

LOS ENTES REGULADORES DEL SECTOR ENERGÉTICO

Víctor Rafael Hernández-Mendible*

Profesor en la Universidad Monteávila (Venezuela)

Sumario

I. Introducción

II. Las características generales de los entes reguladores

2.1. Independencia o Autonomía

2.1.1. El elemento orgánico o estatutario

2.1.2. El elemento funcional

2.1.3. El elemento de gestión

2.1.4. Autonomía

2.2. Neutralidad

2.3. Transparencia

2.4. Especialización

III. Las competencias de los entes reguladores

3.1. Competencia normativa

3.2. Competencia organizativa

3.3. Competencia de supervisión y control

3.4. Competencia para otorgar y revocar títulos jurídicos habilitantes

3.5. Competencia sobre las instalaciones esenciales

3.6. Competencia de dirimir o solucionar controversias

3.6.1. Arbitraje propiamente dicho

3.6.2. Resolución administrativa de conflictos

3.7. Competencia sancionatoria

IV. Consideraciones finales

I. Introducción

Una vez efectuada la despublificación y como consecuencia de la liberalización reconfiguradas las actividades económicas como de interés general en el Sector Energético, se plantea la necesidad de formular una nueva regulación que no supone la desaparición de la presencia del Estado, sino que éste abandone su condición de titular de la actividad hasta entonces reservada y de gestor directo de las mismas, así como del uso y aprovechamiento de los bienes necesarios para su explotación, para convertirse en regulador, en árbitro entre los distintos

* Doctor en Derecho. Profesor-Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila; Profesor-Coordenador del Diplomado en Derecho Público en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) e invitado en la Maestría de la Universidad Externado de Colombia, siendo además parte del grupo de investigación en Derecho de la regulación de mercados energéticos del Departamento de Derecho Minero Energético de esta Universidad, así como en la Maestría de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de Santo Domingo; y Profesor del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña. Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Red de Investigación de Derecho de los Bienes Públicos. www.hernandezmendible.com

operadores que aspiran ingresar y competir en el mercado realizando dichas actividades económicas.

No se trata de que el Estado se inhíba o se desentienda de la prestación de la actividad o de la satisfacción de las necesidades colectivas; sino que el Estado de Derecho, actúa preocupado por la prestación de las actividades de interés general, pero ya no como el titular de la actividad, el gestor de los servicios o el propietario exclusivo de las infraestructuras, sino como una autoridad independiente, más propiamente autónoma, técnicamente capacitada, que establece las normas o reglas para la realización de la actividad, la prestación de los servicios y la explotación de los bienes por los particulares, es decir, el Estado actúa de manera tan intensa en la regulación, el control y la supervisión de la realización de las actividades, -como lo hacía cuando tenía la titularidad-, pero desde una posición distinta, pues ahora no realiza las actividades económicas, sino que las regula y garantiza su prestación¹.

Durante la existencia de un régimen de monopolio, no tenía mayor importancia la diferenciación entre el operador que realizaba la actividad, que prestaba los servicios, que explotaba las redes e infraestructuras del Sector Energético y el regulador, que debía determinar las condiciones, los presupuestos y los lineamientos para el desarrollo de las distintas actividades dentro del sector.

Este nuevo modelo de Estado que nace producto de la transformación política, jurídica, económica y social es el Estado de garantías de prestaciones (Estado regulador)², que es ante todo un Estado Social de Derecho, que utiliza nuevas técnicas de intervención y participación pública en la actividad económica liberalizada, creando autoridades administrativas con “autonomía reforzada”, a quienes se encomienda la misión de regular, limitar y controlar la prestación de las actividades económicas de interés general, en condiciones de libertad de contratación, garantizando la autonomía de la voluntad dentro de los límites de la ley, así como el establecimiento de las condiciones de calidad técnica y eficacia económica en la producción de los bienes y prestación de los servicios destinados a satisfacer las necesidades colectivas, es decir, que el Estado regulador es el Estado Social de Derecho, que luego de un proceso de reingeniería ha asumido una nueva misión y una nueva visión, en virtud de la cual libera los sectores de la actividad económica que se encontraban reservados –titularidad, gestión y afectación, o una sola de ellas- al control del Poder Público y permite el desarrollo de los derechos y libertades económicas,

¹ PAREJO ALFONSO, L., Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado, *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, Competencia y Control Judicial*, (Dir. Serrano González, M., y Bacigalupo Saggese, M.), Iustel, Madrid, 2010, p. 57.

² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones, *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1159-1177.

promoviendo la participación de la iniciativa privada empresarial y la libertad de empresa, dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico³.

El uso y explotación de las redes e infraestructuras necesarias para la realización de las actividades económicas, por los distintos operadores que compiten en el sector, refuerza la necesidad de establecer unas autoridades reguladoras que sean “independientes”, es decir, órganos que actúen como árbitro entre los operadores, que permitan el establecimiento y desarrollo de un mercado en régimen de competencia, donde los operadores no realicen prácticas anticompetitivas, que permita la efectiva entrada de los nuevos operadores; que prevenga los abusos de éstos frente a los usuarios, es decir, que actúe estimulando el libre mercado, mediante el establecimiento de un régimen jurídico estable, claro y técnicamente preciso⁴.

No obstante, ello plantea la pregunta, ¿por qué si el Estado considera que no debe seguir manteniendo la titularidad de la actividad, ni la prestación de los servicios, ni el monopolio en el uso y aprovechamiento de las redes e infraestructuras debe intervenir en las relaciones jurídicas entre operadores o en la relaciones de éstos con los usuarios? o dicho de una manera más simple

³ BRITO, M. y DELPIAZZO, C., *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, Montevideo, 1998; TORNOS MAS, J., La actividad de regulación, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 1329-1342; BIANCHI, A., *La Regulación Económica*, Tomo I, Ábaco, Buenos Aires, 2001; MORENO, L., *Servicios Públicos Domiciliarios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; DELPIAZZO, C., Los Derechos Fundamentales y la Libertad Económica, *El principio de Legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 59-83; MORAGA KLENER, C., Cuestiones Generales sobre la Regulación Administrativa, *Revista de Derecho Público* Vol. 66, Santiago de Chile, 2004, pp. 391-404; COMADIRA, J. R., Servicios Públicos y Regulación Económica, *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 135-203; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., El Ente Regulador de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento, *A & C. Revista de Derecho Administrativo e Constitucional*, N° 14. out/diez, Belo Horizonte, 2003; La Regulación Económica. *Tendencias Actuales del Derecho Público. Libro Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 691-746; La Actividad de Servicio Público y la Regulación Bancaria, *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las Formas de la Actividad Administrativa*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 87-106; Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa, *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005, pp. 313-346; RESTREPO MEDINA, M. A., Adaptación del Derecho Administrativo al cambio de modelo de Estado prestador a regulador, pp. 631-646; NALLAR, D., Roles y desafíos de la regulación sobre sectores estratégicos, pp. 681-706; PERRINO, P., Reflexiones sobre las facultades normativas de los entes reguladores de servicios públicos en el Derecho argentino. pp. 707-714; ARAUJO-JUÁREZ, J., Intervención del Estado en la función de prestación, de garantía prestacional o de servicio público. pp. 717-734; CAMACHO CÉPEDA, G., Las entidades administrativas fiscalizadoras y la gestión regulatoria de los servicios públicos. pp. 799-820, todos publicados en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*. (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Tomo II, Ed. Paredes, Caracas, 2009.

⁴ CHILLÓN MEDINA, J. M., Estado Regulador y Administración de las Telecomunicaciones, *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 190.

¿cuáles son las razones que justifican la existencia de la regulación, en un régimen de libre mercado?.

En los sectores liberalizados, al darse paso a la libertad de empresa, la iniciativa privada y producirse la competencia entre operadores, en principio, debe ser el mercado, el que regule la actividad económica, lo que haría innecesaria y por ende inútil la regulación por los órganos del Estado.

Si bien ello es lo ideal en los casos de un mercado que funciona en condiciones de competencia efectiva, no sucede así en los casos donde no se produce tal efectiva competencia, en cuya situación, la ausencia de una regulación adecuada, puede conducir a que unos pocos operadores, contraríen las reglas de la competencia o a que se sustituyan los antiguos monopolios estatales, por los nuevos oligopolios privados.

