

## EL DILEMA DEL SECTOR ELÉCTRICO: ENTRE EL ESTADO PRESTACIONAL Y EL ESTADO GARANTE

Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las transformaciones de los sectores económicos en el Estado social de derecho.* III. *El Estado garante o de garantía de prestaciones como opción.* IV. *Las libertades posibles en el modelo de Estado de garantía de prestaciones.* V. *La regulación necesaria en el modelo de Estado de garantía de prestaciones.* VI. *Los instrumentos para la regulación en el modelo de Estado de garantía de prestaciones.* VII. *Consideraciones finales.* VIII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de las respectivas reformas constitucionales y legales que se produjeron en México entre los años 2013 (Cárdenas, 2019: 49-53) y 2014 (Villanueva, 2017: 98-270) —que podrían ser objeto de revisión en el sexenio 2018-2024—, se renueva la discusión entre la opción del Estado prestacional, empresario y de máxima intervención o el Estado garante, regulador y de mínima intervención en el ámbito económico y social (Muñoz, 2015: 23-50 y Esteve, 2015: 77).

Ello comprende un profundo debate entre las radicales concepciones estatistas y liberticidas, que bajo la premisa de que quien dirige el Estado sabe lo que es mejor para todos, ponen en contraposición la intervención de la organización pública y la posibilidad de efectivo ejercicio de los derechos fundamentales económicos; pasando por las centristas, en cuanto al reconocimiento del ejercicio de las libertades posibles que conviven con la

---

\* Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario. Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE). [www.hernandezmendible.com/](http://www.hernandezmendible.com/) [www.ride-derechodelaenergia.com/](http://www.ride-derechodelaenergia.com/). Contacto: [victorhernandezmendible@gmail.com](mailto:victorhernandezmendible@gmail.com).

regulación necesaria, orientadas a garantizar tanto una libertad responsable y solidaria de las personas, como una racional actuación del Estado dirigida a proteger la dignidad humana; hasta llegar a las extremistas libertarias, que promueven la supresión absoluta de cualquier actuación estatal, cuando no del Estado mismo (Noguera, 2018: 400).

Estos debates políticos, ideológicos, filosóficos y económicos son absolutamente válidos en cuanto al ejercicio de las libertades de expresión, de pensamiento, del intercambio de saberes y de la pretensión de alcanzar la verdad, en cualquier sociedad democrática y pluralista (Béjar, 2017: 13-42 y Cárdenas, 2019: 45-79). No obstante, ello no debe hacer que se olvide que la discusión se enmarca dentro un contexto jurídico, que viene dado por el modelo constitucional que esa misma sociedad ha decidido libre y soberanamente diseñar en su carta constitucional.

Es justamente la Constitución la que reconoce un modelo jurídico de Estado de legalidad (Rodríguez, 2018: 89-105), de constitucionalidad (Parejo, 2018: 193) o de convencionalidad (Hernández-Mendible, 2018: 229); así como un modelo de economía centralizado e intensamente planificado (Resico, 2010: 51-52), un modelo de economía de mercado (Resico, 2010: 50-51 y Laguna de Paz, 2019: 67-70), o un modelo de economía social de mercado (Resico, 107-112 y Hernández-Mendible, 2014: 331-348); donde la producción de bienes y prestación de servicios esté sometida a la iniciativa y orientación del Estado o que la producción de bienes y servicios se realice bajos los postulados del *laissez faire, laissez passer* sustraídos de cualquier mínima intervención del Estado o que la producción de bienes y servicios sean de libre iniciativa privada bajo la vigilancia de Estado y que este únicamente actúe como agente económico de manera subsidiaria (Ariño, 2004: 109-116).

Esto conduce a una reflexión sobre el modelo de Estado, el modelo económico y de la configuración jurídica del régimen de propiedad de los recursos naturales y de los demás bienes (infraestructuras, redes, *hardware* y *software*), como del desarrollo de las actividades destinadas a la satisfacción de las necesidades colectivas en el sector económico eléctrico.

Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente trabajo en las siguientes partes a saber: las transformaciones de los sectores económicos en el Estado social de Derecho (II); el Estado garante o de garantía de prestaciones como opción (III); las libertades posibles en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (IV); la regulación necesaria en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (V); los instrumentos para la regulación en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (VI); y, por último, se realizarán las consideraciones finales (VII).

## II. LAS TRANSFORMACIONES DE LOS SECTORES ECONÓMICOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El modelo de intervención del Estado en los sectores económicos, se había conformado originalmente por la regulación de primera generación, donde existía una titularidad del Estado (*publicatio*) sobre una actividad, titularidad que se justificaba en la creencia que la satisfacción del interés general era tarea exclusiva del Estado y en la presunta existencia de un monopolio natural, que hacía al Estado totalmente responsable de la producción de los bienes o de la prestación de los servicios públicos y en los supuestos que este decidía discrecionalmente convocar a los particulares para participar en la gestión, estos quedaban condicionados para realizar la explotación de la actividad, a la previa obtención de una habilitación administrativa constituida por una concesión, que se convertía en el título que les transfería temporalmente el derecho de gestión en régimen de monopolio, dentro de un mercado cautivo y en ejercicio de derechos exclusivos de explotación o de ser el caso, en un mercado disputable con competencia restringida a pocos operadores en zonas geográficas determinadas, debiendo dichos operadores realizar todas las actividades esenciales, así como aquéllas que no lo eran, pero que se encontraban comprendidas expresa o implícitamente en la gestión del sector, las cuales serían financiadas mediante un régimen uniforme de tarifas fijadas por el Estado, todo ello sometido a un marco jurídico preeminente de derecho público, que regía a toda la actividad, en lo que se conoció como el modelo de Estado prestacional (productor de bienes y prestador de servicios), (Araujo-Juárez, 2010: 29-96).

