
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
Alice Gonzáles Borges	(<i>in memoriam</i>)
Carlos Ari Sundfeld	Marçal Justen Filho
Carlos Ayres Britto	Marcelo Figueiredo
Carlos Delpiazzi	Márcio Cammarosano
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Figueiredo
Clèmerson Merlin Clève	Odilón Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajarville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancanner
Luís Enrique Chase Plate	

Lúcia Valle Figueiredo

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br
Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros -
CRB 1545/MG - 6ª região
© Editora Fórum Ltda., 2003.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra,
por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos
xerográficos, sem autorização expressa do editor.
Distribuída em todo o território nacional
Assinaturas e comercialização:
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar,
Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br
www.editoraforum.com.br

El Ente Regulador de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento

Víctor Rafael Hernández-Mendible

Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Regulatorio de la Actividad Económica, en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Metropolitana - Venezuela

Introducción

Siguiendo la tradicional concepción de Estado que ha imperado en el país, luego de la Constitución de 1947, el artículo 2 de la Constitución establece que “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y Justicia”.

Ello así, debe tenerse presente como señala Martínez López-Muñiz, que la noción del Estado Social apareció para corregir una manera incorrecta de entender el Estado Liberal de Derecho, en la cual el Poder Público se inhibía de actuar para satisfacer el bien común, ante las insuficiencias, desfallecimientos o desviaciones en el ejercicio de las libertades.¹

La aspiración del Estado Social de Derecho no debe ser perpetuar el máximo protagonismo prestacional y asistencial de los Poderes Públicos, sino tratar de conseguir que sea la propia sociedad, quien libremente genere las fórmulas eficaces para resolver todas sus necesidades, pudiéndose retirar al mero desempeño de las funciones esenciales, que sólo el Poder Público puede ejercer adecuadamente.²

Ello marca la transformación del Estado benefactor en Estado regulador, el cual se replantea la misión que tiene encomendada y comienza a realizar las liberalizaciones, las privatizaciones, las neorregulaciones, lo que da paso al nuevo rol que va a desempeñar el Estado, para asegurar el bienestar social generalizado, sin mantener un excesivo protagonismo en la actividad económica.

La *despublicatio* o *despublificación* de los servicios públicos no conlleva a pérdida alguna para el Estado Social, ni para los intereses sociales que éste debe garantizar. Eso sólo sería así, si los órganos del Poder Público ignoraran con la *despublicatio* las exigencias de regulación, control e intervención que

¹ Martínez López-Muñiz, J. Nuevo Sistema Conceptual. En: Privatización y Liberalización de Servicios Públicos. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1999. p. 139.

² Martínez López-Muñiz, J. O.c. pp. 139-140.

deben llevar a cabo, sobre las actividades esenciales de que se trate, es decir, que la garantía social de los servicios esenciales de interés general puede alcanzarse mediante una adecuada regulación, sin *publicatio*, como viene sucediendo en los antiguos sectores reservados a la titularidad y gestión del Estado.³

Justamente, con la finalidad de cumplir los objetivos sociales del Estado, pero sin ostentar la titularidad y gestión de las actividades y servicios de interés general, la reforma de tales sectores económicos, ha traído consigo la creación de una autoridad administrativa independiente, a la cual se encomienda la regulación de las actividades y los servicios.

La separación entre el ente regulador y los regulados -los operadores del servicio-, constituye el primer paso, con carácter decisivo para la independencia de aquel con respecto a éstos, es así, como se establece una autoridad administrativa, cuyos directores deben gozar de independencia y estabilidad, en el ejercicio de sus competencias de regulación, supervisión, fiscalización y control de los agentes económicos; en tanto que las actividades de prestación de servicios y explotación de equipos e infraestructuras, se encomienda a los operadores económicos que quedarán sometidos a dicha regulación. Ello permite señalar que la actividad objeto de la regulación le es ajena al ente regulador, en cuanto gestor, más no en cuanto órgano técnico calificado para la regulación.

Tal situación permite identificar un doble grado de independencia: Uno del ente regulador respecto a los órganos del Poder Público, que tienen atribuida las decisiones políticas, independencia que no resulta esencial a los fines del establecimiento del mercado en el sector; y el otro, que resulta realmente importante en el establecimiento de la independencia, es la separación del ente regulador de los operadores económicos, que tradicionalmente habían formado parte de la Administración Pública, al ostentar ésta la titularidad de la actividad económica y que evidentemente va a tener particular trascendencia, para garantizar que en el mercado competitivo, el ente regulador sea realmente un árbitro, que actúe con objetividad, sin discriminación y que no asuma posiciones que beneficien a algunos de los operadores.⁴

Según esto, el Estado que nace producto de la transformación política, jurídica, económica y social es el Estado regulador, que es ante todo el Estado

³ Martínez López-Muñiz, J. O.c. p. 149.