Es justamente esta situación la que justifica una regulación que estimule o fomente la libre competencia, indicando las reglas para entrar, competir, invertir y salir del mercado, todo ello, sin descuidar la satisfacción del interés general⁵.

Por tanto, la regulación es necesaria en las actividades, antiguamente calificadas como monopolios naturales –aunque no todas lo eran-, con la finalidad de garantizar que en los sectores liberalizados se produzca una auténtica competencia, pues de no establecerse la regulación, se podría frustrar el objeto de la liberalización⁶, es decir, que los operadores entrantes tuviesen acceso a las redes, a las infraestructuras, así como al uso y explotación eficientes de los recursos escasos⁷, que son necesarios para el funcionamiento del mercado y por otro lado, se quedarían los consumidores de los bienes y los usuarios de los servicios, sin garantías de obtener la adquisición o la prestación de éstos en condiciones de continuidad, regularidad, uniformidad, igualdad de trato, adaptación a los avances tecnológicos y a sus nuevas necesidades, conforme a condiciones de calidad específicas y dentro de unos precios asequibles.

Ello así, con la finalidad de garantizar que la regulación funcione de manera eficiente, se pretende analizar cómo deben ser concebidos los entes reguladores del Sector Energético.

⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., Economía Social de Mercado en el Estado de Garantía de Prestaciones, (Dir. Jaime Rodríguez Arana-Muñoz y Ernesto Jinesta Lobo, Coord. José Pernas García), *El Derecho administrativo en perspectiva. En Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil. 40 años de la Cátedra de Derecho Administrativo*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014.

⁶ TORNOS MÁS, J., El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales: Comparación de modelos, *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, Competencia y Control Judicial*, (Dir. Serrano González, M., y Bacigalupo Saggese, M.), Iustel, Madrid, 2010, p. 115.

⁷ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general, *Revista Brasileira de Infraestrutura (RDINF) N° 5*, Editora Fórum, Belo Horizonte, Brasil, 2014, pp. 13-40.

Es importante mencionar que el Estado a través del legislador ejerce la libertad de configuración jurídica, siempre con estricto apego al marco constitucional, por lo que puede optar por establecer un regulador único para todo el Sector Energético; pero también podría considerar la configuración de varios entes reguladores en atención a los distintos mercados que integran este sector, como lo son aquellos apalancados en las fuentes de energías convencionales de origen fósil (hidrocarburos e hidrocarburos gaseosos), en las fuentes de energías renovables consideradas verdes (eólica, solar, hidráulica, mareomotriz, geotérmica, biomasa) o en la energía nuclear.

Es por ello que sin perjuicio de la elección del legislador, se hace referencia a los entes reguladores en plural, entendiéndose que la multiplicidad de reguladores deberán actuar de manera armónica y que una vez que los mercados se conformen e integren adecuadamente, se puede promover una reforma en la búsqueda de desarrollar una regulación más eficaz, que unifique a los distintos reguladores en uno, que deberán actuar sobre todos los mercados.

Son las precedentes consideraciones las que conducen a analizar cómo se deben concebir las autoridades reguladoras del Sector Energético, dentro de un Ordenamiento jurídico.

II. Las características generales de los entes reguladores

En respuesta a las forzosas inquietudes que generan los procesos de liberalización, el Estado ha venido creando los denominados entes reguladores, que la mayoría de la doctrina científica identifica con las autoridades administrativas independientes, a través de las cuales se pretende servir con objetividad al interés general y hacer operativo, eficaz y eficiente la función reguladora de las actividades económicas.

Tal situación lleva a analizar las características que identifican a los entes reguladores, con la finalidad de determinar, cuáles de ellas deben estar presentes en las autoridades administrativas creadas, para regular las actividades económicas del Sector Energético.

Hay que advertir, que estos rasgos se califican como generales, porque no es posible, ni conveniente establecer unos que sean comunes a todos los entes reguladores, dado que cada uno de ellos tiene encomendada la regulación de sectores específicos, lo que conduce a que se establezcan particularidades que impidan reconducirlos a un modelo único. Ello así, las características fundamentales que se pueden mencionar son las siguientes:

2.1. Independencia o Autonomía

La separación entre los reguladores y los regulados constituye el primer paso, con carácter decisivo para determinar la independencia de aquéllos con respecto a éstos, es así, como se establecen unas autoridades administrativas, a las cuales se le otorga independencia y estabilidad, en el ejercicio de las competencias de regulación, supervisión y control; en tanto que las actividades de prestación de servicios y explotación de redes e infraestructuras, se encomienda a los operadores económicos -públicos y privados- que quedan sometidos a dicha regulación. Ello permite señalar que la actividad objeto de la regulación le es ajena a los entes reguladores en cuanto gestores, más no en cuanto órganos técnicos especializados para la regulación.

Es así, como la independencia de los entes reguladores respecto a los órganos que ejercen el Poder Público y que tienen atribuida las decisiones políticas es deseable para garantizar la gobernanza⁸, pero no esencial a los fines del establecimiento del mercado liberalizado. Lo que sí resulta realmente importante es que en cumplimiento del principio de lealtad institucional, éstos respeten el espectro de competencias de los entes reguladores y que se establezca la independencia de éstos de los operadores económicos, algunos de los cuales incluso formaban parte de la Administración Pública, al ostentar ésta la titularidad de la actividad económica que se ha liberalizado.

Según señala la doctrina científica existen tres niveles que no necesariamente coinciden, pero que garantizan la independencia de las autoridades administrativas reguladoras, las cuales se corresponde con el elemento estatutario, el elemento funcional y el elemento de gestión⁹. Comentemos brevemente cada una de ellas.

2.1.1. El elemento orgánico o estatutario

Este elemento implica establecer un conjunto normativo, que le otorgue suficiente cobertura legal, para garantizar a las personas que dirigen los entes reguladores, la independencia necesaria para llevar a cabo sus funciones.

El elemento orgánico supone el establecimiento de una estructura administrativa debidamente definida en sus funciones; que cuente con unas autoridades que la dirijan, las cuales deben ser designadas teniendo en consideración su competencia profesional en el sector, con independencia de las influencias de los grupos políticos y de los agentes económicos regulados.

En este sentido se pueden encontrar entes reguladores, integrados de forma unipersonal o conformados por un cuerpo colegiado, constituido por un consejo,

⁸ BACIGALUPO, M., Estudio preliminar, *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, Competencia y Control Judicial*, (Dir. Serrano González, M., y Bacigalupo Saggese, M.), Iustel, Madrid, 2010, p. 22.

⁹ CHILLÓN MEDINA, J. M., Ob. cit. pp. 202-208.

comité o directorio, debiendo establecerse en tal caso en los estatutos, los requisitos para la convocatoria, votación y forma de expresión de las decisiones que adopten.

Teóricamente la colegiación ofrece mayor garantía de independencia que los órganos unipersonales, frente a las presiones políticas o los agentes económicos y además garantiza el pluralismo en la adopción de las decisiones.

El nombramiento o designación de las personas que dirigirán los entes reguladores, puede ser atribuido al Poder Ejecutivo o al Poder Legislativo y también puede ser compartida por ambos poderes. Sin embargo, debe destacarse que lo más importante para que la garantía orgánica o estatutaria funcione, consiste en establecer la estabilidad en los cargos durante un tiempo determinado de las personas que dirigirán los entes reguladores, evitando el cese o remoción libremente, *ab nutum*, sin que haya finalizado el lapso legal para el cual se produjo la designación, pues ello frustra uno de los objetivos que persigue el elemento orgánico.

Ello hace necesario, que se establezca en los estatutos legales de creación de los entes reguladores, las razones específicas y objetivas que podrían conducir a la interrupción del mandato para el cual han sido designados, sin que agoten el tiempo legalmente establecido, pero tal situación, de cese anticipado en el cargo se debe producir con carácter excepcional y en aquellos supuestos taxativos previstos por el legislador¹⁰. Esto es necesario, porque la estabilidad contribuye a garantizar la independencia.

