁶⁸.

3.2.5. El fomento de la conformación del mercado mayorista

El legislador fomenta la conformación de un mercado mayorista de energía cuyas transacciones de compra y venta se realizarán en bloques de potencia y energía eléctrica. En este mercado podrán concurrir en régimen de libre y abierta competencia los operadores que sean generadores, distribuidores, comercializadores especializados y los grandes usuarios⁶⁹, debiendo traducirse ello en beneficio colectivo.

3.2.6. La garantía de la calidad de los servicios

El Estado debe velar porque el servicio eléctrico sea de calidad, en razón de lo cual se le atribuye a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica en su condición de ente regulador, la expedición de las normas de calidad que regirán las actividades del servicio eléctrico. No obstante, mientras se produce la entrada en funcionamiento de la referida Comisión, las normas de calidad del servicio de distribución de electricidad han sido dictadas por el Ministerio de Energía y Petróleo⁷⁰.

3.3. La protección del ambiente

⁶⁶ Luciano PAREJO ALFONSO, Servicio público y sector eléctrico. *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*. FUNEDA. Caracas. 2002. p. 353.

⁶⁷ Luís Ferney MORENO CASTILLO, *Servicios Públicos Domiciliarios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. pp. 214-216; Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La regulación de los servicios públicos económicos. *Memorias del 1er. Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. Editorial Jurídica Míguez & Mosquera*. Guayaquil. 2004. p. 212.

⁶⁸ Artículo 7 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁶⁹ Artículo 78 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁷⁰ Resolución N° 315, de 18 de noviembre de 2003, Gaceta Oficial N° 37.825, de 25 de noviembre de 2003.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

Los tratados internacionales válidamente suscritos y ratificados por Venezuela⁷¹, establecen el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos⁷², correspondiendo al Estado la promoción de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente⁷³.

Este derecho se encuentra complementado a nivel supranacional, con las normas jurídicas internacionales, los tratados en materia ecológica⁷⁴ y por supuesto los acuerdos económicos que se celebren con los países que integran la comunidad internacional.

A nivel nacional, en la Constitución Ecológica se contemplan el conjunto de normas que establecen las reglas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental que permita la intervención del Estado, por una parte para ordenar el territorio atendiendo a la realidad ecológica y proteger la existencia de un ambiente sano, libre de contaminación y por la otra, garantizar el uso de los recursos naturales y el desarrollo sustentable⁷⁵.

Es así como la Constitución Ecológica constituye uno de los límites al derecho a la libertad de empresa que admite la Constitución Económica⁷⁶, en el marco del Estado social de Derecho. Entre esos límites establece una cláusula constitucional que dispone respecto a los contratos que celebre la República o de los permisos que se otorguen para realizar actividades que puedan ser susceptibles de afectar los recursos naturales, que aun cuando no se incluyan expresamente, existe la obligación de quienes obtengan la habilitación administrativa de conservar el equilibrio ecológico y restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultare alterado, de conformidad con lo que disponga la ley⁷⁷.

En virtud del principio constitucional que inspira el modelo socio-económico de la República, de protección del ambiente⁷⁸, el legislador estableció la obligación del

⁷¹ Artículos 22 y 23 de la Constitución.

⁷² El artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. 1988.

⁷³ En la doctrina científica, se recomienda Oscar Darío AMAYA NAVAS, *La constitución ecológica en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002; Patricia GUZMÁN AGUILERA, *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006; Laura Viviana SAGRERA, (Coordinadora) *Derecho Ambiental*. s/p.i. Buenos Aires. 2007.

⁷⁴ El Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 16 de septiembre de 1987; el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, de 9 de mayo de 1992; y, el Protocolo de Kyoto del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, de 11 de julio de 1997.

⁷⁵ Artículos 127 al 129 de la Constitución.

⁷⁶ El artículo 112 de la Constitución señala que “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, *sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución* y las que establezcan las leyes, *por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social*”.

⁷⁷ Artículo 129 de la Constitución.

⁷⁸ Artículo 299 de la Constitución.

**Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783**

Estado de velar porque las actividades económicas que involucran el sector eléctrico se realicen considerando el uso racional y eficiente de los recursos, la utilización de las fuentes alternas de energía y la preservación del medio ambiente⁷⁹. Además, dispone que tales actividades deben realizarse conforme al principio de desarrollo sustentable y con estricta sujeción tanto a la propia Ley Orgánica del Servicio Eléctrico y sus reglamentos, como a la Ley Orgánica del Ambiente⁸⁰.

3.4. La intervención del Estado en el sector eléctrico

La legislación ha establecido un complejo régimen institucional: Uno, relacionado con el modelo de regulación bicéfalo integrado por el Ministerio de Energía y Petróleo y por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica; otro, con las administraciones públicas prestadoras de los servicios eléctricos, en el cual participan el Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico, las empresas del Estado y las entidades municipales; y finalmente, con las administraciones públicas tutoras del libre mercado y de los usuarios. Seguidamente se hará una sucinta referencia a cada uno de ellos:

3.4.1. El Ministerio de Energía y Petróleo

Al Ministerio de Energía y Petróleo le corresponde con carácter general la formulación, regulación y seguimiento de las políticas públicas, así como la planificación y fiscalización de las actividades en materia de energía, la dirección de la política general de la industria eléctrica y se le atribuyen las competencias de supervisión y tutela tanto de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico⁸¹.

Es así como debe señalarse que la regulación administrativa de primer grado la debe realizar el Ministerio de Energía y Petróleo, conforme a las competencias que de manera irrenunciable, indelegable e improrrogable le otorgan tanto la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, los reglamentos de dicha Ley y el Decreto sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional.

3.4.2. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica

La Comisión Nacional de Energía Eléctrica constituye una autoridad administrativa, cuya naturaleza jurídica ha sido objeto de un controvertido debate en la doctrina científica, producto de la imprecisa técnica legislativa en la conformación de la misma.

Es así como se ha considerado que conforme a lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución, al tratarse de una autoridad administrativa creada por ley,

⁷⁹ Artículo 2 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁸⁰ Gaceta Oficial N° 5.833, de 22 de diciembre de 2006.

