

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada Isabel Cristina Lara Campos, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: **La Intervención del Estado en la protección de la libre competencia. (Especial referencia a la actuación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica)**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los seis (6) días del mes de abril de 2005.

Claudia Curiel Léidenz

C.I. 6.915.148

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA. (ESPECIAL REFERENCIA A LA ACTUACIÓN DE LA
SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA
LIBRE COMPETENCIA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA
ELÉCTRICA)**

Por: Isabel Cristina Lara Campos

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Administrativo aprobado en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el Jurado abajo firmante en la ciudad de Caracas, a los ____ días del mes de _____ de _____.

Nombres y Apellidos
C.I.

Nombres y Apellidos
C.I.

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA. (ESPECIAL REFERENCIA A LA ACTUACIÓN DE LA
SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA
LIBRE COMPETENCIA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA
ELÉCTRICA)**

Trabajo Especial de Grado presentado
como requisito parcial para optar al
Grado de Especialista en Derecho
Administrativo

Autor: Isabel Cristina Lara Campos
Asesor: Claudia Curiel Léidenz

Caracas, 6 de abril de 2005

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA. (ESPECIAL REFERENCIA A LA ACTUACIÓN DE LA
SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA
LIBRE COMPETENCIA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA
ELÉCTRICA)**

Trabajo Especial de Grado presentado
como requisito parcial para optar al
Grado de Especialista en Derecho
Administrativo

Autor: Isabel Cristina Lara Campos
Asesor: Claudia Curiel Léidenz

Caracas, 6 de abril de 2005

*A Rafael Jesús –que hoy es la
estrella que me guía- y Rosalba
Cristina, por su presencia
constante.*

Quiero agradecer a mi asesora Claudia Curiel Léidenz, por el apoyo académico brindado y haber compartido su experiencia y conocimientos para hacer posible esta monografía y a todas aquellas personas que, de una forma u otra, me apoyaron con su amistad y aliento a lo largo del proceso de elaboración del presente trabajo especial de grado.

INDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR	i
APROBACIÓN DEL JURADO	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
INDICE GENERAL	v
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULOS	
CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA VENEZOLANA	8
1. Intervención del Estado en la economía.	
2. Intervención del Estado en la economía venezolana.	
2.1. Constitución de 1961.	
2.2. Constitución de 1999.	
CAPÍTULO II: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN VENEZUELA	33
1. Economía de mercado y libre competencia.	
2. Régimen jurídico de la protección de la libre competencia en Venezuela.	
2.1. Marco constitucional (Constitución de 1999).	
2.2. Marco legal: Ley para Promover y Proteger	

el Ejercicio de la Libre Competencia.

CAPÍTULO III: RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO

ELÉCTRICO EN VENEZUELA

51

1. Noción clásica de servicio público.
2. Liberalización de servicio público.
3. Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela.
 - 3.1. Antes de 1999
 - 3.2. Régimen actual.

CAPÍTULO IV: RÉGIMEN DE LA PROTECCIÓN

DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SERVICIO

73

ELÉCTRICO

1. Régimen de la libre competencia en los servicios públicos liberalizados.
2. Libre competencia y sector eléctrico.

CAPÍTULO V: NATURALEZA JURÍDICA Y POTES-

TADES DE LOS ENTES REGULADORES DE SER-

VICIOS PÚBLICOS Y LOS ÓRGANOS DE DEFENSA

DE LA COMPETENCIA

99

1. Naturaleza jurídica y potestades de los entes reguladores de servicios públicos y de los órganos de defensa de la competencia.
 - 1.1. Entes reguladores: naturaleza jurídica, características, objetivos y potestades.

1.2. Naturaleza jurídica y potestades de los

órganos de defensa de la competencia

2. La Superintendencia para la Promoción
y Protección de la Libre Competencia

3. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

**CAPÍTULO V: ENTES QUE INTERVIENEN EN LA
PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN
EL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO**

125

1. Coordinación.

2. Órgano o ente competente para velar por
la protección de la libre competencia en el sector
eléctrico venezolano.

CONCLUSIONES

143

BIBLIOGRAFÍA

148

INTRODUCCION

El Estado para el cumplimiento de sus fines ejecuta una serie de actividades de diversa índole cuyo fin último es lograr el bien común de la sociedad y la satisfacción del interés general. Dichas actividades suponen la incidencia de la actividad estatal, mediante la actuación de la Administración Pública en la esfera jurídica de los particulares, lo que equivale a la intervención administrativa en los diversos sectores y actividades de la sociedad en general.

Específicamente, en lo que se refiere a la economía, la intervención del Estado ha sido patente desde el advenimiento del Estado Social de Derecho hasta la actualidad, toda vez que se trata de una intervención que en la medida de lo posible protege el ejercicio de libertades a la par que se subsume dentro de un rol de provisión de bienes colectivos que la sociedad espontáneamente sería incapaz de generar.

En efecto, con el nacimiento del Estado Social de Derecho a finales del S. XIX, cuyo fin último era la "procura existencial" y el bienestar general, el Estado comenzó a intervenir fuertemente en la economía. Sin embargo, este modelo entró en crisis a partir de la década de los setenta, debido a la ineficiencia del Estado para satisfacer las necesidades colectivas y la limitación y restricción a los particulares para la ejecución de actividades

económicas, lo que condujo al replanteamiento de los fines del Estado Social de Derecho.

Como una de las tantas consecuencias de la crisis del Estado Social de Derecho, se produjo la crisis de los servicios públicos en su concepción tradicional (titularidad pública a través de la publicatio, realización de una prestación destinada a la satisfacción de un interés general), debido a que el Estado había resultado ser un prestador ineficiente, las limitaciones impuestas a los particulares para la prestación de éstos y las prerrogativas y potestades exorbitantes de la Administración que se traducían en desigualdades dentro del mercado, y por ende, en ausencia de competencia.

La crisis de los servicios públicos tradicionales, condujo a la liberalización de algunos de estos servicios, esto es, se les despojó de la titularidad estatal, la cual se traspasó a los particulares, quienes comenzaron a prestarlos dentro del mercado en condiciones de libre competencia, igualdad y libre competencia.

Los procesos anteriormente mencionados significaron un profundo cambio en el rol del Estado frente a la economía, ya que continuaba interviniendo en las actividades económicas, pero esta intervención se concretaba en la concertación entre lo público y lo privado, en la

planificación, el respeto a la libertad económica como derecho fundamental de rango constitucional, el respeto a las condiciones del mercado, y por ende, a la libre competencia, en fin, en la regulación y ordenación de la economía para alcanzar la satisfacción de necesidades colectivas y el bien común.

Estas nuevas formas de intervención estatal en la economía –ordenación y regulación- supusieron la creación de nuevas estructuras organizativas dentro de la Administración Pública para la ejecución de estas actividades. Es así, como surgen las llamadas “administraciones independientes” o entes reguladores, los cuales han sido concebidos como órganos o entes neutrales e independientes, y cuya creación obedece a factores de orden técnico, es decir, su finalidad es la regulación de un sector determinado de la economía o de cualquier otro sector que amerite una ordenación y regulación de carácter técnico.

Al producirse la liberalización de servicios públicos tales como telecomunicaciones y la electricidad, entre otros, cuyas empresas prestadoras concurren en el mercado, se hace imperiosa la necesidad de crear un ente que regule y ordene la actividad de los prestadores de servicios, el cual ejerce potestades para la regulación y ordenación del sector, a los fines de garantizar la prestación eficiente de los servicios, y en consecuencia, la satisfacción del interés general.

Por otra parte, la intervención del Estado en la economía debe tener por finalidad que las actividades económicas, tanto públicas como privadas, se desarrollen dentro del mercado en condiciones de libre competencia, transparencia e igualdad, con el objeto de garantizar el bienestar de la sociedad. Ello sólo se puede realizar en condiciones de libre competencia.

Por tal motivo, el Estado ha creado órganos de defensa de la competencia, que velen por que los agentes económicos públicos y privados desarrollen sus actividades en condiciones de competencia, por lo que éstos órganos tienen la función de verificar que estas condiciones se cumplan y sancionar las prácticas restrictivas de la libre competencia que afecten el mercado y el normal desarrollo de las actividades económicas.

De manera que, en el caso de los servicios públicos liberalizados, específicamente la electricidad, a través de entes reguladores que tienen como una de sus potestades velar por el mantenimiento de la libre competencia en el sector regulado, y ante la existencia de órganos de defensa de la competencia cuyas facultades se extienden a todos los agentes económicos en el desarrollo de sus actividades, se está en presencia de multiplicidad de órganos y entes para velar por el cumplimiento de la libre competencia en el mercado.

De esta manera, se puede evidenciar que distintos órganos o entes tienen competencia para velar porque se respete la libre competencia dentro del mercado en los servicios públicos liberalizados, motivo por el cual se hace necesario determinar cuál es el ente u órgano que deberá iniciar y sustanciar los procedimientos para verificar si se produjo una práctica restrictiva de la libre competencia y eventualmente imponer la sanción correspondiente, esto es, si será el respectivo ente regulador o la oficina de defensa de la competencia quien deberá sancionar en estos sectores.

En este orden de ideas, la presente investigación se enmarcará dentro del planteamiento efectuado anteriormente, teniendo en consideración que en Venezuela recientemente se liberalizó el servicio eléctrico, creándose a estos efectos un ente regulador denominado Comisión de Energía Eléctrica y que existe desde hace varios años la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, razón por la cual debe determinarse el órgano o ente al cual corresponderá velar porque los agentes económicos que desarrollan las actividades de generación y comercialización dentro del sector eléctrico (actividades abiertas a un régimen de competencia relativa) no incurran en prácticas restrictivas de la libre competencia y cuando se produzcan estos hechos abrir el correspondiente procedimiento e imponer la respectiva sanción.

Es de destacar que se seleccionó al sector eléctrico como objeto de la investigación, ya que en el sector telecomunicaciones que también se liberalizó recientemente, sí existen normas de coordinación entre la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (ente regulador) y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, siendo que el legislador no utilizó el mismo esquema de coordinación previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Así las cosas, la presente investigación se desarrollará en seis (6) capítulos.

En primer lugar se hará referencia a la evolución de la intervención del Estado en la economía venezolana (capítulo I). Una vez señalada esta evolución, se ha considerado pertinente analizar el régimen jurídico de la protección de libre competencia y del servicio eléctrico en Venezuela, así como del régimen de las actividades abiertas a la competencia dentro de los servicios liberalizados (capítulos II, III y IV, respectivamente), y dado que la presente investigación trata de las competencias de los entes reguladores de servicios públicos liberalizados y los órganos de defensa de la competencia, el capítulo V versará sobre este tema, para finalmente en el capítulo VI señalar los entes que intervienen en la protección de la libre competencia en el sector eléctrico venezolano.

La presente investigación es de tipo monográfico a un nivel descriptivo y la técnica utilizada fue el análisis de contenidos, a través de la implementación de una matriz, cuyos datos se interpretaron de forma sistemática. Asimismo, se empleó el argumento de interpretación jurídica subjetivo-objetivo.

Esta investigación no sólo constituye un aporte teórico en el marco del Derecho Administrativo Económico venezolano, sino que además ha permitido dilucidar cuál es el órgano o ente competente para sustanciar los procedimientos contra las prácticas restrictivas de la libre competencia en que incurran los prestadores de los servicios públicos liberalizados, específicamente en el sector eléctrico.

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA. (ESPECIAL REFERENCIA A LA ACTUACIÓN DE LA
SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA
LIBRE COMPETENCIA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA
ELÉCTRICA)**

Autor: Isabel Cristina Lara Campos
Tutor: Claudia Curiel Léidenz
Fecha: Abril, 2005

RESUMEN

La intervención del Estado en la economía se ha manifestado de muchas maneras desde la creación de empresas públicas hasta la prestación directa de servicios públicos y restringiendo a los particulares en la gestión de éstos. La nueva regulación económica permite la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos y la existencia de condiciones que favorezcan la libre competencia dentro de una economía de mercado. Dentro de este contexto, surge la liberalización de servicios públicos, como la electricidad. El Estado sigue interviniendo a través de los entes reguladores y las oficinas de defensa de la competencia. En Venezuela, a raíz de la liberalización del servicio público de electricidad se creó la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, la cual tiene la potestad de velar por la libre competencia dentro del sector. Asimismo, la Superintendencia para la Protección y Promoción de la Libre Competencia tiene por objeto velar por el mantenimiento de las condiciones de libre competencia dentro del mercado, por lo que surge la duda en el sector eléctrico de cuál es el órgano que le corresponde aplicar las sanciones a aquellos operadores del sector eléctrico que infrinjan las normas protectoras de la libre competencia, si al ente regulador sectorial o a la oficina de defensa de la competencia. En este sentido, corresponde a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia sustanciar los procedimientos sancionatorios para la imposición de las sanciones a los operadores económicos del sector eléctrico en caso de infracciones a la libre competencia. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica debe actuar en coordinación con la Superintendencia para la sustanciación de los mencionados procedimientos, en el sentido de proporcionar la información técnica pertinente sobre las características específicas del mercado eléctrico.

Descriptores: entes reguladores, intervención del estado en la economía, liberalización de servicios públicos, libre competencia, sector eléctrico.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA VENEZOLANA

En este Capítulo se abordará la evolución de la intervención del Estado en la economía, haciendo especial referencia a la Constitución Económica, ya que en el Texto Fundamental se encuentran los principios rectores en materia de economía, se establece el modelo económico de la República, se consagran los derechos económicos de los ciudadanos y se delimita el ámbito de intervención del Estado en el orden económico.

En este orden de ideas, en el presente Capítulo se hará referencia a la intervención del Estado en la economía y su incidencia en la libertad económica, para luego analizar brevemente los principios contenidos en la Constitución de 1961 y 1999.

1. Intervención del Estado en la economía:

Dentro de la concepción clásica del Derecho Administrativo, el Estado cumple determinadas actividades que tienen por fin último la satisfacción de las necesidades generales de la colectividad. Para ello, la Administración en uso de sus potestades, realiza actividades de policía, prestacionales y de fomento, e inclusive ha asumido actividades que

ejercen los particulares, tales como gestión de empresas industriales y comerciales.

De esta manera, desde finales del S. XIX hasta la fecha, el Estado ha jugado un rol importante en lo que se refiere a la economía y el mercado interviniendo fuertemente en las actividades económicas y asumiendo – por medio de la iniciativa pública- actividades de índole comercial e industrial, convirtiéndose en un “Estado Empresario”.

En este sentido, la intervención del Estado o intervencionismo estatal se relaciona estrechamente con los fines de éste. Así, Celorrio (1991, p. 39) indica que el Estado es el receptor de las demandas sociales, por lo que, en consecuencia, le corresponde ser el coordinador e impulsor de las actividades de los sectores económicos para la consecución de sus fines.

Por tal motivo, el Estado incide en la economía y para ello, a lo largo de la historia se han utilizado diversas técnicas de intervención. Estas técnicas de intervención suelen vincularse con el ejercicio del poder público en el orden económico, a título ilustrativo pueden mencionarse el dirigismo, la planificación, el servicio público, la empresa pública y la supervisión o la regulación.

Como se observa, las técnicas de intervención mencionadas anteriormente, se caracterizan por su distinta intensidad y por los distintos efectos que producen dentro del orden económico, permitiendo un mayor o menor margen de participación del sector privado dentro de éste.

De manera que, la intervención del Estado en la economía siempre ha estado presente, pues la misma tiene por fin último la satisfacción de las necesidades sociales y el bienestar colectivo.

Ahora bien, la intervención del Estado en la economía ha sufrido en los últimos años un cambio de orientación, vale decir, no se puede negar el papel fundamental del Estado en la regulación y ordenación de la economía, razón por la cual las técnicas de intervención han cambiado para garantizar el respeto a los derechos constitucionales, tales como libertad de empresa y derecho de propiedad.

En tal sentido, el objetivo del Estado no es ya velar porque se mantenga el libre juego de las leyes económicas, sino hacer que el crecimiento económico sea regular y continuo, vale decir, que a la Administración Pública se le ha reconocido una función primordial de control y de regulación, a los fines de alcanzar el mejoramiento del nivel de bienestar de la sociedad.

Lo anterior implica que la intervención estatal en la economía debe compatibilizar los intereses económicos sectoriales con los valores sociales, razón por la cual el mercado por sí mismo es insuficiente para lograr el desarrollo requerido por una sociedad.

En este orden de ideas, Rivero (2001, p.24) señala que el objetivo del Derecho Público de la economía debe ser la búsqueda de un punto de equilibrio entre intervención y libertad, esto es, la intervención para asegurar un mínimo vital a todos los ciudadanos y libertad para que éstos puedan elegir entre diversas opciones de bienes y servicios, dependiendo de su calidad y coste.

Por tanto, en los últimos años se ha visto una evolución en lo que a técnicas de intervención se refiere, siendo la regulación económica la técnica que impera en la actualidad y la que ha logrado compatibilizar los intereses económicos sectoriales con los valores sociales.

En este sentido, Tornos (2000, p.1336) ha señalado:

...se conforma una nueva noción basada en la idea de equilibrio, composición de intereses, defensa de un sistema complejo mediante técnicas no imperativas....No se trata de imponer desde la legitimidad de la autoridad administrativa (aunque sea una legitimidad derivada de la aplicación de una norma previa), sino de componer intereses, de ordenar relaciones complejas, que exige <<moverse>> dentro del margen que permite la normativa.

De manera que, un nuevo concepto de regulación económica no supone la intervención de la Administración en las relaciones económicas, en el sentido de controlar dichas relaciones o influir en los mercados, sino que se refiere a la búsqueda de fórmulas de equilibrio entre los sectores regulados y los reguladores y permitir la concurrencia de los particulares en el mercado, siempre que se cumplan determinadas reglas dentro de un marco legal que sea flexible. Es la fijación de nuevas reglas de juego, sin que éstas constituyan una limitación esencial a la libertad económica.

Es importante destacar que, la regulación tradicional resultaba necesaria en tanto y en cuanto el mercado fallaba o sencillamente, no existía, de manera tal, que si el mercado funcionaba, el Estado sólo debía mantener el orden y la seguridad, por lo que para Ariño (2001, p.561) la regulación económica es por definición un sustitutivo del mercado.

En consecuencia, el citado autor (2001, p.562) ha señalado que la nueva regulación económica no tiene como objetivo principal el control de los operadores económicos, sino que “trata de promover la competencia allí donde esto sea posible, y se limita a proteger los intereses de los usuarios –seguridad, calidad y precio del servicio- allí donde éste mantenga las características de un monopolio natural”.

Así las cosas, la nueva regulación económica debe vincularse a la garantía de la libre concurrencia en los mercados y el pluralismo en el acceso y mantenimiento de éstos, además de garantizar el equilibrio económico entre los agentes económicos y los fines de interés público de la Administración.

Ahora bien, tal como se señaló precedentemente, las bases de la intervención del Estado en la economía se encuentran en la Constitución, específicamente en la denominada Constitución Económica, por lo que, a los fines de la presente investigación, se hace necesario hacer referencia a las normas de la denominada Constitución Económica.

En tal sentido, de acuerdo con Badell (2000, p.237) el término Constitución Económica hace alusión al conjunto de normas constitucionales que regulan el desarrollo de la actividad económica de los particulares y el Estado, así como el grado de intervención de éste dentro de la economías, el grado de iniciativa de los particulares en el mercado y su tutela jurídica.

De manera que, la Constitución Económica se constituye en la base de la intervención del Estado en el orden económico, ya que establece los lineamientos y principios rectores de la intervención estatal en la economía.

Sentado lo anterior, corresponde abordar la intervención del Estado en la economía venezolana, desde la perspectiva de la Constitución Económica, para lo cual necesariamente habrá que aludir a la Constitución de 1961 y la de 1999.

2. Intervención del Estado en la economía venezolana:

En Venezuela, la intervención del Estado en la economía ha sido notable, limitando el derecho constitucional de libertad económica, a través de la aplicación de diversas técnicas, sustituyendo e incluso suprimiendo la iniciativa de los particulares.

Dicha intervención del Estado en la economía venezolana es una consecuencia de los lineamientos y directrices contenidos en la Constitución Económica y en los sistemas económicos adoptados por los diversos constituyentes a lo largo de la historia constitucional venezolana.