Consecuencia de la revolución científica y tecnológica que experimenta el mundo desde el último tercio del siglo XX, se presentó una crisis en el modelo tradicional de intervención del Estado en los sectores económicos, que condujo a una nueva regulación, que evidentemente no podía ser igual que su predecesora, porque se sustenta en un nuevo orden jurídico, económico, social, cultural y ambiental que originalmente surge como la Sociedad de la Información y en la actualidad transita hacia la Sociedad de la Información, el Conocimiento y la Innovación.

El paso al nuevo modelo de intervención del Estado en los sectores económicos, se construye anclado en una regulación de segunda generación, donde desaparece la titularidad del Estado sobre la actividad (*despublicatio*) y por ende se extinguen los derechos de explotación exclusiva y en régimen de monopolio que ostentaba el operador estatal o los privados con delegación de aquél, dando paso al ejercicio efectivo de los derechos y libertades

económicas, como la libertad de empresa, la libre iniciativa empresarial privada, la propiedad privada sobre las instalaciones esenciales —sujeta a restricciones, limitaciones y obligaciones por razones de interés general—, la libre competencia, lo que supone el traslado de la responsabilidad de la gestión económica prestacional a los operadores privados, que para explotarla requieren una habilitación administrativa de autorización reglada y que realizarán las actividades de prestación libremente en función de la oferta y la demanda, disputándose el mercado entre sí y en aquellos segmentos que la libre competencia en el mercado no sea capaz de satisfacer las necesidades básicas de las personas, se encontrarán sujetos a que potencialmente se le establezcan obligaciones de servicio universal, estando únicamente obligados a realizar las actividades estrictamente esenciales que deben prestarse en las condiciones técnicas, de calidad y asequibilidad económica que determine el ente regulador de conformidad con la ley, en cuyo caso concurrirá el régimen de financiación mediante la formación competitiva de precios, en las prestaciones que son claramente disputables, con el régimen de financiación mediante tarifas de las actividades que se prestan bajo la modalidad de servicio universal, dentro de un marco jurídico mixto, que por las características de la actividad ha conducido a proponer una nueva rama donde convergen distintas disciplinas jurídicas que se denomina *Derecho de los sectores económicos competitivos o liberalizados*, todo ello en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (regulador *ex ante*) (Martínez, 1999: 137-138).

Continuando con la transición hacia mercados más competitivos, luego se propuso la eliminación de la intervención previa del Estado al desarrollo de las actividades económicas, lo que condujo a la aparición de una regulación de tercera generación, que se afianza en el principio de mínima intervención previa, mientras se refuerzan las potestades de intervención posterior. Se trata de una modalidad de regulación dirigida a incentivar una mayor competencia, donde los responsables de la gestión serán exclusivamente los operadores privados, quienes ya no estarán sujetos a los controles *ex ante* y en consecuencia no deberán obtener habilitación administrativa alguna para ingresar al mercado a realizar las actividades económicas, lo que supone la supresión de las barreras de entrada al mercado para ejercer la libertad de empresa, que sigue estando sometida a supervisión y control *ex post*, en el marco de un mercado libre, en que únicamente se imponen obligaciones de prestación mínima y universal, que inicialmente desarrolla un modelo de financiación mediante la formación competitiva de precios en los segmentos del mercado que son disputables y teniendo como excepción, la imposición de tarifas en aquellas actividades que al no ser satisfechas en el

ejercicio de las libertades económicas son declaradas como servicio universal. Esta regulación pretende constituir una modalidad más evolucionada del modelo de Estado de garantía de prestaciones (regulador *ex post*).

La crisis económica experimentada a nivel mundial o global —según la expresión al uso—, a finales de la primera década del siglo XXI, puso de manifiesto que la tercera generación regulatoria no funcionó eficientemente en algunos sectores económicos (Meilán, 2009: 391-420) y ha colocado en peligro tanto las libertades económicas como la satisfacción de las necesidades colectivas. Las consecuencias de la crisis fueron más o menos severas según la diversificación de las economías nacionales, pero todos los países, en una u otra medida fueron afectados, bien en la producción y comercialización de los *commodities* o en la producción de bienes manufacturados y la prestación de servicios, con la consiguiente contracción económica, disminución del poder adquisitivo de los salarios, cierre de empresas, pérdida de puestos de trabajo, desaceleración de las inversiones y disminución del otorgamiento de créditos.

No habiéndose recuperado plenamente los mercados globales de la mencionada crisis económica (Parejo, 2018: 193), se inició la emergencia sanitaria internacional que sirve como antesala a la recesión económica de escala mundial, que se venía anunciando desde finales de 2019 y —que en tanto no se prolongue la emergencia antes mencionada—, se proyecta que se comenzará a superar hacia finales de 2021.

