

EL INCENTIVO EN EL NUEVO MARCO JURÍDICO DEL SERVICIO ELÉCTRICO

Alejandro Gallotti*

La principal razón que me llevó a escribir este tema fue el regreso de las protestas y denuncias que desde el segundo trimestre de 2013 se vienen observando en contra de CORPOELEC y el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica ante los denominados “recargos” sobre la tarifa del servicio eléctrico en residencias familiares y que para el ciudadano común no son más que “multas injustas” por no ajustar su consumo a lo que un tercero (el Estado) considera como uso eficiente y racional del servicio, conceptos que por demás se aplican de manera genérica a cada uno de los usuarios sin observar la situación concreta de cada residencia sujeta a recargo en la tarifa¹. Lo anterior es replicado por las autoridades del Gobierno Nacional quienes sostienen que “...*el racionamiento que aplica la Corporación Eléctrica Nacional (Corpoelec) no es por problemas de la capacidad de generación del sistema, sino porque la demanda supera la media de América Latina...*”, según sostuvo el ministro de Energía Eléctrica Jesse Chacón².

Adicional a esas circunstancias, vemos que este asunto no tiene su génesis en el presente año, sino que se viene observando desde el segundo semestre de 2011 a raíz de la publicación de las resolucio-

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Amparo Constitucional y Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello.1 “La semana pasada estuvo en el estado Zulia el ministro Jesse Chacón, quien miente de forma descarada cuando aseguró que en toda Venezuela y en el Zulia se acabaron las multas eléctricas”, aseguró Lester Toledo, diputado del CLEZ. Tomado del Diario La Verdad 11 de julio de 2013.

1 Las quejas por las fallas en el servicio, las multas “exageradas” y los apagones continúan. Aixa López, presidenta del Comité Nacional de Afectados por Apagones, informó que en el primer semestre del año se registraron mil 865 fallas en Zulia. Diario La Verdad 14 de julio de 2013.

2 Tomado de la página web www.lossinluzenlaprensa.com a través del enlace <http://www.lossinluzenlaprensa.com/?m=20130523&paged=2> del 23 de mayo de 2013.

nes para “el uso eficiente de la energía”, circunstancia que amerita un estudio de las causas de esas protestas y de ese sentimiento de rechazo del ciudadano frente a esas nuevas regulaciones sublegales que viene emitiendo y ejecutando el Ministerio del sector junto a CORPO-ELEC, a los fines de observar su naturaleza, propósito y utilidad en la consecución del bienestar de la población.

I. EL NUEVO MARCO JURÍDICO DEL SERVICIO ELÉCTRICO

Si bien es tradicionalmente entendido el suministro de energía eléctrica como un servicio público, ello particularmente derivado del vínculo que suele considerarse entre prestación de los servicios de interés general y Administración Pública, sin embargo, es igualmente conocida la tendencia global a la desregulación y *despublicación* de esos servicios, en aras de permitir su ejecución por parte del sector privado, en virtud de la gestión empresarial y tecnológica que los agentes económicos suelen ostentar en pro de la instrumentalización y éxito de su negocio, lo que igualmente conlleva (al menos como regla general) a una mayor eficiencia del servicio, elemento que atañe particularmente a aquellas actividades que son consideradas como inherentes al desarrollo de la persona humana y Estado de Bienestar.

Como consecuencia de esa tendencia, la desregulación y correlativa privatización de servicios anteriormente entendidos como públicos, comenzaron a ser desarrollados bajo la figura del *servicio universal*, por cuanto se trataba -desde esa nueva perspectiva-, de actividades económicas que se encontraban vinculadas al interés general, en virtud de ello, se admitía su ejecución por el sector privado mediante una autorización administrativa y sometiendo a las condiciones mínimas de la prestación del servicio, que en líneas generales implicaban, continuidad, calidad, eficiencia, universalidad y precios asequibles, para así garantizar el acceso y satisfacción de todos los ciudadanos en un régimen de igualdad.

Ahora, si bien en nuestra tendencia legislativa, el servicio eléctrico ha sido tradicionalmente catalogado como *servicio público*³, el Estado solía reservarse las actividades de generación hidroeléctrica del Río Caroní⁴ bajo el Decreto Ley de 1999, mientras que bajo la Ley de 2001 se reservaba la actividad de generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura, admitiendo que actividades como generación, transmisión, gestión y distribución del Sistema Eléctrico fueran desempeñadas por agentes económicos privados, lo que denotaba cierta tendencia hacia su desregulación.

No obstante, en clara concordancia con el desarrollo legislativo de la última década, la vigente Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico, pareciera dejar de lado el sector privado, en lo que respecta a las actividades que de forma directa e incluso indirecta, resultan relacionadas con el desarrollo, generación, prestación, comercialización y distribución del servicio eléctrico, acudiendo nuevamente a la figura de la empresa mixta, el Poder Popular y particularmente al modelo socialista. Observemos entonces el marco general de este nuevo texto legislativo.

3 Situación que implicaría en principio, la presencia de ciertos elementos inherentes a esta forma de actividad administrativa como lo serían:

Titularidad pública: Que resumidamente se entiende como la exclusividad o pertenencia del Estado para la prestación de los servicios públicos “dominus”, que implica una potestad administrativa para intervenir en la vida económica y social de los individuos, a los fines de garantizar, regular y controlar la prestación de las mismas.

El Interés Público: Implica que las actividades o prestaciones sean indispensables o esenciales para la vida de la sociedad, debe existir entonces un correlativo interés público, es decir, que la prestación de determinado servicio sea necesario para el desarrollo de la persona humana y la existencia de un Estado de Bienestar.

Derecho Público: Como consecuencia de ese interés general, el Estado pasa a crear, modificar o suprimir los servicios públicos, situación que conlleva a un régimen de sujeción especial, que no es más que el conjunto de reglas o normas públicas necesarias para una adecuada prestación del servicio, en el cual juegan un papel importante las potestades inherentes a la Administración Pública, superior al derecho privado.

Araujo Juárez, J., *Derecho Administrativo-Parte General*, pags. 377 y siguientes.

4 Vid. Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Servicio Eléctrico, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 36.791, de fecha 21 de septiembre de 1999.

1. *Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico*

En fecha 14 de diciembre de 2010⁵, fue publicada la Ley Orgánica del Sistema del Servicio Eléctrico, previendo como objeto la regulación del sistema eléctrico y la prestación del servicio eléctrico en el Territorio Nacional, así como los intercambios internacionales de energía, a través de las actividades de generación, transmisión, despacho del Sistema Eléctrico, distribución y comercialización, en concordancia con el Plan de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional y el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, previendo como sujetos de aplicación el órgano rector del sistema y servicio eléctrico nacional, el operador y prestador del servicio, los usuarios, los municipios, las organizaciones del poder popular, los trabajadores del operador y prestador del servicio y las demás personas que intervienen en la prestación del servicio eléctrico⁶.

La normativa bajo análisis, parte de las siguientes premisas:

- Acceso universal al servicio eléctrico
- Reserva y Dominio del Estado.
- Modelo de Gestión Socialista.