⁸¹ Artículos 11, 13 y 14 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

**Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783**

que tiene patrimonio propio e independiente del fisco nacional y tiene autonomía funcional, administrativa y financiera, la misma constituye un verdadero instituto autónomo, aunque la ley de creación no indique que tiene personalidad jurídica propia y distinta de la República⁸².

En contra se ha sostenido que se trata de un servicio autónomo sin personalidad jurídica⁸³, lo que le otorga la naturaleza de un órgano desconcentrado de la Administración Pública Nacional, pero que es independiente del fisco nacional, aunque con un patrimonio propio y con autonomía funcional, administrativa y financiera en el ejercicio de sus atribuciones, que se encuentra adscrita al Ministerio de Energía y Petróleo⁸⁴.

A la Comisión Nacional de Energía Eléctrica se le puede atribuir, por delegación del Ministerio de Energía y Petróleo, -órgano que tiene la competencia originaria como se mencionó antes-, la función de regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades económicas que comprenden el sector eléctrico.

Se trata de una autoridad administrativa colegiada, cuyas decisiones agotan la vía administrativa y pueden ser recurridas directamente ante los órganos jurisdiccionales⁸⁵.

3.4.3. El Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico

El legislador ha establecido que con la finalidad de realizar la actividad de gestión del Sistema Eléctrico Nacional, el Ejecutivo Nacional debe constituir una empresa propiedad de la República, adscrita al Ministerio de Energía y Petróleo y sometida a la fiscalización de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica⁸⁶.

Esta empresa pública merece el calificativo legal de empresa del Estado, por el sólo hecho que el Estado tiene la titularidad accionarial de más del cincuenta por ciento del capital social de la misma y tiene encomendado dos objetivos: Uno, es el control, supervisión y coordinación de la generación y transmisión del Sistema Eléctrico Nacional y el otro, consiste en la administración del mercado mayorista de electricidad⁸⁷.

⁸² Juan GARRIDO ROVIRA, *Regulación Legal del Servicio Eléctrico*. s/p.i. Caracas. 2002. pp. 52-54; El ente regulador en la reforma del sector eléctrico venezolano. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. pp. 1994-1996.

⁸³ José ARAUJO JUÁREZ, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*. Vadell Hermanos. Caracas. 2003. p. 274; Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La regulación económica. *Estudios de Derecho Público. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*. Tomo II. UCAB. Caracas. 2004. pp. 725-727.

⁸⁴ José I. HERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2006. p. 420.

⁸⁵ Artículos 19 y 21 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁸⁶ Artículo 33 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁸⁷ Artículo 33 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

La centralización de la gestión del sistema eléctrico nacional en una empresa del Estado tiene su justificación en la necesidad de garantizar la óptima utilización de los recursos de energías primarias, producción y transporte de energía eléctrica, así como contribuir a la obtención de un suministro de electricidad confiable, económico, seguro y de la mejor calidad, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

3.4.4. Las empresas del Estado

En la Ley reguladora de la Administración Pública se consideran como empresas del Estado aquellas sociedades mercantiles en las cuales el Estado tiene el cincuenta por ciento o más de las acciones que conforman el capital social de las mismas⁸⁸.

Conforme a este criterio legal, todas aquellas empresas –distintas del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico- en las cuales el Estado posee la titularidad de más del cincuenta por ciento de su capital social deben ser consideradas empresas del Estado, que realizan actividades de prestación de los servicios eléctricos (CADAFE, EDELCA, ENELVEN, ENELCO, ENELBAR).

Si bien en otra oportunidad se ha advertido sobre los criterios cualitativos y cuantitativos para la determinación de las empresas del Estado⁸⁹, en esta ocasión lo que interesa tener presente es que estas empresas prestadoras de servicios públicos de energía eléctrica, como entes de la Administración descentralizada funcionalmente están al servicio de los ciudadanos y deben actuar con eficiencia, eficacia, honestidad, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho⁹⁰, lo que debe conllevar a la satisfacción universal de las necesidades colectivas de uso de la energía eléctrica.

3.4.5. Las entidades municipales

En lo que se refiere al marco institucional, debe mencionarse que desde la propia Constitución se atribuyen competencias a los municipios en la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios como la energía eléctrica, lo que deberá llevarse a cabo conforme a lo dispuesto en la ley nacional que regula el servicio eléctrico.

No obstante, como se señaló antes, aquí debe tenerse presente que existen varias leyes que tienen incidencia en las competencias de las autoridades

⁸⁸ Artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

⁸⁹ Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela. *Nacionalización, Libertad de Empresas, Asociaciones Mixtas y Empresas del Estado*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2007.

⁹⁰ Artículo 141 de la Constitución.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

municipales, valga decir, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico⁹¹, el Decreto-Ley N° 1507, con fuerza de Ley de armonización y coordinación de competencias de los poderes públicos nacional y municipal para la prestación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad y más recientemente la Ley Orgánica del Poder Público Municipal⁹².

3.4.6. Otras autoridades administrativas

Existen otras autoridades administrativas creadas por leyes nacionales que tienen atribuidas competencias para intervenir en las actividades eléctricas, en la generalidad de los casos para proteger el mercado eléctrico o a los usuarios de los servicios eléctricos.

En lo concerniente al primer supuesto, se debe considerar que la ley⁹³ le atribuyó competencias a la Superintendencia para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia para intervenir en todos aquellos casos en los cuales los operadores económicos públicos o privados que realizan actividades en el sector eléctrico puedan afectar las reglas de la libre competencia, en contravención de lo dispuesto en la Constitución y la misma ley⁹⁴.

En lo relacionado con la protección de los usuarios de los servicios eléctricos, debe señalarse que además de las competencias otorgadas a las autoridades propias del sector, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario⁹⁵ crea una autoridad administrativa nacional que tiene legalmente atribuida la protección de los usuarios de los servicios de energía eléctrica, que es el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario⁹⁶.

⁹¹ Artículo 42 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

⁹² Gaceta Oficial N° 38.421, de 21 de abril de 2006.

⁹³ Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Gaceta Oficial N° 34.880, de 13 de enero de 1992.

⁹⁴ Artículo 113 y Disposición Transitoria Décima Octava de la Constitución.

⁹⁵ Gaceta Oficial N° 37.930, de 4 de mayo de 2004.