Dicho lo anterior, pensando en que la recesión económica mundial va a tener un gran impacto en los mercados internacionales y por vía de consecuencia en la producción de bienes y prestación de servicios que se consumen a nivel nacional o en los mercados internacionales, lo que incide en la demanda de energía, seguidamente se plantea reflexionar sobre una propuesta que no suponga tener que elegir entre una libertad sin regulación que conduzca al sacrificio del interés general, dado que ello no es posible, pues la libertad necesariamente se encuentra llamada a convivir con tal regulación, en la medida que por sí misma no sea capaz de brindar satisfacción al interés general u optar por una posición que promueva una regulación que invada o incluso asfixie las libertades públicas, al extremo de amenazar con su desaparición, pues la regulación debe perseguir un fin compatible con las libertades fundamentales, asegurando tanto el respeto a los derechos y libertades de todas las personas, como el bienestar general.

En fin, lo que se propone es plantear la posibilidad de que el Estado de garantía de prestaciones, diseñe una regulación económica en el sector eléctrico dirigida a la consecución de los objetivos de interés general.

### III. EL ESTADO GARANTE O DE GARANTÍA DE PRESTACIONES COMO OPCIÓN

El modelo de Estado de garantía de prestaciones desde el punto de vista jurídico-político constituye la más avanzada expresión del Estado social y democrático de Derecho (Parejo, 2018: 193), en tanto que desde la perspectiva del sistema económico implica el desarrollo de una economía social de mercado, que es justamente donde la regulación encuentra el mejor escenario para lograr la consecución de los objetivos de interés general, es decir, para que se puedan ejercer las libertades económicas (libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa privada) en tanto sea posible y se produzca la intervención del Estado que sea necesaria, adecuada y proporcional, para que todas las personas puedan disfrutar de bienes y servicios de calidad, seguros y a buenos precios (libertad de elección para satisfacer las necesidades) (Hernández-Mendible, 2008: 234).

La regulación para la consecución de objetivos de interés general está llamada a ocuparse de garantizar toda la libertad que sea posible, lo que exige que en algunos supuestos concretos —para garantizar tal libertad—, el Estado deba intervenir conforme a las distintas técnicas establecidas en el ordenamiento jurídico y de manera armónica con tales libertades, imponga aquella regulación compatible con ellas, que sea necesaria, idónea y eficaz para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas.

Esta propuesta de regulación para la consecución de objetivos de interés general debe establecer las condiciones, para garantizar que la gestión de las prestaciones puedan ser efectuadas de manera concurrente por los particulares en ejercicio de las libertades económicas o por el Estado en ejercicio de las competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico. En el primer escenario, según lo determine la ley, los particulares requerirán una habilitación administrativa previa para ejercer tales libertades económicas (Hernández-Mendible, 2014: 687-710); en tanto en el segundo, los operadores públicos requerirían la previa habilitación legal. No se debe descartar que incluso se puedan gestionar a través de las modalidades de participación o colaboración público-privada, de naturaleza institucional o contractual.

Sin duda se trata de unas libertades reguladas, donde pueden participar múltiples operadores y desarrollar las actividades económicas en un mercado que garantice su ejercicio en tanto ello sea posible, para no afectar las libertades y los derechos de los demás y que por tanto admite la intervención mediante la imposición de limitaciones y obligaciones e incluso la

participación empresarial pública, en cuanto sea necesaria para garantizar los objetivos generales de satisfacción de las necesidades colectivas que tiene encomendado el Estado, siendo posible en principio, un régimen de financiación competitiva de precios, es decir, que los precios que establezcan los operadores por la prestación de los servicios, no sean producto de una imposición de la autoridad administrativa —sin considerar la innovación tecnológica, la calidad de los servicios o la complejidad de las necesidades que deben satisfacerse—; sino que tales precios necesariamente se fijarán como consecuencia de la oferta y la demanda de los servicios y admitiendo la posibilidad de intervención pública para el estableciendo de tarifas sociales en beneficio de los consumidores y de subsidios o ayudas a las empresas prestadoras, todo ello dentro de un régimen jurídico mixto y concurrente, de derecho público y derecho privado.

Esto lleva a considerar la actividad prestacional en el sector eléctrico como una actividad que no es exclusivamente estatal, pero que tampoco es una actividad absolutamente privada, pues al regularse de la manera propuesta se garantiza la convivencia de los derechos y libertades económicas reconocidos en la Constitución, con la necesaria intervención del Estado a través de la regulación, para garantizar la efectiva satisfacción del interés general.

#### IV. LAS LIBERTADES POSIBLES EN EL MODELO DE ESTADO DE GARANTÍA DE PRESTACIONES

El análisis de las libertades posibles en el modelo de Estado de garantía de prestaciones lleva a identificar, cuáles son las libertades económicas que pueden ejercer los operadores eléctricos con fundamento en el ordenamiento internacional, constitucional y legal.

Ello así, cabe destacar en primer lugar la libertad de empresa, que se manifiesta en tres momentos: la libertad de ingreso, que permite a los operadores la posibilidad de constituir la empresa y tener la garantía de acceso al uso de las instalaciones esenciales (infraestructuras y redes); la libertad de permanencia, que se traduce en la elaboración de planes y estrategias de inversión, libertad de contratación y de competición; y la libertad de retiro o salida del mercado, sin otras restricciones o límites, que la no afectación del interés general y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones adquiridos con los otros operadores, con los consumidores y los usuarios, así como con las autoridades públicas. La libertad de empresa se ejerce orientada a desarrollar economías de escala y a obtener una ganancia razonable por

los operadores económicos, que producen los bienes o prestan los servicios energéticos (Ariño, 2004: 613-636).