Se dispone entonces, la obligación de garantizar el acceso universal al ciudadano, es decir, establecer las condiciones de un servicio que sea capaz de llegar a toda la colectividad con calidad, eficiencia y continuidad. Del mismo modo, tal y como se expuso en este Capítulo, el Estado se reserva el ámbito global de las actividades que involucran la prestación del servicio eléctrico, situación que se observa de forma constante en el texto de la Ley (vid artículos 8, 48, 49, 50, entre otros), lo cual, pretende ser desarrollado bajo un modelo de gestión *socialista*.

Por otra parte, conforme lo contempla el artículo 10, el Estado prevé la posibilidad de crear empresas, cooperativas y asociaciones bajo el marco del Poder Popular, lo que llevará considerar la posibilidad que sean forzosamente desarrolladas, una vez más, bajo la visión socialista

5 *Gaceta Oficial* N° 39.573

6 Vid artículos 1 y 2 de la LOSSE.

y probablemente en estricta sumisión a la noción de propiedad social. Del mismo modo, el Estado a través del operador y prestador del servicio a que se refiere la Ley bajo estudio, podrá conformar empresas mixtas destinadas a la construcción de obras, producción y suministro de bienes y servicios que sirvan de insumos a las actividades del Sistema Eléctrico Nacional, lo que denota nuevamente, la exclusión del sector privado e iniciativa comercial -bajo una premisa de libertad económica y, por tanto, independiente del Estado-, posiblemente en toda actividad vinculada con el servicio eléctrico.

Ahondando en lo expuesto, la sumisión a la propiedad social tiene particular sustento en el hecho que la Ley Orgánica del Poder Popular⁷ (entre otras normas del denominado Estado Comunal), definen el socialismo como un modo de relaciones sociales de producción cuya base fundamental es la recuperación del valor del trabajo y logro de la suprema felicidad social y el desarrollo humano integral, considerando necesario el desarrollo de la propiedad social sobre los factores y medios de producción básicos y estratégicos.

Este tipo de *propiedad*, es del dominio del Estado, ello de conformidad con la definición del numeral 15 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, detalles que parecieran llevar a la ineludible conclusión que todo el ámbito regulatorio y prestacional del servicio eléctrico, se encuentra subordinado al marco comunal y del Poder Popular, situación que pareciera ratificarse en el artículo 36 de la LOSSE, donde la participación ciudadana -diera la impresión- está circunscrita exclusivamente a las formas políticas y económicas desarrolladas bajo las diversas leyes que componen el Poder Popular, generando la interrogante de si una persona, asociación o empresa que

7 Numeral 14 artículo 8 de la LOPP define Socialismo: es un modo de relaciones sociales de producción centrado en la convivencia solidaria y la satisfacción de necesidades materiales e intangibles de toda la sociedad, que tiene como base fundamental la recuperación del valor del trabajo como productor de bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas y lograr la suprema felicidad social y el desarrollo humano integral. Para ello es necesario el desarrollo de la propiedad social sobre los factores y medios de producción básicos y estratégicos que permita que todas las familias, ciudadanos venezolanos y ciudadanas venezolanas posean, usen y disfruten de su patrimonio, propiedad individual o familiar, y ejerzan el pleno goce de sus derechos económicos, sociales, políticos y culturales.

se desarrolla o fue creada al margen del ámbito legislativo comunal y del Poder Popular, se encuentra vedado de participar en el sector eléctrico⁸.

De manera que con base en este texto de rango de ley, han sido dictadas numerosas regulaciones durante el año 2011, donde se ha pretendido normar y reglamentar el uso racional y eficiente del servicio eléctrico, teniendo como principales destinatarios los usuarios, ya sea desde la perspectiva empresarial o industrial, como también residencial, generando profundo debate sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones, las cuales, procederemos a observar seguidamente.

2. Normas Sublegales

Con base en la LOSSE, en concordancia con la Ley Orgánica de Administración Pública, el Decreto N° 7.377, de fecha 13 de abril de 2010, entre otras normas de rango sublegal, el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, ha pretendido normar la regulación del servicio, particularmente frente a la noción de uso racional y eficiente de la energía⁹, previendo no sólo la figura del “recargo” de la tarifa, así como el de “contribución” sobre la facturación, sino además la suspensión del servicio ante aquellas personas que no se adecuen a estas disposiciones sublegales, disposiciones que no parecieran valorar las circunstancias subjetivas que puedan acompañar el aumento del consumo de energía en cada caso en concreto, omitiendo igualmente

8 Artículo 36 LOSSE: El Estado fomentará la participación activa, protagónica y corresponsable del Poder Popular en el sector eléctrico, a través de los Consejos Comunales, Mesas Técnicas de Energía, Cooperativas, Instituciones de Educación Superior, Centros de Investigación, trabajadores y trabajadoras del operador y prestador del servicio, entre otros

9 Artículo 16 de la LOSSE numerales:

34. **Uso Eficiente de la Energía:** Para la operadora y prestadora del servicio es el aprovechamiento máximo del potencial de cada unidad de energía primaria en la producción de energía eléctrica. Para los usuarios consiste en sacar el mayor provecho posible a cada unidad de energía recibida, mediante el uso de equipos tecnológicos y hábitos de consumo adecuados, utilizando menos cantidad de electricidad para la satisfacción de sus necesidades.

35. **Uso Racional de la Energía:** Es el uso consciente de la energía utilizando sólo la necesaria para la satisfacción de las necesidades de cada usuario o usuaria, lo que contribuye con el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos.

el Principio de Legalidad y Reserva Legal en materia sancionatoria o impositiva, además de no contemplar el adecuado desarrollo de la función administrativa formal, mediante la sustanciación de procedimientos administrativos previos a la imposición de decisiones gravosas al usuario.

Particularmente consideramos oportuno hacer referencia a un conjunto de Resoluciones dictadas por el referido Ministerio, publicadas en Gaceta Oficial N° 39.694 de fecha 13 de junio de 2011, y que mencionamos a continuación:

- i) Resolución N° 73 mediante la cual se regula y promueve el uso racional y eficiente de la energía eléctrica en los sistemas de publicidad contenidos o promovidos en vallas y avisos publicitarios luminosos.

Cuyo objeto es regular y promover el uso racional y eficiente de la energía eléctrica en los sistemas de publicidad contenidos o promovidos en vallas y avisos publicitarios luminosos. En tal sentido, prohíbe el uso de lámparas, bombillas incandescentes o halógenos, debiendo sustituir estos por lámparas y bombillos ahorradores, estableciendo que todas aquellas personas jurídicas de carácter privado que hagan uso de medios publicitarios exteriores únicamente podrán encenderlos en el horario comprendido entre las 7:00 y las 12:00 de la noche, debiendo permanecer apagados el resto del día.

De igual manera señala que quedan exceptuados del cumplimiento de la medida establecida las farmacias, los centros de salud y las instalaciones de seguridad ciudadana, sin embargo, los exhorta a que usen preferiblemente sistemas de iluminación tipo LED o bombillos ahorradores¹⁰.