⁹⁶ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1042, de 31 de mayo de 2004, ha sostenido que “sin perjuicio de los derechos y procedimientos reconocidos por las leyes que se citan en este fallo a favor del usuario (v. entre otros, artículo 6.11 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario en concordancia con el artículo 80 *eiusdem*). El Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario será competente conforme a los artículos 28 y 29 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario en concordancia con el artículo 110.2 *eiusdem*, para conocer las denuncias provenientes de la facturación ilegal sobre el concepto de energía eléctrica recuperada ... (*omissis*) ... ; [el] suministrador de energía puede legalmente suspender el servicio por anomalías e irregularidades en la forma señalada en el Reglamento de Servicio e interpretada en este fallo, aplicando además el artículo 27 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1° de abril de 2004, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.930, de 4 de mayo de 2004”. Este criterio se inclina por dar prevalencia a la norma de rango legal, posterior y de orden público (Ley de Protección al Consumidor y al Usuario) en materia de protección de los derechos de los usuarios, sobre la norma reglamentaria y anterior (Reglamento de Servicio), en lo que concierne a la facturación ilegal efectuada por los operadores de la actividad de comercialización de energía eléctrica.

**Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783**

También se ha establecido una autoridad administrativa nacional encargada de velar que los proveedores cumplan con el sistema legal de unidades de medida, conforme a lo dispuesto por la Organización Internacional de Metrología Legal, la Oficina Internacional de Pesas y Medidas, la Organización Internacional para la Normalización, así como de imponer las sanciones que establezca la ley, cuando las conductas realizadas por algunos operadores constituyan infracciones del ordenamiento jurídico. Esta autoridad administrativa es actualmente el Servicio Autónomo Nacional de Normalización, Calidad, Metrología y Reglamentos Técnicos (SENCAMER)⁹⁷.

Las tres autoridades administrativas mencionadas que tienen competencias concretas y naturaleza jurídica distinta, tienen en común que se encuentran adscritas al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio.

Este complejo marco institucional regulatorio, prestacional y garantista ha convivido formalmente en el ordenamiento jurídico, aunque debe señalarse que desde la perspectiva material, salvo la creciente y progresiva intervención del Ministerio de Energía y Petróleo, la participación de las demás administraciones públicas en el sector eléctrico se encuentra atrofiada, lo que conduce a la exposición que se realizará subsiguientemente.

IV. La nueva política pública en el sector eléctrico

La propuesta legislativa del sector eléctrico, teóricamente estaba dirigida a garantizar la libertad de empresa y promover un efectivo mercado eléctrico respecto de aquellas actividades en que sea posible y pertinente la competencia, sin embargo ésta no se ha aplicado. Las razones para ello son varias: Por una parte, los operadores políticos que dentro del gobierno tienen atribuidas las competencias para ejecutar la legislación, inspirados en razones meramente ideológicas se han revelado en contumacia, para no dar debido acatamiento a su deber constitucional de cumplir y hacer cumplir la ley, así como de actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, en el marco del Estado social y democrático de Derecho y de la economía social de mercado; y por la otra, porque la regulación propuesta para el fomento del mercado en el sector eléctrico, no se ajusta a la realidad nacional.

Tal situación de incumplimiento de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, sumada al cambio de giro de la política económica que ha anunciado el Presidente de la República, en su mensaje de inicio del nuevo período constitucional de gobierno en enero de 2007, dirigido a estatizar entre otras, las empresas privadas que prestaban los servicios del sector eléctrico ha dado paso a una nueva etapa.

En este proceso de reforma económica, el Poder Legislativo le otorgó una Ley Habilitante que le confiere al Ejecutivo Nacional competencia para dictar

⁹⁷ Ley de Metrología, Gaceta Oficial N° 38.371, de 2 de febrero de 2006.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

decretos con rango, fuerza y valor de ley, en el sector energético, pudiendo en materia eléctrica: “Dictar normas que permitan al Estado asumir directamente, o mediante empresas de su exclusiva propiedad, el control de las actividades realizadas por las empresas privadas en el sector eléctrico, por razones estratégicas, de seguridad, utilidad o bienestar social. Dictar normas para reformar la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, en función de las medidas de reestructuración del sector que viene adoptando el Ejecutivo Nacional a los fines de lograr una mayor expansión y eficiencia del servicio en beneficio del pueblo” (artículo 1.11)⁹⁸.

Ahora bien, en ejecución de la política pública de estatización del sector eléctrico, el Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 5.330, de 2 de mayo de 2007⁹⁹, que tiene como objetivo reorganizar el sector eléctrico nacional, a los fines de¹⁰⁰:

1. Mejorar la calidad del servicio en todo el país;
2. Maximizar la eficiencia en el uso de las fuentes primarias de producción de energía y en la operación del sistema; y,
3. Redistribuir las cargas y funciones de las actuales operadoras del sector.

Para cumplir tanto el objeto del Decreto-Ley como con sus distintos fines, se estableció que las disposiciones de este texto prevalecerán sobre las contenidas en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, Ley de Impuesto al Valor Agregado, Ley Orgánica del Poder Público Municipal y en la Ley Orgánica de Administración Pública, en cuanto las contradigan o colidan con aquél en su aplicación¹⁰¹.

Como consecuencia, se produce una derogación expresa y cuando menos parcial del régimen jurídico contemplado en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico en materia de participación privada en la gestión, de promoción de la libre competencia y se genera un cambio en el régimen de las habilitaciones administrativas (concesiones y autorizaciones), así como en el régimen institucional del sector.

4.1. La desaparición de la participación privada en la gestión del sector eléctrico

Acorde con la nueva política pública establecida en el sector eléctrico, -aun antes de aprobarse el Decreto-Ley N° 5.330-, el Estado procedió a la adquisición del 92,98 % de las empresas privadas que conforman el grupo Electricidad de

⁹⁸ Gaceta Oficial N° 38.617, de 1° de febrero de 2007.

⁹⁹ Gaceta Oficial N° 38.736, de 31 de julio de 2007.