Por tanto, se ha considerado pertinente realizar una breve reseña histórica de la evolución de la Constitución Económica en Venezuela. Para ello, se tomará en consideración lo señalado por Badell (2000, p.239) al respecto.

La Constitución de 1811 adoptó un sistema económico basado en los siguientes principios: el bien común, la propiedad privada y la libre iniciativa industrial y comercial, sin que se regulara expresamente la forma en la cual intervendría el Estado en el orden económico.

La Constitución de 1819 consagró la propiedad privada y la libertad de industria y comercio y además estableció límites a estos derechos en atención al interés general. Además, se incorporó por vez primera el principio de distribución de las cargas públicas.

Las Constituciones de 1821 y 1830 mantuvieron la misma línea que las constituciones anteriores. El liberalismo llegó a su máxima expresión con la Constitución de 1830. En este sentido, la flexibilidad de los postulados económicos de la referida Constitución fomentó el nacimiento de la denominada oligarquía liberal. Ello produjo importantes cambios legislativos que acentuaron el rol intervencionista del Estado venezolano.

La Constitución de 1857 sigue la misma línea de las constituciones anteriores. Igual ocurrió con las constituciones de 1858, 1864, 1874, 1881, 1891 y 1893.

Es con las Constituciones de 1901 y 1904 cuando se inicia el proceso de la intervención estatal en la economía, que se consolida con la

Constitución de 1909 en la que por primera vez se autorizó la intervención directa del Estado en actividades económicas de interés general, al facultar al Ejecutivo para que reglamentar servicios públicos tales como el correo, telégrafos y teléfonos federales.

El referido proceso de consolidación de intervencionismo estatal en la economía se continuó con las Constituciones de 1914 y 1922. Se hizo mención por primera vez a la prohibición de los monopolios. La Constitución de 1925 acentuó la intervención directa del Estado al someter el derecho de libertad de industria a las prohibiciones y limitaciones en razón del orden público y las buenas costumbres. Tampoco podían concederse monopolios para el ejercicio exclusivo de ninguna industria. Los textos constitucionales de 1928, 1929 y 1931 mantuvieron las referidas disposiciones.

Con la Constitución de 1936, el proceso de intervención del Estado en la economía cobró fuerza, ya que dicho texto constitucional estableció mayores limitaciones a los derechos de propiedad y a la libertad de empresa.

La Constitución de 1945 otorgó al Congreso la facultad de autorizar al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias “destinadas a proteger la vida económica y financiera de la Nación,

cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran.” (artículo 104, numeral 29).

A decir de Badell (2000, p.241) en la Constitución de 1947 aparecen todos los caracteres del “Estado-interventor”, esto es, el Estado que planifica, racionaliza, fomenta y regula la actividad económica de los particulares. Además, en esta Constitución se consagra la figura del “Estado Empresario”.

La Constitución de 1953 también estableció el derecho de propiedad, pero en cuanto a la libertad de industria y comercio no estableció ninguna determinación en relación con el alcance del referido derecho.

Especial mención merecen las Constituciones de 1961 y 1999, las cuales se analizarán en el presente Capítulo.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis de las referidas constituciones, se hace preciso hacer mención a la libertad económica como uno de los aspectos resaltantes de la Constitución Económica. Dicha mención obedece a que el derecho a la libertad económica tiene incidencia en los aspectos que se tratarán en la presente investigación.

La libertad económica deviene del principio general de libertad, el cual se erige como uno de los pilares de la Constitución. Además, la libertad económica es un derecho público subjetivo, que debe ser respetado y garantizado, a los fines de alcanzar el orden político y la paz social.

De acuerdo con De León (1998, p.322) la libertad económica supone la libertad de acceso al mercado y la libre gestión empresarial sometida a las leyes del libre mercado. Así, el contenido esencial de la libertad económica se puede desglosar en los siguientes aspectos que se complementan entre sí: la libertad de acceso al mercado; la libertad de ejercicio en el mercado y la libertad de cese en ese ejercicio.

En tal sentido, la libertad de acceso al mercado implica que cualquier sujeto de derecho puede iniciar actividades económicas lícitas en cualquier sector económico. Asimismo, también la Constitución protege todas las formas de adquirir la condición de agente económico o empresarios.

No obstante, es posible que el Estado, a través de ley, se reserve para sí determinadas industrias por razones de interés general. De igual manera sucede en el caso que el sector económico presente las características de un monopolio natural.

Por otra parte, el contenido esencial de la libertad económica supone la libertad de participar en el mercado, lo que, sin olvidar las limitaciones impuestas en garantía del interés colectivo, implica la libertad de decisión (poder de adoptar las decisiones correspondientes a la actividad económica) y libertad de competencia (no verse constreñido en la actividad económica por las prácticas restrictivas efectuadas por terceros).

Es de destacar que el libre ejercicio de la empresa o libertad de participar en el mercado se encuentra limitado “por las exigencias de la economía general y sólo directa aunque accidentalmente limitado por la planificación” (De León, 1998, p.325) la cual corresponde al Estado y puede ser de carácter vinculante para los particulares o indicativa.

Por último, el contenido esencial de la libertad económica, implica la libertad de cesación en el ejercicio de la actividad económica, esto es, que la empresa pueda salir del mercado libremente, vale decir, cesar en la actividad económica sin trabas impuestas por el ordenamiento jurídico.

De las consideraciones anteriores, se desprende que la intervención del Estado en la economía se vincula estrechamente con el principio de libertad económica en la medida que la intervención estatal debe estar basada en las directrices impuestas por la Constitución, y una

intervención que limite el derecho de los particulares o la iniciativa privada constituye una vulneración a este principio de rango constitucional.

Asimismo, el grado de intervención del Estado en la economía se relaciona con el modelo económico adoptado por la Constitución. A título ilustrativo, la Constitución de 1961 adoptó un sistema de economía de mercado, y con ello se establece el rol del Estado en el orden económico.

En este sentido, De León (1998, p.335) señala que existen dos niveles de intervención del Estado en la economía: (i) un nivel de dirección del mercado que supone el ejercicio de poderes de “imperium”, y (ii) un nivel de participación en el mercado en condiciones de igualdad frente a los particulares.

El referido autor (1998, p.335) señala que “el papel del Estado como rector del proceso económico en una economía de mercado se orienta en una doble vertiente: En primer lugar, diseña el marco regulatorio facilitador del proceso económico, y en segundo lugar, corrige las fallas o disfunciones en el sistema de mercado diseñado.”

En el marco de una economía de mercado, las actividades económicas pueden ser desarrolladas tanto por los particulares como por las personas públicas.

Cuando el Estado interviene en la economía mediante empresas públicas debe respetar las mismas reglas que los particulares, ya que fueron consideradas por la Constitución de 1961 en posición jurídica paritaria, motivo por el cual también se le aplican las reglas de promoción y protección de la libre competencia.

En consecuencia, siguiendo a De León (1998, p.346), aun cuando hace referencia al artículo 96 de la Constitución de 1961, puede concluirse que la libertad económica consagrada en la Constitución no puede ser considerada aisladamente de las demás disposiciones que contiene la Constitución Económica, muchas de las cuales atienden a la intervención de los poderes públicos en el orden económico, en razón del interés público, el interés general, la utilidad pública u otros conceptos jurídicos indeterminados, por lo que no es posible sostener que el referido derecho prevalezca sobre las potestades de intervención pública, así como tampoco puede sostenerse que estas potestades puedan cercenar el contenido esencial del derecho a la libertad económica.

Una vez efectuadas estas breves consideraciones en torno a la Constitución Económica y la libertad económica, corresponde analizar la intervención del Estado en la economía venezolana desde la perspectiva de la Constitución de 1961 y la Constitución de 1999.

2.1. Constitución de 1961:

La Constitución de 1961 consagró la libertad económica en el artículo 96, precisando que cualquier limitación a ésta debía estar establecida por Ley. No obstante, al día siguiente de la entrada en vigencia de la referida Constitución, el Presidente de la República suspendió la garantía de este derecho, con base a que existían para el momento condiciones excepcionales que justificaban dicha suspensión “temporal”, la cual se mantuvo hasta 1991. Ello trajo como consecuencia que la Administración quedó habilitada para imponer restricciones a la libertad económica, sin cobertura legal específica, lo que en la práctica se tradujo en una actuación de limitación que se desplegó indiscriminadamente en diversos sectores económicos (Hernández, 2003c, p.27).

La Constitución de 1961 estableció como sistema económico la economía social de mercado, lo que significó una fuerte intervención por parte del Estado en la economía. Así se señaló que la economía venezolana tenía carácter mixto (iniciativa privada e intervención del Estado) a los fines de justificar la intervención estatal sin limitación alguna.

En este orden de ideas, De León (1998, p.303) refiriéndose al sistema de economía social de mercado adoptado por la Constitución de 1961, sostuvo:

Afirmar que el sistema constitucional venezolano consagra un régimen de economía mixta resulta

sumamente ambiguo, porque este adjetivo de naturaleza económica y no jurídica impide delinear en absoluto las esferas de actuación naturales del Estado y de los individuos, con el consiguiente riesgo de interferencia indebida en la esfera de actuación individual. Es ambiguo, pues aún a los regímenes de economías centralmente planificadas, totalmente contradictorios con los de economía de mercado, se les podrá atribuir un carácter “mixto” ya que en ellos siempre coexistirá la propiedad pública con la propiedad privada, aunque ésta se encuentre sumamente restringida.

En cuanto a la intervención del Estado venezolano en la economía, debe reiterarse que la Constitución de 1961 estableció la garantía del derecho de libertad económica, aun cuando estableció “su posible *modulación* por los poderes públicos, siempre que preceda la debida habilitación constitucional y legal” (De León, 1998, p.334). Es decir, el reconocimiento constitucional del sistema económico de mercado propicia la actuación del Poder Público en la economía, a través de la planificación, por ejemplo.

En este sentido, Hernández (2000a, p.70) considera que la libertad económica es un derecho limitable, esto es, originariamente no se encuentra limitado en la Constitución, sino que será limitado por la ley en atención a las disposiciones contenidas en el texto constitucional.

Las disposiciones constitucionales que limitan el derecho a la libertad económica establecido en el artículo 96 de la Constitución de 1961 se

concretan en: (i) limitaciones legislativas, por ejemplo las limitaciones establecidas en la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario o la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, entre otras; (ii) la intervención directa del Estado a través de la reserva para sí de determinadas actividades económicas, lo cual se encontraba previsto en el artículo 97 de la Constitución de 1961 que establecía la posibilidad para el Estado de reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público; (iii) la intervención mediante el establecimiento de servicios públicos; y, (iv) el denominado Estado Empresario.

Asimismo, la Constitución de 1961 establecía la prohibición de monopolios en el artículo 97. Esta prohibición tenía una excepción que era la facultad que tenía el Estado para otorgar con carácter de exclusividad concesiones por tiempo limitado para la construcción de obras y prestación de servicios de interés público.

En criterio de Badell (2000, p.247) si bien la intención del Constituyente de 1961 fue evitar las concentraciones económicas, en la realidad tuvo un resultado opuesto. En este sentido, la fuerte intervención del Estado en la economía en la práctica convirtió al Estado venezolano en el primer monopolizador. Esta circunstancia se agrava, de acuerdo con el autor antes mencionado (2000, p.247), ya que se crearon monopolios en

sectores que por su naturaleza comercial han debido ser desarrollados por particulares, por ejemplo, el sector eléctrico.

Por otra parte, el artículo 98 de la Constitución de 1961 estableció que el Estado debía proteger la libre iniciativa privada, sin perjuicio de que pudiera dictar medidas para la planificación, racionalización y fomento de la producción, así como regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza para impulsar el desarrollo económico. De modo que la referida disposición constitucional obligaba al Estado a establecer los medios para la tutela jurídica de las actividades económicas de los particulares.

En este orden de ideas, es de destacar que las técnicas de intervención en sí mismas no se contradicen con la protección de la libre iniciativa privada. Sin embargo, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, las facultades planificación, fomento y regulación fueron empleadas para acentuar la intervención del Estado en la economía venezolana.

En otro orden de ideas, debe hacerse mención a las facultades legislativas extraordinarias del Presidente de la República, vale decir, la facultad para dictar actos con rango y fuerza de ley (decretos-leyes) con previa habilitación del Congreso, a objeto de dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, prevista en el ordinal 8º del artículo 190 de la Constitución de 1961.

Asimismo, tal como ya se señaló, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 se produjo la suspensión y restricción de las garantías económicas con base al ordinal 6º del artículo 190 *ejusdem*, lo cual sirvió de medio de intervención del Estado, específicamente del Ejecutivo, en la economía. De este modo, el Estado venezolano reguló la actividad económica a través de la emisión de decretos, por lo que se desvirtuó el carácter extraordinario del régimen de restricción de garantías, lo que propició el establecimiento de controles de precios, el cambio y la circulación de moneda extranjera y en general en todo el orden económico venezolano.

Finalmente, en lo que respecta a la Constitución de 1961, debe señalarse que el diseño constitucional del sistema económico adoptado por el Constituyente de 1961, es un diseño flexible, que admite la intervención pública en el ámbito económico y que ella coexiste con la iniciativa privada.

La intervención del Estado en la economía dentro del marco de la economía de mercado consagrada en la Constitución de 1961, supone que los poderes públicos deben corregir las fallas del mercado, mas no suprimirlo. De otra parte, tal como se indicó anteriormente, el poder público en su ejercicio debe respetar el contenido esencial del derecho de libertad económica.

Sin embargo, a pesar de la intención del Constituyente de 1961, en la realidad todos los objetivos y lineamientos consagrados en la Constitución de 1961 fueron distorsionados produciéndose una fuerte intervención del Estado en la economía, limitando de manera flagrante el derecho de libertad económica de los particulares, intervención que no en todos los aspectos resultó eficiente y productiva.

Sentado lo anterior, se hace necesario destacar que la Constitución de 1999 adopta el sistema de economía social de mercado, lo cual pasará a comentarse a continuación.

2.2. Constitución de 1999:

De acuerdo con lo adelantado en el punto anterior, la Constitución de 1999 adopta el sistema de economía social de mercado, cuyos pilares fundamentales son la libertad económica y la cláusula del Estado Social.

En tal sentido, Brewer (2000, p.204) señala que la Constitución de 1999, siguiendo las orientaciones de la Constitución de 1961, establece un sistema económico de economía social de mercado que se fundamenta en los principios ya anotados, debiendo destacarse que la intervención del Estado se justifica en tanto y en cuanto la libertad económica debe desenvolverse conforme a los principios de justicia social.

El artículo 112 de la Constitución de 1999 consagra el derecho a la libertad económica de manera muy similar a la establecida en el artículo 96 de la Constitución de 1961.

Así, en el artículo 112 se establece que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia. Dicho derecho es limitable a través de las leyes, que deberán establecer limitaciones en atención al desarrollo humano, la seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras razones de interés social.

Asimismo, en el artículo 113 de la Constitución se establece la prohibición de los monopolios, así como también prevé la excepción referida al otorgamiento de las concesiones.

De manera que, la Constitución de 1999 pareciera que mantiene las disposiciones consagradas en la Constitución de 1961.

Sin embargo, es necesario hacer referencia al artículo 299 de la Constitución que establece el sistema económico escogido por el Constituyente. Para Rondón (2000, p.237) dicho artículo “está representada por una búsqueda de equilibrios entre las grandes corrientes económicas existentes en el mundo actual.”

En efecto, del artículo 299 de la Constitución de 1999, la referida autora distingue entre conceptos propios de una economía dirigida y conceptos de la economía de mercado. Así, señala que la justicia social, la protección del ambiente, solidaridad, economía dirigida, desarrollo humano integral, existencia provechosa para la comunidad son conceptos propios de una economía dirigida, en tanto que democratización, eficiencia, libre competencia, productiva y economía son conceptos de la economía de mercado.

No obstante lo anterior, Badell (2000, p.263) es del criterio que la nueva Constitución tiene un fuerte acento colectivista, que se evidencia con la inclusión del principio de solidaridad y de responsabilidad social.

Al respecto, el referido autor (2000, p.263) señala:

Estas declaraciones de principios contenidas en el nuevo texto constitucional no se corresponden con las corrientes políticoeconómicas contemporáneas, que colocando al individuo como eje del sistema económico establecen un equilibrio entre los principios de libertad económica e iniciativa privada con la promoción del desarrollo y bienestar social. No se observa dentro de los propósitos del Estado el fomento de actividades destinadas a la creación de riquezas, el empleo, o mejoramiento de la calidad de vida de la población; por el contrario, pareciera una Constitución propia de estados con sistemas económicos estatistas los cuales promueven formas de propiedad colectiva de los medios de producción.

Aun cuando para el autor antes mencionado, el régimen socioeconómico adoptado por el Constituyente de 1999 se corresponde con un régimen

estatista, no debe olvidarse que, el sistema económico de la Constitución de 1999 es el de la economía social de mercado que, como ya se apuntó, propende a la intervención del Estado en la economía, intervención que coexiste con la iniciativa privada, debiendo destacarse que se le pone acento –de manera expresa- a la protección de la libre competencia, o como textualmente señala el artículo 113 constitucional las “condiciones efectivas de competencia en la economía”.

Ahora bien, Hernández (2000a, p.99) sostiene que en determinados sectores económicos, la Constitución de 1999 prevé una intervención estatal que prácticamente reduce el ámbito de acción de la iniciativa privada.

En este orden de ideas, el régimen de intervención del Estado en la economía venezolana se desarrolla a través de las siguientes técnicas:

- (i) El estado promotor (promoción del desarrollo económico, de la iniciativa privada, de la agricultura, de la industria, del desarrollo rural integrado, de la pequeña y mediana industria, de la artesanía popular y del turismo).
- (ii) El Estado regulador, esto es, el texto constitucional establece una serie de atribuciones que facultan al Estado para regular el ejercicio de los derechos económicos mediante el establecimiento de los siguientes sistemas reguladores: el

régimen de la prohibición de monopolios (que ya se mencionó), el régimen de las concesiones estatales, el régimen de la política comercial y los ilícitos económicos.

- (iii) El Estado Empresario. Las disposiciones constitucionales en esta materia se refieren a la creación de empresas estatales, la reserva del Estado de la industria petrolera y de otras actividades económicas.
- (iv) El Estado Planificador.

Como se observa, la intervención estatal, de acuerdo con los términos de la Constitución de 1999, reduce ostensiblemente la iniciativa privada, aun cuando, en el artículo 112 se protege el derecho a la libertad económica, protección que pareciera quedarse como una mera fórmula constitucional. En tal sentido, Badell (2000, p.264) señala que la Constitución de 1999 “mantiene intactas las facultades de intervención del Estado en la economía”.

En otro orden de ideas, dado que la propia Constitución establece la economía social de mercado y el equilibrio entre lo público y lo privado, se hace preciso señalar que la libre competencia se erige como uno de los principios fundamentales del referido sistema económico, razón por la cual, a los efectos de la presente investigación, se hará referencia al

régimen de la libre competencia, lo cual se abordará en el Capítulo II de la presente monografía.

CAPÍTULO II
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA

Dado que la libre competencia constituye uno de los pilares básicos en los que se sustenta el régimen socioeconómico venezolano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, y teniendo en consideración que la presente investigación está referida a la intervención del Estado en la protección de la libre competencia, a los efectos de dar cumplimiento con los objetivos fijados en la investigación objeto de esta monografía, en el presente capítulo se hará referencia al régimen jurídico de la protección de la libre competencia en Venezuela.

En este sentido, se abordará lo relativo a la economía de mercado y la libre competencia, así como el marco constitucional -específicamente la Constitución de 1999- y el marco legal de dicho régimen jurídico.

1. Economía de mercado y libre competencia:

El concepto de economía de mercado es un concepto económico y no jurídico, razón por la cual las ciencias sociales y económicas no han llegado a caracterizar definitivamente los elementos típicos de este concepto.

No obstante, De León (1998, p.317) señala que la economía de mercado es un sistema económico dentro del cual operan la libertad de producción, la libertad de consumo, la libertad de trabajo en un mercado que regule eficazmente la oferta y la demanda.