10 Se advierte igualmente que los medios publicitarios exteriores procurarán sistemas para la autogeneración que provengan de fuentes renovables de energía, que le permitan funcionar de manera independiente sin restricción ni horario antes del 31 de diciembre de 2011.

Por último, resulta relevante destacar, que ante el incumplimiento consecutivo y reiterado de las obligaciones aquí previstas, se contempla la suspensión del suministro de energía eléctrica, hasta tanto el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica dictamine las medidas y acciones que deberá tomar el usuario para orientar su conducta al uso racional y eficiente de la energía.

- ii) Resolución N° 74 (reformada parcialmente por la Resolución N° 80¹¹) mediante la cual se promueve el uso eficiente de la energía eléctrica en todo el territorio nacional y, en particular, propiciar la reducción en el consumo excesivo mensual de los usuarios residenciales.

La presente Resolución tiene por objeto promover el uso eficiente de la energía eléctrica en todo el territorio nacional y, en particular, propiciar la reducción en el consumo excesivo mensual de los usuarios residenciales.

Este acto normativo se presenta como una manifestación de la actividad de fomento del Estado, sin embargo, tal y como analizaremos más adelante, las disposiciones aquí descritas tendientes, supuestamente, a incentivar y dar descuentos a los usuarios, realmente se prevén como un marco de obligaciones que pareciera no dejar alternativas al ciudadano, debiendo forzosamente ceñir el consumo del servicio a las disposiciones aquí descritas.

- iii) Resolución N° 75 mediante la cual se promueve la mejora del Factor de Potencia en los usuarios industriales, comerciales y oficiales con cargas superiores o iguales a doscientos kilovoltio amperios (200KVA), a fin de reducir las caídas de tensión y aumentando la disponibilidad de potencia en la red eléctrica.

Esta Resolución propone la mejora del Factor de Potencia en los usuarios industriales, comerciales y oficiales con cargas superiores o

11 Se modifican los artículos 2, 3, 4, 5, 7 y se incluye un nuevo artículo que pasaría a ser el artículo 8. Gaceta Oficial N° 39.759 del 16 de septiembre de 2011.

iguales a doscientos kilovoltio amperios (200KVA), a fin de reducir las caídas de tensión y aumentando la disponibilidad de potencia en la red eléctrica.

Para ello, se establece que en caso de que los usuarios del sector industrial, comercial y oficial tengan cargas superiores a doscientos kilovoltio amperio (200KVA) y no mantengan un factor igual o superior a un valor de 0,9 estarán sujetos a un recargo en su facturación mensual.

Igualmente se señala que el incumplimiento consecutivo y reiterado de las obligaciones impuestas acarreará la suspensión del suministro de energía eléctrica, hasta tanto el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica dictamine las medidas y acciones que deberán ejecutarse.

iv) Resolución N° 76 mediante la cual se establece que las Personas Jurídicas del Sector Privado, que superen las Demandas Asignadas Contratadas que en ellas se mencionan, deberán realizar acciones para mantener una reducción de al menos un diez por ciento (10%) de su consumo mensual¹².

Esta Resolución faculta al Ministerio para el Poder Popular para la Energía Eléctrica a colocar mensualmente una etiqueta, en un sitio

12 Resolución N° 034, mediante la cual se reforma parcialmente la Resolución N° 76, de fecha 10 de junio de 2011. La Resolución N° 034 reforma parcialmente la Resolución N°76 de fecha 10 de junio de 2011 en sus artículos 1 y 2. Con respecto al artículo 1 la reforma establece que:

Las Personas Jurídicas del Sector Privado, que superen una demanda asignada contratada de un Megavoltioamperio (1 MVA), deberán realizar acciones para mantener una reducción de al menos un diez por ciento (10%) de su consumo mensual con respecto al mayor valor entre el consumo facturado en el mismo mes o el consumo promedio mensual facturado, ambos referidos al año 2009. El Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica colocará mensualmente una etiqueta, en un sitio visible, señalando el cumplimiento de las medidas establecidas.

Esta reforma elimina la última parte del artículo 1 de la resolución N°76 donde establecía que Adicionalmente, el incumplimiento de las medidas acarreará un recargo tarifario de un diez por ciento (10%) sobre la factura del mes correspondiente y cinco por ciento (5%) adicional por cada reincidencia.

visible, señalando el cumplimiento de las medidas establecidas. Así, se prevé que el incumplimiento de las medidas traerá como consecuencia un recargo tarifario de un diez por ciento (10%) sobre la factura del mes correspondiente y cinco por ciento (5%) adicional por cada reincidencia.

Aquellos sectores que quedan exceptuados del cumplimiento de las metas establecidas en esta Resolución deberán entregar un Plan de Uso Eficiente de la Energía Eléctrica en el que establezcan claramente sus metas de reducción de consumo. Exceptuándose de esta medida los Servicios de Atención Médica, Sanidad e Higiene, Producción y Distribución de Hidrocarburos y sus derivados, Servicios de Telecomunicaciones y Educación, entre otros.

Las instalaciones de cargas concentradas superiores a 100 kVA deberán instalar capacidad de autogeneración antes del 31 de diciembre de 2011 y colocarlas en funcionamiento en los horarios de mayor demandas del Sistema Eléctrico Nacional (entre 11: y 16:00 y entre 18:00 y 22:00 horas)¹³.

La sanción para aquellos que incumplan reiterada y consecutivamente con las obligaciones impuestas por la presente resolución acarreará la suspensión del suministro de energía eléctrica hasta tanto el Ministerio dictamine las acciones y medidas a ejecutar.

v) Resolución N° 77 mediante la cual se establece el conjunto de medidas de orden técnico y administrativo para continuar con la orientación en materia de uso racional y eficiente de la energía eléctrica por parte de los organismos públicos.

13 En relación a lo expuesto, vale mencionar que con base en el artículo 47 de la LOSSE en caso que el Ejecutivo Nacional declare estado de excepción, el órgano encargado del Despacho del Sistema Eléctrico podrá disponer de la capacidad de las instalaciones de autogeneración igual o superior a dos megavatios (2 MW), de conformidad con la Ley que regule la materia de estados de excepción. La energía eléctrica generada para la prestación del servicio será remunerada de acuerdo a esta Ley y las normas que la desarrollen.

La presente Resolución establece en su primer artículo que cada órgano o ente de la Administración Pública deberá conformar y mantener dentro de sus estructuras, un Grupo de Gestión de Energía Eléctrica que tendrá bajo su responsabilidad la ejecución y seguimiento de las acciones dirigidas a la reducción del consumo de energía eléctrica en sus respectivos organismos. Igualmente establece las actividades y medidas de obligatorio cumplimiento dirigidas a la disminución del consumo de energía eléctrica en edificaciones e instalaciones públicas.