¹⁰⁰ Artículo 1 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹⁰¹ Artículo 14 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

Caracas (EDC), estatizando una empresa que desde su creación y durante más de cien años fue totalmente privada y de capital nacional, dado que sus accionistas mayoritarios y directivos eran venezolanos hasta el año 2000, momento en el cual el gobierno permitió mediante una oferta pública de adquisición de acciones (OPA) que se produjese la compra del 82,14% de las acciones por el inversionista extranjero *AES Corporation*, quien luego de adquirir la mayoría accionarial se constituyó en el principal accionista y propietario del conjunto de empresas del grupo EDC, hasta que finalmente suscribió el memorando de entendimiento para la compra-venta de sus acciones por la sociedad mercantil estatal Petróleos de Venezuela, el día 8 de febrero de 2007.

Luego, el Estado también adquirió el 88% de la empresa Sistema Eléctrico de Nueva Esparta (SENECA), que siendo originalmente estatal, por su ineficiencia económica y deficiente prestación en el servicio había sido privatizada en 1998 y en el año 2007 ha sido re-estatizada, mediante la adquisición por el Estado de la mayoría de las acciones.

Al publicarse el Decreto-Ley N° 5.330, se dispuso que “todas aquellas empresas privadas dedicadas a la generación, transmisión, distribución y comercialización de potencia y energía eléctrica, así como todas las empresas filiales o afiliadas a las mismas, que a la fecha de la entrada en vigencia de este Decreto-Ley, se encuentren en proceso de adquisición por parte del Estado venezolano, intervenidas administrativa o judicialmente o, cualesquiera que en un futuro el Estado decida adquirir, deberán igualmente cumplir con lo dispuesto en los artículos 4º, 5º y 6º de este Decreto-Ley”¹⁰², lo que supone que deberán ser adquiridas o transferidas a la Corporación Eléctrica Nacional S.A., en condición de filiales de ésta y serán adscritas al Ministerio de Energía y Petróleo.

A partir del día 1 de agosto de 2007, comienza un plazo de 3 años que finaliza el día 1 de agosto de 2010, para que todas esas empresas se fusionen en una única persona jurídica¹⁰³, que sin duda constituirá una empresa del Estado, la cual se constituirá en la sucesora a título universal de los activos y pasivos de las empresas privadas que han sido estatizadas.

4.2. La supresión de la diversidad de operadores y de la libre competencia

Conforme a lo dispuesto en la Constitución¹⁰⁴, el Estado ha creado a través del Decreto-Ley, una sociedad anónima denominada Corporación Eléctrica Nacional S.A., adscrita al Ministerio de Energía y Petróleo, como una empresa operadora estatal encargada de la realización de las actividades de generación,

¹⁰² Artículo 7 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹⁰³ Artículo 6 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹⁰⁴ Artículo 300 de la Constitución.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

transmisión, distribución y comercialización de potencia y energía eléctrica¹⁰⁵, lo que supone la constitución de una nueva empresa del Estado, en los términos señalados en la Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁰⁶.

La composición accionarial de la sociedad anónima que constituye la empresa del Estado se distribuirá de la siguiente manera: El setenta y cinco por ciento (75%) será suscrito y pagado por la República de Venezuela, a través del Ministerio de Energía y Petróleo y el veinticinco por ciento (25%) será suscrito y pagado por la sociedad mercantil estatal Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA)¹⁰⁷.

El régimen estatutario deberá establecer la estructura y composición de los órganos de administración y gobierno de la Corporación Eléctrica Nacional, S.A., debiendo establecer sus estatutos, duración, domicilio y ejercicio económico, conforme a la legislación mercantil¹⁰⁸.

Ello supone que el Ejecutivo Nacional ha previsto que la Corporación Eléctrica Nacional S.A. se convierta en un holding en el sector de la energía eléctrica, dado que existe la obligación que tanto el Ministerio de Energía y Petróleo en representación de la República, como la empresa pública estatal Petróleos de Venezuela y el instituto autónomo Corporación Venezolana de Guayana, deberán transferir la propiedad de las acciones que posean en las empresas eléctricas del Estado que actualmente existen, a la empresa que se constituye en virtud del Decreto-Ley, pasando a constituir las actuales empresas públicas eléctricas unas filiales, que continuarán adscritas al Ministerio de Energía y Petróleo¹⁰⁹.

No obstante hay que tener presente que esta categorización del holding tiene carácter transitorio, pues únicamente está destinado a regular el paso de la pluralidad de empresas del Estado que operan en el sector eléctrico, hacia la unificación de todas las actividades del sector en una sola empresa estatal, que sería la Corporación Eléctrica Nacional.

En este sentido en el Decreto-Ley se establecen los siguientes postulados: Se comienza por disponer que las empresas Energía Eléctrica de Venezuela S.A., (ENELVEN), Empresa Nacional de Generación C.A., (ENAGEN), Compañía de Administración y Fomento Eléctrico S.A. (CADAFE), CVG Electrificación del Caroní C.A., (CVG-EDELCA), Energía Eléctrica de la Costa Oriental del Lago

¹⁰⁵ Artículo 2 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹⁰⁶ Gaceta Oficial N° 37.305, de 17 de octubre de 2001.

¹⁰⁷ Artículo 3 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹⁰⁸ Artículo 3 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹⁰⁹ Artículo 4 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

C.A., (ENELCO), Energía Eléctrica de Barquisimeto S.A. (ENELBAR), Sistema Eléctrico del Estado Nueva Esparta C.A. (SENECA), también se consideran adscritas al Ministerio de Energía y Petróleo y pasan a ser filiales de la Corporación Eléctrica Nacional, S.A.¹¹⁰.

Además se ordena que todas las empresas filiales de la Corporación Eléctrica Nacional S.A., deberán en el plazo de tres (3) años, a partir del día 1 de agosto de 2007, fusionarse en una persona jurídica única¹¹¹.

Esta persona jurídica será finalmente la Corporación Eléctrica Nacional S.A., que adquirirá todos los activos y pasivos que poseen las actuales empresas públicas eléctricas que son sus filiales, transformándose en la sucesora universal de los derechos y obligaciones de las empresas que serán fusionadas¹¹².

Tal como se mencionó antes, se dispone que las empresas privadas que puedan estar dedicadas a la generación, transmisión, distribución y comercialización de potencia y energía eléctrica, así como sus empresas filiales, las cuales aun cuando se encuentren en proceso de adquisición por el Estado, se encuentren intervenidas administrativa o judicialmente, deberán transferir la propiedad de las acciones a la Corporación Eléctrica Nacional S.A., así como todos los activos y pasivos y deberán quedar definitivamente fusionadas a la Corporación, dentro del plazo de 3 años, a partir del día 1 de agosto de 2007¹¹³.