En segundo lugar, se tiene la libre iniciativa privada, que implica la posibilidad de cada persona de dedicarse a la actividad económica de su preferencia, sin otras limitaciones que las impuestas por el ordenamiento jurídico, en el marco de una sociedad democrática. Es así como los operadores económicos, cuando cuentan con los incentivos propicios y las adecuadas garantías se dedican a ejercer su iniciativa, no solo estableciendo las empresas, sino incluso, realizando actividades e inversiones dirigidas a la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i), que le permitan la introducción de tecnologías de punta (generación descentralizada, redes inteligentes, medidores inteligentes, baterías almacenadoras de energía (Ramiro, 2019: 149-173), desarrollo de nuevos bienes (aerogeneradores sin aspas, hidrógeno para producir electricidad) y prestar mejores servicios de calidad (seguridad de suministro mediante el aprovechamiento de fuentes renovables), a precios más asequibles.

En tercer término se puede llevar a cabo la libertad de competencia, en virtud de lo cual, los operadores económicos podrán concurrir, realizando distintas ofertas de bienes y de servicios energéticos, siempre con respeto a las normas antimonopolios, es decir, no realizando prácticas económicas anticompetitivas y no abusando de la posición de dominio, garantizando así la mayor eficiencia económica en el mercado y el beneficio tanto de los oferentes como de los demandantes de los bienes y los servicios energéticos.

En cuarto lugar, debe tenerse presente el derecho de las personas a demandar la producción de bienes y exigir la prestación de servicios energéticos de calidad (Hernández-Mendible, 2017: 409-448), pero no se trata de cualquier calidad, sino aquélla que sea conforme a los estándares técnicos mínimos establecidos, los que se van mejorando o elevando en la medida que el desarrollo científico y tecnológico, así como el avance de la Sociedad de la Información, el Conocimiento y la Innovación lo imponen.

Interrelacionado con el anterior, se encuentra el derecho de las personas a que se les brinde información adecuada y no engañosa sobre los bienes o servicios energéticos que demandan, debiendo esta información señalar el contenido y características de los productos y servicios, para que el interesado pueda saber si se ajusta a sus necesidades reales y por tanto proceder a adquirirlos o contratarlos.

Ello conlleva el derecho a la libertad de elección, lo que implica la preexistencia de pluralidad de ofertas, valga decir, la producción de bienes y prestación de servicios energéticos de distinta tecnología, calidad —que nunca pueden ser inferiores a los mínimos técnicamente establecidos—,



modalidades y precios, que permitan la existencia de una oferta variada y que como consecuencia las personas tengan la posibilidad de elegir libremente los bienes o servicios que desean utilizar o consumir para satisfacer sus necesidades básicas, teniendo en cuenta su poder adquisitivo y sus auténticas necesidades.

También se reconoce el derecho de los consumidores y los usuarios a exigirle a los productores de bienes y prestadores de servicios energéticos, que le dispensen un trato equitativo y digno.

Finalmente, aunque no menos importante, todos estos derechos deben estar acompañados de las adecuadas garantías para hacerlos efectivos, entre las que cabe mencionar: Los procedimientos administrativos y los procesos jurisdiccionales necesarios para garantizar la defensa de los consumidores y los usuarios; las normas que definan los mecanismos de control de calidad y seguridad de los bienes y los servicios; así como las modalidades de resarcimiento de los daños ocasionados y de la imposición de las sanciones correspondientes a quienes lesionen tales derechos.

## V. LA REGULACIÓN NECESARIA EN EL MODELO DE ESTADO DE GARANTÍA DE PRESTACIONES

Es pertinente recordar que no se regula por el único fin de intervenir en la actividad económica eléctrica, sino porque existe una necesidad colectiva que exige la actuación del Estado y esta debe ser racional para garantizar tanto el ejercicio de las libertades económicas, como para lograr la satisfacción de dicha necesidad.

Ahora bien, para determinar las razones que justifican intervenir a través de la regulación, se deben tener presentes los aspectos jurídicos, económicos, tecnológicos y ambientales, que van a incidir en aquellas actividades concretas que demanda la sociedad para la satisfacción de sus necesidades esenciales y que hacen imprescindible el establecimiento de una regulación específica, en tanto, que aquellas actividades cuya realización satisface las necesidades de las personas, mediante el libre juego de la oferta y la demanda, en principio no necesitan ser reguladas, siendo la libertad de competencia entre operadores económicos y la libertad de elección entre los consumidores y los usuarios, la llamada a garantizar la eficiencia económica y la satisfacción universal de las necesidades básicas de las personas.

Esto conduce a analizar ¿qué implica la regulación? (Hernández-Mendoza, 2005: 313-346). La regulación para la consecución de objetivos de interés general no supone otra cosa que el establecimiento de las condiciones

para armonizar las relaciones entre los agentes económicos y en consecuencia, permitir la eficiencia económica en la distribución de bienes y servicios energéticos, con el objeto de lograr la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, cuando el mercado no es capaz de lograrlo plenamente, de manera libre y espontánea.