En este orden de ideas, el referido autor (1998, p.317) citando a Ariño (1993, p.98) señala que no basta la libertad económica para asegurar la existencia de una economía de mercado. Así, dicho autor señala:

Para que exista una economía abierta y competitiva (economía de mercado) hacen falta varios elementos, como son: a) Reconocimiento del derecho a la propiedad y el derecho a la herencia como títulos esenciales en los que se basa la acción económica individual. b) El segundo elemento es la configuración de un mercado libre y abierto, entendiendo por tal en el que existen: libertad de empresa; libertad sindical y libre negociación de los factores de producción entre empresarios y sindicatos; libertad de transacciones económicas: libertad de pactos, de precios y de mercados, sin más limitaciones que las que se deriven de la existencia de monopolios naturales; regulación del mercado dirigida única y exclusivamente a asegurar su normal funcionamiento y a proteger la salud y buena fe de sus protagonistas (productores y consumidores).

De lo señalado anteriormente se desprende que la economía de mercado se caracteriza por la existencia de la libertad económica y la libre competencia, las cuales suponen la existencia de la libertad de contratación y de propiedad, que en última instancia son los elementos previos que se requieren para que existan intercambios y por ende, a que se constituya el mercado, siendo necesaria la intervención del Estado sólo

para asegurar el correcto funcionamiento del mercado y el juego de la oferta y la demanda.

Tal como se señalara en el Capítulo I de la presente monografía, el sistema de economía de mercado fue el sistema adoptado tanto por la Constitución de 1961 como la Constitución de 1999, motivo por el cual puede afirmarse que dicho sistema tiene bases constitucionales. Asimismo, la libre competencia viene aparejada con la consagración de la libertad económica y la existencia de un mercado regido por la libre entrada y salida de participantes.

Así, la competencia se refiere a una situación del mercado por la cual las empresas oferentes de bienes y servicios procuran de forma independiente mantener las preferencias del consumidor, a los fines de obtener un mayor nivel de utilidades y el incremento de sus ventas, trayendo como consecuencia una mayor participación en el mercado en el que actúan.

De esta manera, la competencia resulta de la participación libre en el mercado de aquellos sujetos que ofrecen bienes y servicios similares y, por otra parte, los consumidores finales que deciden libremente su opción de adquisición de esos bienes y servicios, basados en la información que sobre las características de los mismos tienen, esto es, precio, calidad y

garantías, sin que en estas decisiones intervengan elementos distintos a los del propio mercado.

La libre competencia supone el ejercicio por parte de los particulares, de la libertad económica, es decir, el libre acceso al mercado de distintos operadores económicos y el ejercicio de las actividades económicas con las limitaciones establecidas por la ley.

La libre competencia de acuerdo con lo señalado, opera dentro de un sistema de economía de mercado. La economía de mercado basada en la libre competencia se ha considerado como “el sistema más eficiente para la asignación de los recursos y, consecuentemente en que sirve mejor para el aprovechamiento de tales recursos y para impulsar el desarrollo económico” (Bercovitz, 2001, p.279).

En este sentido, siguiendo al referido autor (2001, p.280) un sistema de economía de mercado basado en la libre competencia implica el libre acceso al mercado de los sujetos que quieran operar en el él, esto es, la supresión de barreras que impidan la aparición de nuevas empresas, y, también que todos los operadores económicos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí.

Ahora bien, es necesario destacar que así como la libre competencia implica el nacimiento y acceso de nuevos operadores económicos al mercado, también supone la desaparición continua de empresas por no ser lo suficientemente aptas para mantener ofertas competitivas.

Dado que la libre competencia implica la existencia de multitud de operadores económicos en el mercado, compitiendo entre sí, el Estado debe intervenir, a los fines de mantener el equilibrio del mercado, la eficiencia económica y proteger el interés general, contra las prácticas *antitrust* que puedan llevar a cabo los distintos operadores económicos.

En función de esa denominación de la economía funcionando en condiciones de competencia como el modelo que mejor organiza esa faceta de la vida social, tal característica termina siendo protegida por el Estado como materia de interés general.

Además, el funcionamiento de los mercados es afectado por elementos estructurales, como la tecnología, la escala de producción, disponibilidad de recursos, número de participantes, factores de localización, entre otros, y por elementos conductuales, tales como las estrategias de los competidores, la rivalidad en precios, la publicidad, la introducción de nuevos productos. Es en virtud de esta influencia que es necesario

regular que los actores económicos no puedan afectar los elementos anteriores.

De esta manera, la intervención del Estado en la defensa de la competencia se justifica en la medida que el mercado se comporta de forma variable, dependiendo de cómo actúan los oferentes y demandantes, quienes están sujetos a reglas propias de actuación. Por tanto, en un momento determinado los sujetos que conforman el mercado pueden generar abusos, excesos e injusticias.

Estos abusos pueden causar daños menores al mercado, por lo que pueden pasar inadvertidos y se resuelven a través del Derecho Mercantil, esto es, derecho privado; pero en otros casos, los daños al mercado son de tal envergadura que pueden afectar a los compradores, vendedores, proveedores y otros sujetos, produciéndose lo que se ha denominado una “afectación al mercado” (Barberi y Rivero, 2000, p.12), supuesto en el cual se hace necesaria la intervención del Estado.

En este orden de ideas, debe destacarse que Aguilar (2002, p.185) sostiene que la regulación económica constituye un régimen de intervención pública distinto al de la defensa de la competencia, ya que la regulación actúa en función de las fallas de mercado que impiden la libre competencia y la defensa de la competencia supone la existencia de un

mercado *per se* competitivo, en el cual los operadores económicos pueden abusar de su poder de mercado.

Cuando se produce una afectación al mercado, se afecta el orden público económico, motivo por el cual ha surgido la legislación protectora de la libre competencia para garantizar el correcto funcionamiento del mercado y sancionar a quienes pretendan impedir su normal desarrollo.

Por tal razón, el derecho de la competencia surge para limitar los excesos de la libre competencia en el ámbito privado e implantar un marco normativo para la lucha competitiva entre las empresas, porque una competencia sin reglas llevaría a la desaparición de la competencia efectiva.

En este orden de ideas, Baño León (1996, p.22) citado por Barberi y Rivero (2000, p.14) sostiene:

...es por esta transformación de una parte de la competencia mercantil en un asunto de *interés público*, por lo que la Administración ha sido llamada a la tarea de intervenir en este ámbito aparentemente dominado por el derecho privado, lo cual se ha logrado con la creación de instituciones u organismos de naturaleza administrativa en los cuales convergen las potestades de investigación, la facultad de dictar por sí mismos órdenes de cese y desistimiento de cualquier forma desleal de competencia o de actos fraudulentos con la posibilidad de imponer sanciones...”

Por tanto, en la mayoría de los países que cuentan con legislación de defensa de la competencia, se han creado órganos de naturaleza administrativa para el cumplimiento de las funciones de protección de la libre competencia.

De esta forma, la legislación protectora de la libre de competencia, tiene su razón de ser en que el Estado debe intervenir para tutelar el interés general, siendo que la protección de la libre competencia y la eficiencia del mercado se encuentran dentro de este interés.

Es así como, en Venezuela puede hallarse en la Constitución la regulación general de la libre competencia, toda vez que implica el ejercicio de la libertad económica. Asimismo, esta regulación constitucional encuentra su desarrollo en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (publicada en la Gaceta Oficial N° 34.880 de fecha 13 de enero de 1992).

En consecuencia, corresponde hacer referencia al régimen jurídico de la protección de la libre competencia en Venezuela.

2. Régimen jurídico de la protección de la libre competencia en Venezuela:

Tal como se ha señalado en la presente monografía, tanto la Constitución de 1961 como la de 1999 adoptan el sistema de economía de mercado,

cuyos pilares fundamentales son la libertad económica y la libre competencia entre los sujetos económicos.

Siendo ello así, pudiera pensarse que desde 1961 en Venezuela existe un régimen jurídico para la defensa de la competencia, dado el sistema económico adoptado. Sin embargo, ello no fue así, ya que desde 1961 hasta 1991 las garantías económicas estuvieron suspendidas, observándose una fuerte intervención del Estado.

Una vez que se restituyeron las garantías económicas consagradas en el artículo 96 de la Constitución de 1961, se volvió imperiosa la necesidad de sancionar un instrumento legal que regulara las reglas para una competencia efectiva.

De esta manera, casi treinta años después de sancionada la Constitución de 1961, y luego de dieciocho años de discusiones en el extinto Congreso Nacional, fue que el legislador sancionó la ley que vino a regular y proteger la libre competencia en la economía venezolana, vale decir, la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia.

Además, en complemento de la referida ley, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, ha dictado una serie de normas complementarias. Por otra parte, se encuentran las regulaciones

de la Comunidad Andina de Naciones, las cuales junto con los reglamentos de la Superintendencia integran un conjunto normativo en materia de promoción y protección de la libere competencia.

De manera que, el régimen jurídico de la protección de la libre competencia en Venezuela se encuentra plasmado en la Constitución, en la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia, las resoluciones y demás actos dictados por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y las regulaciones de la Comunidad Andina de Naciones.

A los efectos de la presente investigación, se hará referencia a la Constitución de 1999 y la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia.

2.1. Marco constitucional: Constitución de 1999

La regulación general de la libre competencia se encuentra en las normas que establecen los derechos económicos, específicamente en los artículos 112, 113, 114 y 299 de la Constitución de 1999.

El artículo 112 consagra el derecho a la libertad económica, tal como se señalara en el capítulo anterior, en tanto que el artículo 113 establece la prohibición de los monopolios, así como el abuso de la posición de

dominio y garantiza que el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos negativos de los monopolios, el abuso de la posición de dominio; y el artículo 114 establece expresamente que los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados conforme a la Ley.

Asimismo, el artículo 299 dispone que el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente y solidaridad.

De los referidos artículos brevemente señalados, se desprende que la protección a la libre competencia tiene rango constitucional, y ello se explica por el sistema económico establecido en la Constitución de 1999, que consagra la economía de mercado siempre bajo el régimen de libre competencia.

En este orden de ideas, la libre competencia se constituye en un principio del orden socioeconómico, de modo que aparece reforzada en la Constitución de 1999. Además, debe notarse que el artículo 113 establece un mandato a los poderes públicos, cual es asegurar las condiciones efectivas de competencia en la economía.

En tal sentido, en Venezuela, la protección de la libre competencia está estrechamente vinculada con el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa. En efecto, y siguiendo a Navarro (1999a, p.99) la protección y defensa de la libre competencia está implícita en el referido derecho constitucional al establecerse los límites dentro de los cuales las personas podrán ejercer la actividad económica de su preferencia, garantizando que no se produzcan maniobras abusivas que restrinjan la libertad económica.

Por tanto, las normas constitucionales que protegen la libre competencia han sido desarrolladas a través de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, ley que se dicta en virtud del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, que ha dado origen a la intervención normativa del Estado que tiene por objeto la defensa y protección de la libre competencia dentro del mercado.

Así, la defensa y protección de la libre competencia se circunscribe al mercado como una institución, en beneficio de los productores y los consumidores, por lo que se persigue la defensa del orden público económico y no la resolución de los conflictos privados que puedan surgir entre estos agentes económicos.

De manera que, las prácticas prohibidas tipificadas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia buscan proteger al mercado y los agentes que participan en él, vale decir, la defensa del libre acceso, de modo que cuando se produzcan prácticas que impidan éste, el Estado entrará a defenderlo.

Sentado el marco constitucional de la protección de la libre competencia, corresponde hacer referencia al marco legal constituido por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

2.2. Marco legal: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia:

El artículo 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia establece el objeto de la misma, cual es promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia es una ley con carácter de orden público, motivo por el cual se encuentra por encima de la actividad contractual de los particulares, ya que el objeto de

la Ley es la protección de la libre competencia y la libertad económica consagradas en la Constitución.

Asimismo, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia es una ley especial frente a las demás leyes que hacen mención a la protección a la libre competencia –Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, por ejemplo– razón por la cual los conceptos de mercado y libre competencia son distintos entre esta ley y las otras, que tienen un alcance sectorial, por lo que es labor del operador jurídico armonizar la interpretación de los referidos conceptos en aras de garantizar la efectiva protección a la libre competencia, al mercado y los oferentes, independientemente del sector en que actúen.

Es así que, del artículo 1 de la Ley se desprende que el objeto de ésta es proteger el mercado como institución y como interés general tutelado por el orden público económico.

En este sentido, dicha protección encuentra su fundamento en el reconocimiento a la libertad económica de los particulares, libertad que puede ser limitada por el Estado a través de la defensa de la competencia, a los fines de garantizar un mercado libre y eficiente.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley establece la definición de libre competencia. De conformidad con el referido artículo, hay libre competencia cuando existen las condiciones necesarias para que cualquier sujeto económico (oferente y demandante) tenga “completa libertad” de entrar o salir del mercado.

No obstante, y siguiendo a Hernández (2000a, p.125) el concepto contenido en la Ley no es del todo exacto, ya que el concepto de libre competencia no depende de la completa libertad de entrada y salida del mercado, sino de la aptitud que tienen los oferentes y demandantes de fijar las condiciones de sus intercambios dentro del mercado.

Por tanto, para Hernández (2000a, p.126) en Venezuela rige el concepto de competencia efectiva o plausible y no el concepto de competencia absoluta. Es por ello, que el artículo 113 de la Constitución de 1999, hace referencia a la implementación de condiciones efectivas de la competencia, mas no a condiciones absolutas.

El artículo 2 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la Ley. Este ámbito de aplicación puede analizarse desde el punto de vista subjetivo y objetivo.

En relación con el ámbito subjetivo, vale decir, los sujetos pasivos de la aplicación de la Ley, el artículo 4 contempla dos supuestos: (i) todas las personas jurídicas y naturales públicas o privadas que, con o sin fines de lucro realicen actividades económicas en el territorio nacional y, (ii) aquellas personas que no ejercen directamente actividades económicas, pero agrupan a quienes las realizan.

El cuanto al ámbito objetivo de la Ley, son susceptibles de fiscalización y sanción todas aquellas actividades que sean perjudiciales para la libertad económica y la libre competencia, de conformidad con el artículo 5 *ejusdem*.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley contiene una prohibición general, según la cual una conducta podrá ser anticompetitiva si los efectos que genera sobre el mercado son dañosos, esto es, se está ante una prohibición general por los efectos de dichas actividades sobre el mercado.

Asimismo, en la Ley se encuentran las prohibiciones particulares, esto es, aquellas actividades calificadas por ésta como prácticas anticompetitivas en sí mismas. Se diferencian de las prácticas previstas en el artículo 5 en que independientemente de los efectos que generen sobre el mercado, están tipificadas como prácticas anticompetitivas por su naturaleza.

Además, en el texto legal in comento se crea la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, como órgano de carácter administrativo de defensa de la competencia “capaz de evitar que se produzcan ‘maniobras abusivas encaminadas a obstaculizar o restringir esa libertad económica’, es decir, que no haya posibilidad de influir en el mercado afectando las leyes que lo regulan y por ende que afecten la libre competencia” (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de fecha 24 de septiembre de 1997, caso Aeropostal).

Es importante destacar que la referida Superintendencia será objeto de un análisis más detallado en el Capítulo V de la presente monografía.

De igual manera, en la Ley se establecen las actividades reguladas, las actividades prohibidas, la regulación organizativa y estructural de la Superintendencia, sus atribuciones, los procedimientos administrativos para la determinación de conductas prohibidas, los procedimientos para el otorgamiento de las autorizaciones previstas en la Ley, el régimen sancionatorio y los recursos.

Señalado como ha sido el régimen jurídico de la protección de la libre competencia en Venezuela, en el próximo capítulo se abordará el tema

del servicio eléctrico en Venezuela desde la perspectiva de los servicios públicos liberalizados, dado que se trata de actividades económicas objeto de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

CAPÍTULO III

RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO ELÉCTRICO EN VENEZUELA

El servicio eléctrico ha sido considerado tradicionalmente como un servicio público, esto es, constituye una actividad prestacional del Estado, pero al mismo tiempo puede concebirse como una actividad económica.

Por tal motivo, se ha considerado pertinente, a los efectos de la presente monografía hacer referencia al servicio eléctrico en Venezuela, desde la perspectiva de la noción clásica o tradicional del servicio público y su evolución a los servicios liberalizados, en los que la libre competencia resulta fundamental, dado el nuevo rol del Estado en la intervención en el orden económico.

1. Noción clásica de servicio público:

El servicio público ha sido considerado tradicionalmente como una técnica de intervención del Estado en la economía, a tal punto que para el jurista francés León Duguit, el servicio público constituye la esencia misma del Estado.

Respecto al servicio público, se ha considerado que resulta difícil definir qué debe entenderse por tal, es decir, es un término multívoco que admite tantas acepciones como autores y corrientes doctrinarias existen.

Tradicionalmente, el servicio público se ha encuadrado dentro de la actividad prestacional del Estado, esto es, el Estado presta servicios que tiene por fin la satisfacción de las necesidades colectivas.

A los efectos de la presente monografía, se ha considerado **útil utilizar** la definición que sobre servicio público elaboró el autor Peña (2002, p.433), por cuanto contiene los caracteres esenciales de la noción clásica de servicio público. En efecto, el mencionado autor define al servicio público como:

La actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal, por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública, y por tanto, sujeta a un régimen de Derecho Público.

De la definición anterior destacan los siguientes elementos:

- (i) El servicio público es una actividad administrativa de carácter prestacional, esto es, un hacer, una prestación.
- (ii) El servicio público tiene por finalidad la satisfacción de necesidades colectivas, lo que supone que cualquiera sea la modalidad utilizada por la Administración para la prestación del

servicio, ésta debe ser consustancial al deber de tutelar el interés público establecido por la Ley.

- (iii) Siendo el fin del servicio público la satisfacción de necesidades de la colectividad, el servicio no podrá ser interrumpido o suspendido salvo casos de fuerza mayor, lo que supone que el servicio debe funcionar regularmente sin interrupción.
- (iv) La reserva al Poder Público o *publicatio*, esto es, la legitimación para la intervención administrativa en las actividades de los ciudadanos, intervención que en su grado de mayor intensidad implica la reserva al sector público de actividades, y la exclusión del ámbito de todas esas actividades de la esfera de actuación de los particulares.
- (v) Dependiendo de la intensidad de la *publicatio*, la Administración puede gestionar directamente el servicio, a través de las personas jurídicas que cree para tal fin o puede gestionar indirectamente el servicio mediante concesiones otorgadas a los particulares.
- (vi) El servicio público se caracteriza por estar configurado en un régimen de Derecho Público, esto es, se rige por normas del Derecho Administrativo.

Los elementos señalados anteriormente, se corresponden con la noción clásica de servicio público. Además, los servicios públicos se rigen por los

siguientes principios: igualdad, continuidad-regularidad y mutabilidad o adaptación. ¿estos principios provienen del derecho administrativo?

Hace falta un subtítulo aquí

Sin embargo, la incapacidad del Estado para prestar eficientemente los servicios públicos creo que fue incapaz de prestar directamente y de administrar las prestaciones de particulares de modo eficaz también... creo que sería bueno que describieras la conformación del sector porque sí había actividad privada previo a la liberalización, sólo que tenía un régimen sui generis, trajo como consecuencia servicios de calidad deficiente que no cumplían con su función social y por ende, no satisfacían las necesidades de todos los ciudadanos, aunado a las deficiencias económicas del propio Estado y la prohibición a los particulares de acceder a la prestación de dichos servicios, lo que condujo al replanteamiento de la noción de servicio público, lo que no implicó su desaparición como quiso sostenerse alguna vez, sino que supuso el replanteamiento de esta noción. ¡sa este párrafo es muy denso e importante. ¿crees que podrías dosificarlo para que no se pierda nada?

En este orden de ideas, es necesario destacar que la crisis de los servicios públicos fue una de las tantas consecuencias que produjo la crisis del Estado Social de Derecho, debido a las razones anotadas anteriormente que se traducían en desigualdades dentro del mercado, y

por ende, en ausencia de competencia en determinados sectores, tales como la electricidad y las telecomunicaciones.

Como consecuencia de lo anterior, muchos servicios públicos se liberalizaron, esto es, se les despojó de la titularidad estatal, la cual se traspasó a los particulares, quienes comenzaron a prestarlos dentro del mercado en condiciones de libre competencia, igualdad y libre competencia, lo que condujo al nacimiento del denominado “nuevo servicio público”, lo cual se tratará a continuación.