⁴ De la Cuétara Martínez, J. M. El Nuevo Modelo de Regulación para la Competencia. En: Privatización y Liberalización de Servicios Públicos. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1999. p. 131.

social de Derecho, que utiliza nuevas técnicas de intervención, supervisión y control en la actividad económica, que desarrollan los particulares, creando autoridades administrativas independientes, 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, así como la calidad técnica y económica de los bienes y servicios, 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, controlar que los distintos sectores de la actividad económica, desarrollen libremente sus negocios jurídicos, sin otros límites que los establecidos en la Constitución y la ley.

Ahora bien, el Estado social y democrático de Derecho, en su moderna concepción de Estado regulador, árbitro y garante del interés general, se inspira en cinco principios fundamentales reconocidos en la Constitución, los cuales configuran y delimitan la actuación de los órganos del Poder Público. Estos principios son los siguientes: 1. El principio de la legalidad; 2. El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas; 3. El principio de la separación de las ramas del Poder Público; 4. El principio de la responsabilidad de los órganos del Poder Público; 5. El principio del control jurisdiccional pleno del Poder Público.

Conforme a lo anterior, debe señalarse que el artículo 2 de la Constitución reconoce la existencia de un Estado social y democrático de Derecho, en el cual la libertad, la igualdad, la justicia y la democracia, como principios fundamentales, orientan la actuación de los órganos del Poder Público, debiendo limitarse éstos a intervenir para regular o limitar las libertades públicas, en los casos expresamente establecidos en la Constitución y la ley, lo que supone, que conforme a tales principios, el ente regulador debe actuar en los casos y supuestos establecidos por el legislador.

En aras de una mayor claridad en la exposición de nuestras ideas, dividiremos el presente trabajo en las siguientes partes a saber: El Derecho de la Regulación Económica (I); Los Sistemas de Regulación Económica (II); Las Características Generales de los Entes Reguladores (III). La Actividad Económica objeto de la Regulación (IV). Los Sujetos sometidos a la Regulación (V). El Ente Regulador del Servicio Público de Agua Potable y Saneamiento (VI). Las Potestades y Competencias del Ente Regulador (VII). El Control sobre el Ente Regulador (VIII). Las Audiencias y Consultas Públicas (IX).

I El derecho de la regulación económica

En los Estados Unidos de América, la expresión regulación atiende a dos acepciones: “En un sentido amplio, *regulation* equivale a la actividad toda de los poderes públicos de organización y configuración de la realidad social. En un sentido restringido, sin embargo, *regulation* consiste en la determinación del régimen jurídico de una actividad económica, es decir, la disciplina de determinada industria o sector mediante la producción normativa”.⁵ En tanto que el Diccionario ideológico de la lengua española, señala que la voz regulación significa “medir, ajustar o concertar una cosa común según ciertas reglas”.⁶

La actividad de regulación persigue ordenar las relaciones jurídicas complejas, dentro de un sector de la actividad económica, lo que lleva a un seguimiento del mercado, un conocimiento de todo lo que implica la actividad y sucede en ella, con el objeto de adoptar jurídica, económica y técnicamente las decisiones para ajustar o corregir las distorsiones, deficiencias o fallas en el desarrollo de la actividad, pero manteniendo el equilibrio entre los intereses de los operadores en sus relaciones con los usuarios, así como los derechos y deberes de éstos, estableciendo las cargas u obligaciones de servicio público.

La actividad de regulación supone la búsqueda del equilibrio entre los intereses generales, los derechos fundamentales que se limitan mutuamente y la actuación que se debe desarrollar, para concretar los principios que deben regir la conducta de las personas públicas y privadas.

Este es el nuevo derecho en el Estado regulador, que requiere de un derecho adaptado a la necesidades que demanda la sociedad postmoderna, lo que supone un cambio de paradigma con el Estado que dictaba normas abstractas, impersonales, un derecho más concreto, adecuado a la realidad que pretende regir, más cerca de los ciudadanos, contextualizado, que regula una actividad determinada, distinta e individualizada de las demás, utilizando para ello nuevas formas de intervención del Estado en la economía, a través de la orientación, la dirección, la recomendación, la consulta y la audiencia pública, la participación, la contractualización y el arbitrio, lo que da origen al derecho regulatorio.⁷

La regulación económica se caracteriza por el pragmatismo para alcanzar los fines perseguidos, para brindar soluciones a una situación

⁵ Moreno Molina, J.A. La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica. Madrid. 1995. pp. 75-76.

⁶ Véase Julio Casares, citado por Tornos Mas, J. La Actividad de Regulación. En: El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Tomo I. Tirant lo Blanc. Valencia. 2000. p. 1335.

⁷ Tornos Mas, J. O.c. pp. 1337-1338.

específica, concreta. No se trata solo de garantizar el buen funcionamiento del mercado, sino de garantizar el equilibrio entre los agentes económicos y la protección de los derechos de los destinatarios de la actividad económica, los usuarios; así como el logro de los fines específicos de servicio público. En este caso se deberá actuar dictando normas especializadas, autorizaciones, sanciones, conciliando, mediando o arbitrando.