La regulación para la consecución de objetivos de interés general se realiza a través de la ordenación, supervisión y control cuando se producen fallas en el régimen de libre competencia entre operadores privados, públicos o mixtos, al gestionar un segmento del mercado en la actividad prestacional eléctrica.

Este modelo de regulación reconoce la libertad de empresa y la libre iniciativa empresarial, por una parte y por la otra, persigue ordenar el mercado de manera eficiente, garantizando así la satisfacción del interés general. El modelo exige la actuación estatal respecto a los siguientes asuntos:

### *1. La regulación del buen gobierno corporativo*

Justamente con la finalidad de prevenir situaciones como las experimentadas en las economías desarrolladas durante la primera década del siglo XXI, en las que algunos de los accionistas mayoritarios, directivos y gerentes de las grandes corporaciones abusaron de la libertad —de asociación, negociación y pactos—, se ha hecho necesario que las autoridades reguladoras establezcan reglas destinadas a la protección de los derechos de los accionistas, sin discriminación, es decir, mayoritarios y minoritarios, mediante el establecimiento de normas que exijan mejores y buenas prácticas en la gerencia empresarial; que se imponga la transparencia en la información corporativa, que deberá suministrarse en atención de los distintos grupos o públicos de interés y que se precisen claramente las distintas clases de responsabilidades de quienes gobiernan las organizaciones empresariales y a quienes dentro de la organización les deben rendir cuentas de su gestión (Ariño, 2004: 216-235).

La regulación del buen gobierno corporativo no debe implicar la sustitución de este por el gobierno estatal o por el regulador técnico de la actividad, pero sí debe implicar el establecimiento de reglas previas, que le indiquen a los presidentes, administradores o directivos de las empresas, qué pueden hacer, cuándo lo deben hacer, cómo lo deben hacer y qué puede suceder en caso de que incumplan, falten o infrinjan el código de buen gobierno corporativo.

## 2. *La autorregulación regulada*

Como es sabido, la autorregulación supone la adopción por consenso de estándares de actuación, producción o prestación que se imponen los propios agentes económicos y que se comprometen a cumplir de manera voluntaria.

El asunto es que la autorregulación al tener origen en la iniciativa de un grupo de operadores económicos, generalmente ubicados en una posición prevalente en las relaciones comerciales, sus decisiones generan recelo a quienes no participaron en su expedición, sean otros agentes económicos o las autoridades públicas. Esta suspicacia no nace por la autorregulación en sí misma considerada, sino por la posible extensión de sus efectos respecto a quienes no participaron en su producción.

Ello plantea la necesidad de que el Estado mediante la regulación y por tanto con sujeción a la Ley y al Derecho, otorgue reconocimiento a la autorregulación. No obstante, más allá de que el Estado acepte que los operadores se vinculen a través de una regulación más dinámica, consensuada y flexible, le corresponde establecer cual es el entorno de esa capacidad de autorregulación al indicar tanto el procedimiento como aquello que por esencial, permanente y fundamental se encuentra reservado a la regulación legal o reglamentaria; que se diferencia de lo extrínseco, contingente y mutable que puede ser autorregulado, sin ignorar el espíritu, propósito y razón de la ley. Esto permite atribuirle efectos públicos a la autorregulación (Esteve, 2015: 70).

## 3. *La regulación de los aspectos técnicos*

Los entes reguladores son autoridades administrativas que tienen el deber de establecer los criterios técnicos de calidad y seguridad de la producción de los bienes y la prestación de los servicios energéticos, para garantizar la vida, la salud y la integridad física de las personas que deben consumirlos o usarlos. De allí que resulte exigible a los operadores económicos, la producción de los bienes y la prestación de los servicios energéticos que cumplan con determinados estándares mínimos de calidad y seguridad (eficiencia energética), los cuales se consideran idóneos en el actual grado de desarrollo que ha alcanzado la Sociedad de la Información, el Conocimiento y la Innovación, para garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas. A partir de allí, todo lo que se investigue y desarrolle para ampliar y

mejorar tanto la calidad como la seguridad y que además redunde en mejores precios para los consumidores y los usuarios será siempre bienvenido.

Los operadores deben producir los bienes y prestar los servicios energéticos de manera eficiente, regular y continua, garantizando la cobertura universal, lo que exige que se establezcan las reglas para asegurar, que en el supuesto de que ello no se logre en ejercicio de las libertades económicas, se conozcan anticipadamente cuáles serán las actuaciones previsiblemente exigibles y esperables de los operadores, para garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas.

#### 4. *La regulación de los aspectos económicos*

La aspiración de las personas cuando se comportan como consumidores o como usuarios es obtener los bienes y servicios energéticos de calidad y seguridad, a los mejores precios, es decir, que sean económicamente asequibles.

Dado que los consumidores y los usuarios pretenden disfrutar siempre de precios asequibles y los operadores pretenden rentabilizar al máximo la gestión de la empresa, obteniendo la mayor ganancia lícitamente posible, no cabe duda que, va a surgir un conflicto de intereses entre aquéllos y éstos.

Es por ello que se requiere una abundante oferta de los operadores y una demanda proporcional de los consumidores y los usuarios, en cuyo caso las transacciones comerciales se realicen conforme a las reglas naturales de la oferta y la demanda, lo que permite satisfacer tanto las necesidades de unos a buenos precios, como la rentabilidad esperada por los otros, sin que el Estado deba intervenir en dicho intercambio comercial.