2. Liberalización de servicios públicos:

De acuerdo con lo señalado anteriormente, la crisis del Estado Social de Derecho condujo a la crisis de los servicios públicos tradicionales. En este sentido, dicha crisis tenía relación no con la prestación en sí de los servicios, sino con los modos de intervención del Estado en dicha prestación.

Así, la intervención del Estado en los servicios públicos era sumamente intensa, aun cuando la prestación resultaba ineficiente y los ciudadanos no se veían favorecidos por éstas, además que debido a la titularidad pública, los particulares no podían acceder a la prestación de dichos

servicios y no existían condiciones de mercado y mucho menos de libre competencia.

Bajo el esquema de intervención clásica, el Estado se constituía en un sustituto del mercado. Este esquema rigió para los servicios públicos de redes, esto es, agua, transporte, electricidad y telecomunicaciones, en los cuales el Estado, sustituyendo al mercado asumía la mayoría de las decisiones: “la planificación, la inversión a realizar, la financiación, el régimen contable, los precios de todo tipo, la optimización y dirección de la explotación y, en fin, hasta las más pequeñas decisiones empresariales quedaban determinadas, condicionadas o simplemente ordenadas por la autoridad” (Ariño, 2001, p.562).

Quiere decir que la intervención del Estado sobre estos servicios públicos era muy intensa, dado que en la mayoría de los casos dichos servicios se encontraban reservados a la titularidad estatal, esto es, los particulares no podían prestarlos u operarlos, sino sólo a través de concesiones.

Todo lo anterior condujo al replanteamiento del rol del Estado en la intervención de la economía, y por ende, de la noción clásica de servicio público.

Creo que estos tres párrafos deberían pasar a la sección precedente. De paso sea dicho están muy buenos... creo que deberías amalgamarlos con

los elementos que venías trabajando y dejar en este aparte el tema de liberalización solamente.

En tal sentido, el nuevo modelo de regulación económica se basa en la libre competencia, es decir, una regulación conforme al mercado, lo que significa que la regulación no desaparece, ya que siempre será necesaria, sino que ella debe ser complementaria y subsidiaria del mercado, esto es, regulación y mercado deben actuar en equilibrio.

Dentro de este contexto surge la liberalización, la cual a decir de Rivero (2001, p.34) “se traduce en la ruptura de los monopolios estatales, las desnacionalizaciones y la sustitución de concesiones por licencias, lo que determina la despublicación de los clásicos servicios públicos (energía, transportes, telecomunicaciones)”.

De esta manera surgen los servicios públicos liberalizados, cuya base se encuentra en la eliminación de la publicatio de la actividad del respectivo sector.

En este orden de ideas, se estima preciso señalar que la liberalización no supone la desaparición total de la publicatio o titularidad estatal, sino que ésta se matiza en distintos grados de intensidad, según la política legislativa y el grado de intervención del Estado en el sector de que se

trate. Así, se puede hacer referencia a la publicatio intensa, a la media y a la mínima.

En todo caso, con la liberalización de servicios públicos, la publicatio subsiste, pero el grado intenso de intervención estatal se sustituye por un contexto de economía de mercado, en el que la competencia constituye uno de los pilares fundamentales.

En consecuencia, bajo esta perspectiva, el servicio público no desaparece como institución, sino que se reduce a la forma de servicio universal, es decir, aquellas obligaciones que deben cumplir los operadores de los servicios liberalizados a los fines de garantizar a los ciudadanos el acceso al servicio, sin discriminación, a tarifas asequibles, sin tomar en cuenta características personales o territoriales. **Creo que sería buen precisar un poco más la definición de servicio universal porque eso determina a futuro algunas condiciones para los operadores.**

De manera que, la liberalización de servicios públicos consiste en el paso de un sistema de titularidad estatal y regulación total de la actividad, a un sistema abierto fundamentado en la libertad de empresa, lo que implica la libertad de entrada al mercado, aun cuando los operadores deben cumplir con las obligaciones de servicio público (servicio universal), pero con libertad de precios, modalidades de prestación, lo que en definitiva se

traduce en un régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial dentro de un mercado en el cual oferentes y demandantes actúan independientemente entre sí.

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, los servicios públicos presentan las siguientes características:

- (i) La eliminación de la publicatio.
- (ii) El régimen de libre competencia, lo cual supone la separación de actividades competitivas y actividades no competitivas.

En este orden de ideas, vale la pena destacar que muchas de las actividades que se realizan para la prestación de servicios públicos constituyen monopolios naturales o debido a las infraestructuras requeridas para la prestación no resulta rentable o viable económicamente para los particulares asumirlas, o, simplemente por su carácter estratégico es conveniente que el Estado se reserve su realización, razón por la cual, se hace necesario separar estas actividades de aquellas que por su naturaleza pueden competir dentro del mercado en un régimen de libre competencia.

Como se observa, la liberalización de servicios no implica que el Estado no intervenga en la ordenación del sector liberalizado, sino que esta intervención se orienta hacia una perspectiva basada en el

reconocimiento de la libertad económica y la libre competencia entre los operadores económicos.

Por tanto, la liberalización de servicios públicos debe ser vista como una política estatal mediante la cual se fomenta la iniciativa privada y la libre competencia en actividades en las cuales originalmente no cabía la competencia por cuanto se encontraban reservadas a la titularidad pública.

Así las cosas, en Europa se produjo el fenómeno de la liberalización de los grandes servicios públicos como energía y telecomunicaciones con las características ya anotadas.

Isa creo que desde los párrafos que subraye hace rato hasta acá puedes abrir una sección referida a la liberalización y regulación. De hecho, creo que deberías reordenar el capítulo y pasar los temas de sector eléctrico cuando hayas terminado esta sección, para lo cual ya tendrías incluso los párrafos de conexión. Terminado ese tema, entonces abriría la sección relacionada con las críticas que ha recibido el proceso de liberalización en Venezuela. En ese aparte, previo a las críticas haría falta un poco más de información respecto a cómo se hizo efectivamente esa apertura, incluso en el tiempo, para que los comentarios subsiguientes tengan mayor pertinencia.

En Venezuela, se produjo un proceso similar a partir de 1999 con la liberalización de sectores como las telecomunicaciones y la electricidad, sector éste que constituye objeto de la presente monografía.

Sin embargo, la política liberalizadora iniciada en el país a partir de 1999 en los sectores antes mencionados, ha sido objeto de críticas. En este sentido, vale la pena resaltar la opinión de Badell (2002b, p.120) sobre el particular.

En efecto, el mencionado autor (2002b, p.120) sostiene que el Estado venezolano no se ha caracterizado por tener una política liberalizadora de los servicios públicos, ya que el modelo de Estado establecido en la Constitución de 1999 es intervencionista, “pero no como un ente regulador y fiscalizador de las actividades económicas de los particulares, sino como un gestor de las mismas, lo cual es incompatible con el proceso liberalizador de los servicios públicos.”

No obstante la apreciación del referido autor, resulta incuestionable el hecho de que a partir de 1999 se ha producido en Venezuela un proceso liberalizador de servicios públicos, específicamente electricidad, telecomunicaciones e hidrocarburos, proceso que se encuentra plasmado en los respectivos textos legales, que evidencian un serio intento del legislador de cambiar la orientación del rol del Estado en la intervención

en el orden económico, además de que la Constitución de 1999 consagra el sistema de economía de mercado, cuyos pilares son la libertad de empresa y la libre competencia, motivo por el cual, al menos en el aspecto teórico, la liberalización de servicios resulta compatible con los postulados de la Constitución Económica.

Después de las consideraciones anteriores, corresponde hacer referencia al sector eléctrico venezolano, ya que como se indicó es un servicio recientemente liberalizado.

3. Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela:

Tradicionalmente, el sector eléctrico ha estado fuertemente intervenido por el Estado, ya que presenta las características de un monopolio natural, **Isa ¿podrías definir monopolio natural al pie de página?** además que por su naturaleza se hace necesario asegurar a todos los sectores de la sociedad, incluso aquellos que carecen de recursos para costear el suministro de energía eléctrica, y a los fines de evitar la limitación de nuevas empresas al mercado. **Cada uno de los componentes de este párrafo es complejo y tiene consecuencias importantes y diferenciables desde el punto de vista del diseño de la regulación. Fíjate que la característica de monopolio natural es un tema de la tecnología y e la escala de producción que le confiere una morfología particular al**

mercado, pero el tema de acceso para todo el mundo y la naturaleza del bien, son elementos normativos o valorativos que introduce el Estado. En ese sentido creo que ameritan comentarios previos antes de poder desprender deducciones de la yuxtaposición de esos elementos. El último elemento, relacionado con evitar la limitación de nuevas empresas, no lo entendí en el contexto en que lo expones.

En Venezuela, antes de la entrada en vigencia de la Ley del Servicio Eléctrico en 1999 y su posterior reforma en el año 2001, de la cual derivó la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico actualmente vigente, en lo relativo al sector eléctrico no hubo reserva del Estado de tal sector, por lo que no había impedimento para que empresas públicas y privadas participaran en él. **Isa creo que este párrafo está enredado, sí se entiende, pero...**

No obstante, la intervención del Estado en este sector fue muy intensa, a tal punto que la mayoría de las empresas que operan en el mismo son empresas públicas.

2.1. Antes de 1999:

Antes de 1999, la estructura regulatoria que regía al sector eléctrico, de acuerdo con informe elaborado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (1999, p.11) no había

sido del todo transparente, en el sentido que no existía un texto legislativo que definiera claramente las reglas en el referido sector, así como tampoco lo regulaba.

En este orden de ideas, el citado informe (1999, p.11) sostuvo que el sector eléctrico venezolano estaba regulado por normas dispares y de variada índole, siendo que estas regulaciones eran de naturaleza administrativa, por ejemplo, decretos y reglamentos ejecutivos, los cuales por su naturaleza son de fácil modificación, por lo que, en el referido informe se sostuvo:

Es por tanto, un marco regulatorio poco creíble e incapaz de brindar estabilidad y confianza a potenciales inversionistas en los mecanismos de control existentes y en las instituciones encargadas de supervisar y planificar las actividades del sector.

El esquema regulatorio actual responde a una concepción de regulación tradicional y en consecuencia enfatiza la necesidad de controlar “desde fuera” la conducta y el desempeño de las empresas que operan en el mismo.

En efecto, el funcionamiento del sector eléctrico venía siendo regulado por el Decreto N° 2383 de fecha 18 de junio de 1992, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros por el cual se establecían las “Normas para el desarrollo del Servicio Eléctrico”.

Otro Decreto al que hay que hacer referencia es el Decreto N° 2384 de fecha 18 de junio de 1992 por el cual el Presidente de la República

autorizaba al Ministerio de Energía y Minas para constituir la Fundación para el Desarrollo del Servicio Eléctrico (FUNDELEC), la cual elaboraría y analizaría los proyectos necesarios en materia de regulación eléctrica, así como asesoría relativa a las condiciones técnicas para la prestación del servicio eléctrico, uso racional de la energía, aplicación de metodologías tarifarias, aplicación adecuada de las tarifas, entre otras.

Posterior a los decretos señalados anteriormente, se dictó el Decreto N° 1558 de fecha 30 de octubre de 1996 por el cual se dictaron las Normas para la Regulación del Sector Eléctrico, las cuales regulaban el servicio público nacional de electricidad que comprende las actividades de generación, despacho de cargas, transmisión, distribución, comercialización venta de potencia y energía eléctrica entre las empresas del sector.

Es de destacar que, en el referido decreto se estableció que el servicio eléctrico es un servicio público, lo que a decir de Ortiz y Fischbach (1998, p.98) “no es contrario en ningún supuesto a la posibilidad de prestación privada del servicio de energía eléctrica”, ya que el mencionado sector no había sido reservado al Estado.

En este sentido, de conformidad con el decreto que se comenta, el Estado asume el control y regulación del servicio eléctrico, pero permitiendo el libre acceso de los particulares dentro de este sector.

Asimismo, en el decreto se creaban nuevos organismos de coordinación dentro del sector eléctrico.

Es así que, bajo el esquema vigente antes de 1999 los organismos públicos que regulaban y supervisaban el sector eléctrico eran: el Ministerio de Energía y Minas, la Comisión Reguladora de Energía Eléctrica, la Fundación para el Desarrollo del Sector Eléctrico y el Centro Nacional de Despacho de Cargas.

Como complemento de los decretos anteriormente mencionados, dentro del sector eléctrico subsistían normas de vieja data como la Ley de Servidumbres de Conductores Eléctricos del año 1937. Asimismo, diversas leyes contenían disposiciones relativas a dicho sector como por ejemplo, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, leyes y decretos en materia ambiental, la Ley de Protección al Consumidor, entre otras.

Se observa que no existía un régimen jurídico del servicio eléctrico antes de 1999, o dicho de otro modo, dicho régimen jurídico se encontraba

disperso en diversas normas de rango sublegal, con lo cual se evidencia el grado de intervención del Estado, o específicamente, del Ejecutivo Nacional en el referido sector, si bien es cierto que no se encontraba reservado a la titularidad estatal, muy pocas empresas privadas tenían participación en él.

En consecuencia, de acuerdo con el informe presentado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, la situación del sector eléctrico en Venezuela era la siguiente:

a) Generación:

En la fase de generación, el sector eléctrico se comporta como un mercado concentrado, porque un gran porcentaje de las ventas es realizado por pocas empresas. Sin embargo, como se ha mencionado ya en este informe, este nivel presenta características que propician el desarrollo de un mercado competitivo.

b) Transmisión:

Bajo la regulación vigente la Oficina de Operación de Sistemas Interconectados (OPSIS) es el órgano encargado de coordinar y dirigir todas las actividades del sistema de transmisión a escala nacional. Una característica importante de este sistema es que impide el libre acceso a su red por parte de consumidores industriales, los cuales deben aceptar el precio y calidad que le impone la empresa eléctrica que presta el servicio en la localidad geográfica donde está ubicada. En la transmisión, el sistema de interconexión nacional más la red troncal constituyen un monopolio natural.

c) Distribución:

En la fase de distribución, la existencia de importantes barreras a la entrada tales como el acceso al sistema de

interconexión y la existencia de grandes economías de escala, dificultan el desarrollo de una estructura competitiva. Esto trae como consecuencia que en cada zona geográfica pueda operar eficientemente una sola empresa. (1999, pp.10-11)

Además, expresa el referido informe que bajo el esquema regulatorio señalado anteriormente, los usuarios no tenían la posibilidad de comprar electricidad a una empresa distinta a aquella que suministraba energía en sus respectivas localidades geográficas, lo que traía como consecuencia que se restringía la posibilidad de sustituir a un proveedor por otro cuando aquel incrementaba los precios de sus servicios (Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, 1999, p.11).

De manera que, si bien el sector eléctrico en Venezuela no se encontraba reservado al Estado, su intervención era tal que no había libre competencia entre los operadores del sector y los usuarios, razón por la cual se inició un proceso de redefinición del marco regulatorio que regía al sector eléctrico, y por consiguiente su liberalización.

Por tanto, se requería de una ley formal que regulara al sector eléctrico y estableciera los principios de libre competencia y libertad económica consagrados en la Constitución de 1961, así como la garantía del suministro eléctrico.

En este sentido, la necesidad de una normativa global que unificara el régimen jurídico del sector eléctrico se hizo sentir en Venezuela desde la década de los setenta. Así, en 1979 una Comisión ad hoc presentó un informe en el que proponía la promulgación de una Ley Orgánica de Energía Eléctrica que estableciera las competencias de todos los entes involucrados en el sector eléctrico y señalara los lineamientos que habrían de regir en dicho sector.

Igualmente, el Decreto N° 2283 de junio de 1992 disponía que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica debía elaborar un proyecto de Ley Marco para el sector eléctrico nacional.

Así las cosas, en 1999 entró en vigencia la Ley del Sector Eléctrico, la cual tenía por finalidad estimular e incentivar la libre iniciativa privada y la libre competencia, garantizando la protección de la continuidad del suministro eléctrico.

2.2. Régimen actual:

El régimen jurídico actual se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en la Gaceta Oficial N° 5568 Extraordinario de fecha 31 de diciembre de 2001, así como en el Reglamento General de la

Ley del Servicio Eléctrico, publicado en la Gaceta Oficial N° 5510 Extraordinario de fecha 14 de diciembre de 2000.

Es de resaltar que antes de la entrada en vigencia de la referida Ley, en 1999 se dictó la Ley del Sector Eléctrico, la cual fue derogada por la Ley orgánica del Servicio Eléctrico, manteniéndose vigente el Reglamento General publicado en diciembre de 2000.

El modelo adoptado por la derogada Ley del Servicio Eléctrico conciliaba –con dificultad- la libre competencia con la garantía de suministro eléctrico. Este carácter consensuado de la Ley, la hacía incurrir en ambigüedades que permitían a la Administración adoptar dos marcos regulatorios muy distintos en el desarrollo de estas disposiciones legales.

Dado que la Ley del Servicio Eléctrico fue sancionada unos meses antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1999, la Asamblea Nacional decidió modificar la ley para adaptarle a la nueva Constitución y además otorgarle el rango de Ley Orgánica, de forma que el 31 de diciembre de 2001 se publicó en la Gaceta Oficial, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico que se encuentra actualmente vigente, la cual no sufrió mayores modificaciones y su esencia es la misma respecto a la ley derogada.

Hernández (2001c, p.80) señala que “la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico es una Ley de liberalización del mercado eléctrico, que todas las actividades de ese mercado (generación, transmisión, comercialización y distribución) se rigen por los principios de libertad económica y libre competencia, previstas en los artículos 112 y 113 constitucionales.”

De manera que, la liberalización y reordenación del sector eléctrico se fundamenta en la protección y estímulo de la libre competencia y la garantía del suministro eléctrico, a los fines de fomentar la libre iniciativa privada en régimen de libre competencia, reduciendo las trabas administrativas impuestas por el Estado. Sin embargo, tal y como se ha señalado, la regulación administrativa siempre será necesaria, sobre todo en el sector eléctrico.

Ello es así porque en el servicio eléctrico está especialmente involucrado el interés general, dado su carácter indispensable para los ciudadanos, además de su naturaleza propia y sus condiciones de organización y funcionamiento.

Es de destacar que tanto la Ley del Servicio Eléctrico de 1999 como la vigente Ley Orgánica del Servicio Eléctrico declaran como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

En tal sentido, las consecuencias jurídicas de tal declaración se concretan en lo siguiente: si bien el artículo 4 de la Ley Orgánica hace la declaración de servicio público, ello no supone que el Estado se ha reservado para sí la titularidad del servicio, antes por el contrario, no se observan en la Ley la realización de actividades prestacionales por parte de la Administración, sino más bien impuestas a los operadores económicos, razón por la cual, a pesar de tal declaración, el reconocimiento a la libertad de empresa de los referidos operadores se mantiene intacta.

Así, Hernández(2001c, p.85) sostiene que la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia ha considerado que la sola declaración de una actividad como servicio público no supone su reserva al Estado. A igual conclusión arriba la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, de acuerdo con el referido autor, cuando señala que la consideración de las actividades del sector eléctrico como servicio público no implica la inaplicación de las normas sobre libre competencia ni la proscripción de la libertad económica. **Isa: cuando dices que no supone su reserva al Estado eso implica también que no se trata de una actividad protegida pro Ley... te lo pregunto en virtud de comprenden el alcance, en este contexto, la excepción prevista en el artículo 6 de la Ley Procompetencia.**

De esta manera, en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico se encuentran reguladas algunas actividades del sector eléctrico sujetas a un régimen de “competencia relativa” (Garrido, 2002, p.31) y otras en régimen de concesión.

Así, la generación y la comercialización quedan abiertas a un régimen de competencia relativa y las actividades de transmisión y distribución están sujetas al otorgamiento de concesiones.

No obstante, aunque la generación y la comercialización están sujetas a un régimen de competencia, se encuentran reguladas por la Administración, mediante técnicas de intervención que inciden en la libertad económica. Además, el mercado de dichas actividades puede presentar fallos que suponen importantes barreras que pueden afectar la libre competencia, y por ende, la libre competencia.

Por otra parte, si bien las actividades de transporte y distribución se encuentran sujetas a régimen no competitivo, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico trae disposiciones que permiten considerar que se favorece la libre competencia. En este sentido, el artículo 7 recoge el principio de acceso a las redes eléctricas, por el cual todos los operadores podrán acceder a las redes de transporte y distribución, sin que su propietario o gestor pueda injustificadamente negar el referido acceso.