Lo anterior lleva a identificar “la actividad de regulación con la suma de un conjunto de poderes de actuación que encuentran su unidad en el fin perseguido, la búsqueda del equilibrio, la ordenación no exclusivamente imperativa. Para regular se puede reglamentar y sancionar, y dictar actos ejecutorios, pero también se debe incitar, mediar, arbitrar. Regular comporta poder de normar, ejecutar y ejercer funciones cuasi-jurisdiccionales. De este modo llevamos el concepto de regulación al conjunto de competencias que puede ejercer el ente regulador. Órgano y función se construyen de este modo recíprocamente. El fenómeno de la regulación y el surgimiento de autoridades independientes se nos aparecen como dos realidades indisociables”.⁸

Establecido el marco conceptual del derecho de la regulación económica, es preciso analizar los sistemas de regulación que existen, a los fines de la posterior subsunción en el sector concreto de los servicios de agua potable y saneamiento.

II Los sistemas de regulación económica

El Estado regulador supone que, en una concepción política, económica, técnica e incluso ideológica, éste mantiene su presencia, ya no como prestador, gestor u operador de los servicios públicos; sino como ordenador del desarrollo de la actividad económica, mediante el establecimiento de reglas precisas y de una clara delimitación de los roles que corresponden a los órganos del Poder Público y a los operadores económicos.

Se trata de un nuevo Estado, que no se involucra en la gestión de las actividades que persiguen el aseguramiento del interés general, la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad; pero que tampoco se inhibe, no desaparece, sino que actúa al amparo de nuevas técnicas, promoviendo y garantizando una competencia efectiva entre los agentes económicos, mediante el establecimiento de un marco jurídico preciso y estable, que ordena y disciplina la participación e iniciativa privada, que señala cuándo y cómo se deben corregir las deficiencias del mercado, en aras de satisfacer el interés

⁸ Tornos Mas, J. O.c. p. 1342.

general.

Ello supone una autoridad administrativa reguladora que posee competencias, funciones y atribuciones que deben ser ubicadas dentro del Estado regulador. La regulación de las actividades económicas por los órganos del Estado, es un tema que tiene un origen claramente identificado en el modelo anglosajón.

En el sistema jurídico-político norteamericano se han creado las Comisiones o Agencias independientes de la Administración general del Estado, con competencias y funciones específicamente determinadas para regular los distintos sectores de la actividad económica. En tanto, el sistema inglés ha creado agencias independientes, que han sido denominadas de manera peyorativa como *quangos*, (*quasi autonomous non governmental organizations*), es decir, organizaciones no gubernamentales, casi autónomas, término con el cual se alude a diversos organismos, entre los cuales se encuentran algunos que aún cuando no son independientes, presentan la característica común de no ubicarse en la organización administrativa.⁹

Frente al modelo anglosajón, ha surgido el modelo regulatorio de derecho continental, que se caracteriza por el establecimiento de unos entes reguladores bicéfalos, en donde las competencias y funciones se encuentran distribuidas y compartidas entre los órganos de la Administración Pública Central y los órganos desconcentrados o los entes descentralizados funcionalmente.

Ahora bien, sin perjuicio de la adopción de uno u otro modelo, la existencia de un ente de regulación independiente -en los términos que luego se analizarán-, constituye un rasgo de la regulación de la actividad económica, que puede ser desarrollada en régimen de libre competencia o de servicio público en monopolio.

III Las características generales de los entes reguladores

La creación de los denominados entes reguladores tiene su justificación en el cumplimiento de la misión de servir con objetividad al interés general y hacer operativa, eficaz y eficiente la administración reguladora de la actividad económica.

Tal situación lleva a estudiar las características que identifican a los entes reguladores, con la finalidad de determinar, cuáles de ellas se encuentran presentes en las autoridades administrativas creadas, para regular la

⁹ Salas, J. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Civitas. Madrid. 2000. p. 13.

actividad económica de la gestión del agua potable y el saneamiento. Las características fundamentales que se pueden encontrar son las siguientes:

3.1 Independencia

Antes se formuló la premisa que la separación entre los entes reguladores y los agentes económicos regulados es el primer paso, para la independencia de aquellos con respecto a éstos, lo que se logra mediante la creación de unas autoridades administrativas, a las cuales se le otorga independencia en el ejercicio de sus competencias de regulación, supervisión y control; en tanto que las actividades de prestación de servicios y explotación de equipos e infraestructuras, se encomienda a los operadores económicos – públicos o privados- que quedan sometidos a dicha regulación. Esto conduce a afirmar que la actividad objeto de la regulación le es ajena al ente regulador, en cuanto gestor, más no en cuanto órgano técnico calificado para la regulación.

La doctrina científica señala que existen tres niveles que no necesariamente coinciden, pero que garantizan la independencia de las autoridades administrativas reguladoras, las cuales dan origen al elemento estatutario, el elemento funcional y el elemento de gestión.¹⁰

3.1.1 Elemento orgánico o estatutario

Este elemento implica establecer un conjunto normativo, que le otorgue suficiente cobertura legal, para garantizar a las personas que dirigen el ente regulador, 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.