Dispone la Resolución que el incumplimiento de la ejecución y seguimiento de los deberes establecidos por parte del Coordinador del Grupo de Gestión de Energía Eléctrica, *“acarreará las responsabilidades administrativas y disciplinarias a que hubiere lugar”*. Del mismo modo, el incumplimiento consecutivo o reiterado de las obligaciones impuestas traerá como consecuencia la suspensión del suministro eléctrico hasta tanto el Ministerio establezca las acciones y medidas a ejecutar.

vi) Resolución N° 035 del 26 de agosto de 2013, dirigida a las Personas Jurídicas del Sector Privado que superen una Demanda Asignada Contratada de un Megavoltioamperio (1MVA)¹⁴.

Establece la normativa in commentto que las Personas Jurídicas del Sector Privado, que superen una Demanda Asignada Contratada de un Megavoltioamperio (1MVA), deberán realizar acciones para mantener una reducción de al menos un diez por ciento (10%) de su consumo mensual con respecto al mayor valor entre el consumo facturado en el mismo mes o el consumo promedio mensual facturado, ambos referidos al año 2009. La reducción eléctrica debe ponerse en funcionamiento en el horario de 11:00 y 16:00 y entre 18:00 y 22:00 horas. Así, para aquellas cargas que superen los 100 KVA deberán instalar capacidad de autogeneración antes del 31 de diciembre de 2011. La consecuencia al incumplimiento de lo establecido es la suspensión del suministro de energía eléctrica.

14 *Gaceta Oficial* N° 40.236 del 26 de agosto de 2013.

Por otra parte el artículo 3 establece sectores que quedan exentos de dicho cumplimiento:

- Servicios de Atención Médica, Sanidad e Higiene.
- Producción y Distribución de Agua Potable.
- Producción y Distribución de Hidrocarburos y sus derivados, gas y otros combustibles.
- Seguridad Ciudadana, Cuerpos Policiales y de Protección Civil.
- Recolección y Tratamiento de Desechos Sólidos.
- Transporte Público Terrestre, Aéreo, y Marítimo, así como el control del tráfico aéreo.
- Servicios de Telecomunicaciones.
- Servicios informativos, de prensa, radio y la televisión.
- Educación: Colegios y Universidades.
- Sistemas de control del tránsito terrestre: Semáforos.
- Seguridad alimentaria.
- Embajadas y sedes diplomáticas
- Todos aquellos casos adicionales que el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica considere necesario incluir.

Adicionalmente, dispone la normativa en referencia que los usuarios antes mencionados, deberán entregar un “Plan de Uso Eficiente de la Energía Eléctrica” en el que establezcan claramente sus metas de reducción de consumo en relación a sus gastos energéticos, el cual deberán presentar en un periodo no mayor de treinta (30) días a partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución.

*3. Ley de uso Racional y Eficiente de la Energía*¹⁵

Con posterioridad a la emisión de esas resoluciones, fue dictada la Ley del uso racional y eficiente de la energía, la cual, tiene por objeto promover y orientar el uso racional y eficiente de la energía desde su generación y producción hasta su consumo final, a fin de preservar los recursos naturales, minimizar el impacto ambiental y social, contribuir con la equidad y bienestar social, así como, con la eficiencia económica del país, mediante el establecimiento de políticas enfocadas en el uso

15 *Gaceta Oficial* N° 39.823 del 19 de diciembre de 2011

racional y eficiente de la energía, la educación energética, la certificación de eficiencia energética y la promoción e incentivos para el uso racional y eficiente de la energía (art. 1).

Vemos que dicho uso racional se presenta nuevamente desde la perspectiva del incentivo o el fomento en la educación y empleo adecuado de los recursos naturales, ratificando como se ha expuesto en las normas antes estudiadas la declaratoria de interés social, público y de prioridad nacional el uso racional y eficiente de la energía (art. 3).

De igual modo, buscando otorgar mayor soporte legal a las actuaciones normativas del Ministro se establece en el artículo 12 que corresponderá al Ministerio de energía eléctrica “...*dictar los lineamientos generales y políticas sobre el uso racional de la energía...*”, siendo que cuando se trate de establecer los lineamientos y políticas dirigidos al uso eficiente de la energía, el Ministerio “...*deberá coordinar su formulación, aprobación y aplicación con los órganos y entes del Poder Público con los cuales exista concurrencia de competencias...*”.

A ello cabe agregar, en clara relación con las resoluciones normativas antes estudiadas lo dispuesto en el artículo 37 que contempla que “*El Ejecutivo Nacional, podrá establecer entre sus políticas sobre uso racional y eficiente de la energía incentivos educativos, económicos, de reemplazo de equipos, entre otros, a todos los usuarios y usuarias de las distintas fuentes de energía*”. Una vez más se trata de incentivos, no de recargos, multas o castigos sobre el usuario ante la inobservancia de lo que ha sido estimado por el Ejecutivo Nacional como uso eficiente de la energía.

Analicemos entonces como se viene desarrollando dicha noción de uso eficiente de la energía en las normas sublegales dictadas por el Ejecutivo Nacional.

II. INCENTIVOS EN EL MARCO JURÍDICO DEL SERVICIO ELÉCTRICO

Como se expuso precedentemente, tanto el marco legal como sublegal que actualmente regula la explotación y prestación del servi-

cio eléctrico, hace particular hincapié en el uso adecuado y eficiente de la energía eléctrica, planteándose la figura del incentivo como mecanismo dirigido al logro de los fines planteados por el Ejecutivo Nacional. Así, tenemos que la Resolución N° 74 en su reforma parcial, incorporó la noción de *incentivo tarifario* en los términos siguientes:

“A los efectos de la presente Resolución se entiende por incentivos tarifarios los mecanismos que forman parte del esquema de tarifas que tienen como finalidad inducir al usuario a hacer un uso eficiente de la energía eléctrica, pudiendo traducirse en descuentos o recargos reflejados en su facturación eléctrica”¹⁶.

Si bien puede considerarse admisible el desarrollo normativo de la prestación de servicio mediante actos de rango sublegal, ello tendrá, como de costumbre, los límites inherentes al Poder Público, tales como supremacía constitucional, principio de legalidad y reserva legal, entre otros aspectos propios de la función administrativa, dependiendo, ciertamente, del caso que se trate.

En este orden de ideas, es posible observar que en el marco jurídico del servicio eléctrico (legal y sublegal), se hace referencia en reiteradas ocasiones a la figura del *incentivo*, aparentemente con el objeto de estimular el uso eficiente de la energía eléctrica¹⁷.

Diera a entender el legislador que se procura la promoción de una actividad por parte de los ciudadanos, sin emplear la coacción, es decir, estimular a los particulares, tal y como nuestra Doctrina referiría a la actividad administrativa de fomento¹⁸, dejando consecuentemente de lado, la coacción, la limitación y particularmente la sanción.

En ese sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha sostenido que la actividad de fomento, es una “...técnica

16 Artículo 8, Resolución N° 74.

17 Artículo 63 de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico: “El esquema de tarifas contendrá incentivos que estimulen el uso eficiente de la energía eléctrica”.

18 José Peña Solís. *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Tercero, pp. 241 y ss. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2003.

de intervención administrativa dirigida fundamentalmente, a incentivar y promocionar la acción de los particulares hacia fines de interés público o general...”¹⁹, considerándola una de las principales manifestaciones del Estado Social, mediante el desarrollo de políticas interesadas en el bienestar general y vida digna.