Ello además implica, la competencia para auto-organizarse, estableciendo por vía reglamentaria la estructura orgánica interna, es decir, las unidades administrativas necesarias para lograr el funcionamiento eficaz de los entes reguladores.

2.1.2. El elemento funcional

El elemento de la independencia funcional debe ser analizado en sus dos vertientes. La primera consiste en establecer que la independencia de los entes reguladores será mayor, en la medida en que se le otorguen menos competencias a la Administración Federal o Central, para dirigir o dictar órdenes a la administración reguladora. Ésta supone la imposición de limitaciones o la interdicción de directrices, instrucciones u órdenes de los órganos de la Administración Pública Central a los órganos reguladores.

¹⁰ PAREJO ALFONSO, L., Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado, *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, Competencia y Control Judicial*, (Dir. Serrano González, M., y Bacigalupo Saggese, M.), Iustel, Madrid, 2010, p. 96.

La segunda implica el establecimiento de las adecuadas previsiones competenciales, que permitirán el eficaz y eficiente funcionamiento de los entes reguladores, según la distribución de competencias establecidas en la ley.

La potestad normativa tiene su fundamento en la expresa autorización otorgada por la ley y los reglamentos. Así se tiene que, las normas legales y reglamentarias constituyen el marco normativo con que cuentan los entes reguladores, para cumplir los fines de interés general que le encomienda el ordenamiento jurídico, velando por el cumplimiento y ejecución del ordenamiento sectorial.

Esta competencia normativa es ejecutable hacia dentro, internamente, es decir, para auto-organizarse a los fines de lograr mayor eficacia en sus cometidos, lo que permite la creación de las unidades administrativas internas y la distribución de las respectivas competencias; y también tiene competencia normativa externa, para dictar actos jurídicos generales, que tienen por objeto establecer el ordenamiento técnico sectorial, que garantice la ejecución de la ley.

Es así como la garantía funcional de los entes reguladores tiene una de sus manifestaciones a través del otorgamiento de competencias normativas, las cuales permiten determinar el mayor o menor grado de independencia de estas autoridades administrativas. Tal competencia se ejerce mediante el dictado de reglamentos o actos administrativos generales, que persiguen desarrollar y complementar el ordenamiento jurídico sectorial, estableciendo normas especiales, aplicables a los agentes económicos que interactúan en dicho sector.

En consecuencia, esta garantía implica la potestad de dictar actos de contenido normativo, -calificados en algunos ordenamientos como “instrucciones”, “ordenes” o “circulares”-, siendo típicos actos administrativos generales, de rango sublegal y en consecuencia, en desarrollo y ejecución de la ley, dentro del ámbito de sus competencias. Estas instrucciones, ordenes o circulares, pueden ser textos normativos que si bien deben estar sujetos a la ley y al Derecho, y su contenido tiene incidencia y eficacia en la esfera jurídica de los operadores y los usuarios, no necesariamente deben estar subordinados a otras disposiciones previas, todas vez que pueden normar situaciones hasta ese momento no reguladas expresamente, siempre que no infrinjan el principio de inderogabilidad de los actos de superior jerarquía en el sistema de fuentes.

Además, la garantía funcional se desarrolla mediante el ejercicio de competencias que permiten otorgar las habilitaciones administrativas, la supervisión, la inspección y el control de actividades, la imposición de sanciones ante la ocurrencia de infracciones administrativas; la fijación de precios o tarifas por los bienes o servicios, así como la promoción o fomento de la libre competencia entre los operadores.

La garantía funcional tiene una incidencia trascendental en el orden interno, porque sus decisiones ponen fin a la vía administrativa y no están sujetas a control jerárquico de los órganos del Poder Ejecutivo, lo que excluye los recursos administrativos y la consecuente, revisión del superior jerárquico, quedando sometidas estas decisiones únicamente, a una eventual revisión de los órganos del Poder Judicial.

2.1.3. El elemento de gestión

La garantía de gestión supone que se le otorguen a los entes reguladores tanto los recursos materiales como los humanos para lograr sus cometidos. Tal situación conlleva a que el legislador le asigne competencias para generar, recaudar, administrar sus propios ingresos, que le permitan su autofinanciación, sin depender del presupuesto general del Estado.

La separación patrimonial entre los entes reguladores y los órganos de la Administración general del Estado, evita la dependencia en la distribución de las partidas presupuestarias, dado que el presupuesto de ingresos que tiene asignado, lo recibe en forma oportuna y lo gestiona de manera realmente independiente, con el objetivo de alcanzar los fines que tiene encomendados.

Los recursos humanos deben estar conformados por un personal altamente calificado, desde el punto de vista técnico, que garantice la independencia de gestión de los entes reguladores. Es así como éste puede reclutar a los más calificados expertos y colocarlos en los puestos más adecuados, de acuerdo a la organización administrativa interna.

Lo anterior no es más que la posibilidad de establecer una administración independiente en el ejercicio de sus competencias y eficiente en la administración de los recursos financieros, conjugado con la posibilidad de ofrecer remuneraciones que le permitan reclutar al personal técnicamente mejor calificado, para incorporarlo a la organización administrativa, bien sea en condición de funcionarios de los entes reguladores o de asesores contratados.

2.1.4. Autonomía

Es preciso señalar, que aun cuando se han señalado los elementos que permiten determinar la independencia de los entes reguladores, hay que precisar que en los países de tradición jurídica latina, los entes reguladores no son real y totalmente independientes¹¹; porque existe una vinculación con la Administración

¹¹ ARPÓN DE MENDIVIL, Á., CARRASCO, A. y CRESPO, M., *La Administración de las Telecomunicaciones, Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 834.

Pública Central y porque como todos los órganos de la Administración Pública se encuentran sometidos al control del Poder Legislativo.

Esta situación ha llevado a la doctrina científica a hablar de autonomía reforzada¹², la cual se manifiesta fundamentalmente en una autonomía funcional, administrativa, de gestión técnica, financiera y presupuestaria; que no se encuentra sometida al obligatorio control jerárquico en sus decisiones y que se garantiza mediante el establecimiento de una serie de incompatibilidades establecidas en la ley, para ejercer los cargos de dirección.

2.2. Neutralidad

Los entes reguladores deben ser imparciales o neutrales respecto a los operadores económicos, ante quienes le corresponde actuar como un árbitro, pero también deben ser neutrales ante las líneas políticas, que coyunturalmente asumen los gobiernos de turno, esto se conoce como la neutralización política, a los fines del ejercicio de sus competencias¹³.

La garantía de la neutralidad frente al Poder Político, tiene su justificación en dos premisas fundamentales: Una es que los expertos designados para dirigir los entes reguladores, poseen los conocimientos especializados, que los convierten en los más competentes para adoptar las decisiones técnicas cualificadas, que les permitan solucionar asuntos que les han sido encomendados, de una forma racional, proporcional y congruente.

La otra supone una reacción frente a la politización de la Administración, dado que los partidos políticos toman por asalto hasta el último puesto público, para colocar a sus adeptos, aun cuando no tengan los conocimientos y la capacitación técnica para ocupar los cargos, lo que convierte a la Administración en una organización ineficaz y carente de profesionalismo.

Por ello se postula, que los entes reguladores estén sustraídos a la influencia del Poder Público –que tiene una marca vocación política-, es decir, que no reciban instrucciones u órdenes de los órganos que ejercen dicho Poder Público.

La neutralidad de los entes reguladores supone que éste establezcan reglas claras y abstractas, que brinden la seguridad a todos los operadores, de cuáles son las condiciones a las que se somete la actividad económica, sin que existan discriminaciones, tratos preferenciales o normas desventajosas respecto a unos

¹² HOYOS DUQUE, R., Las Comisiones de Regulación en Colombia. *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo II*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1403-1419.

¹³ BILBAO UBILLOS, J. M., Las Agencias Independientes: Un análisis jurídico desde la perspectiva jurídico-constitucional, *Liberalización y Privatización de Servicios*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1999, p. 164.

y otros, es decir, que los entes reguladores deben actuar imparcialmente. Ello permite a quienes cumplen las reglas establecidas, planificar, fijar objetivos, metas a cumplir y tener certeza que si hacen lo correcto, su participación en el sector le permitirá obtener los resultados esperados.