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 el ente regulador, evitando la**

¹⁰ Chillón Medina, J.M. Estado Regulador y Administración de Telecomunicaciones. En: Curso de Derecho de las Telecomunicaciones. Dykinson. Madrid. 2000. pp. 202-208.

libre remoción sin que haya finalizado el tiempo legalmente establecido para ejercer el cargo, dejando a salvo, los supuestos taxativos de destitución, en casos de infracciones graves.

3.1.2 Elemento funcional

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

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

La garantía funcional de los entes reguladores se desarrolla mediante el ejercicio de competencias que le permiten dictar actos de contenido normativo. Mientras más intensa sea esta competencia, se puede apreciar el mayor o menor grado de independencia del ente regulador. Además se le otorgan competencias para conceder 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 las tarifas que ofrecerán los operadores por sus servicios y la promoción o fomento de la libre competencia entre 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 tales decisiones, claro está, a una eventual revisión de los órganos jurisdiccionales.

3.1.3 Elemento de gestión

La garantía de gestión, tiene como objetivo que se le otorgue al ente regulador tanto los medios materiales como los humanos para alcanzar sus cometidos. Ello supone, que el legislador le asigne competencias para generar, recaudar y administrar sus propios ingresos, que le permitan su autofinan-

ciación, sin depender del presupuesto general del Estado.

La separación patrimonial entre el ente regulador y los órganos de la Administración general del Estado, evita la dependencia en la distribución de las partidas presupuestarias, pues en todo caso, 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 constituidos por un personal altamente calificado, desde el punto de vista técnico, que garantice la independencia de gestión del ente regulador. 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.

3.2 Autonomía

Aun cuando se han señalado los elementos que permiten determinar la independencia de los entes reguladores, a diferencia de lo que sucede en los países del mundo anglosajón, en los países de tradición jurídica latina, los entes reguladores no son real y totalmente independientes;¹¹ porque existe algún tipo de vinculación con la Administración Pública Central.

Tal situación ha llevado a la doctrina científica a hablar de autonomía reforzada,¹² la cual se manifiesta fundamentalmente en una autonomía funcional, de gestión técnica, financiera y presupuestaria; no sometida al obligatorio control jerárquico de sus decisiones y con el establecimiento de una serie de incompatibilidades para los cargos de los directores.

3.3 Neutralidad

Otra característica que se predica de los entes reguladores, es que deben ser imparciales o neutros respecto a los operadores económicos, ante quienes le corresponde actuar como un árbitro, pero también deben ser neutrales ante las líneas políticas, que conyunturalmente asumen los gobiernos de turno, conocida como la neutralización política, a los fines del ejercicio de sus competencias.¹³

¹¹ Arpón de Mendivil, A., Carrasco, A. y Crespo, M. La Administración de las Telecomunicaciones. En: Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Aranzadi. Pamplona. 1999. p. 834.

¹² Arpón de Mendivil, A., Carrasco, A. y Crespo, M. La Administración de las Telecomunicaciones. En: Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Aranzadi. Pamplona. 1999. p. 834; Salas, J. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Civitas. Madrid. 2000. p. 15.

¹³ Bilbao Ubillos, J.M. Las agencias independientes: Un análisis Jurídico desde la perspectiva jurídico constitucional. En Liberalización y Privatización de Servicios. Universidad Autónoma de Madrid. 1999. p. 164

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 calificadas, 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.

El ente regulador debe 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 explotación de la actividad económica que regula, por ello se comporta como verdadero árbitro, que actúan técnicamente, con objetividad e imparcialidad.

La garantía de la neutralidad, no sólo se manifiesta frente a la tentación de captura por el gobierno, sino frente a los grupos económicos que operan en el sector regulado. No obstante, la aparente neutralidad del ente regulador, 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, convierte a la neutralidad en sencillamente imposible.¹⁴

3.4 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 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 del ente regulador, puede garantizar que la necesidad de adaptar sus decisiones, no afecte su

¹⁴ Bilbao Ubillos, J.M. o.c. p. 172.

credibilidad, elemento éste en el cual radica la confianza de los operadores.

El ente regulador debe ser transparente 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.

3.5 Especialización

Otra característica esencial del ente regulador es que debe ser especializado en el sector que pretende regular. Para lograrlo se requiere definir cuál es su misión, qué función tiene encomendada.

Las personas que dirigen y actúan como técnicos del ente regulador, 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.

El ente regulador para lograr su real especialización funcional, debe ser integrado por personas que sean expertos, técnicos conocedores del sector, que tengan la experiencia e información necesaria para producir una regulación adecuada.

Ello supone que tales personas alcancen la experiencia mediante la continuidad en el tiempo, lo que evidencia lo costoso de la especialización, para lo cual se requiere una inversión de tiempo y dinero, es decir, que los técnicos no se improvisan. El ente regulador debe tener dos atributos fundamentales que le permitan alcanzar su independencia: La *auctoritas* y la *potestas*.

Por ello, antes de analizar el ente regulador del sector de agua, se harán las correspondientes precisiones sobre la actividad y los sujetos sometidos a regulación.