No obstante lo precedentemente señalado, las normas desarrolladas por el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, concretamente la Resolución N° 74 que, en principio, pareciera desarrollar el precepto contemplado en el artículo 63 de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico, termina previendo un marco que deja poca posibilidad de opción frente al usuario, dado que de no corregir o modificar el comportamiento de consumo energético, en los términos previsto en dicha Resolución, se generará un severo recargo en la factura, lo que lleva a examinar si semejante capacidad de agravio deviene de la potestad sancionatoria del Estado, o bien si se trata de una contribución tributaria, o sencillamente, un precio público.

**1. *De la base jurídica de la Resolución N° 74
(reformada por la Resolución N° 80*²⁰)**

Con el objeto de intentar dilucidar cuál segmento del Poder Público desempeña bien sea el Ministerio del sector o en definitiva Corpoelec, entiéndase si se trata del *Ius Puniendi* o de la Potestad Tributaria, o sencillamente del criterio para establecer tarifas y precios como consecuencia de la relación jurídica derivada del uso de un servicio público de carácter industrial, resulta conveniente examinar las competencias que son argumentadas en el encabezado de la Resolución N° 74, a saber:

- Artículo 77 numerales 1 y 13 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública,
- Artículo 2 numerales 1 y 5 del Decreto N° 7.377, de fecha 13 de abril de 2010, publicado en la Gaceta Oficial de la República

19 Sentencia N° 1915 del 28 de julio de 2007.

20 Resolución N° 033, derogó en todas y cada una de sus partes la Resolución N° 080 de fecha 09 de septiembre de 2011.

Bolivariana de Venezuela N° 39.414, de fecha 30 de abril de 2010.

- Artículos 5 numeral 5, 16 numerales 34 y 35, 27 numeral 4 y 63 de Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico.

Las normas en referencia son la base para dictar la Resolución bajo estudio, lo que implica que de las mismas, debe observarse el título jurídico habilitante para disponer los mecanismos dirigidos a procurar el uso eficiente de la energía eléctrica, que como hemos señalado, han sido previstos como *incentivos* e igualmente como *contribuciones*, en el referido acto normativo.

Ahora, cuando observamos los numerales 1 y 13 del artículo 77 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, tenemos el conjunto de competencias comunes de los ministros, siendo sustentada la Resolución bajo análisis en lo siguiente:

“(...) 1. Dirigir la formulación, el seguimiento y la evaluación de las políticas sectoriales que les corresponda, de conformidad con el decreto presidencial que determine el número y la competencia de los ministerios y con el reglamento orgánico respectivo.

13. Ejercer la rectoría de las políticas públicas que deben desarrollar los entes descentralizados funcionalmente adscritos a sus despachos, así como las funciones de coordinación y control que le correspondan conforme al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y a los demás instrumentos jurídicos respectivos...”

Seguidamente, se hace referencia a los numerales 1 y 5 del artículo 2 del Decreto 7.377, el cual, vale destacar, a los fines de analizar el presupuesto de competencia, que se trata de un acto normativo de rango sublegal, de manera que no puede ser realmente el título jurídico creador de competencias, sino en todo caso, el desarrollo de competencias y atribuciones legalmente establecidas, en virtud que, como bien sabemos, las competencias de los órganos y entes y correlativas atribuciones de los funcionarios se encuentran reservadas a actos de rango de

ley²¹, por tanto, las competencias determinadas por Decreto a favor de los Ministerios, tal y como lo contempla el numeral 1 del artículo 77 de la LOAP, debería, en teoría, derivar de competencias legalmente establecidas y que, mediante mecanismos propios de la organización y actividad administrativa, sean eventualmente delegados, desconcentrados o encomendados a órganos ministeriales. De cualquier modo, las normas señaladas prevén lo siguiente:

“Son competencias del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica:

- 1.- Todo lo relativo a la formulación, seguimiento y evaluación de políticas, así como la regulación, la planificación y fiscalización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de energía eléctrica, energía atómica y energías alternativas.
- 5.- La normativa en materia de energía eléctrica y sobre el uso racional y eficiente de la energía...”.

Vemos que ciertamente se desarrollan una serie de facultades normativas, reguladoras e incluso fiscalizadoras a favor del Ministerio del Sector, motivándose adicionalmente la Resolución *in commento*, en el numeral 5 del artículo 5 de la LOSSE, que dispone, entre otros, como principios rectores para la prestación del servicio eléctrico el “... *Uso racional y eficiente de los recursos...*”, además de 2 definiciones previstas en el artículo 16 eiusdem, esto es, la de *uso eficiente de la energía* y la de *uso racional de la energía*.

“34. Uso Eficiente de la Energía: Para la operadora y prestadora del servicio es el aprovechamiento máximo del potencial de cada unidad de energía primaria en la producción de energía eléctrica. Para los usuarios consiste en sacar el mayor provecho posible a cada unidad de energía recibida, mediante el uso de equipos tecnológicos y hábitos de consumo adecuados, utilizando menos cantidad de electricidad para la satisfacción de sus necesidades.

21 Vid artículo 137 de la Constitución de la República.

35. Uso Racional de la Energía: Es el uso consciente de la energía utilizando sólo la necesaria para la satisfacción de las necesidades de cada usuario o usuaria, lo que contribuye con el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos.”

Vemos que las definiciones citadas prevén que el operador del servicio aproveche al máximo los recursos energéticos y que dicho servicio se desarrolle con consciencia, en el sentido que debe ser empleada la energía suficiente para satisfacer las necesidades de los usuarios.

Seguidamente dispone el numeral 4 del artículo 27, que prevé –entre otras– como atribución del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de energía eléctrica “...*Impulsar el uso racional y eficiente de la energía eléctrica...*”, indicando finalmente el artículo 63 *eiusdem* que establece que “*El esquema de tarifas contendrá incentivos que estimulen el uso eficiente de la energía eléctrica*”.

Observadas las disposiciones que sirven de título jurídico habilitante a la Resolución N° 74, pasemos a estudiar entonces, en qué consisten estos incentivos y contribuciones sobre las tarifas de los usuarios ante el uso del servicio eléctrico.

2. Descuentos y contribuciones previstos en la Resolución N° 74²²

Cuando observamos la Resolución N° 74, tenemos que es planteada con el objeto de “*promover el uso eficiente de la energía eléctrica*”, tal y como habíamos reseñado anteriormente. Sin embargo, dicha promoción, más que un mecanismo dirigido a fomentar o estimular a los particulares al uso eficiente de energía o disminuir el consumo de la electricidad, constituye una obligación que, en caso de no ser cumplida en los términos del artículo 4, generará un “recargo” en la facturación²³.