Ahora bien, existen ocasiones en las cuales la oferta de la producción de los bienes o la prestación de los servicios energéticos no se realiza a precios que sean asequibles para los consumidores y los usuarios, lo que les impide satisfacer sus necesidades básicas, por no poder demandar los bienes o utilizar los servicios (pobreza energética) (Del Guayo, 2017: 343-381). Pero también, puede suceder que al imponerse unos precios asequibles para los consumidores o los usuarios por debajo de los costos de producción o de prestación, los operadores no se sientan estimulados a producirlos o prestarlos, lo que conlleva la desaparición de la oferta, sin que sea procedente imponerles efectuar las transacciones económicas a riesgo de su propia ruina, pues nadie puede ser obligado a producir bienes o prestar servicios por debajo de los costos y sin tener derecho a obtener una ganancia razonable.

En estos casos, se impone la necesidad de intervención del Estado para garantizar tanto el ejercicio de las libertades económicas como la satisfacción del interés general, lo que debe realizarse mediante la definición de una política de estímulos directos a las empresas (ayudas públicas a la oferta) o del establecimiento de una tarifa social a los consumidores y los usuarios, que les permita adquirir los bienes o usar los servicios a precios asequibles (subsidios a la demanda), mientras los operadores obtienen un ingreso que les permita cubrir los costos de producción o prestación y la aspirada ganancia razonable (principio de eficiencia económica).

En cualquier caso, el diseño de esta política de ayudas públicas debe ser adoptada con fundamento en los principios de transparencia, objetividad, no discriminación, racionalidad y proporcionalidad, con la finalidad de distorsionar lo menos posible la competencia y únicamente debe implementarse cuando sea absolutamente necesaria, para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas (*better regulation*) (Del Guayo, 2017: 143: 150).

## VI. LOS INSTRUMENTOS PARA LA REGULACIÓN EN EL MODELO DE ESTADO DE GARANTÍA DE PRESTACIONES

La regulación es una función pública compleja (Del Guayo, 20-22), que se traduce en la intervención del Estado en aquellas actividades en las cuales se encuentra presente el interés general. Este interés debe ser satisfecho con sujeción a las disposiciones y reglas que deberán contener las obligaciones jurídicas concretas que se podrán imponer a los operadores económicos y cuyo cumplimiento debe ser normado, ordenado, supervisado o controlado por una autoridad administrativa.

Con el objeto de lograr tal finalidad, el Estado crea un ente regulador —lo que no ha estado exento de polémica, tanto por las dificultades que entraña construirlo con suficiente autonomía de los operadores políticos y económicos, como de la búsqueda que su intervención no se oriente a favorecer a algunos de los agentes que participan en el mercado (operadores o usuarios), sino a actuar con objetividad, transparencia y no discriminación en la aplicación del ordenamiento jurídico (Hernández-Mendible, 2009: 165-176)—, cuya misión es vigilar que los operadores económicos en el ejercicio de la libertad de empresa y la libre iniciativa empresarial satisfagan el interés general y cuando ello no sea posible en disfrute de tales libertades, asegurar que este se satisfaga mediante el establecimiento de los mecanismos que garanticen el cumplimiento efectivo de obligaciones concretas (mecanismo

de dirección) o incluso que dicho ente regulador imponga forzosamente las mismas (mecanismo de coerción), en caso que sea estrictamente necesario.

El ente regulador conforme a las potestades que le atribuya el ordenamiento jurídico puede otorgar o revocar habilitaciones administrativas (autorizaciones, permisos, licencias), requerir información, dirigir órdenes a los operadores económicos, intervenir cautelarmente, imponer sanciones, resolver conflictos unilateralmente o por vía de arbitraje, así como eventualmente establecer tarifas de manera excepcional y concreta, y adoptar medidas para proteger a los usuarios y consumidores (Hernández-Mendible y Orjuela, 2016: 34-35).

Además, se debe garantizar la participación en el desarrollo de la regulación. Tanto los operadores como los consumidores y los usuarios tienen derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 25, ONU, 1996; artículo 21.1, ONU, 1948; artículo 20, OEA, 1948 y artículo 23.1, OEA, 1969) y en concreto tienen derecho a participar efectuando propuestas, sugerencias, recomendaciones y proposiciones dentro del procedimiento administrativo regulatorio. Este puede clasificarse en varias categorías: En lo que respecta a los actos administrativos generales, se tienen tanto el procedimiento administrativo general de consultas públicas, como el procedimiento administrativo especial de las audiencias públicas (Hernández-Mendible y Orjuela, 61-67), regulados en algunos ordenamientos sectoriales. En lo que respecta a los actos administrativos individuales, se encuentran tanto el procedimiento administrativo especial que contemple cada ley o reglamento sectorial, como en el procedimiento administrativo ordinario, que se aplica en ausencia de uno especial, en virtud de lo dispuesto en la respectiva Ley de Procedimientos Administrativos.

En el contexto actual, merece especial atención la obligación de protección del ambiente (Villegas, 2009: 739-798) El desarrollo de las actividades económicas susceptibles de afectar el ambiente como las energéticas, deben ser objeto de una política pública orientada a la conservación y mejora del mismo.