IV La actividad económica objeto de la regulación

La determinación de la naturaleza de la actividad económica objeto de regulación viene dada por la Constitución o puede ser establecida en la Ley. Tal situación conduce a señalar en primer término, el carácter demanial de todas las aguas establecido en el texto constitucional. En tal sentido el artículo 304 señala:

Toda las aguas son bienes del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias para garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo

hidrológico y los criterios de ordenación del territorio.

Por su parte, el artículo 156 de la Constitución, en varios de sus numerales le otorga competencia al Poder Público Nacional para:

1. Establecer el régimen y administración de las minas e hidrocarburos, el régimen de las tierras baldías, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país (numeral 16);
2. Fijar las políticas nacionales y la legislación en materia de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo, ordenación del territorio y naviera (numeral 23);
3. Dictar el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas (numeral 29).

En forma coherente, el artículo 178, numeral 6 de la Constitución, señala que es de la competencia del municipio la dotación y prestación del “servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas, cementerios y servicios funerarios”.

4.1 El régimen legal de los servicios de agua potable y saneamiento

En ejercicio de las atribuciones constitucionales, el legislador sancionó la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, el día 20 de noviembre de 2001.

Luego, con fundamento en el artículo 203 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2541, de 5 de diciembre de 2001, declaró que la Ley es constitucionalmente orgánica.

Finalmente, el Ejecutivo Nacional la promulgó y fue publicada en la Gaceta Oficial N° 5568, de 31 de diciembre de 2001. En dicho texto legal, el artículo 1° establece su objeto en los siguientes términos:

La presente Ley tiene por objeto regular la prestación de los servicios públicos de agua potable y de saneamiento, establecer el régimen de fiscalización, control y evaluación de tales servicios y promover el desarrollo, en beneficio general de los ciudadanos, de la salud pública, la preservación de los recursos hídricos y la protección del ambiente, en concordancia con la política sanitaria y ambiental que en esta materia dicte el Poder Ejecutivo Nacional y con los planes de desarrollo económico y social de la Nación.

El objeto de la ley se encuentra en absoluta concordancia con los principios que rigen los servicios de agua potable y saneamiento. Estos

principios son los siguientes:

1. La preservación de la salud pública, el recurso hídrico y el ambiente.
2. La garantía de acceso de todos los ciudadanos a los servicios.
3. El establecimiento de un equilibrio entre los derechos y obligaciones de los operadores y de los suscriptores de los servicios.
4. El logro de una mayor calidad en los servicios.
5. El establecimiento de los modelos de gestión basados en criterios de calidad, eficiencia empresarial, confiabilidad, equidad, no discriminación y rentabilidad.
6. La transparencia en las decisiones, así como la imparcialidad de trato a todos los suscriptores y operadores de los servicios.

Son estos principios los que deben inspirar el cumplimiento y ejecución del régimen legal por el ente regulador, los operadores, así como por los usuarios y los suscriptores de los servicios de agua potable y saneamiento.

4.2 La naturaleza de los servicios y de los bienes

La Ley define tanto los servicios públicos y actividades conexas, como las infraestructuras para su prestación:

El servicio público de agua potable consiste, en la entrega agua a los suscriptores o usuarios, a través de la utilización de tuberías de agua apta para el consumo humano, incluyendo la conexión y medición, así como los procesos asociados de captación, conducción, almacenamiento y potabilización.

El servicio público de saneamiento consiste, en la recolección por tuberías de las aguas servidas de los domicilios, incluyendo su conexión, así como los procesos asociados de conducción, tratamiento y disposición final de dichas aguas servidas.

Además existen una serie de actividades conexas a los servicios, tales como la comercialización de residuos y subproductos del tratamiento de agua cruda y de efluentes cloacales e industriales, así como la reutilización del agua servida tratada.

La infraestructura hidráulica, está conformada tanto por las instalaciones físicas como por los equipos necesarios para la realización de los procesos de producción, distribución de agua potable, recolección o disposición de aguas servidas y constituyen bienes del dominio público, que se encuentran afectos a la prestación del respectivo servicio.

4.3 Las implicaciones sobre la naturaleza de los bienes y los servicios

Lo anterior lleva a señalar que el bien jurídico conformado por “todas las aguas” son un bien del dominio público, por disposición expresa del artículo 304 de la Constitución y en consecuencia, su uso y explotación por los particulares, se encuentra sometido a la obtención de la correspondiente habilitación administrativa. Igualmente, son bienes jurídicos demaniales aquellos que conforman la infraestructura hidráulica necesaria, para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento.

En cuanto concierne a la actividad económica a desarrollar con el agua, debe advertirse que igualmente ha sido objeto de una *publicatio* o publicación por decisión del Constituyente, que declaró como servicio público domiciliario el de agua potable (artículo 156, numeral 29 de la Constitución); en tanto que el servicio de saneamiento, que comprende la canalización y disposición de las aguas servidas (artículo 178, numeral 6 de la Constitución), solo fue calificado como “servicio” por el Constituyente; siendo el legislador, quien le da el calificativo de “público”, en ejercicio de las competencias establecidas en los numerales 16 y 23 del artículo 156 de la Constitución.