22 Recordemos que esta Resolución actualmente no se encuentra en vigencia.

23 Nótese que en la Resolución primigenia se denominaba “contribución” sobre la facturación.

En primer lugar, debe destacarse que los llamados incentivos están dirigidos concretamente a los usuarios residenciales, a través de la valoración o comparación que realizará bien sea el Ministerio del Sector o Corpoelec, del consumo facturado mensualmente frente al consumo facturado en el año 2009. En segundo lugar, vale recalcar que el artículo 3 prevé las regiones y los kilovatios a ser regulados por la presente Resolución, sin considerar cada caso o residencia y situación familiar de forma concreta.

Ahora bien, el artículo 4 dispone los denominados incentivos, catalogados como descuentos o contribuciones, dependiendo si el usuario aumentó o disminuyó su consumo eléctrico, tal y como señalamos a continuación:

- Una contribución de 75% sobre la facturación mensual para los usuarios residenciales que no logren al menos una disminución de su consumo de energía en un 10%.
- Una contribución del 100% a los usuarios que incrementen su consumo de energía entre 10% y un 20%.
- Una contribución del 200% a los usuarios que incrementen su consumo de energía eléctrica en más de un 20%.

Seguidamente se plantean los descuentos de un 25 y 50% para quienes disminuyan entre un 10 y 20%, respectivamente.

Observado lo anterior, surge sin duda la interrogante, respecto a qué naturaleza jurídica ostentan esos “recargos”, en el sentido de determinar si se trata de parte integrante de la tarifa o precio inherente a la prestación del servicio eléctrico, o es por el contrario, un tributo o, incluso, podríamos considerarlo una sanción administrativa.

A. Precio Público vs Tasa

A menudo se presta a confusión la noción de precio público frente a la de tasa, dado que en ambos casos estamos frente a actividades o servicios prestados por la Administración Pública (bien sea mediante formas fundacionales o empresariales), para las cuales, se requiere el pago de una suma dineraria de parte del ciudadano.

A tal efecto, conviene exponer el criterio de la Sala Político Administrativa en sentencia N° 01002 de fecha 5 de agosto de 2004 (Caso: DHL Fletes Aéreos, C.A.), donde señaló las diferencias entre precio público y tasa, en los términos siguientes:

“Así, estima esta Sala Político Administrativa Accidental que las prestaciones que realizan los particulares en retribución de un servicio tienen siempre la naturaleza jurídica de un precio, ya sea que el servicio se preste por un particular o por el Estado en régimen de libre competencia. Lo que el Estado percibe como contraprestación del bien que suministra en su calidad de prestador de un servicio no puede tener jurídicamente otra naturaleza que la del precio, idéntica a la de los precios que el consumidor paga a un productor de servicios privado.

Este criterio ayuda a distinguir y distanciar los conceptos de tasa y precio.

(...omissis...)

Así, tasa vendría a ser el tributo cuyo presupuesto de hecho o generador se caracteriza por una actividad jurídica específica del Estado hacia el contribuyente y cuyo resultado se destina a las necesidades del servicio correspondiente, determinadas de acuerdo a los fines perseguidos con su establecimiento. Las tasas corresponden a aquellos servicios inherentes al Estado que no se conciben prestados por los particulares, dada su íntima vinculación con la noción de soberanía que rige en cada lugar y tiempo. Sin embargo, no es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicio no inherente al Estado. Es decir, no se considera tasa la obligación de pagar el porte postal en la distribución de correspondencia por empresas privadas en las que no hay ninguna prestación estatal.

(...omissis...)

En efecto, cuando la actividad es prestada directamente por la propia Administración y se trata de servicios públicos inherentes a la soberanía estatal se está frente a tasas, es decir, obligaciones pecuniarias de conformidad con la ley, en virtud de la

prestación de un servicio público individualizado en el contribuyente. Así, se estaría frente a un ingreso público tributario, regido por las normas que regulan la materia en la Constitución y el Código Orgánico Tributario por lo que esas tasas, como todo tributo, deben regirse por el principio de la legalidad tributaria. Pero se insiste, esto se configura ante la prestación de servicios públicos inherentes a la soberanía estatal.

Ahora bien, cuando se trata de un servicio no esencial a la soberanía misma del Estado pero que es prestado directamente por este, se está frente a un “precio público”, el cual a pesar de constituir un ingreso público no tiene carácter tributario y en consecuencia no estaría regido por el principio de la legalidad tributaria. Luego, si el servicio público es prestado por un concesionario mediante cualquier forma de gestión indirecta se está en presencia de una tarifa o “precio privado”, el cual es el pago realizado por el usuario del servicio público al concesionario por la utilización y prestación de dicho servicio...”

Si bien la Sala plantea varias diferencias, especialmente referidas a la naturaleza del servicio, en el sentido de si este es público o comercial, ante la evolución de la noción del servicio público, difícilmente ello puede constituir un elemento delimitador del concepto de tarifa y tasa. No obstante, se plantea algo más fácil de precisar, que es lo concerniente a la exclusión del sector privado de la prestación de determinado servicio, es decir, cuando la actividad de interés general se encuentra reservada al Estado²⁴.

24 Sentencia N° 01002 de fecha 5 de agosto de 2004. ratificada en Sentencia N° 214 del 20 de febrero de 2008:

“...Estos tipos de precios, públicos y privados, no pueden entenderse como tributos, ya que simplemente son pagos por el servicio que se está prestando y nunca una obligación tributaria.

En este sentido, se ha señalado que ‘las tarifas (o precios) de los servicios públicos no son un medio indiscriminado de obtención de ingresos sino justamente lo contrario, el mecanismo de proporcionar al prestador del servicio la adecuada retribución, lo que implica una inevitable correlación entre servicio y tarifa’.

En conclusión, la tasa es una especie de contribución y el precio viene a ser el quantum o tope para dicho pago del servicio público, diferenciándose de forma determinante la figura de la tasa con la de los precios de los servicios públicos...”

A los efectos del presente análisis, podemos comenzar con la noción de **precio público** también denominado tarifa, donde el Estado presta un servicio o actividad de interés general, pero se comporta como una empresa, usualmente conocidos como servicios públicos de carácter industrial o empresarial²⁵. En efecto, cuando observamos la relación jurídica entre el usuario del servicio eléctrico y el Estado, tenemos que en la medida que se consumen determinados kilovatios de energía, se deberá pagar un precio, es decir, el particular debe pagar al prestador del servicio una suma dineraria por la prestación percibida.

Ahora, cuando observamos los llamados “recargos” de la Resolución N° 74, estos no constituyen el presupuesto de la prestación del servicio, por cuanto, el usuario recibe energía eléctrica simplemente mediante el correlativo pago de la tarifa originalmente convenida, de manera que el recargo se presenta como un elemento que podría, eventualmente, afectar o agravar pecuniariamente al ciudadano, al no haberse adecuado a lo que el Estado considerada uso racional o eficiente de la energía. Así, el recargo no se genera ante la obtención del servicio eléctrico, sino ante la falta de encuadramiento del usuario a los parámetros de uso energético impuestos por el Ministerio del Sector.