Además se establece, que la participación accionarial que poseían los particulares en el capital social de las empresas fusionadas, estará representado en el capital social de la Corporación Eléctrica Nacional S.A., en la proporción que corresponda de la totalidad del mismo¹¹⁴.

No obstante el mandato de fusión de las empresas eléctricas públicas y privadas en una persona jurídica única, se admite la posibilidad que la asamblea de accionistas de la Corporación Eléctrica Nacional S.A., pueda crear nuevas empresas con la finalidad de transferir una o todas las actividades eléctricas, transformándose en tal caso, en una casa matriz rectora de las operadoras¹¹⁵.

¹¹⁰ Artículo 6 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹¹¹ Artículo 6 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹¹² Artículo 6 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹¹³ Artículo 7 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹¹⁴ Artículo 7 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹¹⁵ Artículo 7 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

**Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783**

Corresponderá a la junta directiva de la Corporación Eléctrica Nacional S.A. la coordinación de la fusión que se realizará conforme al derecho mercantil¹¹⁶ y todas las modificaciones estatutarias que requiera la Corporación Eléctrica Nacional S.A., antes de ser aprobadas por la asamblea de accionistas, deberán ser previamente autorizadas por el Ministerio de adscripción¹¹⁷.

Finalmente debe mencionarse, que al quedar fusionados todos los actuales operadores públicos y privados en una única sociedad mercantil del Estado, se constituye un monopolio legal, queda extinguida la obligación de desintegración vertical y pierde cualquier utilidad para el fomento de una competencia que no se va a producir, la garantía del libre acceso de los terceros a las infraestructuras y redes, pues simplemente tales terceros desaparecen, en fin, se suprime toda la libertad de empresa en este sector de la economía¹¹⁸.

4.3. El cambio de régimen de las habilitaciones administrativas

Uno de los aspectos que se derivaban de la admisión de los particulares como operadores de los servicios públicos eléctricos era el relacionado con el régimen de las habilitaciones administrativas.

El legislador pretendió fomentar la libertad de empresa y la libre competencia en el sector eléctrico, pero ello no le impidió que estableciera barreras jurídicas para ingresar a este mercado intensamente regulado. Es así como se dispuso que los operadores que pretendiesen ingresar al mercado para realizar las actividades de generación y comercialización debían obtener previamente una habilitación administrativa de autorización, otorgada por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

En tanto que los operadores que pretendiesen ingresar al mercado a realizar las actividades de transmisión y distribución debían obtener previamente una habilitación administrativa de concesión¹¹⁹, otorgada por el Ministerio de Energía y Petróleo.

¹¹⁶ Artículo 8 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹¹⁷ Artículo 10 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹¹⁸ Carlos E. DELPIAZZO señala que “en este escenario es necesario enfatizar que la libertad económica sólo se predica de las personas y grupos intermedios por ellas formados, ya que los entes públicos no se mueven en el campo de la libertad, sino en la especialidad propia de su competencia”. Los derechos fundamentales y la libertad económica. *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad-económica*. FUNEDA. Caracas. 2004. p. 66.

¹¹⁹ Sobre el régimen de las concesiones administrativas, véase Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Los contratos de obra pública, concesión de obra pública y concesión de servicio público en Venezuela. *Contratos Administrativos-I. Revista de Derecho Público*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 2007. pp. 343-376.

**Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783**

Además hay que tener presente que en virtud de la exigencia de separación jurídica para la realización de las actividades, cada empresa operadora debía tener un título habilitante propio de la actividad y distinto de las otras operadoras.

Con la nueva política pública de estatización de empresas privadas y de posterior fusión de las empresas públicas y privadas en una persona jurídica única estatal resultan innecesarios los títulos habilitantes administrativos, porque al nuevo y único operador estatal le bastará como habilitación jurídica para realizar las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica la disposición legal que ordena su constitución y posterior realización de las mismas.

Por ende, el nuevo marco jurídico hace desaparecer las habilitaciones administrativas para realizar las actividades del sector eléctrico, dado que la única habilitación necesaria que requiere el operador estatal que surja del proceso de reorganización de dicho sector será el propio Decreto-Ley.

4.4. La modificación del modelo institucional del sector eléctrico

La transformación de las políticas públicas económicas produce en el sector eléctrico una modificación de modelo institucional precedente. Es así como al desaparecer la propuesta de un mercado eléctrico, suprimirse la pluralidad de operadores públicos y privados, disponerse la fusión de todas las empresas prestadoras en una empresa única estatal, adscrita al Ministerio de Energía y Petróleo debe modificarse el marco institucional.

El modelo que sigue el Decreto-Ley no es otro que aquel que viene desarrollándose en el sector petrolero desde 2003, en el cual se mantiene una sociedad mercantil estatal Petróleos de Venezuela S.A., se eliminaron todas las empresas filiales, se designó al Ministro de Energía y Petróleo como presidente de la única operadora estatal y luego se han ido creando una serie de empresas mixtas¹²⁰, donde se ha admitido la participación de los capitales privados en porcentajes inferiores al cincuenta por ciento del capital social.

A la reorganización del sector eléctrico le sobra la existencia de un ente regulador técnico como la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, porque el único operador estatal y el ministerio del ramo se bastan para establecer la regulación necesaria a los fines de la prestación del servicio público eléctrico.

Además resultan innecesarias tanto la empresa del Estado denominada Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico como las empresas del Estado que

¹²⁰ Allan R. BREWER-CARÍAS, El régimen de la participación del capital privado en las actividades primarias de la industria petrolera: Desnacionalización, terminación anticipada de los convenios de asociación de la “apertura petrolera” y la migración a empresas mixtas. *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2007. pp. 465-513.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

actualmente efectúan las demás actividades del sector eléctrico, por lo que deben desaparecer jurídicamente en virtud del proceso de fusión.

No obstante, se admite la posibilidad que la asamblea de accionistas de la Corporación Eléctrica Nacional S.A., pueda crear nuevas empresas operadoras con la finalidad de transferirle una o todas las actividades eléctricas, en cuyo caso la empresa estatal se transformaría en la empresa matriz rectora de las nuevas operadoras.