Los entes reguladores deben velar porque las reglas de funcionamiento del mercado que han sido preestablecidas, sean cumplidas por todos los operadores del sector, ello es lo que garantiza que la ordenación del sector se realice de forma neutral, es decir, quien establece la regla y vela por su ejecución, es ajeno a la prestación de la actividad económica que regula, por ello se comporta como un verdadero árbitro, que actúa técnicamente, con objetividad e imparcialidad.

Así se ha planteado, que frente a los entes reguladores capturables es necesario establecer los entes reguladores realmente autónomo, que sean equidistante entre los operadores actuantes y potencialmente en conflicto de intereses a los cuales aplicará el ordenamiento jurídico, es decir, en una posición de distancia y equilibrio entre operadores, lo que constituye una condición *sine qua non* para el adecuado funcionamiento de los entes reguladores¹⁴.

La captura de los reguladores es una preocupación latente de los encargados de diseñar los entes reguladores, la cual surge entre otras razones, por la intensificación de los vínculos o relaciones personales entre los funcionarios que realizan la regulación y quienes representan a los regulados; la constante exposición de los funcionarios reguladores a las ideas, argumentos y actividad de cabildeo -lobby- que llevan a cabo los regulados y también, por las ofertas de negocios, comisiones u obsequios que efectúan los agentes económicos a los funcionarios reguladores.

Otra manera de captura de los reguladores es la formulación de propuestas de futuro empleo que efectúan los representantes de las empresas reguladas e incluso, existe una modalidad de captura de los reguladores denominada puerta giratoria, *-revolving door-*, que supone que los empleados calificados de los agentes económicos se trasladen a trabajar en los entes reguladores, manteniendo sus vínculos con su antiguo empleador, incluso intereses comunes y que luego de pasar un tiempo en los entes reguladores, vuelvan a trabajar con la empresa en la cual estaban empleados originalmente.

No obstante, esta modalidad de captura también puede funcionar en sentido contrario, valga decir, un funcionario capacitado y de larga experiencia profesional puede recibir ofertas de algunos de los regulados y pasar a trabajar

¹⁴ CHILLÓN MEDINA, J. M. y ESCOBAR ROCA, G., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 46.

algún tiempo con uno ellos y posteriormente, retornar a trabajar en los entes reguladores.

En uno u otro caso, existe el riesgo que al haberse producido la captura, el funcionario que trabaja en los entes reguladores no actúe con la neutralidad e imparcialidad que demanda la actividad de regulación y al servicio del interés general; sino que actúe inclinado a favorecer los intereses de la empresa u organización con la que conserva sus antiguos vínculos.

Para tratar de impedir estas situaciones de captura, se deben establecer normas que establezcan fuertes prohibiciones o restricciones a la posibilidad que se produzcan este tipo de situaciones entre los reguladores y los regulados.

La garantía de la neutralidad, no sólo se manifiesta frente a la tentación de captura de los grupos económicos que operan en el sector regulado, sino frente al gobierno. No obstante, la aparente neutralidad que es deseable ostenten los entes reguladores, el riesgo de la captura por los agentes regulados, quienes tratan de influir en beneficio de sus intereses, pone en tela de juicio tal neutralidad, al extremo que se duda de su existencia, lo que en palabras de Bilbao Ubillos, ha llevado a considerar que la neutralidad es sencillamente imposible¹⁵.

2.3. Transparencia

La transparencia supone el establecimiento de un procedimiento determinado, que permite llevar a cabo los actos y trámites necesarios para la adopción de la decisión y que la emisión de los actos administrativos, se realice conforme a la legalidad, pero dentro de un marco de discrecionalidad jurídica, técnica y económica, que debe ser apreciado, analizado y concretizado, en atención a la realidad.

Sólo una auténtica transparencia en la actuación de los entes reguladores, puede garantizar que la necesidad de adaptar sus decisiones no afecte su credibilidad, elemento éste en el cual radica la confianza de los destinatarios de la regulación, sean estos operadores o usuarios.

Los entes reguladores deben ser transparentes en el otorgamiento de incentivos y garantías, sin que existan intereses ocultos, en condiciones de igualdad de trato, sin beneficiar a unos operadores y dejar a otros por fuera, es decir, garantizando a los operadores la seguridad jurídica para realizar actividades que les permitan proyectar los resultados de su gestión.

¹⁵ BILBAO UBILLOS, J. M., *Las Agencias Independientes: Un análisis jurídico desde la perspectiva jurídico-constitucional*, *Liberalización y Privatización de Servicios*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1999, p. 172.

La transparencia no solo se relaciona con la igualdad de trato, sino con la objetividad en la actuación, tanto respecto de los usuarios como de los operadores. Esto impide la celebración de acuerdos o pactos individuales o secretos, con determinados operadores.

2.4. Especialización

La otra característica esencial de los entes reguladores es que deben ser especializados en el sector que pretenden regular. Para lograrlo se requiere definir cuál es su misión y qué función tiene encomendada.

Las personas que dirigen y actúan como técnicos de los entes reguladores, deben contar con el profesionalismo, los conocimientos especializados respecto al sector, manejar la información para tomar decisiones, no sólo ajustadas a la ley, sino razonables desde el punto de vista técnico y económico.

Los entes reguladores para lograr su real especialización funcional, deben ser integrados por personas que sean expertos técnicos, conocedores del sector, que tengan la experiencia e información necesaria para producir una regulación adecuada¹⁶.

Ello supone que tales personas alcancen la experiencia mediante la continuidad en el tiempo, lo que pone en evidencia lo costoso de la especialización, para lo cual se requiere una inversión no solo de tiempo, sino de dinero, es decir, que los técnicos no se improvisan.

Los entes reguladores deben tener dos atributos fundamentales que le permitan materializar su independencia: La *auctoritas* y la *potestas*. La primera nace de prestigio que tenga o se gane, como consecuencia de la adopción de las adecuadas decisiones, que son producto del conocimiento especializado tanto en lo jurídico, lo técnico, como en lo económico sobre las actividades reguladas.

Ello trae como resultado la fiabilidad en la regulación, lo que brinda seguridad jurídica, elimina futuros conflictos y las tensiones entre los reguladores y los regulados.

Esta le otorga la credibilidad y el prestigio, para que sus decisiones se cumplan en función de la *auctoritas* que le reconocen los regulados, sin embargo, la doctrina científica ha señalado que si bien la *auctoritas* personal, combinada al prestigio de la institución es un elemento que no puede soslayarse para asegurar la autonomía de los entes reguladores, que “la *auctoritas* va más allá de la mera cualificación

¹⁶ Se sostiene que no se debe apostar en demasía, al hecho que los estatutos exijan un alto nivel en la calificación técnica de los llamados a dirigir los entes reguladores, como garantía de la independencia del ente regulador. MAGIDE HERRERO, M., *Límites Constitucionales de las Administraciones Independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, p. 103.

profesional y difícilmente las previsiones de los estatutos (que exigen normalmente que se nombre a “personas de reconocida competencia profesional” o a “profesionales de prestigio”) serán capaces de garantizar que las personas finalmente designadas la posean. Lo dicho no cuestiona, por supuesto, la conveniencia de la inclusión de estas exigencias legales”¹⁷.

La *potestas* la atribuye el ordenamiento jurídico, en razón de la misión y técnicas con las cuales los entes reguladores son investidos, para alcanzar los fines encomendados¹⁸.

III. Las competencias de los entes reguladores

Corresponde precisar, las competencias que realmente tienen los entes reguladores sobre las actividades económicas del Sector Energético.

No hay que olvidar, que como señala la doctrina científica, “la regulación es una función compleja que comprende decisiones normativas, ejecutivas y de resolución de los conflictos entre los operadores que actúan en el mercado”¹⁹.

Esta complejidad de la actividad de regulación en el Sector Energético, lleva a examinar las distintas competencias que pueden ejercer las autoridades reguladoras.

3.1. Competencia normativa

El ejercicio de las competencias normativas es lo que distingue a un verdadero ente “independiente” en sentido técnico y jurídico, de los entes autónomos, pero sin auténticas competencias normativas; sin embargo, tal como ha señalado la doctrina científica, la equiparación entre regulación y reglamentación o actividad normativa no es tan evidente en los Estados Unidos de América²⁰.