Lo descrito pudiera llevarnos a meditar la posibilidad que el recargo se trate de una tasa, sin embargo, aún cuando tengamos una actividad reservada de forma exclusiva al Estado (tal y como se indicó precedentemente), e impone el recargo de forma unilateral, aunado al interés general derivado del servicio eléctrico, elementos que pudieran inclinarnos a la noción de tasa, sin embargo, vemos nuevamente que el *recargo* bajo estudio, no constituye un presupuesto para la obtención de ese servicio de interés general reservado al Estado, dado que, tal y como indicáramos anteriormente, la energía eléctrica se obtiene independientemente del *recargo*, por tanto, la figura prevista en el artículo 4 de la Resolución N° 74 difícilmente podría encuadrarse en la noción de tasa.

25 Vid Araujo Juárez, *Derecho Administrativo*, Parte General. Ediciones Paredes, 2007, Caracas.

Adicionalmente a lo anterior, no podemos evitar agregar que al constituir la tasa una forma de tributo, los Principios Constitucionales de la Tributación, entran inmediatamente a regir la regulación y ejecución del tributo, tal y como sería la expresa Reserva Legal que sostiene el artículo 317 de la Constitución, parámetro que impediría al Ministerio del Sector, imponer una tasa mediante un acto administrativo²⁶, tal y como lo constituye la Resolución N° 74²⁷.

B. Como Contribución especial (parafiscal)

Si bien ha sido una tendencia normativa de los últimos años, el imponer nuevas cargas fiscales a los ciudadanos que no entran en la noción de impuesto, tasa o arancel, las contribuciones especiales, califican como tributos en virtud de constituir obligaciones legalmente establecidas de carácter coactivo frente al ciudadano, las cuales, a diferencias de otros tributos, no ingresan en los presupuestos estatales, así como tampoco ingresan en los organismos típicos de recaudación, ni ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente a los entes u órganos recaudadores de esos fondos (vid Sala Político Administrativa en sentencia N° 01928 del 27 de julio de 2006, caso: Inversiones Mukaren, C.A., ratificada en el fallo N° 01303 del 23 de septiembre de 2009, caso: Administradora de Planes de Salud Clínicas Rescarven, C.A.)²⁸.

26 De esa manera, se trata de garantizar esencialmente la exigencia de autonormación, especialmente, en el campo tributario, donde el principio de autoimposición, se muestra como aquel en que los mismos ciudadanos, a través de sus representantes, son quienes determinan el reparto de la carga tributaria y, en consecuencia, los tributos que a cada uno de ellos se le pueden exigir, entonces, atendiendo a esa función esencial, la reserva de ley debe cubrir, al menos, todos aquellos elementos que afectan a la identidad o a la entidad de la prestación.

27 De allí que seguramente esto haya sido considerado a la hora de modificar la denominación original de “contribución” por la de “recargo”, buscando desligarla de manera más clara de la noción parafiscal.

28 “...En cuanto a las contribuciones especiales, se considera que son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención, por el sujeto pasivo, de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos. Es por ello que las contribuciones especiales son comúnmente clasificadas por la doctrina en dos (2) grupos, a saber: i) contribuciones por mejoras, aquellas cuyo presupuesto de hecho contiene una mejora, un aumento de valor de determinados bienes

Aparte del ya inherente Principio de Supremacía Constitucional y de Legalidad²⁹, que reservan a normas de rango de ley la imposición de tributos, de cualquier manera, aún cuando se viera regulado eventualmente el recargo previsto en el artículo 4 de la Resolución N° 74 en una ley³⁰, resultaría algo gris su calificación como tributo del tipo parafiscal, puesto que, si bien algunos elementos de las contribuciones consideradas por nuestra Jurisprudencia³¹, pudieran observarse en la contribución prevista en la Resolución N° 74, tales como a) la imposición unilateral del Estado, b) no se incluye su producto en los presupuestos estatales, c) no son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del Estado, d) no ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos; de cualquier modo, difícilmente podrían identificarse como exacciones recabadas el Ministerio del Sector para asegurar su financiamiento autónomo, tal y como suele identificarse a las contribuciones especiales.

inmuebles, como consecuencia de obras, servicios o instalaciones realizadas por los entes públicos; y ii) contribuciones parafiscales o también llamadas 'por gastos especiales del ente público', que son aquellas en las que el gasto público se provoca de modo especial por personas o clases determinadas.

Es decir, que son exacciones recabadas por ciertos entes públicos para asegurar su financiamiento autónomo, y tienen como características primordiales que: a) No se incluye su producto en los presupuestos estatales; b) No son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del Estado; c) No ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos.

Para ilustrar lo antes expuesto, resulta relevante hacer referencia a la clásica contribución parafiscal de seguridad social o también llamada '**parafiscalidad social**', que es aquella que exige a los patronos y empleados el pago de ciertos aportes con el objeto de obtener un fin social, tales como asistencia médica, de previsión de riesgos de invalidez o vejez. **En este tipo de contribuciones extrafiscales lo que se busca es beneficiar indirectamente a un grupo de personas, en determinadas áreas, y su característica primordial es que los importes así obtenidos entran a formar parte del caudal del ente público responsable de la consecución del fin social...**" (Resaltado y subrayado añadido).

29 Vid artículos 7, 137 y 317 de la Constitución.

30 Situación que podría ocurrir en el Proyecto –actualmente en discusión– de Ley Orgánica para el uso eficiente de la energía.

31 vid Sala Político Administrativa en sentencia N° 01928 del 27 de julio de 2006, caso: Inversiones Mukaren, C.A., y sentencia N° 01303 del 23 de septiembre de 2009, caso: Administradora de Planes de Salud Clínicas Rescarven, C.A.

Del mismo modo, tampoco pareciera que exista un fin social concreto, al cual vaya a destinarse lo recaudado mediante la contribución, tal y como serían las contribuciones derivadas de la llamada “parafiscalidad social”, como es el caso del aporte previsto en la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, destinados al BANAVIH (vid. sentencia N° 01303 del 23 de septiembre de 2009 de la Sala Político Administrativa del TSJ), en virtud que, la contribución bajo estudio, no se plantea como un aporte con el objeto de obtener un fin social. Así, la Sala Político Administrativa, ha considerado, que:

“...en ese tipo de contribuciones extrafiscales lo que se busca es beneficiar indirectamente a un grupo de personas, en determinadas áreas, y su característica primordial es que los importes así obtenidos entran a formar parte del caudal del ente público responsable de la consecución del fin social...”

Reiteramos que difícilmente el *recargo* de la Resolución N° 74 podría –aún en un texto legal– ser calificada como contribución parafiscal, puesto que, lo que pretende su disposición, es modificar el comportamiento o encuadrar el comportamiento del usuario a una noción de uso eficiente de la energía que ha regulado el Estado venezolano, por tanto, el *recargo* sólo se causaría ante el incumplimiento del ciudadano a los parámetros previstos por el Ministerio del Sector en los artículos 2, 3 y 4 *ibídem*.

De allí que exista perfectamente la posibilidad que jamás se vea causada el cobro del *recargo* en cabeza de los usuarios, si en efecto ajustan su consumo energético. En consecuencia, es evidente que no hay, bien sea una necesidad de financiar al sector energético o bien lograr un fin social determinado (al menos del punto de vista normativo).