Las consideraciones anteriores obedecen a lo señalado en el Capítulo II de la presente monografía, en el sentido de que la libre competencia y la libertad económica no tiene carácter absoluto, por lo que su limitación es posible debido a que rige el principio de competencia plausible, esto es, la competencia imperfecta, practicable o eficaz.

Por tanto, la Administración puede afectar el principio de libertad que rige para las actividades que integran el sector eléctrico para garantizar el suministro eléctrico.

Nótese que se hace referencia a la intervención de la Administración para restringir la libre competencia en aras de tutelar un interés general como lo es el suministro eléctrico a todos los ciudadanos, pero dichas restricciones no pueden ser desplegadas por los particulares, ya que éstos incurrirían en prácticas restrictivas de la competencia tipificadas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Otro aspecto a destacar en el régimen jurídico del servicio eléctrico es la separación de actividades, previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico. La separación de actividades “obliga a las empresas existentes a realizar la desintegración vertical o separación de sus

actividades de transición, el cual contempla la celebración de convenios con el Ministerio de Energía y Minas” (Garrido, 2002, p.41).

Asimismo, de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico el ejercicio de dos o más de las actividades de generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional y distribución no podrá ser desarrollado por distribuidores con sus clientes con tarifa regulada, por generadores o por empresas de comercialización de potencia y energía eléctrica.

En consecuencia, puede afirmarse que con la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, el régimen jurídico del servicio eléctrico en Venezuela se unificó en un instrumento de rango legal, y además se liberalizó, permitiendo a los particulares el acceso al mercado eléctrico en aquellas actividades abiertas a la libre competencia, pero siempre garantizando el suministro de energía eléctrica, por lo que con el régimen jurídico establecido en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, el Estado en la intervención de este sector asume un nuevo rol garantista de la libertad económica en la satisfacción de un interés general.

Isa, me parece que es muy completo. Creo que me haría falta leer cuál es el título y las garantías en las cuales pueden entrar nuevos participantes en cada una de las fases de prestación. Asimismo, creo que sería bueno

puntualizar el alcance específico de la consagración de elementos de entrada a este mercado, y aclarar en qué términos se introducen los temas de servicio universal, obligación interconexión, no discriminación y el régimen de tarifas controladas que subsiste en algunas prestaciones.

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SERVICIO ELÉCTRICO

En los Capítulos II y III se abordó el régimen jurídico de la protección de la libre competencia y del servicio eléctrico como servicio liberalizado, y dado que, en la liberalización de los servicios públicos la competencia constituye uno de sus pilares fundamentales, en el presente capítulo se hará referencia al régimen de la protección de la libre competencia en el sector eléctrico como servicio liberalizado, ya que debe tenerse en cuenta que el régimen de competencia en los servicios liberalizados presenta peculiaridades propias que lo diferencian de otros mercados.

Así, en primer lugar, se hará referencia al régimen de libre competencia en los servicios liberalizados, esto es, el régimen de las actividades competitivas, para luego concretar en dicho régimen específicamente en el sector eléctrico.

1. Régimen de la competencia en los servicios liberalizados

Tal como se ha señalado en los capítulos precedentes los servicios públicos liberalizados se fundamentan en la apertura a la competencia en aquellas actividades que así lo permitan, lo que implica que la intervención del Estado en estas actividades se materializa en la

regulación del servicio de modo que las actividades abiertas a la competencia se realicen sin distorsiones que restrinjan o impidan ésta y que permitan el acceso de los oferentes al mercado.

En este sentido, debe recordarse que la liberalización consiste fundamentalmente en la despublicatio o pérdida de la titularidad estatal de los servicios públicos para dar paso a los particulares en la prestación de estos servicios, por lo que la intervención del Estado debe centrarse en la defensa de la competencia entre los distintos operadores para garantizar la prestación eficiente de los servicios a los ciudadanos.

Ahora bien, antes de entrar a analizar los elementos que fundamentan el régimen de competencia en los servicios públicos liberalizados, se hace necesario destacar que el mercado en el que actúan los servicios presenta peculiaridades propias que lo distinguen de otros mercados.

Así, la apertura a la competencia en estos servicios públicos, da lugar, siguiendo a López-Castro y Ariño (2001, p.9) a mercados regulados, mas no a mercados libres. Ello es así porque sectores tales como la energía, las telecomunicaciones, el transporte, entre otros, constituyen actividades de gran importancia social que presentan asimetría de posiciones entre operadores y usuarios, además de las limitaciones técnicas que presentan, por lo que se dificulta la creación de un mercado abierto y

transparente, siendo que la regulación será siempre necesaria en estos sectores.

Sin embargo, la creación de un mercado regulado supone introducir mayor competencia en aquellas actividades donde esto sea posible y en revisar el sentido de la regulación tradicional orientándola hacia la creación del mercado.

De manera que, tal como se ha señalado en los capítulos precedentes, se hace necesario el equilibrio entre mercado y regulación, siendo que la competencia es el objetivo fundamental y la regulación se constituye en el instrumento para promover ésta, esto es, crear la competencia cuando no exista o para sustituirla cuando existan elementos de monopolios naturales.

Por tanto, el mercado no es perfecto, siendo que los denominados “fallos de mercado” requieren de la intervención del Estado en la economía para corregirlos. Hernández Delgado (1999, p.240) señala que estos fallos de mercado son:

- (i) Falta de equidad social.
- (ii) Falta de competencia por existencia de monopolios naturales.
- (iii) Efectos externos.
- (iv) Bienes públicos.

- (v) Recursos productivos infrautilizados.

De modo que, de acuerdo con el referido autor (1999, p.241) debe utilizarse el mercado como referencia, siendo necesaria la intervención estatal a través de la regulación cuando se presenten algunos de los fallos enumerados anteriormente.

Hechas las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta que el mercado en el que funcionan los servicios públicos liberalizados es un mercado regulado, debe hacerse referencia a los elementos fundamentales sobre los cuales descansa el régimen de competencia en los servicios públicos liberalizados, régimen que se materializa en la denominada “competencia regulada” por las razones expuestas anteriormente. Los señalados elementos fundamentales son los siguientes:

- (i) Desintegración del sector y separación de actividades.
- (ii) Régimen jurídico de las actividades competitivas:
 - Libertad de entrada.
 - Libertad de acceso al mercado.
 - Libertad de contratación y formación competitiva de precios.
 - Libertad de inversión.
- (iii) Régimen jurídico de las actividades no competitivas:
 - Instalación y gestión de las infraestructuras.

- Prestación de servicio universal.
- Régimen de precios.

1.1. Desintegración del sector y separación de actividades

La desintegración vertical del sector en actividades competitivas y actividades no competitivas se constituye en uno de los presupuestos previos del régimen de competencia de los servicios públicos liberalizados que tiene por objetivo lograr la transparencia del régimen jurídico de estos servicios.

López-Castro y Ariño (2001, p.15) enumeran los objetivos específicos de la separación de actividades. Al respecto, señalan:

Así pues, la separación de actividades es un principio que se refleja en toda la estructura del nuevo modelo de regulación para la competencia. Los dos grandes objetivos de la separación son: 1) la distinción entre actividades potencialmente no competitivas y no competitivas, con aplicación de un régimen jurídico distinto a unas y otras....y 2) la transparencia informativa que es *conditio sine qua non* para una correcta regulación, con eliminación de subvenciones cruzadas entre los distintos servicios y para evitar prácticas restrictivas de la competencia derivadas de la integración vertical entre actividades.

Tal como su nombre lo indica, la separación de actividades y desintegración vertical consiste en distinguir las actividades potencialmente competitivas, esto es, los servicios singulares prestados por distintos operadores en competencia y las actividades no competitivas

relacionadas con las infraestructuras de redes de uso común para todos los operadores.

La separación de actividades comprende aquellas medidas que afectan a la estructura empresarial y el régimen jurídico aplicable a las distintas actividades, dependiendo de sus características.

En relación con las medidas que afectan la estructura empresarial, la separación de actividades puede abarcar la mera separación contable; la separación contable y de gestión; la separación jurídica y la denominada separación accionarial, en la cual la ley puede prohibir la existencia de un mismo accionista dominante en las distintas actividades del sector regulado.

Ahora bien, tal como lo señalan López-Castro y Ariño (2001, pp15-16) lo fundamental para la creación de mercados regulados es que no debe exigirse una estructura empresarial determinada, siempre que la estructura empresarial sea mínimamente competitiva, esto es, “plural y desagregada, horizontal y verticalmente” (2001, p.16), razón por la cual la determinación de la estructura empresarial “debe dejarse a las fuerzas del mercado”.

De manera que, la separación de regímenes jurídicos, de acuerdo con López-Castro y Ariño (2001, p.16) es la “clave” de la separación de actividades. En este sentido, los citados autores señalan que en principio la separación de actividades será de índole conceptual, vale decir, la identificación de actividades potencialmente competitivas y las que no lo son, lo que permitirá la dualidad de regímenes jurídicos. Para ello, en principio se requerirá la separación contable de cada tipo de actividad, a los fines de lograr la transparencia de funcionamiento que permita la competencia leal.

Señalan los referidos autores (2001, p.16) que no siempre será necesaria la desintegración jurídica o accionarial de cada empresa operadora y en cada país que se pretenda liberalizar un servicio público, habrá que analizar qué nivel de separación de actividades permite la desintegración conceptual, la coexistencia de regímenes jurídicos y la transparencia de funcionamiento.

En este orden de ideas, Balzarotti (s/f p.9) indica las ventajas de la desintegración vertical, entre las que destaca la reducción de las barreras al acceso de los operadores a las infraestructuras de red, lo que permite que se reduzcan las prácticas generadoras de ineficiencias, ya que “no se puede evadir la regulación con los métodos de las firmas integradas y se

eliminan los incentivos a impedir el acceso". Continúa señalando la referida autora (s/f p.14):

Básicamente se concluye que la desintegración vertical genera resultados muy beneficiosos en términos de conductas anticompetitivas posibles pues elimina los incentivos a obstaculizar el acceso a la facilidad esencial. Con ella, también se impide en gran medida, la evasión de la regulación y en consecuencia, las conductas anticompetitivas derivadas de ellas (por ejemplo, la prelación en mercados competitivos).

De manera que, tal como ha sido señalado por los autores antes citados, la desintegración vertical y la separación de actividades se constituyen en un elemento fundamental del régimen de competencia de los servicios públicos liberalizados, ya que permite la transparencia en el funcionamiento con la determinación de las actividades competitivas y su diferenciación con las que no lo son, impidiendo, además, las prácticas restrictivas de la competencia y garantizando el acceso de los competidores, a lo cual se hará referencia a continuación.

1.2. Régimen jurídico de las actividades competitivas

Tal como se señalara anteriormente, el régimen jurídico de las actividades abiertas a la competencia regulada dentro de los servicios públicos liberalizados, se materializa en la garantía a los operadores de cuatro (4) libertades primordiales para la prestación de estos servicios, los cuales son: (i) libertad de entrada; (ii) libertad de acceso a la red; (iii) libertad de contratación y formación competitiva de precios y (iv) libertad de inversión.

1.2.1. Libertad de entrada

La libertad de entrada está estrechamente vinculada con la libre iniciativa económica, principio analizado en la presente monografía; y consiste en que cualquier particular que reúna los requisitos correspondientes, tiene derecho a intervenir en el sector. No obstante, y en el marco de la regulación que rige a la libre competencia, se requiere de una autorización para poder iniciar la respectiva actividad económica.

En relación con la autorización administrativa, López-Castro y Ariño (2001, p.20) sostienen que ésta tiene carácter reglado y debe limitarse al control de las condiciones técnicas económicas, profesionales, entre otras, que exija el respectivo texto normativo.

Esta autorización de carácter reglado se diferencia de las concesiones otorgadas bajo la vigencia de los servicios públicos clásicos o de las autorizaciones administrativas discrecionales que se sometían a las estimaciones de la Administración, por lo que bajo el esquema de los servicios públicos liberalizados, la autorización reglada, en principio, no debería otorgar derechos exclusivos ni permitir el establecimiento de monopolios.

1.2.2. Libre acceso al mercado

De acuerdo con Peña (2002a, p.487) el libre acceso al mercado consiste en garantizar a los distintos operadores el acceso al mercado sin que exista ningún tipo de restricciones, específicamente en lo atinente al acceso a las estructuras e instalaciones básicas para la realización de sus actividades. De esta manera, y siguiendo al referido autor (2002a, p.487) el efectivo acceso a las redes es una condición necesaria para que se produzca la libre competencia.

En este orden de ideas, debe destacarse que la gran mayoría de los servicios públicos están de una manera u otra ligados a una infraestructura de red, por ejemplo, redes eléctricas, oleoductos, gasoductos, redes ferroviarias, redes de telecomunicación, acueductos, entre otros. Así, las instalaciones mencionadas anteriormente, en la generalidad de los casos presentan las características de un monopolio natural.

Por tanto, de acuerdo con López-Castro y Ariño (2001, p.22) debe reconocerse a los operadores el derecho al acceso a las redes que, en definitiva, se configura como el derecho de acceso al mercado.

Por tal motivo, la libertad de acceso al mercado debe regularse en el instrumento normativo adecuado, vale decir, debe definirse con toda

precisión la asignación de los derechos de acceso y sus condiciones, si bien algunos aspectos de esta regulación pueden negociarse entre los operadores, aunque si no llegan a un acuerdo, el ente regulador debe establecer reglas claras que solucionen el desacuerdo y obliguen a todos los operadores.

En consecuencia, López-Castro y Ariño (2001, p.22) sostienen:

De ahí que un elemento clave del nuevo modelo de regulación para la competencia sea la aprobación del Estatuto jurídico de las redes, esto es, de las condiciones para ejercer el acceso en términos objetivos, no discriminatorios, con fijación de un canon para su uso y determinación exacta de las razones que pudieran justificar una denegación de acceso (recuérdese que un canon excesivo es equivalente a una denegación).

Nótese que se trata de regular el acceso al mercado, mas este acceso no es totalmente libre, ya que a través de la regulación se establecen las reglas claras para que el acceso al mercado se produzca en condiciones de competencia.

1.2.3. Libertad de contratación y formación competitiva de precios

Esta es la libertad reconocida a los operadores para funcionar bajo principios comerciales y sólo sujetas a aquellos límites o restricciones generales aplicadas a todas las empresas en el mercado.

Específicamente, esta libertad se concreta en la libertad para comprar y vender productos y servicios, libertad de importación y exportación, libertad para extender sus actividades a nuevas áreas, y en general, libertad para realizar todos los actos que constituyan el objeto de las empresas operadoras.

Asimismo, esta libertad también comprende la fijación de los precios del servicio, en aquellos mercados donde se permita la competencia y la regulación lo reconozca y los usuarios puedan optar entre varias ofertas.

Doctrinariamente había surgido el debate sobre si la fijación de tarifas es el criterio de identificación o cálculo de costo marginal más adecuado para la fijación de precios. López-Castro y Ariño (2001, p.24) señalan que se ha entendido que la formación competitiva de precios es más confiable que el cálculo de costes marginales que pueda realizar unilateralmente la Administración.

Ahora bien, lo anterior no significa que no haya regulación, al contrario, la Administración debe velar porque se respeten las reglas del juego en la formación competitiva y actuar si se producen prácticas restrictivas de la competencia.

1.2.4. Libertad de inversión

Esta libertad consiste en la libertad que tienen las operadoras para diseñar y realizar las inversiones que considere pertinentes y a su propio riesgo. Con esta libertad se impide la limitación de las ganancias y pérdidas, ya que los operadores por su cuenta y riesgo realizarán las inversiones que estimen convenientes.

Debe destacarse que esta libertad se contrapone visiblemente con el modelo tradicional de regulación y en los servicios públicos clásicos, en el cual las inversiones quedaban sujetas a un plan central de inversiones diseñado y aprobado por la Administración con carácter vinculante que también servía de base para determinar las tarifas que también debían ser previamente aprobadas por ésta.

Señaladas las libertades que garantizan las actividades competitivas dentro de los servicios públicos liberalizados, se hace preciso señalar que estas libertades deben regularse en el respectivo estatuto jurídico del servicio público correspondiente, ya que la garantía del ejercicio de las referidas libertades implica la operación del servicio en régimen de competencia.

Sentado lo anterior, corresponde hacer referencia al régimen jurídico de las actividades jurídicas no competitivas.

1.3. Régimen jurídico de las actividades no competitivas

Las actividades no competitivas son aquellas que no resultan susceptibles de realizarse bajo un régimen de libre competencia. Ellas se determinan a través de la separación o desintegración vertical de actividades.

Estas actividades se corresponde a (i) la gestión e instalación de infraestructuras y (ii) el servicio universal.

1.3.1. Gestión e instalación de infraestructuras

Para hacer referencia a la gestión e instalación de infraestructuras, es preciso referirse a la red como vía física, a través de la cual el servicio público se concretiza, razón por la cual se torna necesaria la regulación de ésta, teniendo en consideración los siguientes aspectos: (i) la estructura empresarial; (ii) la regulación del acceso a terceros y (iii) los mecanismos de competencia en la instalación de redes.

En este sentido, siguiendo a López-Castro y Ariño (2001, p.29) señalan que en la gestión de las redes es posible introducir “elementos puntuales de competencia” y citan el ejemplo de la legislación sectorial española de

distribución y transporte de gas y electricidad, en las cuales se permite la libre instalación de líneas directas para uso exclusivo de los contratantes según el precio pactado. Además, la introducción de mecanismos de competencia en las redes, eventualmente pudiera realizarse a través del otorgamiento de autorizaciones.

Señalan los referidos autores (2001, p.29) que el modelo de regulación esbozado anteriormente responde a la doctrina jurídica de las *essential facilities* (instalaciones o infraestructuras esenciales sobre las cuales descansa la prestación del servicio) y supone una ruptura con el concepto tradicional de derecho de propiedad.

En tal sentido, con los servicios liberalizados hacen aparición las denominadas propiedades afectas al uso público, esto es, la propiedad se afecta al uso de terceros, de allí que López-Castro y Ariño (2001, p.29) señalen se separa la propiedad de uso y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, su uso y no la titularidad.

Lo anteriormente expuesto, trae consigo una serie de consecuencias jurídicas y económicas. De esta manera, se trata de un régimen atípico de propiedad (propiedad abierta al uso de todos), por lo cual debe ser excepcional e implementarse sólo cuando el mercado en que se realizan

actividades monopólicas sea afectado, de forma tal que sin su apertura al régimen de competencia, sea imposible el mercado.

Por tal motivo, López-Castro y Ariño (2001, p.30) señalan que en la regulación de los servicios liberalizados debe identificarse claramente las denominadas “instalaciones esenciales”, lo cual debe hacerse a través de una ley –en el caso venezolano, ley dictada por la Asamblea Nacional- ya que afecta el contenido esencial del derecho de propiedad.

1.3.2. El servicio universal

El servicio universal se corresponde con aquellas prestaciones que constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos los ciudadanos tienen derecho.

En el caso del servicio universal no hay mercado ya que la oferta no existe debido a que el costo de las referidas prestaciones no cubre el precio que por ellas se debe pagar, por lo que ningún operador tendría interés en ocurrir, ya que no le sería rentable.

No obstante, la Administración, a través de la regulación, interviene, imponiendo la obligación de prestar el referido servicio a cualquiera de los operadores del sector.

El servicio universal encuentra su fundamento en que dentro del marco del Estado Social de Derecho, el Estado no puede abandonar su finalidad, cual es la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, que constituye el núcleo esencial del servicio público, aun cuando dentro del contexto de la liberalización, el Estado pierde la titularidad sobre los servicios públicos (despublicatio) y da paso a los particulares para la prestación de dichos servicios en un régimen de libre competencia.

Es decir, el Estado no puede renunciar a su obligación de satisfacer las necesidades colectivas y procurar el bienestar social, razón por la cual ha estatuido el servicio universal para que los distintos servicios puedan beneficiar a los ciudadanos en forma regular, continua y sin discriminación.

El servicio universal se vincula con la determinación que debe realizar la Administración de cuáles son los servicios básicos y esenciales para satisfacer las necesidades mínimas de los particulares.