Esto lleva a tener presente la democracia ambiental fundamentada en los denominados derechos humanos de acceso, que constituyen una garantía efectiva de los restantes derechos humanos. Estos derechos se concretan en el acceso a la información pública, la participación pública y el acceso a la justicia ambiental (ONU, 1992 y ONU-CEPAL, 2018), siendo este último un medio para garantizar tantos los otros derechos procesales (Hernández-Mendible, 2019: 223-258), como los considerados como derechos sustantivos.

Tales derechos garantizan que todos los agentes económicos -operadores y usuarios- sin exclusión puedan hacer ejercicio efectivo de los mismos, involucrarse e intervenir activamente en la toma de decisiones, no solo a través de las consultas públicas previas, libres e informadas, así como de la manifestación o no del consentimiento, sino del efectivo ejercicio de los susodichos derechos.

La posibilidad de desarrollo de las actividades susceptibles de degradar el ambiente, exigen la realización de los estudios previos de impactos sociales y ambientales. (Corte IDH, 2007; Corte IDH, 2017, y Corte IDH, 2020), a los fines de garantizar el equilibrio ecológico y asegurar el desarrollo sostenible. La protección del ambiente no supone únicamente un principio de carácter ético (Brito, 209: 717-738), sino un auténtico derecho público subjetivo de las personas (artículo 11.1, OEA, 1988), que pueden ejercer individual o colectivamente y que genera como contrapartida varias obligaciones para los operadores económicos. Éstas son fundamentalmente las siguientes: La obligación de no contaminar o degradar el ambiente, la obligación de restauración del ambiente que ha sido degradado o destruido y la obligación de pagar la indemnización por lo que se ha contaminado.

Ello se traduce de manera tangible en el sector eléctrico tanto en el cumplimiento del ordenamiento jurídico, como en la adopción de acciones de responsabilidad social de las empresas (Orjuela, 2017: 653-714), que contribuyan a los objetivos de descarbonización, electrificación de la economía, reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y captura de las emisiones, entre otras.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

En el último medio siglo se ha producido una transformación del modelo de regulación tradicional o del monopolio (primera generación), por el modelo de regulación para la competencia (segunda generación).

Este modelo avanzó hacia uno de mínima intervención, reduciendo los controles *ex ante* y reforzando los controles *ex post*, dando paso a una regulación para incentivar más competencia (tercera generación).

La crisis económica mundial puso de manifiesto que la tercera generación regulatoria no funcionó eficientemente y colocó en peligro tanto las libertades económicas, como la satisfacción de las necesidades colectivas.

La propuesta de regulación para la consecución de los objetivos de interés general reconoce la necesidad de coexistencia tanto de las libertades

económicas, como de la intervención pública que sea idónea, adecuada y eficaz para lograr tales objetivos.

Esta modalidad de regulación admite que no siendo la satisfacción del interés general un monopolio del Estado a través de la Administración Pública, este interés también puede ser satisfecho por los particulares en el ejercicio de las libertades económicas y bajo la supervisión de aquella.

La regulación para la consecución de objetivos de interés general se inserta en el modelo de Estado de garantía de prestaciones, acorde con los postulados del Estado social de Derecho, que luego de un proceso de reingeniería ha asumido una nueva misión y una nueva visión en el marco de una economía social de mercado.

Se trata de armonizar el ejercicio y respeto de la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre concurrencia de los operadores privados y en el caso de la presencia de los operadores públicos su sujeción al ordenamiento jurídico, con los derechos de los consumidores de los bienes y los usuarios de los servicios energéticos, que deben convivir con las potestades públicas necesarias para que las personas logren tener buenos bienes y servicios, a buenos precios que satisfagan sus necesidades, garantizando así la cohesión social en aquellos escenarios donde tales libertades no sean capaces de garantizarla.

En fin, la regulación para la consecución de objetivos de interés general tiene un doble propósito, por una parte, lo que algunos académicos han denominado como justicia energética (Del Guayo, 2020: 339-340), en tanto otros en la doctrina científica han promovido el reconocimiento del derecho humano a la energía (Hernández-Mendible y Orjuela, 2016: 199-219; Wunder-Faria, 2017: 107-153 y Pineda, 2019: 145), que con fundamento en los principios *pro homine* y de progresividad aseguren el ejercicio de otros derechos inherentes a la dignidad humana como la alimentación, vivienda cómoda, salud, educación y trabajo entre otros; y por la otra, garantizar la gobernanza en el sector eléctrico, dándole sentido material al aforismo: *Tanta libertad como sea posible y tanta regulación como sea necesaria*.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARAÚJO-JUÁREZ, José, 2010, *Derecho administrativo general. Servicio público*, Caracas, Ediciones Paredes.
- ARIÑO, Gaspar, 2004, *Principios de derecho público económico*, 3a. ed., Granada, Comares.