Anteriormente se señaló, que el establecimiento del régimen jurídico del Sector Energético es competencia del Poder Público Federal, correspondiéndole originariamente dicha atribución al Poder Legislativo. En tales términos, la competencia normativa es ejercida de forma primigenia por el Congreso, mediante la sanción de las leyes secundarias o la aprobación de los tratados internacionales válidamente suscritos y ratificados por Estado.

¹⁷ MAGIDE HERRERO, M., Ob. cit., p. 103

¹⁸ CHILLÓN MEDINA, J. M. y ESCOBAR ROCA, G., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 39.

¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado. I. Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 268.

²⁰ TORNOS MAS, J., La actividad de regulación, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Tomo I*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 1333-1334.

Sin embargo, el Poder Legislativo Federal al sancionar las leyes del Sector Energético puede delegar parcialmente la potestad normativa en el Poder Ejecutivo Federal, quien la ejerce mediante el dictado de los distintos reglamentos, que deben sujetarse al espíritu, propósito y razón de la Ley y que en ningún caso pueden lesionar la garantía de la reserva legal, ni menoscabar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales. Con estos reglamentos se crean normas de carácter general, que reconocen derechos y establecen obligaciones, a los cuales quedan sometidas todas las personas –operadores y usuarios- que interactúan en el sector. Además de los reglamentos, le compete al Ejecutivo Federal elaborar las políticas públicas en el Sector Energético.

El marco normativo del Sector Energético lo complementarán los entes reguladores que tendrán atribuida la competencia para dictar actos de contenido normativo, es decir, con eficacia jurídica plena frente a todos los operadores y usuarios. Estos son actos administrativos generales, que suponen el ejercicio de la competencia normativa, de rango sublegal y en consecuencia, en ejecución de las leyes y los reglamentos, dentro de su ámbito de competencia y que tienen incidencia sobre la esfera jurídica de los operadores y usuarios del Sector Energético.

La potestad normativa de los entes reguladores del Sector Energético debe ser ejercitada con estricta sujeción al Principio de Legalidad, en consecuencia solo tiene competencia normativa en los casos expresamente establecidos en la Ley, tal como lo señala la doctrina científica al precisar que “la dotación de las Administraciones independientes con poder normativo precisa inexcusablemente una habilitación legal (formal) expresa y determinada (en el sentido de delimitadora del ámbito, carácter y alcance de la correspondiente potestad normativa)”²¹. Además se deben respetar los principios de transparencia, eficiencia, eficacia, responsabilidad, objetividad y contradicción, que informan el derecho fundamental a la Buena Administración.

El ejercicio de las competencias normativas, supone la realización de un procedimiento que comprende dos fases: Una, de consultas públicas previas -en principio-, de la cual se dará oportuna información a los interesados y se garantizará la posibilidad de aportar propuestas, opiniones, sugerencias o recomendaciones (garantía de la participación en los asuntos públicos); y la otra, consiste en la emanación, modificación o extinción de los actos normativos, los cuales deberán ser publicados en el Boletín Oficial (garantía del conocimiento de las decisiones).

Estas dos garantías, llevan a que los entes reguladores adopten una forma de actuación, distinta de la tradicional, pues éstos no actúan imponiendo su

²¹ PAREJO ALFONSO, L., La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno. Administración Instrumental, *Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1994, p. 651.

voluntad de manera unilateral, en ejercicio de la potestad de imperio; sino que convocan a los agentes económicos, a los operadores interesados, a las personas individualmente consideradas y a la comunidad organizada para que realicen propuestas, hagan observaciones, expongan sus argumentos, en fin, los entes reguladores actúan con ánimo de concertación, con la finalidad de lograr que las decisiones que se adopten, sean el producto del consenso entre los reguladores y los regulados.

Esto lo ha sostenido la doctrina científica al expresar que la autoridad administrativa reguladora “no dispone, como se predicaba en el pasado, de absolutos poderes cuya aplicación depende sólo de la valoración que de los intereses públicos relevantes realice el grupo político en el poder”, lo que permite apreciar que “tras la ardua literatura legal que aparece en los Boletines Oficiales, subyace una compleja urdimbre de actos, acuerdos y negociaciones precedentes. El Estado aparece así, más que como un Leviatán, como un modesto componedor entre grupos contrapuestos, algo así como un árbitro, en caso de necesidad, entre poderes recíprocamente moderados o crónicamente en litigio, según se mire”²².

Los entes reguladores pueden dictar todos los actos de naturaleza normativa, necesarios para realizar sus cometidos, cuya emanación no está atribuida a los órganos del Ejecutivo Federal. Es así como puede dictar las normas, programas y planes técnicos, para regular, ordenar, promocionar y desarrollar las actividades que realizarán los operadores en el Sector Energético.

También pueden dictar la regulación y ordenación de los bienes o recursos técnicamente limitados, que comprende la planificación y establecimiento de normas técnicas para su uso y aprovechamiento, la interconexión de redes, la seguridad de los equipos y de suministro, etc.

En fin, se puede afirmar que los entes reguladores del Sector Energético tienen competencia normativa para crear preceptos de derecho objetivo, dentro del sector y éstos serán válidos y productores de plenos efectos jurídicos, en el contexto del ordenamiento jurídico del Estado.

Considera la doctrina científica que la competencia normativa otorgada a los entes reguladores presenta dos manifestaciones claras: Una es la competencia normativa *ad extra*, que se ha analizado en este subepígrafe; y la otra, es la competencia normativa *ad intra*, que garantiza la organización y actuación de los entes reguladores, a la cual se hará referencia seguidamente²³.

3.2. Competencia organizativa

²² MARTÍN MATEO, R., *Derecho Público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985, p. 24.

²³ CARLÓN RUIZ, M., La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI*. Tomo III, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 2918-2919.

La competencia organizativa es aquella atribuida a los entes reguladores del Sector Energético para establecer y organizar sus estructuras y órganos, es decir, de auto-organizarse, estableciendo un conjunto de unidades administrativas con competencia y relaciones de jerarquía y subordinación.

El Consejo o Junta Directiva tiene competencia para dictar su propio reglamento y las normas de funcionamiento interno. El régimen ordinario de las sesiones del Consejo o Junta Directiva se determinará en el reglamento interno, mediante el cual se autovincula y que debe ser publicado en el Boletín Oficial.

El Consejo o Junta Directiva en ejercicio de la competencia de organización interna puede atribuirle a sus unidades administrativas, funciones específicas en virtud de las cuales pueden adoptar decisiones, que tengan efectos jurídicos frente a terceros, sean éstos operadores o usuarios dentro del Sector Energético. En estos términos, la creación, modificación o supresión de tales órganos, se realizará mediante actos que gocen de rango normativo, como lo es el Reglamento interno.

Entre las competencias otorgadas al Consejo o Junta Directiva debe estar la aprobación del presupuesto, el plan operativo anual y el balance general.

Los entes reguladores deben tener competencia discrecional para establecer oficinas que dependan de ellos, en ciudades del país distintas de aquella donde se encuentra la sede principal, en la medida que ello contribuya a una mayor eficacia en sus funciones.

Por último, debe reconocerse a los entes reguladores atribución para ejercer las acciones de cualquier índole, tanto ante autoridades administrativas como jurisdiccionales, con el objeto de salvaguardar y proteger sus propios derechos e intereses.

3.3. Competencia de supervisión y control

Estas potestades las ejercen los entes reguladores sobre las distintas actividades de establecimiento e instalación, explotación, gestión de redes, infraestructuras y prestación de los servicios del Sector Energético y sobre los operadores de las mismas, a quienes puede supervisar, inspeccionar, fiscalizar y controlar para verificar el apego a la legalidad y la efectiva satisfacción del interés general en su gestión.

a) En materia de interconexión energética

Los entes reguladores supervisan que los operadores realicen las interconexiones con sujeción a las condiciones jurídicas, técnicas, económicas y

ambientales preestablecidas. Es así como pueden verificar la legalidad de los acuerdos de interconexión y según lo contemple el ordenamiento jurídico, girar instrucciones para ordenar su modificación para ajustarlos a las disposiciones legales o técnicas aplicables.