Finalmente debe señalarse, que la reorganización del sector eléctrico no contempla la participación de las entidades municipales en la prestación del servicio eléctrico domiciliario lo que constituye un desconocimiento o un olvido de las competencias constitucionalmente atribuidas a los municipios.

4.5. Las implicaciones tributarias de la reorganización del sector eléctrico

El Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico además de las incidencias jurídico-administrativas antes referidas, también contiene consecuencias tributarias que se analizarán a continuación.

4.5.1. Las exenciones tributarias a los negocios jurídicos dirigidos a la transformación empresarial del sector eléctrico

En atención a lo dispuesto en el artículo 317 de la Constitución y 73 del Código Orgánico Tributario, el Decreto-Ley establece las siguientes exenciones tributarias a los negocios jurídicos contemplados en él:

En primer lugar dispone que la creación, fusión, demás actos y negocios jurídicos derivados de la aplicación directa e inmediata del Decreto-Ley, que realicen las empresas a las cuales se refiere el mismo estarán exentas de todo impuesto, tasa o contribución establecida por el Poder Público Nacional, lo que deja a salvo la potestad y la competencia tributaria de los estados y los municipios¹²¹.

En segundo lugar se establece que tanto las ventas de bienes, como las prestaciones de servicios que se realicen entre las diferentes empresas eléctricas, no estarán sujetas a gravamen según la Ley de Impuesto al Valor Agregado¹²².

¹²¹ Artículo 11 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

¹²² Artículo 13 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

Ambas exenciones dispensan del pago de los tributos nacionales allí señalados, a las personas jurídicas que se encuentren en los supuestos taxativamente señalados en el Decreto-Ley.

4.5.2. La exención de los tributos estatales y municipales sobre las actividades eléctricas

La entrada en vigencia del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, introdujo en materia tributaria, una norma que no existía en la legislación anterior. Se trata del artículo 12 que establece:

Dada la importancia que tiene el servicio eléctrico para el desarrollo del país y el bienestar social, y visto que su regulación y prestación excede el ámbito Municipal y Estatal, siendo esta materia por su índole y naturaleza del Poder Nacional, las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de potencia y energía eléctrica no estarán sujetas al pago de tributos estatales y municipales.

Esta norma establece una reserva a favor del Poder Público Nacional, para ejercer la potestad tributaria sobre la actividad económica del sector eléctrico. Con tal finalidad, dicha disposición expresamente establece la prohibición de imposición de tributos tanto por los Estados como por los Municipios, a los operadores del sector eléctrico.

No obstante, en un sector económico distinto del eléctrico –refiriéndose de manera tangencial al artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹²³-, el Tribunal Supremo de Justicia¹²⁴, estableció lo siguiente:

La norma sobre la que versa este proceso [180 de la Constitución] constituye una de las novedades constitucionales: la expresa distinción entre potestades tributarias y potestades reguladoras. La inclusión de esta disposición obedeció, sin duda, a la necesidad de eliminar una incertidumbre que siempre existió en nuestro Derecho: el alcance del poder normativo de la República y, en menor medida, de los estados, respecto de las competencias municipales, en materia tributaria.

... los municipios cuentan en nuestro ordenamiento con un poder tributario originario, a la vez que la República goza de la exclusividad del poder normativo en un buen número de materias, enumeradas en el artículo 156 de la vigente Constitución. Al vincular ambos aspectos la

¹²³ El artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone que “De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las actividades de telecomunicaciones no estarán sujeta al pago de tributos estatales o municipales”.

¹²⁴ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 285, de 4 de marzo de 2004.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

situación había sido en muchos casos la siguiente: que los poderes normativos de la República han absorbido los poderes tributarios locales.

La sentencia precisa que las tres razones que habían justificado tal situación fueron: La primera, la creencia que no podían coexistir impuestos nacionales y municipales sobre una misma actividad económica; la segunda, la convicción de que resultaba imposible el establecimiento de tributos locales, en aquellas actividades que estaban atribuidas a la regulación del Poder Público Nacional, que goza en tales supuestos de una potestad tributaria implícita; y, la tercera, consistía en que los operadores de servicios públicos habilitados a través de una concesión otorgada por el Poder Público Nacional, eran inmunes a la potestad tributaria de los municipios.

El Tribunal Supremo de Justicia considera que el artículo 180 de la Constitución¹²⁵ hace inaceptables las tres premisas anteriores, siendo lo correcto considerar que la potestad regulatoria que tienen atribuida la República y los estados es distinta de la potestad tributaria de los municipios, correspondiendo a aquéllos legislar sobre determinadas materias señaladas en la Constitución y a éstos ejercer su potestad tributaria constitucionalmente establecida, sobre las actividades económicas que realicen los operadores económicos en sus territorios. Estas consideraciones condujeron a la siguiente inferencia:

La primera parte del artículo 180 de la Constitución fue incluido en ese Texto Fundamental para dar por terminada la discusión doctrinal y jurisprudencial entorno al problema del poder tributario implícito en los casos en que se contemple un poder regulador. Esa primera parte del artículo 180, en consecuencia, sólo ha recogido lo que constituye un principio general y debe ser interpretado como la imposibilidad de presumir que una competencia reguladora nacional implica necesariamente un poder de tributación exclusivo sobre dicha actividad o materia. Los Estados y los Municipios pueden, por tanto, dictar normas para exigir los tributos que constitucionalmente se les reconocen, aun en el caso de actividades cuya normación sustantiva corresponde al Poder Nacional.

Lo anteriormente expuesto llevaría a la inequívoca conclusión, que el artículo 12 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico no se encuentra ajustado a la Constitución, pues ésta, lejos de negarle potestad tributaria a los municipios o a los estados, reconoce que éstos poseen dicha potestad de forma distinta y autónoma que la

¹²⁵ El artículo 180 de la Constitución dispone que “La potestad tributaria que corresponde a los municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estadal sobre determinadas materias o actividades.

Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los municipios, a favor de los demás entes político-territoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a sus concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados”.

**Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783**

potestad reguladora atribuida por la Constitución al Poder Nacional, pudiendo en consecuencia los municipios y los estados crear los impuestos sobre la actividad económica del sector eléctrico.