- BÉJAR, Luis, 2017, “La nueva organización administrativa en materia energética”, en MORENO, Luis y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (coords.), *Derecho de la energía en América Latina*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- BRITO, Mariano, 2009, “Medio Ambiente: su proyección científica, técnica, jurídica y de valores. El compromiso del Derecho”, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (coord.), *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, t. I, Caracas, Ediciones Paredes.
- CÁRDENAS, Jaime, 2019, “La reforma energética y transformación del derecho público”, en ANGLÉS, Marisol y PALOMINO, Margarita (coords.), *Aportes sobre la configuración del Derecho Energético en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión de Regulación de Energía.
- CEPAL, 2018, Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en los asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, también, Organización de las Naciones Unidas-comisión Económica para América Latina y el Caribe, 4 de marzo.
- CORTE IDH, 2007, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre, serie C, núm. 172, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CORTE IDH, 2017, Opinión Consultiva OC-23/17, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, 15 de noviembre, serie A, núm. 23. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CORTE IDH, 2020, *Caso Comunidades Indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de febrero, serie C, núm. 400, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- DEL GUAYO, Iñigo, 2017, “Consumidores vulnerables en el sector eléctrico, lucha contra la pobreza energética y el bono social”, *Revista de Administración Pública* No. 203, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DEL GUAYO, Iñigo, 2017, *Regulación*, Madrid, Marcial Pons.
- DEL GUAYO, Iñigo, 2020, “Concepto, contenidos y principios del derecho de la energía”, *Revista de Administración Pública*, núm. 212, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ESTEVE, José, 2015, *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, INAP.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, 2005, “Los servicios públicos competitivos y la libertad de empresa”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, 2009, *Telecomunicaciones. Regulación y competencia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, 2008, “Hacia un régimen común de los servicios públicos competitivos”, *El Derecho administrativo y la modernización del Estado peruano, III Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Grijley.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, 2014, “La libertad de empresa y los títulos habilitantes en el contexto de la Alianza del Pacífico”, *Derecho administrativo. Innovación, cambio y eficacia, libro de ponencias del sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Thomson-Reuters-La Ley.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, 2014, *Economía social de mercado en el Estado de garantía de prestaciones*, en RODRÍGUEZ- Jaime y JINESTA, Ernesto (dirs.), *El derecho administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, t. I, Buenos Aires, Ed. RAP.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, 2017, “El estatuto de los consumidores y los usuarios energéticos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* vol. 67, núm. 268, México, UNAM.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, 2018, *La convencionalización del derecho público en América*, en HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS, José (coords.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*, Caracas, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y CIDEP.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, 2019, *El Estado convencional. Derecho administrativo, derecho constitucional, derecho internacional y derechos humanos*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor y ORJUELA, Sandra, 2016, *Energía eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*, Caracas, Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila y Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA.
- LAGUNA DE PAZ, José, 2019, *Derecho administrativo económico*, 2a. ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters.
- MARTÍNEZ, José, 1999, *Nuevo sistema conceptual, privatización y liberalización de servicios*, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- MEILÁN, José Luis, 2009, *Regulación económica y crisis financiera*, en RODRÍGUEZ, Jaime et al. (coords.), *Derecho administrativo iberoamericano. (Discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)*, vol. 1, Panamá, Corte Suprema de Justicia de Panamá.

- MUÑOZ, Santiago, 2015, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. XIV La actividad regulatoria de la Administración*, Madrid, B.O.E.
- NOGUERA, José, 2018, *Venezuela en el nudo gordiano. Lecciones para la reconstrucción de la democracia y la prosperidad económica*, Caracas, Dahbar-Cyngular.
- OEA, 1948, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Organización de los Estados Americanos, de 9 de abril.
- OEA, 1969, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos de 22 de noviembre.
- OEA, 1988, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Organización de los Estados Americanos, de 17 de noviembre.
- ONU, 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre.
- ONU, 1966, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Organización de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre.
- ONU, 1992, *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Organización de las Naciones Unidas, del 3 al 14 de junio.
- ORJUELA, Sandra, 2017, “Responsabilidad social empresarial y sostenibilidad en el sector energético. Construyendo el futuro”, en MORENO, Luis y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (coords.), *Derecho de la energía en América Latina*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- PAREJO, Luciano, 2018, Las transformaciones en curso del estado constitucional, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS, José (coords.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*, Caracas, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y CIDEP.
- PINEDA, Luis, 2019, “La energía eólica en México. Análisis de los retos técnicos y regulatorios”, en ANGLÉS, Marisol y PALOMINO, Margarita (coords.), *Aportes sobre la configuración del Derecho Energético en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión de Regulación de Energía.
- RAMIRO, Cecilia, 2019, “Reflexiones hacia un marco regulatorio integral para el almacenamiento energético en México”, ANGLÉS, Marisol y PALOMINO, Margarita (coords.), *Aportes sobre la configuración del Derecho Energético en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión de Regulación de Energía.
- RESICO, F., 2010, *Introducción a la Economía Social de Mercado*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung.

- RODRÍGUEZ, Libardo, 2018 “El principio de legalidad: premisa fundamental de la democracia”, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS, José (coords.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*, Caracas, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y CIDEP.
- VILLANUEVA, Carlos A., 2017, “La nueva regulación del sector eléctrico en México. Una visión panorámica de su marco jurídico”, en MORENO, Luis Moreno y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (coords.), *Derecho de la energía en América Latina*, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- VILLEGAS, José Luis, 2009, “La protección del ambiente como desafío del Derecho Administrativo Contemporáneo”, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, t. I, Caracas, Ediciones Paredes.
- WUNDER, Daniel y FARÍA, Luzardo, 2017, “El derecho humano de acceso a la energía eléctrica: fundamentos jurídicos y desdoblamientos en el derecho brasileño”, en MORENO, Luis y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (coords.), *Derecho de la energía en América Latina*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.