Lo dicho plantea la interrogante acerca de ¿la justificación de atribuir competencia de los entes reguladores, respecto a la posibilidad de dictar instrucciones en materia de interconexión?.

En primer término se puede señalar, que los entes reguladores pueden intervenir siempre en ejercicio de una competencia expresa, cuando los operadores no logren ponerse de acuerdo en el plazo establecido y ordenar que se haga efectiva la interconexión, estableciendo en su resolución las condiciones técnicas y económicas de la misma, es decir, que incluso puede fijar el precio máximo que deben pagar los operadores, por la interconexión.

Tal actuación puede ser realizada a instancia de parte interesada o por iniciativa de los propios entes reguladores del Sector Energético, que deberán resolver sobre el particular, previa audiencia de las partes involucradas, con la finalidad de brindar una estricta protección a los intereses general que se pudiera ver afectado, en este caso, la protección de los derechos de los usuarios.

En segundo lugar, compete a los entes reguladores del Sector Energético la resolución de las controversias que no puedan ser dirimidas por los operadores, conforme a los términos del contrato de interconexión, en cuyo caso al ser sometidas al conocimiento de éstos, en ejercicio de la potestad de resolución unilateral de conflictos, pueden decidir lo que consideren pertinente dentro de la legalidad en aras del interés general, a los fines de resolver el conflicto. Ello ha sido calificado como la potestad de mando de los entes reguladores sobre las relaciones particulares²⁴.

Los conflictos entre los operadores se pueden producir en lo referente a la interpretación y cumplimiento de los acuerdos de interconexión, en virtud de lo cual se debe otorgar competencia a los entes reguladores para realizar inspecciones y fiscalizaciones, así como requerir la información que consideren pertinente para adoptar su decisión, en cuyo caso, deberán seguir el procedimiento administrativo establecido respecto a las normas de interconexión, teniendo la decisión administrativa carácter vinculante para los operadores involucrados y pudiendo ser impugnada en vía administrativa o jurisdiccional, a opción del interesado.

²⁴ FERNANDO PABLO, M., El Poder Regulator del Mercado de las telecomunicaciones, *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo III, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, p. 2873.

En tercer término, puede emitir órdenes de desconexión y adoptar las medidas que se aplicarán, para minimizar los efectos negativos en caso de desconexión.

b) En materia de tarifas

Los entes reguladores pueden tener competencias en lo que concierne a la fijación de tarifas.

La aprobación de las tarifas le corresponde al Ejecutivo Federal para los diferentes servicios del Sector Energético, en los casos así establecidos en la ley, previa consulta pública y evaluación del mercado, para lo cual deberá tener en consideración los costos que se originan por la prestación de los servicios, la necesidad de establecer unos precios asequibles que garanticen la demanda de los usuarios y los beneficios razonables que deben obtener los operadores.

La aprobación de las tarifas de los servicios del Sector Energético, le corresponde realizarla a los Ministerios competentes por la materia, de conformidad con los casos establecidos en la ley.

En tanto que a los entes reguladores le corresponde intervenir en la determinación de las tarifas máximas y mínimas, a que quedarán sujetas las empresas que tengan una posición de dominio, en razón de la existencia de carteles, de monopolios, oligopolios y otras formas de dominio de mercado.

Por supuesto, que los entes reguladores tienen competencia cuando ordenen la interconexión, -tal como se señaló antes-, para establecer las condiciones económicas de la misma, lo que supone fijar el precio máximo que deben pagar los operadores por concepto de interconexión.

c) En lo que respecta a la libertad de asociación

Los entes reguladores podrán supervisar y aprobar o rechazar, previa opinión preceptiva de la autoridad de la libre competencia, las negociaciones o acuerdos de adquisición total o parcial de unas empresas por otras, así como su escisión, transformación o la creación de filiales que exploten los servicios del Sector Energético, cuando ello implique un cambio de control sobre las mismas.

d) En lo concerniente a la homologación y certificación

La Ley exige que los equipos de Sector Energético deban tener una características técnicas específicas, que deban ser homologados y certificados, razón por la cual se le otorgó competencia a los entes reguladores para ello. El ejercicio de esta competencia la pueden ejercer directa o indirectamente, a través de personas cualificadas que los entes reguladores haya reconocido a tales efectos.

Los entes reguladores son responsables de la supervisión y exigencia de los certificados de homologación o sellos de certificación que los equipos que pueden ser utilizados en el Sector Energético y que deben ser aprobados u homologados, así como de los usos que pueden dárseles para garantizar la eficiencia energética.

e) Otras áreas de control

Igualmente, debe aprobar las condiciones generales de los contratos de servicios, que deben suscribir los operadores con los usuarios; así como el establecimiento de las unidades de medidas, que deberán emplear los operadores para el cobro de los servicios que presten.

También deben ejecutar y velar por el cumplimiento del Plan Nacional de Contingencias para el Sector Energético, así como por los planes que éste prevea.

Los entes reguladores tienen competencia para ordenar la constitución de las servidumbres administrativas necesarias, de las cuales serán beneficiarios los operadores del Sector Energético.

3.4. Competencia para otorgar y revocar títulos jurídicos habilitantes

Una de las competencias más importantes de los entes reguladores, es la relacionada con el otorgamiento de los títulos jurídicos habilitantes a las personas que pretenden operar en los mercados del Sector Energético, quienes tienen interés en conocer con certeza, cuál es la autoridad administrativa reguladora que tiene la atribución de otorgar las habilitaciones administrativas y de establecer cuáles son las condiciones generales -jurídicas, económicas y técnicas -, así como las especiales, que deben cumplir quienes aspiren entrar, invertir, competir y salir de los mercados del Sector Energético²⁵.

Estas competencias deben ser establecidas por la ley, al conferirle al Consejo o Junta Directiva la atribución para dictar las decisiones relativas a los procedimientos de los títulos jurídicos administrativos; dictar las decisiones sobre los procedimientos de oferta pública y adjudicación de dichos títulos; así como de decidir sobre la extinción de los títulos jurídicos administrativos, salvo cuando ello corresponda a otra autoridad administrativa o jurisdiccional.

²⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., 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 del Derecho Administrativo*, (Coords. Jorge Danós Ordoñez, Ramón Huapaya Tapia, Verónica Rojas Montes, José Antonio Tirado Barrera y Orlando Vignolo Cueva), Thomson Reuters-La Ley, Lima, 2014, pp. 687-710.

En fin, a los entes reguladores se les debe atribuir la competencia para otorgar, modificar o extinguir los títulos jurídicos administrativos que habilitan a los operadores para establecer o explotar las redes e infraestructuras o para la prestación de los servicios del Sector Energético, en los supuestos expresamente señalados en la ley.

3.5. Competencia sobre las instalaciones esenciales

La entrada al mercado de distintos operadores, plantea la necesidad de administrar eficientemente las instalaciones esenciales dentro del Sector Energético, administración que debe realizarse con criterios de transparencia, neutralidad e igualdad de trato, con la finalidad de lograr que los agentes económicos puedan operar los servicios, así como establecer y explotar las redes e infraestructuras en condiciones de libre competencia.

Además, de estos principios cardinales que deben orientar la gestión de las instalaciones esenciales, el legislador debe contemplar entre los objetivos generales de funcionamiento del sector y que debe encomendar su cumplimiento a los entes reguladores, que tal utilización se produzca de manera efectiva, eficiente, pacífica y que garantice la seguridad de suministro.

3.6. Competencia de dirimir o solucionar controversias

Es cada vez más frecuente que el legislador contemple la promoción de los medios alternativos para dirimir o solucionar conflictos, disposición que se tuvo en cuenta, a los fines de atribuirle competencia a los entes reguladores del Sector Energético, para intervenir en la resolución de conflictos como “árbitro” utilizando el término en sentido amplio.

Es así como la ley del Sector Energético puede otorgar competencia a los entes reguladores para resolver los conflictos que se presenten entre operadores, con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del sector. En tal sentido al atribuirle competencia para “*actuar como árbitro*” en la solución de conflictos que se susciten entre los operadores de servicios o entre estos y los usuarios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas.