Tal declaración del legislador tiene una justificación de naturaleza eminentemente técnica, según la cual tanto la prestación de los servicios de agua potable como los de saneamiento constituyen procesos -producción, distribución, recolección y disposición- que se complementan entre sí, lo que trae como consecuencia, que para lograr un desarrollo armónico de la actividad, sean gestionados bajo un régimen jurídico, técnico y económico-financiero uniforme, con independencia de que pueda establecerse por razones de carácter técnico, económico o simplemente estratégico, en atención a una política pública determinada en el sector, una separación de las actividades para llevar a cabo determinados procesos, por distintos operadores.

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico nacional, no es posible hablar de liberalización y menos aún de despublicación de los bienes y de los servicios relacionados con el sector del agua, porque aquellos han sido declarados bienes del dominio público y éstos han sido calificados como servicios públicos municipales domiciliarios, con todas las consecuencias jurídicas que ello supone.

Sin embargo, sí es posible hablar de re-regulación o neo-regulación, en virtud de la cual se ha cambiado un ordenamiento disperso, donde las actividades de prestación o gestión de los servicios no se encontraban clara-

mente diferenciadas, de la actividad de fijación de las políticas públicas en el sector y de la actividad de regulación técnica jurídica de los bienes y los servicios.

Además, el nuevo régimen al establecer las modalidades de prestación de los servicios; los títulos habilitantes que se requieren para operar en el sector; los derechos y deberes de los operadores, así como de los suscriptores y los usuarios; el régimen económico-financiero al que se someterán los operadores y el régimen sancionatorio ha previsto con auténtica certeza jurídica, las reglas a las cuales deben someterse los capitales privados, nacionales o extranjeros, que pretendan participar e invertir en la actividad de construcción de infraestructuras hidráulicas o de prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento.

V Los sujetos sometidos a la regulación

La regulación económica recae sobre una actividad concreta y va dirigida a ciertos sujetos. Éstos son los operadores económicos por un lado y por el otro, los suscriptores de los servicios, quienes junto a los usuarios conforman los destinatarios de la regulación.

5.1 Los operadores

El Legislador señala que son sujetos de regulación los operadores de los servicios de agua potable y de saneamiento, sean estos públicos, privados o mixtos, quienes estarán sometidos a los derechos y obligaciones establecidos en los artículos 63 y 65 de la Ley.

Los operadores o prestadores son todas aquellas personas naturales o jurídicas, públicas, privadas o mixtas que gestionan los servicios de agua potable y saneamiento.

El Constituyente estableció que la ley debía crear los mecanismos abiertos y flexibles para la descentralización y transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados que tengan la capacidad de gestión, para prestar los servicios que actualmente operan los municipios (artículo 184 de la Constitución).

Esta norma llevó al legislador a señalar, que entre los operadores se encuentran las comunidades y grupos vecinales, organizaciones no gubernamentales, las cooperativas y las formas asociativas integradas en empresas, fundaciones, asociaciones civiles y otros entes descentralizados funcionalmente de los municipios, quienes deben registrarse para tales

finés, ante la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento.

El artículo 60 de la Ley promueve la constitución de un operador público, que estará constituido por una Empresa de Gestión Nacional de Agua Potable y Saneamiento, para realizar los procesos de producción y venta de agua cruda o agua potable en bloque, así como para tratar las aguas residuales.

5.2 Los usuarios y los suscriptores

Igualmente, quedan sometidos a regulación los usuarios y suscriptores, quienes tienen los derechos y obligaciones que le establecen los artículos 70 y 73 de la Ley.

Se consideran como usuarios a todas las personas naturales o jurídicas, que se benefician o reciben el servicio público de agua potable y saneamiento, bien sea en su condición de suscriptores del servicio o como beneficiarios de los servicios que tiene un suscriptor distinto.

En tanto que los suscriptores son todas las personas naturales o jurídicas, que han celebrado el contrato de servicios con el operador, siendo los titulares y en consecuencia, serán registrados en el sistema de gestión comercial del prestador del servicio.

Establecido lo anterior, deben analizarse las características generales que se encuentran presentes en el ente regulador, de la actividad económica de gestión del agua potable y el saneamiento.

VI El ente regulador del servicio público de agua potable y saneamiento

En nuestro ordenamiento jurídico, la Administración Pública realiza la regulación de la actividad económica, con estricta sujeción al modelo económico que admite la Constitución y que definen las leyes.

Según ello, los entes reguladores se ubican dentro de la Administración Pública, pudiendo adoptar distinta configuración según el criterio del legislador. Así tenemos dentro de la Administración Pública Central, el Ministerio de Energía y Minas que actúa como ente regulador en materia de hidrocarburos (artículo 8 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos) o como un

¹⁵ Aún cuando la redacción del artículo 15 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, establece que el ente regulador del sector eléctrico tiene la naturaleza de órgano desconcentrado de la Administración Central, la doctrina científica no es pacífica, porque dada su imprecisa redacción legal, Juan Garrido Rovira considera que se trata de un verdadero instituto autónomo (Cfr. Regulación Legal del Servicio Eléctrico. Caracas. 2002. pp. 52-54) y José Araujo Juárez considera que es un servicio autónomo sin personalidad jurídica. (Manual de Derecho de los Servicios Públicos. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2003. p. 274).