En este sentido, López (2000, p. 2031) ha señalado:

La posibilidad de que el Estado limite o reduzca la liberalización de un sector, sustrayendo de la competencia prestaciones de <<servicio universal>> se justifica así en la exigencia de garantizar la generalidad, igualdad y continuidad del servicio, de manera que se haga posible el acceso de todos a un mínimo de prestaciones consideradas básicas.

De manera que, a los fines de garantizar la continuidad de la prestación del servicio y el acceso de todos los ciudadanos a servicios básicos con una calidad mínima y a precios asequibles, la Administración debe determinar dichos servicios básicos y esenciales, sustrayéndolos del régimen de liberalización e imponiendo a los operadores del sector la obligación de prestar el servicio público.

Esta determinación se realiza a través de los correspondientes instrumentos normativos, los cuales a decir de Peña (2002a, p.492) le atribuyen un “carácter evolutivo” al servicio universal, atendiendo a los avances tecnológicos y al desarrollo económico, de modo que la Administración puede incrementar los servicios que en un momento dado considere básicos o esenciales.

Asimismo, es importante señalar que los servicios incluidos dentro del servicio universal deben reunir un mínimo de calidad, el cual debe ser estándar para garantizar el derecho de igualdad.

También es muy importante, dentro del servicio universal, que todos los ciudadanos tengan acceso a ellos, tal como se señaló con anterioridad, es decir, todos los usuarios en todo el territorio nacional deben tener

acceso a estos servicios, independientemente del lugar de ubicación de los mismos. En tal sentido, Peña (2002a, p.492) señala:

Desde luego, que la prestación continua y regular de un servicio en esas condiciones no resulta rentable, razón por la cual el operador debería tener el derecho de abstenerse de hacerlo. Precisamente esa prestación es la que constituye la obligación de servicio público conocida como servicio universal. En fin, este elemento implica no sólo que el servicio se extienda a todo el territorio nacional, sino que debe estar disponible, salvo casos de fuerza mayor, para todos los ciudadanos que habiten en el territorio.”

Otra característica del servicio universal se refiere a los precios que deben pagar los usuarios por los servicios incluidos en esta categoría. En este sentido, dichos precios deben ser asequibles y razonables. Sin embargo, muchas veces estos precios no logran cubrir los costos de operación, por lo que se han ideado mecanismos para compensar las pérdidas del operador u operadores que presten los referidos servicios.

Así, se han creado los denominados Fondos de Compensación, integrados por el aporte de todos los operadores del sector y que sirve para cancelar a los operadores que prestan el servicio universal los costos no cubiertos por las tarifas pagadas por los usuarios del servicio universal.

Es importante destacar que la obligación de servicio universal no se impone a todos los operadores del sector, sino sólo a aquellos que ocupen una posición dominante dentro del mercado.

1.3.3. Régimen de precios:

De acuerdo con López de Castro y Ariño (2001, p. 35) los precios de las prestaciones y servicios en el régimen de los servicios públicos liberalizados “serán en unos casos precios de mercado y en otros precios regulados, según exista o no competencia real en aquella fase de la actividad de que se trate.”

De esta manera, los precios de mercado serán fijados por éste espontáneamente. Los precios sujetos al régimen de competencia deben someterse al control de las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, las actividades que se regulan por tarifas escapan de los conceptos clásicos de defensa de la competencia, por ejemplo en el caso de las prestaciones de servicio universal que, de acuerdo con Laffont (citado por López de Castro y Ariño, 2001, p. 35) “constituyen un conjunto de restricciones a la política de precios de los operadores impidiéndoles que discriminen en función de la localización geográfica u otras características de los usuarios.”

La fijación de precios de los servicios liberalizados supone una decisión delicada, ya que debe repartirse equilibradamente las rentas entre consumidores y usuarios, lo cual resulta difícil técnicamente.

En cuanto a la fijación de tarifas, bajo el esquema de los servicios públicos liberalizados, éstas se reducen notablemente, pues se circunscriben al servicio universal y el acceso a las redes, en caso de que se adopte el régimen de precios regulados.

Asimismo, la separación de actividades favorece la corrección de asignación de los costos atribuibles a los servicios excluidos del régimen de competencia (servicios no competitivos) así como a la transparencia de esta asignación.

Por otra parte, la utilización de precios hace más fácil la fijación de las tarifas, ya que proporciona una referencia de mercado para aquellos servicios que continúan bajo el régimen tarifario.

Además, el régimen de precios promueve la eficiencia porque implica la aplicación de los mecanismos tarifarios orientados hacia los precios, tales como peajes de redes y control de precios.

Sentado lo anterior, corresponde hacer referencia a la libre competencia y al sector eléctrico.

2. Libre competencia y servicio eléctrico

Tal como se señaló en el Capítulo III de la presente monografía, el servicio eléctrico constituía un servicio público clásico, pero que en diversos países, incluido Venezuela, sufrió un proceso de liberalización para dar cabida a la libre competencia en aquellas actividades que así lo permitieran.

Por tanto, la liberalización del sector eléctrico se fundamenta en dos principios, a saber: (i) la protección y estímulo de la libre competencia y; (ii) la garantía de suministro eléctrico.

Asimismo, y dado que, se trata de un servicio público liberalizado, el régimen de libre competencia en el servicio eléctrico presenta determinadas peculiaridades que deben garantizar el suministro de electricidad a toda la población.

En este orden de ideas, siguiendo a Hernández (2001c, p.81) debe señalarse que la electricidad es un bien intangible que no puede ser almacenado, razón por la cual se dificulta la ordenación del mercado eléctrico, y por ende, se precisa de la intervención del Estado. Además, el

servicio eléctrico es de los denominados servicios de red, por lo que se trata de un monopolio natural, tal como se señalara precedentemente.

De manera tal, que el servicio eléctrico es un servicio costoso, esto es, genera altos costes de producción, por lo que se requiere de grandes inversiones. Lo anotado anteriormente constituye un fallo que justificaba la intervención del Estado en detrimento de las reglas de libre competencia.

Con la liberalización se busca proteger y estimular la libre competencia, sin que ello pueda afectar la adecuada prestación del suministro eléctrico. Por tanto, la intervención de la Administración debe equilibrar estos dos extremos.

De modo que, en el sector eléctrico se propende a equilibrar la intervención de la Administración, para garantizar el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia, acorde con el mercado a objeto de que se estimule la inversión privada en el sector.

En este sentido, la liberalización del sector eléctrico supone adoptar un modelo de competencia regulada, ya que se hace necesaria la intervención del Estado dentro del mercado.

En Venezuela, la derogada Ley del Servicio Eléctrico de 1999 –cuyo espíritu se mantiene en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico de 2001- estableció que el mercado eléctrico se somete a diversas regulaciones administrativas para promover e incentivar la libre competencia en aquellas actividades que así lo permitan.

A título ilustrativo, se garantiza a todos los operadores el derecho al libre acceso a las redes eléctricas, cuyo uso, por parte de éstos, se considera como una condición necesaria para fomentar la libre competencia.

Además, y tal como se señaló precedentemente, se estableció la calificación entre actividades competitivas (generación y comercialización) y no competitivas (transporte y distribución).

Sin embargo, aunque las actividades competitivas se presten en régimen de libre competencia, no implica que de algún modo se encuentren reguladas, ya que la Administración, a través de distintos mecanismos interviene sobre estas actividades, las cuales no están exentas de presentar fallos de mercado que suponen importantes barreras de entrada, que afectan la libre competencia.

Por otra parte, las actividades calificadas como no competitivas pueden prestarse en régimen de libre competencia. En este sentido, la Ley

Orgánica del Sector Eléctrico ha establecido mecanismos tendientes a promover la libre competencia en las actividades de transporte y distribución. Por ejemplo, el artículo 7 establece el principio de acceso a las redes, por el cual todos los operadores podrán acceder a las redes de transporte y distribución, sin que el propietario o gestor de éstas pueda negarse injustificadamente a tal acceso. Si esta denegación injustificada ocurriere se considera que se está frente a un abuso de posición de dominio.

Lo anterior obedece a que en Venezuela ni la libertad económica, ni la libre competencia tienen carácter absoluto, por lo que es posible su restricción en aras del interés general, siempre que se respete el artículo 112 de la Constitución de 1999.

En otro orden de ideas, debe señalarse que en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico se plasman los principios anotados anteriormente en relación con las actividades competitivas, por ejemplo, la separación de actividades y el libre acceso a las redes, entre otros.

De manera que, de acuerdo con lo señalado anteriormente, la libre competencia es un principio relativo que puede aplicarse tanto a las actividades competitivas como a aquellas que no lo son, pero que en todo caso, debe respetarse en aras de garantizar la libertad económica y la

libre concurrencia, teniendo en consideración que dado lo relevante del mercado eléctrico, la intervención de la Administración siempre será necesaria, ya que se trata de un régimen de competencia regulada.

Sentado lo anterior, corresponde hacer referencia a la naturaleza jurídica y potestades de los entes reguladores de los servicios públicos y los órganos de defensa de la competencia, toda vez que el objetivo de la presente monografía es determinar en el sector eléctrico a que órgano o ente le corresponde velar por la protección de la libre competencia, esto es, si al ente regulador del sector o al órgano de defensa de la competencia venezolano.

CAPÍTULO V

**NATURALEZA JURÍDICA Y POTESTADES DE LOS ENTES
REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LOS ÓRGANOS DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

En el presente Capítulo se abordará el tema de la naturaleza jurídica y las potestades de los entes reguladores de servicios públicos y los órganos de defensa de la competencia, para de esta manera comenzar a definir los objetivos fijados en la presente investigación, y establecer las potestades de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, y así determinar el órgano o ente competente para la sustanciación de los procedimientos de defensa de la competencia y la eventual sanción a los operadores del sector eléctrico que incurran en prácticas restrictivas de la libre competencia.

Así las cosas, en primer término se hará referencia a la naturaleza jurídica y potestades de los entes reguladores y los órganos de defensa de la competencia en general, para luego hacer alusión a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

1. Naturaleza jurídica y potestades de los entes reguladores de servicios públicos y órganos de defensa de la competencia:

1.1. Entes reguladores: naturaleza jurídica, características, objetivos y potestades:

Los entes reguladores forman parte de la estructura organizativa de la Administración, y surgen como una consecuencia de la liberalización de la economía y de los procesos de privatización, aun cuando en los Estados Unidos e Inglaterra nacieron mucho antes de que se produjeran estos procesos, con el objetivo de supervisar ciertas actividades económicas.

De manera que, en un primer momento, puede señalarse que los entes reguladores tienen características específicas que los ubican dentro de la organización estatal, pero cuyo diseño institucional no puede encuadrarse dentro de las organizaciones clásicas del Derecho Administrativo.

En este orden de ideas, los entes reguladores responden a dos características fundamentales:

- (i) Independencia.
- (ii) Neutralidad.

Estas características vienen dadas por las funciones y regulación de determinadas actividades económicas ejercidas por los particulares, e inclusive por el propio Estado.

La independencia es una característica de índole estructural que sirve de garantía a la neutralidad. La independencia supone que los entes reguladores poseen un estatuto jurídico propio que garantiza su actuación frente al Gobierno.

De modo que, la independencia constituye una garantía de la objetividad, la neutralidad y la imparcialidad de los reguladores frente al mercado.

Ello es así porque el Estado, a través de los entes reguladores, en la medida en que sea independiente y no esté influenciado por intereses creados podrá adoptar políticas objetivas en aras de los consumidores, y de este modo ser neutral e imparcial, ya que la adopción de estas políticas se realizarían bajo parámetros de certeza como son las reglas de juego definidas por el Derecho.

La otra característica anotada de los entes reguladores y que tiene estrecha relación con la independencia es la neutralidad.

La neutralidad es un término multívoco que admite varios significados, pero en el caso de los entes reguladores puede referirse a la neutralidad de los funcionarios que los integran, esto es, la neutralidad viene dada por la índole técnica de las funciones que cumplen, ya que en el ejercicio de éstas los reguladores no deben atender a criterios personales, partidarios o políticos, sino solamente técnicos que se traduzcan en un amplio reconocimiento del sector a regular.

Aunada a la independencia y neutralidad, los entes reguladores deben ser autónomos, esto es, deben poder ubicarse en un contexto “superior”, más allá de las presiones políticas para la toma de decisiones independientes.

En este sentido, la autonomía se relaciona con el bien común y el bienestar de la colectividad a largo plazo, ya que se espera que los entes reguladores sean agentes eficientes que cumplan sus objetivos para la satisfacción del interés general.

De manera que, los entes reguladores deben ser independientes, autónomos y neutrales, y corresponde al Órgano Legislativo o al Poder Ejecutivo (dependiendo de su forma de creación) dotarlos de estas características para el cumplimiento de las funciones de regulación, fiscalización y mantenimiento del equilibrio entre operadores, gobierno y

usuarios, que tienen atribuidas para la consecución del fin del Estado que es la satisfacción del interés general.

Por tanto, puede afirmarse, siguiendo a Desdentado, E. (1999, p.136) que los entes reguladores o “administraciones independientes” como se les denomina en España, “se caracterizan por la limitación de los poderes de dirección y control del Gobierno, por estar compuestos por personas de reconocida competencia técnica y por sustraer de la contienda política el desarrollo de determinadas funciones administrativas”.

Es importante destacar que será la legislación de cada país la que determine la naturaleza jurídica de los entes reguladores, procurando en lo posible respetar la independencia y neutralidad de éstos frente a los factores políticos y económicos. A manera de ejemplo, pueden adoptar la figura jurídica de institutos autónomos u órganos desconcentrados, dependiendo en gran medida del sector a regular. Asimismo, la estructura organizativa que se adopte, esto es, órganos colegiados o unipersonales, también dependerá del sector a regular y el diseño jurídico adoptado por el legislador o Poder Ejecutivo, según sea el caso.

De las características anotadas anteriormente, se desprenden los objetivos que persiguen los entes reguladores, entre los que destacan:

- (i) La protección de los usuarios.

- (ii) La promoción de la libre competencia.
- (iii) La defensa del mercado y de las libertades económicas.
- (iv) La protección de todo el ciclo económico.

Cabe resaltar que estos son objetivos que devienen de la nueva regulación económica asumida por el Estado dentro de un contexto de libre competencia y protección de la libertad económica, de manera que son objetivos generales, ya que los entes reguladores cumplen otros objetivos específicos dentro del sector a regular.

Sentado lo anterior, corresponde señalar las competencias de los entes reguladores, esto es, las potestades que se les atribuyen para el cumplimiento de sus fines.

En este orden de ideas, los entes reguladores al formar parte de la estructura organizativa del Estado, han sido dotados de potestades y competencias para el cumplimiento de las funciones que les han sido encomendadas.

Así, los entes reguladores ejercerán las competencias que les hayan sido asignadas por el instrumento jurídico de creación, las cuales tienen distinta naturaleza y extensión.

De esta manera, el ámbito de las referidas potestades es muy amplio y abarca desde las tradicionales potestades administrativas de supervisión y control hasta las potestades de naturaleza disciplinaria vinculadas con la imposición de sanciones y potestades relativas a la prevención de conductas anticompetitivas.

Asimismo, los entes reguladores ejercen la potestad reglamentaria, por ejemplo en materia de seguridad, procedimientos técnicos, aplicación de sanciones, entre otros, y la posibilidad de resolver controversias entre terceros, lo cual pudiera encuadrarse en el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Como se observa, los entes reguladores gozan de amplias facultades, aun cuando debe tenerse en consideración que éstas serán determinadas por el legislador y dependerán en gran medida del sector económico a regular.

De manera que, en términos generales, puede señalarse que los entes reguladores, en el ejercicio de sus funciones, tienen las siguientes competencias: normativa, fiscalización y supervisión, otorgamiento de títulos habilitantes, resolución de conflictos, recopilación de información, creación de registros, protección de los suscriptores, usuarios o clientes,

intervención de empresas, potestad sancionatoria, promoción de la libre competencia, fijación de tarifas.

Los entes reguladores deben ejercer dichas competencias dentro del marco de la independencia, neutralidad y autonomía que los caracteriza, por lo que es responsabilidad del legislador dotar a los entes reguladores de estas características, teniendo como norte que la regulación tiende a buscar el equilibrio de fuerzas entre los diversos operadores económicos, y a la larga, el resguardo de los derechos de los usuarios y consumidores, quienes son los destinatarios finales del mercado.

Ahora bien, y a los efectos de la presente monografía, se hace preciso señalar la naturaleza jurídica de los actos que dictan los entes reguladores en el ejercicio de sus funciones, haciendo énfasis en el alcance de los mismos.

En este sentido, se debe señalar que, dado que los entes reguladores son órganos o entes insertos dentro de la Administración y en virtud de las potestades que le han sido conferidas para el ejercicio de sus funciones de regulación, los actos que dicten en ejercicio de estas funciones son actos administrativos dotados de las características de esta específica manifestación de la actividad administrativa.

De esta manera, y a título ilustrativo, en el ejercicio de la potestad normativa, los entes reguladores pueden dictar reglamentos que regulen determinada actividad dentro del correspondiente sector. Asimismo, las autorizaciones o títulos habilitantes emitidos para la operación de determinadas actividades son actos administrativos particulares que originan, a favor del particular solicitante, derechos subjetivos, y que por tanto, deben cumplir con los requisitos de todo acto administrativo.

En este orden de ideas, cabe resaltar que el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de los entes reguladores hace aun más patente la necesidad de que en los procedimientos sancionatorios se respeten las garantías y principios procedimentales.

Ahora bien, como quiera que el Estado interviene en la economía y la defensa de la competencia, siendo que el sistema económico adoptado por la Constitución de 1999 es el de economía de mercado, corresponde hacer una breve referencia a la naturaleza y potestades de los órganos de defensa de la competencia.

1.2. Naturaleza jurídica y potestades de los órganos de defensa de la competencia

En tal sentido, cabe reiterar que la regulación económica constituye un régimen de intervención estatal distinto al de la defensa de la

competencia, ya que la regulación actúa en función de las fallas de mercado que impiden la libre competencia y la defensa de la competencia supone la existencia de un mercado competitivo, en el cual los operadores económicos pueden abusar de su poder de mercado.

De manera que, ante dos regímenes distintos de intervención estatal, pudiera pensarse que el diseño institucional de los entes administrativos que actúan en ambos regímenes también son distintos, esto es, los entes reguladores de servicios públicos liberalizados son diferentes a los órganos de defensa de la competencia.

Sin embargo, a pesar de la diferencia entre los regímenes de intervención estatal anotados anteriormente, puede afirmarse que los órganos de defensa de la competencia cumplen una función similar a la de los entes reguladores, si bien su ámbito de actuación es mucho más amplio que el de éstos, ya que abarca al mercado y las actividades de todos los agentes económicos dentro de éste, debiendo supervisar y fiscalizar que los mencionados agentes no incurran en prácticas restrictivas de la competencia y sancionar estas prácticas, esto es, son órganos encargados de velar por el mantenimiento del orden público económico.

Por tanto, los órganos de defensa de la competencia, al igual que los entes reguladores de los diversos sectores económicos, deben actuar y

ser diseñados de modo de garantizar la independencia, neutralidad y autonomía en el ejercicio de sus funciones; y sus potestades en la generalidad de los casos coinciden con las de los entes reguladores, ya que se tratan de órganos con una naturaleza similar.

En razón de lo anterior, al igual que sucede con los entes reguladores de los diversos sectores económicos, el diseño institucional de los órganos de defensa de la competencia dependerá en gran medida de la política legislativa adoptada. Así, pueden haber órganos de defensa de la competencia de naturaleza judicial (como el Tribunal de la Defensa de la Competencia español, según el diseño de la Ley de 1963, hoy derogada por la Ley de 1989) y de naturaleza administrativa, que son la mayoría y los cuales pueden ser entes u órganos desconcentrados.

Hechas las consideraciones anteriores, y a los fines de la presente investigación, corresponde hacer referencia a la naturaleza y potestades de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

2. La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre

Competencia:

El artículo 19 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia dispone que la Superintendencia para la Promoción y

Protección de la Libre Competencia es un órgano con autonomía funcional adscrito al extinto Ministerio de Fomento, hoy Ministerio de la Producción y el Comercio, esto es, se trata de un órgano desconcentrado que carece de personalidad jurídica y de acuerdo con la Ley, no goza de autonomía financiera y presupuestaria y sólo tiene autonomía funcional en las materias de su competencia.