Al respecto debe distinguirse cuando la Ley otorga competencia para dirimir conflictos en función arbitral o en ejercicio de competencias administrativas:

a) La función arbitral, permite a los entes reguladores del Sector Energético solucionar los conflictos que se susciten entre los operadores, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas, lo que implica una convención entre éstas, para acudir al arbitraje.

Ésta constituye una función arbitral en el sentido estricto de la palabra, por cuanto concurren en ella los elementos que caracterizan al arbitraje propiamente tal: una convención originaria de jurisdicción y una separación *ex officium iudicis*, o efecto de equivalencia jurisdiccional, según la expresión del Tribunal Constitucional español.

b) Una función de resolución administrativa de conflictos, conforme a la cual los entes reguladores puede solucionar las diferencias y controversias que puedan surgir entre los operadores, siempre que tal actuación sea necesaria en aplicación de una norma legal expresa, en cuyo caso, actúan en ejercicio de una típica función administrativa, de una competencia propia, eminentemente administrativa y deberá seguir el procedimiento administrativo especial de naturaleza triangular, establecido en la ley respectiva, para dictar el acto administrativo que resuelva la controversia, en la cual se encuentra involucrado el interés general.

En este orden de ideas, la doctrina científica distingue el arbitraje propiamente dicho, en virtud del cual la autoridad administrativa tiene atribuida la función dirimente de conflictos entre operadores, en aquellos casos en los cuales los interesados se someten al arbitraje por su propia voluntad²⁶; de la actividad unilateral de resolución de conflictos, que ha sido calificada como actividad “arbitral” de la Administración²⁷, en el cual la administración actúa en ejercicio de potestades propiamente administrativas, resolviendo conflictos de naturaleza privada o pública, en los que está presente el interés general, en cuyo caso, la autoridad administrativa debe actuar de manera imperativa, obligatoria, inclusive de oficio; pero no para darle la razón a uno u otro operador, para dirimir un conflicto de interés estrictamente privados, sino para producir una decisión que favorezca el interés general.

Ambas funciones son diferentes en cuanto a la naturaleza, alcance y régimen jurídico, por ello, seguidamente, se analizarán las competencias para dirimir o solucionar controversias que puede otorgar el legislador a los entes reguladores del Sector Energético.

Siendo que la actividad arbitral de la Administración, constituye un género, que está conformado por dos especies: el arbitraje propiamente dicho o en sentido estricto y la resolución administrativa de conflictos, a continuación se hará referencia a cada una de ellas.

3.6.1. Arbitraje propiamente dicho

²⁶ TEROL GÓMEZ, R., *El control público de las Telecomunicaciones. Autoridades Reguladoras*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 171-175.

²⁷ PARADA VÁSQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I*, Madrid, 1998, pp. 578 y ss.

El arbitraje propiamente dicho o en sentido técnico constituye la posibilidad de que las personas, sometan las cuestiones litigiosas o asuntos contenciosos, que surjan o puedan surgir entre ellos, respecto a materias en las cuales gozan de libre disposición, a la decisión de terceros que actúan como árbitros²⁸.

Los entes reguladores podrán actuar siempre que exista una habilitación de rango legal, que le atribuya la competencia en condición de árbitro propiamente tal, para intervenir y dirimir el conflicto sobre una cuestión controvertida y que las partes involucradas libremente han resuelto someter a su arbitraje.

El arbitraje requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales: El contractual y el jurisdiccional, que son “ensamblados armoniosamente en una concepción ambivalente y sincrética, sin que haya de prevalecer el uno sobre el otro en el régimen jurídico que se diseña para la institución arbitral en su conjunto”²⁹.

El primer elemento es la voluntad inequívoca de las partes, que debe ser establecida en un contrato, lo que implica una manifestación voluntaria de las personas, es decir, libremente acordada, no obligatoria ni forzada, de acudir a dirimir el conflicto mediante el arbitraje y por supuesto, a la manifestación de aceptar la decisión del árbitro y del compromiso de cumplirla.

Si bien en algunos ordenamientos jurídicos se admite, que esta sujeción puede ser producto de una declaración “individual” del operador, quien de manera libre, voluntaria y expresamente, con la debida antelación, manifiesta que los conflictos que surjan con otros operadores, los someterá al arbitraje de los entes reguladores; también puede ser producto del convenio directo entre operadores, que debe contener la declaración inequívoca de voluntad de las partes de someter determinados conflictos al arbitrio de los entes reguladores, así como a la aceptación de su laudo y el compromiso de cumplirlo.

El segundo elemento para hacer reconocible el arbitraje es el jurisdiccional, que trae como consecuencia la sustitución de la jurisdicción estatal, lo que conlleva a que se sustraiga del conocimiento de los jueces naturales, la controversia sometida a arbitraje. Ésta se establece con efectos equivalentes a los que emanan de la jurisdicción estatal, se trata de una jurisdicción pactada, que sustituye a aquella y en consecuencia tiene carácter alternativo de la jurisdicción ordinaria.

En estos casos, la decisión que resuelve la controversia, no es un acto administrativo, sino un verdadero y auténtico laudo arbitral, por tanto, esta decisión arbitral de los entes reguladores no goza de la potestad de autotutela

²⁸ ARPÓN DE MENDIVIL, A., CARRASCO A. y CRESPO, M., Ob.cit., p. 846.

²⁹ CHILLÓN MEDINA, J. M. y ESCOBAR ROCA, G., Ob. cit., pp. 229-230.

ejecutiva y en consecuencia no puede ser ejecutada de manera forzosa, por la Administración³⁰. La función arbitral no tiene carácter público, razón por la cual, el laudo no será susceptible de impugnación en el orden jurisdiccional administrativo.

Al tratarse la decisión que resuelve el conflicto de un laudo arbitral, solo puede ser recurrida en nulidad ante los tribunales ordinarios, del orden jurisdiccional civil a quienes también corresponde realizar su ejecución forzosa y tal laudo una vez firme, tiene la misma fuerza de la cosa juzgada.

El arbitraje que realizan los entes reguladores del Sector Energético tiene como características que es un arbitraje institucionalizado; realizado por un ente técnicamente especializado sobre la materia que debe resolver; no es exclusivo ni excluyente, pues admite la posibilidad que se acuda al arbitraje convencional; es gratuito, en tanto el legislador no establezca tasas que deban pagar los operadores para que le presten tal servicio; puede ser de derecho o de equidad, pues la norma jurídica no debe distinguir y en consecuencia el operador jurídico tampoco debe hacerlo; y el árbitro se encuentra preconstituido legalmente, lo que impide que las partes puedan designar los árbitros³¹⁻³².

Lo antes expuesto no constituye óbice, para que los operadores puedan convenir el sometimiento de los conflictos que se susciten entre ellos, a lo dispuesto en la ley que regula el Arbitraje Comercial, mediante la designación de árbitros distintos a los entes reguladores, como son los centros de arbitraje reconocidos en la Ley, siempre que dichos conflictos no deban ser resueltos de manera obligatoria por los entes reguladores en virtud de lo establecido en la Ley, pues en este caso, se deberá actuar en los términos que se expondrán seguidamente.

3.6.2. Resolución administrativa de conflictos

La resolución extrajudicial de conflictos no tiene como única finalidad resolver una controversia entre particulares, sino que se establece como un medio expedito y efectivo para la resolución de los conflictos garantizando tanto la libre competencia en determinadas actividades económicas, como la continuidad en la prestación de los servicios o el uso y aprovechamiento de los bienes y recursos de manera eficiente, en definitiva, la satisfacción del interés general.

³⁰ MARROQUÍN MOCHALES, J. L., La protección de la competencia entre operadores en el marco de la nueva legislación sobre las Telecomunicaciones. Especial análisis de la resolución de conflictos, *La Liberalización de las Telecomunicaciones en el mundo global*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 590-591.

³¹ CHILLÓN MEDINA, J. M. y ESCOBAR ROCA, G., Ob. cit., p. 233-242.

³² TORNOS MÁS, J., El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales: Comparación de modelos, *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, Competencia y Control Judicial*, (Dir. Serrano González, M., y Bacigalupo Saggese, M.), Iustel, Madrid, 2010, p. 120.