órgano desconcentrado de la Administración Pública, se tiene la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, adscrita al Ministerio de Energía y Minas (artículo 15 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico).¹⁵ También tenemos entes reguladores en la Administración Pública Descentralizada funcionalmente, como la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, que es un instituto autónomo, adscrito al Ministerio de Finanzas (artículo 213 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras).

6.1 La Naturaleza del Ente Regulador

Así se tiene, que el ente regulador del servicio público de agua potable y saneamiento es un instituto autónomo, en los términos establecidos en el artículo 142 de la Constitución.

Al respecto, el artículo 19 de la Ley crea la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento como un instituto autónomo, con personalidad jurídica, patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, adscrito al Ministerio de la Producción y el Comercio, a los efectos del control de tutela administrativa.

La Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento goza de autonomía funcional, administrativa, financiera y patrimonial para el ejercicio de sus atribuciones (artículo 21 de la Ley Orgánica para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento), así como de los privilegios y prerrogativas que la Ley nacional acuerda a la República (artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública).

6.2 Los órganos de Dirección del Ente Regulador

La Ley le otorga la dirección del ente regulador a dos órganos: Uno representado por el Superintendente Nacional de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento; y el otro, es un órgano colegiado conformado por la Junta Administradora.

El Superintendente Nacional de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento ejerce las funciones otorgadas al ente regulador, que serán analizadas en el epígrafe siguiente; en tanto que la Junta Administradora estará compuesta por cinco miembros, uno de los cuales será el Superintendente, quien la dirigirá.

Las facultades de la Junta Administradora serán de mera administración y disposición de los presupuestos asignados, conforme a lo que establezca en cuanto a sus atribuciones y funcionamiento el reglamento. Deben destacarse las siguientes:

A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 14, p. 111-164, out./dez. 2003

1. La elaboración del presupuesto anual, que luego deberá ser sometido a la consideración del Ministro de la Producción y el Comercio.
2. El otorgamiento o revocatoria para la representación judicial o extrajudicial de la Superintendencia, lo que podría llevar a considerar que existe una posible colisión de facultades con una similar, establecida al Superintendente, como órgano del ente regulador.
La solución debe lograrse mediante una interpretación armónica del literal q) del artículo 26, en concordancia con el literal b) del artículo 33 de la Ley. Ello así, debe entenderse que la función de la Junta Administradora es fundamentalmente la gestión presupuestaria y que en consecuencia, lo que debe es dar la autorización al Superintendente, para el otorgamiento o revocatoria de los poderes, dado que ello tiene implicaciones de carácter presupuestario; quedando en definitiva, el otorgamiento o revocatoria material de los poderes como competencia del Superintendente.
3. La aprobación del reglamento interno y de las normas necesarias para el funcionamiento de la Superintendencia.
4. El conocimiento del informe de gestión del Superintendente, que debe ser presentado al Ministro de la Producción y el Comercio.

6.3 La designación de los Directores del Ente Regulador

La designación del Superintendente y de los miembros de la Junta Administradora, corresponde al Presidente de la República, entre los candidatos que postule la Oficina Nacional para el Desarrollo de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, de conformidad con la ley.

Los directores del ente regulador deben ser profesionales de reconocida probidad, que deben tener conocimientos y experiencia técnica en regulación, planificación y prestación de los servicios públicos municipales domiciliarios que se gestionan a través de redes, tales como agua, gas y electricidad.

6.4 Las limitaciones a los miembros de los órganos de Dirección del Ente Regulador

El legislador utilizando una mala técnica legislativa, estableció lo que califica de “incompatibilidades”, confundiendo ésta son las “limitaciones” para ocupar cargos en el ente regulador.

El aserto anterior se evidencia de la simple lectura del artículo 24 de la Ley, cuyo literal a) si se refiere a una incompatibilidad de naturaleza

temporal, que consiste en realizar actividades como operador y trabajar en el ente regulador o incluso durante un período corto, en caso de haber cesado en el cargo; y el literal d) que establece una incompatibilidad de naturaleza temporal, entre el ejercicio de los cargos de elección popular y ocupar cargos en el ente regulador; en tanto que los literales b) y c) no se refieren a incompatibilidades, sino a prohibiciones absolutas, para designar a las personas que se encuentren en tales supuestos, en cargos dentro del ente regulador.

El legislador establece como limitaciones generales a todos los funcionarios del ente regulador, las siguientes:

1. No podrán ser representante legales, miembros de la junta directiva o poseer, directa o indirectamente, acciones en algunas de las empresas o asociaciones operadoras de servicios, durante su gestión y una vez finalizada ésta, durante un período inferior a seis meses.
2. No podrán desempeñar cargos de elección popular, mientras se desempeñen en el ente regulador.
3. No podrán ser designados para ocupar los órganos de dirección o de inferior jerarquía en el ente regulador, quienes hayan sido declarados mediante sentencia definitivamente firme en quiebra culpable o fraudulenta, así como los condenados por delitos contra la propiedad y el patrimonio público.
4. No podrán ser designados para ocupar los órganos de dirección o de inferior jerarquía en el ente regulador, quienes hayan sido condenados por sentencia definitivamente firme, por delitos que impliquen pena corporal restrictiva de la libertad.