La anterior afirmación se vería ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo de Justicia¹²⁶, oportunidad en la cual se reconoció que los municipios sí pueden establecer impuestos sobre la actividad económica de las telecomunicaciones, lo que resulta evidentemente válido para la actividad económica del sector eléctrico.

Esta interpretación constitucional de los principios que rigen la imposición tributaria a nivel municipal condujo a que al momento de promulgarse la Ley Orgánica del Poder Público Municipal¹²⁷, se estableciera de manera expresa la potestad de los municipios para crear el impuesto a las actividades económicas que realizan los operadores del sector eléctrico dentro de su ámbito territorial¹²⁸, señalando que el sujeto pasivo del impuesto sobre la actividad económica de suministro de electricidad lo constituye el operador prestador del servicio¹²⁹ y se estableció que la alícuota aplicable del impuesto sobre las actividades económicas de prestación del servicio eléctrico será del dos por ciento, hasta que la Ley de presupuesto establezca otra alícuota distinta¹³⁰.

Esto permite afirmar que en principio, todos los operadores económicos que prestan el servicio de suministro de energía eléctrica son sujetos pasivos del impuesto sobre las actividades económicas.

Ahora bien, este tributo en principio se aplica a los operadores económicos privados que prestan el servicio de suministro de energía eléctrica, pero no resulta aplicable a los operadores económicos que hayan sido creados por los entes políticos-territoriales, pues en tal caso la exención del pago de tributos podrá establecerse por ley, cuando se cree una persona jurídica estatal.

En conclusión, conforme al artículo 180 de la Constitución¹³¹, los operadores privados que prestan el servicio de suministro de energía eléctrica son sujetos pasivos del impuesto a las actividades económicas, establecido por los

¹²⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la sentencia 1453, de 3 de agosto de 2004.

¹²⁷ La Ley Orgánica del Poder Público Municipal fue publicada en la Gaceta Oficial N° 38.204, de 8 de junio de 2005, reformada parcialmente según Gaceta Oficial N° 38327, de 2 de diciembre de 2005, nuevamente reformada parcialmente según Gaceta Oficial N° 5806, de 10 de abril de 2006 y reimpressa por error material en Gaceta Oficial N° 38.327, de 21 de abril de 2006.

¹²⁸ Adriana VIGILANZA, El capítulo tributario de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Fundamentos constitucionales y problemas que le dieron origen. *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2005. pp. 439-488.

¹²⁹ Artículo 211 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

¹³⁰ Artículo 286 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

¹³¹ El artículo 180 de la Constitución señala que “Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los municipios, a favor de los demás entes político-territoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a sus concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados”.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

municipios en su ámbito territorial, pero el operador creado por el Ministerio de Energía y Petróleo y la empresa estatal Petróleos de Venezuela S.A. puede ser dispensado por ley del pago del mencionado impuesto municipal, en razón de lo cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, la exención de impuesto solo beneficia a la persona jurídica única, constituida por la empresa operadora estatal Corporación Eléctrica Nacional S.A., en lo que respecta a la realización de las actividades del sector eléctrico.

Consideraciones finales

Toda la actuación del Estado debe realizarse en cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar el goce y disfrute, de manera irrenunciable, indivisible, interdependiente y progresiva de los derechos y las libertades reconocidas en la Constitución¹³², lo que implica que cualquier limitación o restricción debe efectuarse con sujeción a las garantías formales (reserva legal, carácter orgánico de la respectiva ley y determinación de la regulación del derecho o libertad que se afecta) y a las garantías materiales (licitud del fin perseguido, prohibición de exceso: proporcionalidad, idoneidad y necesidad, compatibilidad con el sistema democrático e intangibilidad del contenido esencial de los derechos y libertades)¹³³.

Siendo la Constitución la norma suprema y el fundamento de toda la actuación de los poderes públicos y estableciendo ella misma que el régimen socio-económico se fundamenta en principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia y protección del ambiente con la finalidad de asegurar un desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para las personas, individual y colectivamente, dispone que “*El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional*”¹³⁴, lo que implica que en el marco de una economía social de mercado, van a concurrir en la satisfacción de las necesidades colectivas tanto el propio Estado como los particulares en ejercicio de los derechos y las libertades económicas.

Lo anterior permite apreciar cómo la nueva política económica que ha asumido el gobierno en el sector eléctrico tiene un difícil anclaje constitucional, pues si bien no existe duda sobre la posibilidad que el Estado intervenga de manera directa en determinadas actividades económicas por razones de interés público, social o de carácter estratégico, ello debe hacerse teniendo presente que los poderes públicos están al servicio de los ciudadanos y que la razón de su actuación es la satisfacción del interés general, afectando para ello lo menos

¹³² Artículo 19 de la Constitución.

¹³³ Jesús María CASAL HERNÁNDEZ, Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo III. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. pp. 2515-2535.

¹³⁴ Artículo 299 de la Constitución.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

posible los derechos y las libertades públicas, no debiendo tales limitaciones o restricciones incidir de manera tal que afecte su efectivo ejercicio¹³⁵.

Por el contrario, la actual política económica del gobierno conduce a la supresión de los derechos y las libertades económicas, en contravención de lo dispuesto en la Constitución¹³⁶. En efecto, la política pública que viene desarrollándose en el sector eléctrico ha llevado a la supresión de la propiedad privada de los medios de producción en el sector, mediante la estatización de todas las sociedades mercantiles privadas¹³⁷ y la consecuente adquisición por el Estado de los bienes e infraestructuras necesarios para realizar esta actividad económica.

Además se ha eliminado cualquier vestigio de ejercicio de la libertad de empresa y de iniciativa empresarial privada en el sector económico eléctrico, lo que va a afectar la posibilidad de ingreso de nuevos operadores privados a la prestación de los servicios eléctricos (tanto para constituir nuevas empresas como para garantizar el acceso a las instalaciones esenciales o el acceso de terceros a las redes eléctricas), esto va a incidir en la libertad de inversión financiera, la innovación y el desarrollo tecnológico, así como en la formación competitiva de precios en aquellas actividades del sector donde ello fuese posible.