En este sentido, en relación con la autonomía funcional, Peña (1995b, p.215) ha sostenido que ésta hace referencia al concepto de autonomía administrativa, ya que está presente en órganos que gozan de una gran independencia en el ejercicio de sus funciones dado que, no guardan ningún tipo de dependencia jerárquica con los órganos del Poder Público, debido a que su marco regulatorio está constituido por la Constitución y las leyes que los crean.

De manera que, de acuerdo con el citado autor, la autonomía funcional no implica jerarquía o sujeción a los órganos al Poder Público, por lo que, la actuación de los órganos con autonomía funcional supone la independencia de éstos frente a dicho poder.

En este orden de ideas, se había señalado que las características fundamentales de los entes reguladores eran la independencia, la neutralidad y la autonomía.

Ahora bien, del artículo 19 de la Ley para la Protección y Promoción de la Libre Competencia se desprende que la Superintendencia goza de autonomía funcional, lo que hace que actúe independientemente del Poder Público, aun cuando administrativamente está adscrita un órgano del Poder Ejecutivo como lo es el Ministerio de la Producción y el Comercio.

En consecuencia, aun cuando la Superintendencia carece de personalidad jurídica propia y no goza de autonomía financiera y presupuestaria, puede afirmarse que participa de las características de un ente regulador, por cuanto la autonomía funcional permite que este órgano administrativo actúe con independencia de factores políticos o económicos, toda vez que sus actuaciones son de carácter estrictamente técnico, por el objetivo que debe cumplir, de allí que la carencia de personalidad jurídica o de los otros tipos de autonomía no impide la actuación independiente, autónoma y neutral de la Superintendencia en la protección y promoción de la libre competencia.

Así, el Juzgado de Primera Instancia en lo Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al declarar su falta de jurisdicción en la acción mero declarativa interpuesta por Industrias Alimenticias, C.A. y Kraft Foods Corporation (sentencia de

fecha 27 de septiembre de 1995) en relación con la naturaleza jurídica de la Superintendencia, sostuvo:

El propio texto legal en comento lleva a cabo la creación de un ente con autonomía funcional dentro del ámbito de la Administración Pública, adscrito al Ministerio de Fomento y que bajo el nombre de Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia tiene asignada entre sus atribuciones conforme al artículo 29 de la Ley, la realización de investigaciones dirigidas a verificar y determinar la existencia de prácticas o conductas prohibidas por ser restrictivas de la Libre Competencia, estando la adopción de las medidas que permitan lograr el cese de dichas prácticas o conductas así como la consecuente imposición de las sanciones a que hubieren lugar, todo ello en el marco del debido procedimiento administrativo que se inicie al efecto y mediante la instrucción del correspondiente expediente.

Por otra parte, Ortiz (2001, p. 21) ha señalado que la jurisprudencia venezolana ha calificado a la Superintendencia de “autoridad de policía económica”.

En el mismo sentido, Ugas (2002, p.220) sostiene que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia cumple una función de policía administrativa, pues debe vigilar que los mercados funcionen correctamente, debiendo sancionar aquellas prácticas que distorsionen el comercio, además de controlar y prevenir las prácticas que puedan afectar la libre competencia dentro del mercado.

En este orden de ideas, debe recordarse, siguiendo a Rivero (2001, p.144) que la actividad de policía administrativa se ejerce en base a un título legitimador habilitante como lo es el orden público económico, que si bien es un concepto jurídico indeterminado, debe necesariamente ser determinable por las normas que regulan la intervención de la Administración en la economía.

Por tanto, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, a decir de Ortiz (2001, p.21) “posee amplios poderes de control y sanción para proteger la libre competencia y la libertad económica.”

De manera que, por disposición legal, la Superintendencia es el órgano administrativo encargado del mantenimiento del orden público económico, mediante la vigilancia y control de las prácticas anticompetitivas.

Además, el referido órgano administrativo, a través del ejercicio de sus funciones, debe lograr la eficiencia en beneficio de los productores y los consumidores. Por tal motivo, le han sido otorgadas las más amplias potestades de investigación y fiscalización de las actividades realizadas por los agentes económicos dentro del territorio de la República, sean éstos personas públicas o privadas.

Asimismo, Ortiz, (2001, p. 22) respecto a las potestades de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, sostiene:

Es oportuno mencionar, además, que el ejercicio de las facultades de la Superintendencia Pro-Competencia necesariamente supone la potestad de restablecer *a posteriori* el *orden* en el mercado cuando se hayan producido conductas o prácticas prohibidas, -lo que obviamente supone un desorden en el mercado-, además de las facultades de control *a priori* en cuyo caso la Superintendencia debe estar atenta, vigilante, a los efectos de detectar cualquier desajuste o desorden. Bajo estos supuestos, el mencionado Organismo, en principio, está plenamente autorizado para reajustar *-ordenar-* el mercado, para lo cual (...) se le han asignado *- legalmente- amplias* facultades para imponer condiciones y obligaciones a aquellos agentes económicos infractores del sistema normativo contenido en la Ley precompetencia.

Dado que la Superintendencia es un órgano administrativo inserto dentro de la organización general del Estado, la Ley le ha otorgado distintas potestades para el cumplimiento de sus fines.

Así, la Ley le ha conferido las típicas potestades de los órganos y entes administrativos para el ejercicio de sus funciones, esto es, la potestad normativa, la potestad directiva, la potestad de supervisión y la potestad sancionatoria.

En este orden de ideas, las competencias de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia se encuentran en el

artículo 29 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Cabe destacar que, las competencias señaladas en el referido artículo son atribuciones generales, que se encuentran desarrolladas en los reglamentos y resoluciones que se han dictado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

De una revisión de la norma, se evidencia que a la Superintendencia le han sido otorgadas las siguientes potestades:

- (i) Potestad normativa (numerales 6 y 7 del artículo 29 de la Ley).
- (ii) Potestad de supervisión y vigilancia (numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del artículo 29 en concordancia con los artículos 18, 30, 34, 35 y 38 de la Ley).
- (iii) Potestad sancionatoria (Títulos IV y V de la Ley, relativos al procedimiento y a las sanciones, respectivamente).
- (iv) Potestad de dirección (artículo 38).

Asimismo, en relación con la potestad general de actuación de la Superintendencia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 25 de marzo de 1999, caso Transporte Maquigas, señaló que el artículo 29 de la Ley contiene una cláusula general que define el alcance de las atribuciones de la Superintendencia, cual es la vigilancia y control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre

competencia, para luego listar algunas atribuciones específicas que tienen carácter enunciativo, pues las leyes y reglamentos han atribuido otras competencias específicas a la Superintendencia.

Sentado lo anterior, corresponde hacer referencia a los procedimientos previstos en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En tal sentido, dado que a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia le fueron conferidas diversas potestades para el cumplimiento de sus fines, entre las que destacan las de realizar investigaciones, otorgar autorizaciones, dictar medidas preventivas, y especialmente dictar medidas de cesación de prácticas prohibidas e imponer sanciones y obligaciones a los infractores; se hace preciso que todas estas potestades se ejerzan o desarrollen mediante un procedimiento administrativo previo.

Para la tramitación de los procedimientos sancionatorios, que son los que interesan a los fines de la presente monografía, la Superintendencia cuenta con una Sala de Sustanciación que tiene a su cargo la instrucción de los expedientes administrativos sancionatorios (abiertos de oficio por orden del Superintendente o por solicitud de parte interesada).

De modo que, la Sala de Sustanciación practicará los actos de sustanciación tendientes al esclarecimiento de los casos que ameriten aperturas de procedimientos sancionatorios. Así, las facultades de la Sala de Sustanciación se encuentran en el artículo 34 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

El procedimiento sancionador previsto en la Ley se caracteriza, siguiendo a Barberi y Rivero (2000, p.42), por lo siguiente:

- (i) Concentración de los lapsos o la existencia de un lapso único para la sustanciación, investigación y fiscalización.
- (ii) La facultad del Superintendente para ordenar la apertura del procedimiento.
- (iii) Separación del período probatorio, el cual estará a cargo de la Sala de Sustanciación y la fase de decisión que está atribuida al Superintendente.
- (iv) Ausencia de recursos administrativos, es decir, las resoluciones dictadas por el Superintendente agotan la vía administrativa.
- (v) La facultad de dictar medidas preventivas.

En este orden de ideas, cabe resaltar la facultad de la Superintendencia para dictar medidas preventivas en el marco de un procedimiento sancionatorio.

Así, las medidas preventivas son adoptadas por el Superintendente y tienen por finalidad garantizar la eficacia de la resolución que ponga fine al procedimiento, pero no deben causar perjuicios de imposible o difícil reparación a los operadores económicos involucrados que supongan la violación de sus derechos.

De conformidad con el artículo 35 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la Superintendencia puede adoptar las siguientes medidas preventivas:

- (i) Ordenar el cese de la presunta práctica prohibida, lo cual se materializa en la obligación que tiene el presunto infractor de realizar una conducta de hacer o no hacer, dependiendo de la práctica anticompetitiva investigada por la Superintendencia.
- (ii) Dictar medidas para evitar los efectos perjudiciales que pueda causar la supuesta práctica restrictiva.

Como se observa, el poder cautelar de la Superintendencia resulta muy amplio, por lo que dicho órgano al imponer medidas preventivas debe ponderar exhaustivamente los intereses en juego, a objeto de tutelar eficazmente la libre competencia y el orden público económico, y de este modo evitar producir daños a los agentes económicos involucrados.

Una vez analizada la naturaleza jurídica y las potestades de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, a los efectos de la presente monografía, interesa hacer referencia a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como ente regulador del servicio eléctrico en Venezuela.

3. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica

La Comisión Nacional de Energía Eléctrica es un órgano creado dentro del marco de la Ley Orgánica del Servicio eléctrico, en el contexto de la liberalización del sector eléctrico propugnado por la referida Ley.

En este orden de ideas, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico dispone en el artículo 15 que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica es un órgano desconcentrado adscrito al Ministerio de Energía y Minas, con patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, y gozará de autonomía funcional, administrativa y financiera en el ejercicio de sus funciones, que tiene a su cargo la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

Del artículo anteriormente indicado, se desprende que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica participa de las características de los entes reguladores, y su diseño institucional evidencia que se trata de un servicio autónomo sin personalidad jurídica.

De conformidad con el artículo 16 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica debe regirse por determinados principios de actuación, que a continuación se enumeran:

- (i) Proteger los derechos e intereses de los usuarios del servicio eléctrico.
- (ii) Promover la eficiencia, confiabilidad y seguridad en la prestación del servicio y el uso eficiente y seguro de la electricidad.
- (iii) Velar porque toda la demanda de electricidad sea atendida.
- (iv) Garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones de los agentes del servicio eléctrico.
- (v) Promover la competencia en la generación y en la comercialización de electricidad.
- (vi) Garantizar el libre acceso de terceros a los sistemas de transmisión y distribución.
- (vii) Coordinar sus actuaciones con las autoridades municipales.

Sobre los referidos principios de actuación, Garrido (2002, p.55) ha señalado:

La Comisión ha de regirse por determinados principios de actuación entre los cuales cabe destacar que ella misma es la encargada de promover la competencia en la generación y en la comercialización de electricidad, al tiempo que debe proteger los derechos e intereses de los clientes del servicio eléctrico y promover la eficiencia, confiabilidad y seguridad en la prestación del servicio, así como el uso eficiente y seguro de la electricidad.

El artículo 17 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico establece las competencias de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

Al respecto, debe destacarse que la competencia general de la Comisión se materializa en la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico, pero de los diversos instrumentos normativos concretos se pueden observar atribuciones específicas de este ente regulador.

Siguiendo a Garrido (2002, p. 58) las funciones de la Comisión de Energía Eléctrica se clasifican de la siguiente manera:

- (i) Funciones de regulación: esta función abarca diversos campos del sector eléctrico y se concreta en actos administrativos generales de carácter normativo mediante los cuales la Comisión ordena la actuación de los agentes que intervienen en la prestación del servicio eléctrico. Las funciones de regulación comprenden las materias económicas, técnicas, operativas y administrativas.
- (ii) Funciones de fiscalización y supervisión: la competencia de fiscalización supone el uso de determinadas facultades específicas para verificar el cumplimiento de determinada

normativa, a través de los correspondientes procedimientos administrativos.

La competencia de supervisión consiste en la revisión periódica o permanente de determinados actos o actividades para que el supervisado pueda actuar eficientemente desde el punto de vista técnico y legal.

- (iii) Funciones de control: que consisten en el otorgamiento de autorizaciones, actos revocatorios, actos de intervención de concesionarios, actos sancionatorios, de control tributario, de recopilación de información, entre otros.

Como se puede observar, en el ejercicio de las funciones anotadas anteriormente, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica ejerce diversas potestades típicas de los entes reguladores, tal como se señalara precedentemente.

Dadas las diversas potestades conferidas a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, tanto en la Ley como en el Reglamento se contemplan distintos procedimientos para el otorgamiento de autorizaciones en el caso de la actividad de generación, así como de las concesiones. También se regula el procedimiento sancionatorio que deberá aplicar la Comisión cuando los operadores del sector y los usuarios cometan alguna de las infracciones tipificadas en la Ley.

Ahora bien, se señaló que uno de los principios de actuación de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica consiste en promover la competencia en la generación y en la comercialización de electricidad. A tal efecto, el numeral 13 del artículo 17 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico establece como competencia de dicho ente regulador “coadyuvar con el fomento y protección de la libre competencia en aquellas actividades del sector en las que sea posible.”

Por otra parte, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia es una autoridad de policía administrativa, cuya función es el mantenimiento del orden público económico y correcto funcionamiento de los mercados.

En tal sentido, la presente investigación tiene por objetivo determinar en el sector eléctrico si es la Comisión Nacional de Energía Eléctrica o la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, los entes que deben aplicar las sanciones en caso de que los agentes económicos que ejercen las actividades abiertas a la competencia (generación y comercialización) incurran en prácticas anticompetitivas.

Por tal motivo, señaladas como han sido las características de ambos órganos administrativos, en el capítulo siguiente se abordará la cuestión fundamental que plantea la presente monografía.

CAPÍTULO VI
ÓRGANOS QUE INTERVIENEN EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

En el Capítulo V se hizo referencia a la naturaleza y potestades de los entes reguladores de servicios y los órganos de defensa de la competencia, haciendo especial referencia a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

En el presente capítulo se abordará la manera en que estos órganos intervienen en el sector eléctrico venezolano, por lo que se hará referencia a las competencias y facultades formalmente establecidas de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, especialmente en relación con la convergencia que tienen ambos organismos respecto al tema de competencia.

En ese sentido, la figura de coordinación es la referencia fundamental que ha de diseñarse para asegurar que efectivamente la aplicación de los marcos regulatorios asegure que hayan condiciones para la competencia en los mercados, y que los particulares no puedan, por medio de sus conductas lesionar, limitar o restringir esa cualidad del mercado. Entendidos los

elementos fundamentales que permitirán ese ejercicio de las respectivas facultades reguladoras en el sector eléctrico, se analizará cada uno de ellos dentro del sector eléctrico, esto es, determinar en como este particular sector la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, deben aplicar las sanciones en caso de que los agentes económicos que ejercen las actividades abiertas a la competencia (generación y comercialización) incurran en prácticas restrictivas de la competencia.

En consecuencia, se hará una referencia general a la coordinación, a los fines de determinar si tanto la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia deben ajustar su actuación a este principio, o actúan independientemente la una de la otra.

1. Coordinación

La coordinación tiene por objetivo lograr la unidad de dirección de los órganos y entes que intervienen en la consecución de determinado fin y la realización de actividades específicas. En este sentido, Parada (2000, p.68) define la coordinación administrativa como una función que “pretende conjuntar diversas actividades en el logro de una misma finalidad evitando la

reduplicación de esfuerzos y las acciones divergentes, e, incluso, contradictorias.”

En este orden de ideas, se ha distinguido entre dos tipos de coordinación: la formal y la material. La coordinación formal es el resultado de una actuación integrada de distintas administraciones por vía de mutuo acuerdo, lo que el autor español García de Enterría (1998, p.322) denomina autocoordinación. En la coordinación material se confiere un poder de dirección a una instancia sobre las demás a tal punto que la actuación de éstas se encuentra condicionada por las directrices que imponga el ente coordinador.

La coordinación material no implica que exista una relación de jerarquía entre los distintos entes y órganos que intervienen, ya que precisamente la coordinación es un principio que se aplica a órganos y entes dotados de autonomía.

La coordinación se vincula con las denominadas competencias concurrentes. Las competencias concurrentes son aquellas que se asignan de manera simultánea y no excluyente a varios entes públicos, esto es, una misma competencia puede ser ejercida por varios entes públicos.

Sentado lo anterior, se ha considerado pertinente señalar lo que la doctrina ha dicho sobre la actuación de los entes reguladores y las oficinas de defensa de la competencia dentro de un sector regulado.

Ferrín (1999, p.1) en relación con la coordinación que debe existir entre las oficinas de defensa de la competencia y los entes reguladores, específicamente en materia de privatizaciones (que es una técnica de liberalización de servicios públicos), señala:

Sin lugar a dudas los organismos de defensa de la competencia y los entes privatizadores y reguladores mantienen objetivos comunes, cual es el logro de una mayor eficiencia y funcionamiento de los mercados....Por tal motivo, es deseable que éstas instancias mantengan objetivos claros, independientes, y gocen de cierta autonomía, tal que la actuación o poder de determinado ente público

Por su parte, Ortiz (2001, p.31) señala que las normas de defensa de la competencia contenidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, así como los respectivos reglamentos y resoluciones, se aplican indistintamente a todo tipo de personas públicas y privadas.

En este sentido, señala el referido autor (2001, p.31) que en sectores liberalizados como el eléctrico “resulta indiscutida la aplicación de la normativa de libre competencia...”. No obstante, el autor no indica a cuál

órgano le corresponde aplicar dicha normativa, esto es, si es el ente regulador del sector o a la oficina de defensa de la competencia.

Por otro lado, Hernández (2001b, p.87) sostiene que la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia es una ley general que se orienta a controlar que las conductas de los agentes económicos privados no falseen la libre competencia. Sin embargo, para dicho autor (2001b, p.87) los presupuestos en que se basa la mencionada ley no son aplicables al mercado eléctrico, ya que los operadores económicos no tienen total libertad para entrar y salir del mercado, por cuanto diversas circunstancias matizan el alcance de la libre competencia, porque se trata de una competencia relativa.

Así las cosas, Hernández (2001b, p.87) sostiene:

El mercado eléctrico, como insistentemente hemos señalado, es un mercado regulado, en el que además la vigencia efectiva de la libre competencia es aún incipiente, debiendo recordar dos especiales circunstancias: *(i)* la concurrencia de operadores está subordinada al principio de acceso a las redes y *(ii)* los fines de servicio público obligan a matizar el alcance que pueda tener la libre competencia, bien jurídico que puede ceder si ello es necesario para cumplir la garantía de suministro eléctrico que contempla el artículo 2 de la nueva Ley....Lo anterior justifica que en la tutela de las normas sobre libre competencia intervenga no sólo el órgano que, con carácter general, tiene tal atribución (la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Precompetencia), sino también, la Administración sectorial especialmente creada a los fines de ejercer la disciplina y control sobre el mercado eléctrico, a saber, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

Quiere decir que, para el referido autor, tanto la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia como la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, deben intervenir para supervisar y controlar que los operadores económicos del sector eléctrico cumplan con las condiciones para la libre competencia.

A similar conclusión llega Aguilar (2002, p.p. 187-188) quien sostiene que debe existir una coordinación entre el ente regulador del sector y la agencia de competencia, a objeto de evitar que la experiencia y conocimiento del mercado por parte del ente regulador sea desechada por la oficina de competencia, así como que ésta en aras de la aplicación de la normativa sobre competencia se pronuncie sobre asuntos propios de la conformación de un mercado (regulación) que le resulten ajenas.

De manera que, para los autores mencionados anteriormente, debe existir coordinación entre el órgano de defensa de la competencia y el ente regulador sectorial, a los fines de aplicar la normativa de defensa de la competencia en sectores liberalizados como el sector eléctrico.