C. Como Sanción administrativa

La sanción administrativa, es entendida como una Potestad Administrativa derivada del denominado *Ius Puniendi*, donde el Estado tiene la posibilidad o facultad de afectar la situación jurídica e incluso patrimonial de un ciudadano, en caso que este, haya inobservado o

trasgredido el orden jurídico. La Sentencia N° 379 del 7 de marzo de 2007 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde se analizó la figura de la sanción, en los términos siguientes:

“Así pues, la sanción se origina como consecuencia del incumplimiento de una conducta establecida en el ordenamiento jurídico, la cual –conducta– el Estado le interesa conservar su integralidad y adecuación, en aras de la satisfacción del interés público, el equilibrio armónico y la paz social de los integrantes de la sociedad”.

En efecto, el objetivo de ejercer la potestad sancionatoria va más allá de afectar jurídica o patrimonialmente a un ciudadano que ha cometido una infracción, se procura salvaguardar, como en la gran mayoría de las actuaciones de la Administración, un Estado bajo las premisas del derecho, la democracia y la justicia.

Se trata entonces de buscar mantener un orden jurídico y procurar el Estado de Derecho, mediante la imposición de un castigo, que en gran medida, pretende generar una situación de ejemplo en la colectividad, con el objeto de encaminar a los ciudadanos al apego del marco de legalidad vigente³².

Ossa Arbeláez J. en su trabajo *Derecho Administrativo Sancionador*³³, define a la potestad sancionatoria como la acción punitiva de la Administración, o bien como una atribución que se traduce en la posibilidad jurídica de imponer sanciones, lo que nos lleva a analizar no sólo elementos propios del derecho público sino igualmente del derecho penal, ello con el objeto de verificar la génesis de este poder de la administración, así como sus límites de ejercicio. Conforme a la Doctrina venezolana, tenemos que Peña Solís J. en su *Manual de Derecho Administrativo* (2005), estima que la sanción es la exteriorización de una conducta estatal que en ejercicio de una potestad

32 Vid. Hildegard Rondó de Sansó. *Las Formas de la Actividad Administrativa*. “La actividad administrativa represiva y el régimen de sanciones administrativas”. Funeña, 2005.

33 Editorial Legis. Colombia

administrativa impone al particular un determinado comportamiento, obviamente ello debe ser el resultado del cumplimiento de un procedimiento administrativo previo donde haya sido resguardado al administrado o particular sus derechos constitucionales, cuya causa será la comisión de una infracción de una conducta violatoria de la norma del ordenamiento jurídico³⁴.

En tal sentido, cuando observamos el recargo de la Resolución N° 74, tenemos que si el usuario no ajusta su comportamiento a una disposición normativa emitida por la Autoridad Administrativa, se genera consecuentemente, un agravio patrimonial en la esfera del ciudadano, puesto que de no disminuir su consumo energético, obtendrá un sobreprecio bastante severo desde el punto de vista de la proporcionalidad, que escapa evidentemente de la relación tarifa-servicio, cuyo pago, es por demás, obligatorio.

Así, el *recargo* es impuesto al usuario, cuando este no ajusta su comportamiento al orden jurídico preestablecido, en este caso, por el Ministerio del Sector mediante un acto de rango sublegal.

Pareciera entonces que al ser obligado el usuario a ajustar su comportamiento so pena de agravio jurídico, estamos posiblemente, en un campo muy cercano al de la sanción administrativa, ya que el ciudadano que sufra un recargo en su tarifa bajo lo previsto en el artículo 4 de la Resolución N° 74, habrá incurrido en una contravención al orden normativo impuesto por el Ejecutivo al no haber ajustado su consumo energético a la muy genérica noción de uso eficiente o razonable de energía.

Como es bien sabido, la Potestad Sancionatoria, como toda atribución o competencia capaz de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas y desempeñar una cuota del Poder Público, debe estar expre-

34 “La potestad sancionadora de la Administración Pública”, Colección de Estudios Jurídicos N° 10, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 270-271

samente regulada en un texto de rango de ley, como presupuesto del Principio de Legalidad³⁵.

Pero ello no culmina en una reserva legal, sino que además exige de un procedimiento administrativo previo a la sanción administrativa, con el objeto de garantizar el derecho constitucional a la defensa y seguridad jurídica del ciudadano frente al ejercicio del Poder de Imperio del Estado.

Por tanto, un procedimiento administrativo previo, debería, en el caso que nos ocupa, examinar si efectivamente el aumento o no disminución del consumo energético puede realmente calificar como contrario a la noción de uso eficiente de energía, puesto que, la necesidad energética en un hogar o residencia puede variar de forma totalmente justificada y por tanto, mal podría ser considerado una infracción administrativa o una inobservancia al orden jurídico.

Lo precedente puede demostrarse incluso con ejemplos coloquiales, como sería la llegada de un bebé al hogar, donde comenzará a utilizar con mayor frecuencia la lavadora o tal vez el aire acondicionado, etc. Por lo visto ese aumento en el consumo de energía se consideraría injustificado y por tanto debería ser objeto de recargo, es decir, hay que castigar a esa familia que se vio prácticamente forzada a aumentar su consumo por el bien del recién llegado. O sencillamente el incremento del consumo como resultado de la adquisición de nuevos electrodomésticos para el beneficio del hogar y la familia, por el simple hecho de que esos equipos sean utilizados no deberíamos concluir genéricamente que existe un uso irracional de la energía que amerita recargo.

Precisamente como cargo pecuniario proporcional al consumo se encuentra la tarifa, en la medida que se consuma más energía se deberá pagar más, no hay por qué castigar al usuario y condenarlo al mantenimiento eterno del uso de la energía, inobservando las circunstancias de hecho en cada uno de los casos, e impidiendo incluso, el desarrollo

35 Vid artículo 137 de la CRBV.

de la persona y de su hogar, todo ello en claro detrimento del Estado de Bienestar previsto en el Texto Constitucional.

Es por ello que se sugiere reconducir la figura del recargo una vez más a la noción de incentivo en el sentido de la actividad administrativa de fomento. Ciertamente el Estado ha venido desarrollando una amplia campaña de concientización sobre el uso racional y eficiente de la energía, pero su consumo es fundamental para el desarrollo de un país y de una residencia familiar. A través del aumento de la generación de la energía y correlativo aumento del consumo será posible generar nuevas industrias y las nuevas industrias presentan nuevos empleos, lo que a su vez forja el crecimiento económico en todos los niveles sociales.

Se trata entonces de una tarea del Estado, que lógicamente requerirá de la ayuda del ciudadano, precisamente a través del pago de la tarifa y ciertamente de su concientización en el consumo, no sólo en beneficio del servicio, sino del mismo medio ambiente. No hay motivos para castigar al usuario, al menos no sin darle la posibilidad de defenderse y justificar el incremento de su consumo, lo que de cualquier modo deberá ser regulado mediante normas de rango de ley y no a través de Resoluciones administrativas que además tratan de forma indiscriminada el aumento del consumo energético.