Ello lleva a admitir la actuación de oficio de los entes reguladores, con la finalidad de resolver los conflictos que surjan como consecuencia de las diferencias o controversias entre los agentes económicos, sin que sea necesario el consentimiento de los involucrados.

Para que sea posible la intervención de los entes reguladores, no se requiere un acuerdo previo de las partes en disputa, en virtud del cual voluntariamente convengan en someter la controversia a los reguladores, sino que se trata de una potestad legalmente atribuida a éstos, regida por el Derecho administrativo, lo que se traduce en que sus decisiones sean de carácter administrativo.

Así lo ha señalado la doctrina científica, al expresar que "... las nuevas Leyes sectoriales otorgan a las correspondientes autoridades reguladoras la potestad de resolver los conflictos que se planteen entre los operadores de los distintos servicios y, en algunas ocasiones entre los operadores y los usuarios, aun tratándose de controversias *inter privados* y referidas a relaciones jurídicas derivadas de contratos privados. Esta intervención administrativa no requiere el consentimiento de las dos partes enfrentadas. La resolución que se dicte para resolver el conflicto se considera un acto administrativo y sólo puede ser impugnada en vía contencioso administrativa"³³.

Cuando los entes reguladores llevan a cabo la actividad administrativa de resolución de conflictos, actúan en tutela del interés general lo que conlleva, no exclusivamente a la resolución de conflicto, sino también a la imposición de órdenes, incluso bajo apercibimiento y al establecimiento de prohibiciones dirigidas a los sujetos sometidos a su decisión.

Tal decisión de resolución de conflictos implica una actuación de los entes reguladores en ejercicio de una potestad administrativa, que luego de tramitado el procedimiento legalmente establecido, culmina con la emisión de un acto administrativo, que se dicta con estricta sujeción a la ley y en ejecución de un deber legal de cumplir las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico, lo que supone una actuación de naturaleza pública, sometida al control del orden jurisdiccional administrativo.

Las características de la resolución de conflictos son las siguientes: Ésta no se realiza por la voluntad de las partes en conflicto, sino que se impone aún en contra de su voluntad, por disposición legal, con el fin de garantizar el interés general que tutelan los entes reguladores; en consecuencia, se trata de una actividad de naturaleza pública, en la cual se ejercen auténticas potestades administrativas; que persigue resolver o dirimir una controversia entre los operadores de redes, infraestructuras o servicios del Sector Energético, quienes

³³ HUERGO LORA, A., *La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 247.

no han podido solucionarla amigablemente entre ellos; constituyendo la decisión que resuelva la controversia un acto de naturaleza administrativa, que no solo es vinculante para las partes, sino que constituye un título ejecutivo y ejecutorio; que debe ser emitido, previo cumplimiento de las garantías y el procedimiento administrativo legalmente establecido³⁴.

Sin embargo, el legislador puede condicionar que tal actuación de resolución administrativa de controversias, se lleve a cabo de manera subsidiaria, en el supuesto que las partes en conflicto no logren alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, es decir, que el legislador puede reconocer y garantizar la libertad de contratación y negociación, dejando el ejercicio de la potestad de resolución de controversias, para el supuesto en que las partes no logren solucionar sus diferencias directamente entre ellas.

3.7. Competencia sancionatoria

La competencia sancionatoria ha sido atribuida a los entes reguladores con la finalidad de garantizar que puedan ejecutar con eficacia y eficiencia la función de regulación. Esta competencia sancionatoria se debe ejercer con estricto sometimiento a la Constitución, los tratados internacionales y la Ley, siendo aplicable en lo no previsto expresamente, los principios generales del Derecho Administrativo sancionatorio.

Tal competencia debe ser atribuida por norma expresa, con el objeto de iniciar, sustanciar y resolver acerca de los hechos que estén previamente tipificados como constitutivos de infracciones. Los entes reguladores pueden ejercer esta competencia, en tres supuestos:

- a) Por una denuncia, en cuyo caso deberán determinar si existen méritos para el ejercicio de la potestad sancionatoria y en consecuencia, ordenar el inicio del procedimiento sancionatorio;
- b) Pueden actuar de oficio, al considerar que los operadores del Sector Energético pudieron haber incurrido en hechos que presumiblemente constituyan infracciones a la Ley;
- c) Pueden ejercer la competencia, a instancia de algún interesado-afectado, sea este operador o consumidor.

La potestad sancionatoria debe ejecutarse en respeto y garantía del derecho al debido proceso, del derecho a la defensa, con estricta sujeción a los principios de legalidad y tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, irretroactividad, *non bis in ídem*, imparcialidad y racionalidad.

³⁴ CHILLÓN MEDINA, J. M., y ESCOBAR ROCA, G., Ob. cit., pp. 252-253.

Conforme a estos principios³⁵, los entes reguladores pueden imponer las sanciones establecidas por el legislador, en caso que se produzca una determinada infracción, siendo éstas exclusivamente las contempladas legalmente, sin que proceda acudir a la analogía u otra fórmula para suplir presuntos vacíos legales.

Debe precisarse, que en caso de producirse conductas que atenten contra los derechos de los usuarios de los servicios de Sector Energético, así como los derechos de libertad de empresa y libre competencia de los operadores, tales conductas deberán ser sancionadas por las autoridades administrativas competentes, valga decir, la autoridad administrativa que protege los derechos de los consumidores y los usuarios en el primer caso y en el segundo, por la autoridad administrativa competente para proteger la libre competencia.

IV. Consideraciones finales

La importancia del configurar debidamente a los entes reguladores del Sector Energético parte de la necesidad de comprender el sector de manera integral, es decir, desde la perspectiva jurídica-institucional, económica-financiera y técnica³⁶.

No obstante, debe tenerse presente que no existen instituciones que *per se* funcionen perfectamente, pues las mejores leyes y los mejores reglamentos, no constituyen garantía de Buena Administración de los entes reguladores, si éstos no cuentan con las personas idóneas que las dirijan, que tengan los conocimientos y la formación cualificada para cumplir con la misión y los cometidos que les corresponde conforme al Ordenamiento jurídico.

Es por ello que el éxito de la regulación no depende tanto de las disposiciones que crean y atribuyen las competencias de los entes reguladores que sin duda son insoslayables, como de la selección de las personas que van a ejercer la función reguladora, quienes deben estar dispuestas a un proceso de constante capacitación y mejoramiento, de formación continuada y con la plena consciencia del rol que les corresponde desarrollar en el sector, para que los operadores puedan realizar las actividades económicas con la motivación de obtener una ganancia razonable, lo que constituye un aliciente para llevar a cabo la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i) que les permita competir en la oferta de bienes y servicios de calidad, a precios asequibles.

³⁵ URDANETA SANDOVAL, C. A., *Las medidas cautelares y provisionales en el Derecho Administrativo formal venezolano. Con especial referencia al régimen sancionador de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, FUNEDA, 2004, Caracas, pp. 106-132.

³⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., *Telecomunicaciones, Regulación y Competencia*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2009.

Antes de finalizar estas reflexiones, se debe mencionar que los entes reguladores del Sector Energético deben establecer relaciones de colaboración, coordinación y cooperación recíprocas con las demás autoridades administrativas que tienen competencias expresas -en ocasiones concurrentes o compartidas- sobre el sector, como lo serían aquellas que tienen encomendada la defensa de la libre competencia, la protección de los derechos de los consumidores y los usuarios, la promoción de I+D+i, así como aquellas que ejercen sus competencias en materia ambiental.

Cabe concluir señalando que en tanto autoridades administrativas deben actuar con sujeción plena a la Ley y el Derecho, los entes reguladores del Sector Energético se encuentran sometidos en su actividad o inactividad al control del orden jurisdiccional administrativo, en los términos que determinen la Constitución y las Leyes³⁷.

³⁷ GONZÁLEZ, O., CALACHA MARZANA, F., PACHECO, M., LEMMES, C., El control judicial de las decisiones de los reguladores, *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, Competencia y Control Judicial*, (Dir. Serrano González, M., y Bacigalupo Saggese, M.), Iustel, Madrid, 2010, pp. 253-282; ARIÑO ORTÍZ, G., El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública N° 182*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 9-37.