A título ilustrativo, en materia de coordinación puede señalarse lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En efecto, el artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone que en los casos en que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tenga conocimiento de algún hecho que pudiera resultar violatorio de las disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, deberá informarlo a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, a los fines de que ésta ejerza las funciones que le competen. Además, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá someter a consideración de la Superintendencia las consultas que estime convenientes, quien deberá evacuarlas en un lapso no mayor de cuarenta y cinco días.

Asimismo, el referido artículo dispone que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia podrán celebrar convenios para establecer los términos, condiciones o mecanismos de colaboración entre ambos organismos.

De manera que, en el sector de telecomunicaciones, de conformidad con su respectiva Ley, le corresponde a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia iniciar los procedimientos sancionatorios e imponer las sanciones a aquellos operadores que incurran en prácticas restrictivas de la libre competencia.

No obstante, en el sector eléctrico, el legislador no utilizó ningún esquema de coordinación como el previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo que se hace necesario determinar los mecanismos en que operará la coordinación entre la Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

Así, se señaló que uno de los principios de actuación de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica consiste en promover la competencia en la generación y comercialización de electricidad.

Por otra parte, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre competencia es una “autoridad de policía administrativa”, cuya función es el mantenimiento del orden público económico y correcto funcionamiento de los mercados.

De lo anterior, se desprende que la Comisión de Energía Eléctrica y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia son órganos dotados de autonomía, dentro de los límites impuestos por sus respectivas leyes, y ambas tienen atribuidas competencias en materia de

protección de la libre competencia, por lo que su actuación en el sector eléctrico debe regirse por el principio de coordinación.

No obstante, se considera que las competencias de ambos órganos en materia de protección de la libre competencia no son concurrentes en el sentido estricto de lo que supone una competencia concurrente, ya que el legislador no otorgó la misma competencia a ambos órganos simultáneamente.

Nótese que en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, el numeral 13 del artículo 17 establece como atribución de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica “coadyuvar con el fomento y protección de la libre competencia en aquellas actividades del sector en las que sea posible.”

Del artículo antes transcrito se desprende que la atribución de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica es coadyuvar con el fomento y protección de la libre competencia, lo que significa que la referida atribución se traduce en ayudar o contribuir con el fomento y la protección de la libre competencia en aquellas actividades abiertas a ésta, todo lo cual permite inferir que si la atribución de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica es coadyuvar, debe colaborar con otros entes en esta función, además de dictar las disposiciones correspondientes como ente regulador para fomentar y proteger la libre

competencia en el sector, de conformidad con lo previsto en los numerales 4, 10, 15, 24 y 35 del artículo 17 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Por su parte, dada la naturaleza de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, su atribución principal es la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia (artículo 29 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia).

Como se observa, ambos órganos tienen atribuciones distintas en materia de libre competencia. En todo caso, la atribución de la Superintendencia es mucho más amplia que la de la Comisión, ya que se trata de un ente regulador sectorial.

En este orden de ideas, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica en su función de coadyuvar con el fomento de la libre competencia dentro del sector eléctrico tiene por objetivo remover las barreras de acceso y crear condiciones de libre competencia en aquellas actividades del sector abiertas a ésta, esto es, crear las condiciones para que no existan barreras de entrada o conductas que entorpezcan los fines materiales que forman parte del diseño regulatorio sectorial, el cual corrige algunas fallas de mercado.

Por su parte, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia tiene por función velar porque los particulares no deterioren, a través de sus estrategias y actuación en el mercado, la calidad del proceso competitivo, o dicho de otro modo, la capacidad de los demás participantes en el mercado de operar en ejercicio de su libertad económica.

De lo señalado anteriormente, se desprende que el alcance que tienen las competencias de ambos órganos en materia de protección de la libre competencia, aun cuando es distinto, resulta complementario, razón por la cual la coordinación como principio de actuación resulta ser el elemento primordial para que la actuación de ambos órganos confluya en la protección y fomento de la libre competencia dentro del sector eléctrico.

De esta manera, la coordinación entre la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, debe concretarse en la evaluación conjunta y previa de las condiciones del mercado eléctrico y por ende, de las operaciones, de conformidad con lo previsto en el Reglamento N° 2 de la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia en materia de concentraciones económicas, pero sobre todo en lo relativo a la vigilancia de las conductas desplegadas por los particulares y la sustanciación de los procedimientos sancionatorios en caso de que los operadores económicos

del sector eléctrico incurran en prácticas restrictivas de la libre competencia. Esta coordinación implica que debe determinarse el órgano al cual competen estas atribuciones y que pueda fungir como órgano coordinador con respecto al otro.

2. Órgano competente en materia de protección de la libre competencia en el sector eléctrico venezolano

Una vez que se ha señalado que en el sector eléctrico, en lo relativo a la protección de la libre competencia, tanto la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia deben actuar bajo el principio de coordinación, se hace preciso establecer el alcance de dicha coordinación, esto es, los límites de actuación de ambos órganos administrativos en la referida materia, o dicho de otro modo, corresponde determinar, cuál es el órgano que le corresponde velar por la protección de la libre competencia, a la Comisión de Energía Eléctrica o a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

En primer término, se hace preciso reiterar que en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico no se encuentran disposiciones que establezcan regulaciones específicas sobre la protección de la libre competencia, si bien establece algunas disposiciones en relación con el libre acceso y la

atribución a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica para coadyuvar en el fomento y protección de la libre competencia en aquellas actividades del sector eléctrico abiertas al régimen de competencia.

Asimismo, en el régimen sancionatorio previsto en la mencionada ley tampoco se observa que se hayan tipificado sanciones relativas a las prácticas restrictivas de la libre competencia dentro del sector eléctrico.

Por su parte, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia es una ley que se aplica a “todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades.” (Artículo 4).

Además, la mencionada Ley establece el procedimiento administrativo sancionatorio en caso de prácticas restrictivas de la competencia, así como un procedimiento ordinario para el caso de las autorizaciones que la Superintendencia deba otorgar, por ejemplo, en el caso de las operaciones de concentración económica.

Teniendo en consideración los comentarios precedentes, se considera que el alcance de la coordinación que debe existir entre la Superintendencia para la

Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica se concreta en la naturaleza y potestades específicas de cada uno de estos órganos, esto es, la Comisión tiene por función coadyuvar con el fomento de la libre competencia en el sector, estableciendo las regulaciones adecuadas para que las condiciones de libre competencia se verifiquen, mientras que la Superintendencia está facultada para perseguir conductas prohibidas, es decir, la actuación de los particulares. Sólo en tanto eso afecta la posibilidad de entrada y salida del mercado, puede hablarse de las condiciones de competencia.

De esta manera, la actuación coordinada de ambos órganos está en función de la determinación de las condiciones de libre competencia dentro del sector eléctrico y en el caso de posibles restricciones a la libre competencia, en la imposición de las correspondientes sanciones.

En este sentido, ante la ausencia en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico de normas que tipifiquen sanciones para las prácticas restrictivas de la competencia, nada obsta para que se aplique el procedimiento sancionatorio previsto en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en el caso de operadores económicos del sector que incurran en prácticas restrictivas de la libre competencia o prácticas prohibidas.

De esta manera, se considera que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia es el órgano competente para la sustanciación de los procedimientos sancionatorios para la imposición de las sanciones a los operadores económicos de sector eléctrico en caso de infracciones a la libre competencia.

En este sentido, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica debe actuar en coordinación con la Superintendencia para la sustanciación de los mencionados procedimientos sancionatorios, en el sentido de proporcionar toda la información técnica pertinente sobre las características específicas del mercado eléctrico -las prestaciones de servicio universal, por ejemplo- con el objeto de que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia tenga en cuenta las mismas y realice la debida ponderación de los bienes jurídicos tutelados en el sector, por ejemplo, la libre competencia con la garantía de suministro eléctrico.

No obstante lo anterior, como la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico no contiene los mecanismos de coordinación entre la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, se hace necesario que ambos entes reguladores en ejercicio de sus facultades dicten las disposiciones tendientes a establecer los referidos mecanismos de coordinación.

Así, lo más recomendable es que se establezca un procedimiento especial para la sustanciación de los referidos procedimientos sancionatorios, dada las características específicas del mercado eléctrico y ello sólo puede establecerse mediante el ejercicio de la potestad normativa de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, actuando conjuntamente.

En este sentido, se considera que el esquema de coordinación establecido entre la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones pudiera servir de marco para establecer los mecanismos de coordinación en el sector eléctrico, si bien es un modelo que requiere que se revise a objeto de hacerlo operativo en la práctica.

Por otra parte, la coordinación no sólo debe concentrarse en la aplicación de sanciones en caso de prácticas restrictivas de la libre competencia, sino que debe regular los procedimientos previos de evaluación, garantizando el libre acceso de los particulares y el suministro eléctrico.

Para lograr la coordinación a que se ha hecho alusión, de conformidad con el numeral 18 del artículo 17 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica puede dictar las disposiciones necesarias para establecer los mecanismos de coordinación con la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

Por su parte, la Superintendencia, de conformidad con el numeral 6 del artículo 29 de la Ley para la Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia puede proponer al Ejecutivo Nacional la reglamentación pertinente para la aplicación de dicha ley en el sector eléctrico.

Cabe destacar que ambos órganos administrativos –Superintendencia y Comisión- deben establecer dichos mecanismos de coordinación con fundamento en el Principio de Colaboración establecido en el artículo 136 de la Constitución y desarrollado en el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

De las consideraciones anteriores, se puede concluir que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica actúan en coordinación y en materia de procedimientos sancionatorios en caso de prácticas restrictivas de la competencia dentro del sector eléctrico debe ser la Superintendencia la

que sustancie los respectivos procedimientos sancionatorios y aplicar las correspondientes sanciones, ya que tiene cobertura legal para ello en su función de policía del orden público económico.

Por su parte, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica debe establecer las regulaciones necesarias para que dentro del mercado eléctrico se produzcan las condiciones de libre competencia en las actividades que así lo requieran y en caso de prácticas restrictivas de la libre competencia proporcionar la información técnica del mercado eléctrico a objeto de que la Superintendencia sustancie los respectivos procedimientos.

CONCLUSIONES

El órgano competente para la sustanciación de los procedimientos de defensa de la competencia y eventual sanción a los operadores de servicios públicos liberalizados que incurran en prácticas restrictivas de la libre competencia es el órgano de defensa de la competencia, debiendo establecerse los mecanismos de coordinación con el ente regulador sectorial, a los fines de ponderar la situación de los bienes jurídicos tutelados por ambas legislaciones (la sectorial y la de defensa de la competencia) así como las peculiaridades del mercado.

La intervención del Estado en la economía venezolana ha evolucionado desde una fuerte intervención estatal mediante la utilización de distintas técnicas, como la asunción de actividades comerciales, prestacionales e industriales, sin permitir la participación de los particulares y regulando fuertemente la iniciativa privada, hasta la consagración de la economía social de mercado y la libertad económica en las Constituciones de 1961 y 1999, lo que se tradujo en la liberalización de determinados sectores, permitiendo la participación de los particulares y la libre iniciativa privada en un régimen de competencia y regulación equilibrada.

El régimen jurídico de la protección de la libre competencia en Venezuela se encuentra plasmado en los artículos 112,

113 y 114 de la Constitución de 1999 que establecen los principios constitucionales sobre la materia. Los referidos principios constitucionales se encuentran desarrollados en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y una serie de normas complementarias a la referida ley.

La liberalización consiste en la despublicatio del servicio público y el acceso de los particulares en la gestión de los mismos, como titulares en condiciones de mercado y competencia, siendo que la intervención del Estado se traduce en la regulación del sector.

En Venezuela se produjo la liberalización del servicio eléctrico con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico. Con la novísima Ley se establece la separación de actividades dentro del sector en actividades sujetas al régimen de competencia regulada (generación y comercialización) y actividades sujetas a régimen de concesión, entendida en el sentido tradicional del servicio público, esto es, actividades no competitivas (transmisión y distribución).

Los entes reguladores forman parte de la estructura organizativa de la Administración y responden a dos características fundamentales: la independencia y la neutralidad. Para el cumplimiento de sus funciones, a los entes reguladores se les ha dotado de diversas potestades, tales

como potestad normativa, sancionatoria, promoción de la libre competencia, fiscalización, tarifarias, entre otras. Los entes reguladores operan en determinados sectores, por ejemplo en los servicios públicos liberalizados.

Los órganos de defensa de la competencia deben garantizar el correcto funcionamiento del mercado y sancionar a quienes pretendan impedir su normal desarrollo.

En el caso del sector eléctrico venezolano, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico creó la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como ente regulador del sector, la cual tiene como atribución coadyuvar en el fomento y protección de la libre competencia en las actividades competitivas.

Por otra parte, en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se creó la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia como órgano de defensa de la competencia y autoridad de policía administrativa, cuya función es el mantenimiento del orden público económico y correcto funcionamiento de los mercados.

De manera que, en el sector eléctrico venezolano coexisten ambos órganos –Superintendencia y Comisión- para cumplir las funciones de protección de la libre competencia dentro del sector.

La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica actúan en coordinación y en materia de procedimientos sancionatorios en caso de prácticas restrictivas de la competencia dentro del sector eléctrico debe ser la Superintendencia la que sustancie los respectivos procedimientos sancionatorios y aplicar las correspondientes sanciones, ya que tiene cobertura legal para ello en su función de policía del orden público económico.

Por su parte, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica debe establecer las regulaciones necesarias para que dentro del mercado eléctrico se produzcan las condiciones de libre competencia en las actividades que así lo requieran y en caso de prácticas restrictivas de la libre competencia proporcionar la información técnica del mercado eléctrico a objeto de que la Superintendencia sustancie los respectivos procedimientos.

Asimismo, en relación con la sustanciación de los mencionados procedimientos sancionatorios, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica debe proporcionar a la Superintendencia para la Promoción y Protección

de la Libre Competencia toda la información técnica sobre las peculiaridades del mercado eléctrico, a objeto de que la Superintendencia realice la evaluación y ponderación de los bienes jurídicos tutelados.

En este orden de ideas, se recomienda que se establezca un procedimiento especial o que se adopte un esquema de coordinación entre ambos órganos similar al previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, si bien dicho esquema de coordinación debe ser revisado a los fines de hacerlo operativo en la práctica.

Para ello, en uso de potestades normativas, ambos órganos (Superintendencia y Comisión) deberán crear los mecanismos de coordinación necesarios para el cumplimiento de sus objetivos en materia de protección y fomento de la libre competencia en el sector eléctrico, en virtud del Principio de Colaboración entre los entes públicos consagrado en el artículo 136 de la Constitución de 1999.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, O. Entes reguladores de servicios públicos. Apuntes sobre su funcionamiento (2002). ***El Nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general. (Electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)***. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.

Alfonso, I. (1991). ***Técnicas de investigación bibliográfica*** (5ª ed.). Caracas: Contexto

Araujo, J. y Pacanins, O. Leyes sobre los servicios públicos domiciliarios: agua, electricidad, gas. ***Un nuevo Derecho de la Electricidad***. (2001). Colección Textos Legislativos N° 23. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Ariño, G. (1993). ***Economía y Estado: Crisis y Reforma del Sector Público***. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

Ariño, G. (2001). ***Principios de Derecho Público Económico*** (2ª ed.). Fundación de Estudios para la Regulación. Granada: Editorial Comares.

Badell, R. La liberalización de los servicios públicos en Venezuela (2002). ***El Nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general. (Electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)***. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.

Balzarotti, Norma (s/f). ***Política de Competencia aplicable a sectores regulados***. Consultado en original.

Baño León, J. (1996). ***Potestades administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia***. Madrid.

- Barberi, M. y Rivero, G. (2000). Medidas Cautelares Contenidas en el Procedimiento Administrativo Sancionador Previsto en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. **Revista de Derecho Administrativo**, 8. Caracas: Editorial Sherwood.
- Bercovitz, A. (2001). **Apuntes de Derecho Mercantil** (2ª. ed.). Aranzadi Editorial.
- Betancor, A. (1994). **Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho**. Editorial Tecnos.
- Brewer, A. (2000). **La Constitución de 1999** (2ª. ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Cassagne, J. (1993). Los nuevos regulatorios. **Revista de Derecho Administrativo**, 5. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Celorrio, A. (1991). Perspectivas modernas del intervencionismo. **Revista de Derecho Administrativo**, 3. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- De León, I. (1998). Summa. Homenaje a la Procuraduría General de la República. 135º Aniversario. **Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano**. Caracas.
- Desdentado, E. (1999). **La crisis de identidad del Derecho Administrativo; privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes**. Valencia: Tirant Lo Blanch Alternativa.
- Ferrín, J. (1999). **La coordinación entre los organismos de defensa de la competencia y los entes reguladores. La experiencia venezolana**. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Disponible: www.procompetencia.gov.ve [Consulta: 2004, junio 11]

García de Enterría, E. y Fernández, T. (1998). **Curso de Derecho Administrativo** (Vol. I) (8ª .ed.). Madrid: Editorial Civitas.

Garrido, J. (2002). **Regulación legal del servicio eléctrico**. Caracas: Anauco Ediciones, C.A.

Hernández, J. (2000). Intervención Económica y Liberalización de Servicios Esenciales en Venezuela. **Revista de Derecho Administrativo**, 10. Caracas: Editorial Sherwood.

Hernández, J. (2001). Garantía de Suministro Eléctrico y Libre Competencia (A propósito de la nueva Ley Orgánica del Servicio Eléctrico). **Revista de Derecho Administrativo**, 12. Caracas: Editorial Sherwood.

Hernández, J. (2003). **Notas sobre la creación del ente regulador del mercado eléctrico**. Disponible: www.badellgrau.com [Consulta: 2004, junio 7]

Hernández Delgado, J. (1999). La actividad reguladora del Estado y la competencia. **Derecho de la competencia europeo y español. Curso de iniciación**. Edición a cargo de Luis Ortiz Blanco y Simón Cohen. Madrid: Dykinson.

Ley Orgánica del Servicio Eléctrico (2001). **Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela**. Nº 5.568 (Extraordinario), Diciembre 31 de 2001.

Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** Nº 34.880, Enero 13 de 1992.

López-Castro, L. y Ariño, G. (2001). ***Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político.*** Granada: Fundación Estudios de la Regulación-Comares Editorial.

López, J. El servicio público y la habilitación de actividades prestacionales de interés general a particulares (2000). ***El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI*** (Vol. II) Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Valencia: Tirant lo Blanc.

Navarro, E. La regulación de la competencia en el sector de las telecomunicaciones (2002). ***El Nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general. (Electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión).*** Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.

Ortiz, L. (2001). ***Antitrust. Competencia y contencioso administrativo.*** Caracas: Editorial Sherwood.

Ortiz, L. y Fischbach, N. (1998). Régimen Jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela. ***Revista de Derecho Administrativo***, 3. Caracas: Editorial Sherwood.

Parada, R. ***Derecho Administrativo. Organización y empleo público,*** (Vol. II) (14ª. ed.). Madrid: Marcial Pons.

Peña, J. (1995). ***Lineamientos de Derecho Administrativo. Volumen I. La organización administrativa venezolana.*** Caracas: Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Peña, J. La Actividad Administrativa de Servicio Público: La Aproximación a sus Lineamientos Generales (2002). ***Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,*** (Vol. II.). Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, 7. Caracas: Fernando Parra Aranguren-Editor.

- Rivero, R. (2001). *Introducción al Derecho Administrativo Económico* (2ª. ed.). Salamanca: Ratio Legis.
- Rondón, H. (2000). *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 Parte Orgánica y sistemas*. Caracas: Editorial Ex Libris.
- Soriano, J. El papel del Estado y de sus Agencias en un contexto de regulación (1998). *Derecho de la Competencia*. Bogotá: El Navegante Editores.
- Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (1999). *Formulación de políticas públicas de eficiencia y equidad en el sector eléctrico*. Disponible: www.procompetencia.gov.ve [Consulta: 2004, marzo 23].
- Tornos, J. La actividad de regulación (2000). *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI* (Vol. I) Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Ugas, C. (2002). El Procedimiento Administrativo para la Determinación de Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia en Venezuela. *Revista de Derecho Administrativo*, 14. Caracas: Editorial Sherwood.
- Villar, J. (1999). *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares*. Madrid: Editorial Civitas.
- Zuluaga, M. La perspectiva colombiana de la Promoción de la Competencia (1998). *Derecho de la Competencia*. Bogotá: El Navegante Editores.