Todo esto afecta de manera negativa la existencia de la libre competencia, pues al fusionarse todas las empresas del sector -públicas y privadas-, en una única persona jurídica estatal, inevitablemente se constituirá un monopolio, situación que ha sido censurada desde su aparición por el Tribunal Supremo de Justicia¹³⁸.

¹³⁵ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 324, de 4 de mayo de 2000, se pronunció al respecto señalando que “De las normas transcritas [artículo 112 de la Constitución] se puede colegir que las mismas consagran la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante la ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe destacarse que ello no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del legislador, el cual *no podrá incurrir en arbitrariedades y pretender calificar por ejemplo, como ‘razones de interés social’ limitaciones a la libertad económica que resulten contrarias a los principios de justicia social, ya que, si bien la capacidad del Estado de limitar la libertad económica es flexible, dicha flexibilidad existe mientras ese derecho no se desnaturalice”*.”

¹³⁶ Artículo 25 de la Constitución.

¹³⁷ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1159, de 22 de junio de 2007, ha reconocido que el Decreto N° 5.330, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico tiene como objeto estatizar la totalidad de las empresas privadas operadoras de las actividades del sector eléctrico.

¹³⁸ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1563, de 12 de diciembre de 2000, señaló lo siguiente: “La Constitución de 1999, entre los derechos económicos, ha prohibido a los particulares los monopolios y ha limitado de manera general (para el Estado y los particulares) la posición de dominio (artículo 113), por lo que mal puede entenderse que los municipios en general, y el Distrito Metropolitano en particular, tengan como meta el monopolizar la producción de agua potable, energía eléctrica o gas, o la distribución y ventas de rubros, o del transporte urbano. De allí que los Municipios pueden construir o adquirir acueductos, redes de distribución de electricidad o gas en sus territorios, establecer servicios de transporte y claro está, el Distrito Metropolitano puede hacerlo, pero permitiendo la libre competencia, principio económico contenido en los artículos 112 y 113 de la Carta Magna”.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

En lo que respecta a los derechos de los usuarios, al desaparecer la pluralidad de operadores y la diversidad actual o potencial de ofertas de los servicios eléctricos, se produce como consecuencia que no exista la libertad de elección, la cual constituye uno de los atributos del derecho fundamental de los usuarios.

El otro aspecto vinculado con los usuarios y que es más importante aún, está relacionado con la calidad de los servicios eléctricos, pues no existe ninguna garantía que la supresión de las libertades económicas de los operadores van a mejorar la calidad del servicio eléctrico y va a permitir precios más asequibles a los usuarios. En la actualidad solo basta con recorrer el territorio nacional para tomar nota del incremento progresivo de las fallas en que incurren los operadores públicos establecidos en la prestación del servicio eléctrico, las cuales se traducen en suspensiones o interrupciones constantes, así como en la carencia de facturación adecuada o en la facturación irregular de los servicios realmente prestados, tal como ha dado cuenta de ello el propio Tribunal Supremo de Justicia¹³⁹, al resolver las pretensiones de condena formuladas por los usuarios del servicio eléctrico, en la región central y en la región oriental del país, que en defensa de los derechos colectivos, se querellaron contra dos empresas estatales que les prestaban un deficiente servicio.

Sin duda que debe asumirse con conciencia un gran debate nacional sobre el tema energético y en particular sobre el sector eléctrico, respecto a ¿cuáles son las inversiones que se deben efectuar?, ¿quién las debe efectuar?, ¿con qué urgencia se deben efectuar? y ¿cuánto se debe invertir?, para mejorar la capacidad instalada de las redes y la construcción de nuevas infraestructuras que permitan atender al incremento de la demanda de energía y que garanticen una prestación eficiente, regular, continua, de calidad y a precios asequibles de los servicios eléctricos en todo el territorio nacional, que satisfaga las necesidades esenciales de energía de las personas.

Será solamente después que ello se haya logrado que se podrán realizar acuerdos energéticos internacionales, para la venta, donación o intercambio de energía con los países vecinos de América del Sur. Lo que no parece lógico, ni racional, ni coherente, es que se insista en formular una política energética faraónica hacia y con el subcontinente, cuando el país no cuenta ni con las tecnologías, ni con las infraestructuras o las redes necesarias para el autoabastecimiento de energía, pues simplemente no se puede negociar, ni se puede aportar y menos aún se puede distribuir o compartir aquello que no se tiene.

Cualquier negociación que se emprenda con los vecinos continentales debe darse desde el respeto, la igualdad y la solidaridad con los gobiernos y los países, ningún tratado o acuerdo que se pretenda celebrar bajo el irrespeto, la imposición y el aprovechamiento de las necesidades de otros podrá prosperar, porque por encima de todas las carencias y necesidades materiales se

¹³⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1042, de 31 de mayo de 2004.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783

encuentra el valor, el honor, los principios y la dignidad de los pueblos y estos no se negocian.

La mejor contribución que se puede hacer a los países vecinos es no efectuarles falsas promesas sobre los logros del gobierno venezolano en materia energética¹⁴⁰, porque con ello únicamente se corre el riesgo de desviarse de trabajar en satisfacer las verdaderas necesidades de los pueblos y que se pierda tanto tiempo como dinero, en la efectiva búsqueda de soluciones a las necesidades energéticas de las distintas sociedades.

El gran aporte que debe dar Venezuela a sus vecinos continentales es fortalecer el Estado social y democrático de Derecho y la economía social de mercado, garantizando la efectiva satisfacción de las necesidades sociales en democracia, libertad, igualdad de oportunidades y pleno reconocimiento de los derechos constitucionales. Si esto se logra en paz, se habrá hecho una enorme contribución al desarrollo y progreso de la integración de la Comunidad Suramericana.

¹⁴⁰ Juan GARRIDO ROVIRA advertía sobre los “momentos de crisis energética, como el que viene amenazando a Venezuela por efecto de la disminución del nivel de la represa del Gurí originado en la fuerte sequía de los últimos tiempos y en la carencia de plantas de energía térmica a escala nacional que puedan suplir o compensar el déficit de generación hidroeléctrica”, lo que no ha variado hasta el presente, pues no se han asumido políticas integrales, ni hecho las inversiones dirigidas a conjurar tal amenaza. El ente regulador en la reforma del sector eléctrico venezolano. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. p. 1981.