Además, existen unas limitaciones específicas con respecto a la persona que sea designada para ocupar el cargo de Superintendente. Éstas son las siguientes:

1. No podrá realizar el libre ejercicio de la profesión o cualquier otro cargo remunerado, excepto el de carácter docente.
2. No podrá ejercer cualquier otra actividad o cargo no retribuido, que contravenga o interfiera con los intereses públicos que involucra el ejercicio del cargo.
3. No podrá participar en campañas políticas nacionales, estatales y municipales.

VII Las potestades y competencias del ente regulador

En el ordenamiento jurídico es posible distinguir entre las potestades y las competencias.

La potestad consiste en la posibilidad abstracta de los órganos o entes públicos, de dictar actos jurídicos unilaterales, que modifican, declaran o extinguen situaciones jurídicas, con efectos frente a terceros.

La competencia es la medida de la potestad atribuida por la ley, a cada órgano o ente público, es decir, constituye la medida de la capacidad para realizar los fines que le encomienda el ordenamiento jurídico.

A continuación se analizarán las potestades y las competencias, que tiene el ente regulador de los servicios de agua potable y saneamiento.

7.1 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 señala Tornos Mas, la equiparación entre regulación y reglamentación o actividad normativa no es tan evidente en los Estados Unidos de Norteamérica.¹⁶

Anteriormente se señaló, que el establecimiento del régimen jurídico de las aguas es competencia del Poder Público Nacional, correspondiéndole originariamente dicha atribución a la Asamblea Nacional. En tales términos, la competencia normativa es ejercida de forma primigenia por la Asamblea Nacional, mediante la sanción de las leyes o la aprobación de los tratados internacionales válidamente suscritos y ratificados por Venezuela.

Sin embargo, el Poder Legislativo Nacional al sancionar la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento, le ha delegado parcialmente la potestad normativa al ente regulador, al atribuirle 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 la ley, dentro del ámbito de competencia del ente regulador y que tienen incidencia sobre los operadores y usuarios del sector del agua.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

La competencia normativa de la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento debe ser ejercitada con estricta sujeción al Principio de Legalidad (artículo 137 de la Constitución), en consecuencia solo tiene competencia normativa, en los casos expresamente establecidos en la Ley, tal como lo señala Parejo Alfonso 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)”.¹⁷ Además se deben respetar los principios de transparencia, eficiencia, eficacia, responsabilidad, objetividad y contradicción, que informan la actividad administrativa, reconocidos en los artículos 141 y 143 de la Constitución.

El ejercicio de las competencias normativas, supone la realización de un procedimiento que comprende dos fases: Una, de consultas o audiencias públicas previas, en la cual se dará oportuna información a los interesados y se garantizará la posibilidad de aportar 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 la Gaceta Oficial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (garantía del conocimiento de las decisiones).

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

¹⁷ Martín Mateo, R. Derecho Público de la Economía. Ceura. Madrid. 1985. p. 24.

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”.¹⁸

La Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento puede dictar todos los actos de naturaleza normativa, necesarios para realizar sus cometidos, cuya emanación no está atribuida a los órganos del Ejecutivo Nacional. Es así como puede dictar las normas, programas y planes técnicos, para regular, ordenar y promocionar los servicios públicos de agua potable y saneamiento.

La Ley señala que el ente regulador en ejercicio de la competencia normativa podrá:

a) En lo concerniente al régimen económico-financiero

- Establecer metodologías, fórmulas, modelos y criterios técnicos que regulen las tarifas y subsidios de los servicios (artículo 26 literal d) de la Ley);
- Definir el modelo tarifario que se aplicará para establecer las tarifas (artículo 83 de la Ley), en el cual se deberán considerar los sistemas de medición sectoriales, a los fines que un suscriptor pueda subrogarse en las obligaciones y derechos de otros suscriptores o usuarios frente al prestador (artículo 79 de la Ley); así como el procedimiento para la fijación de tarifas (artículo 90 de la Ley);
- Determinar el porcentaje máximo de los costos que pueden ser recuperados mediante el cargo fijo (artículo 86, literal a) de la Ley);
- Dictar la normativa para el cobro de los derechos de incorporación (artículo 87 de la Ley);
- Elaborar con base en estudios técnicos y económicos, la normativa general de los subsidios que se aplicarán en el sector, de conformidad con la ley y el reglamento (artículo 95 de la Ley).

b) En lo concerniente a la prestación de los servicios

- Dictar las normas generales que establezcan las condiciones y los criterios para la prestación de los servicios en los aspectos de calidad y regímenes de prestación, así como toda aquella que fuere necesaria, tales como los criterios diferenciados por sistema (artículos 26 literal g), 27 y 36 de la Ley);
- Elaborar modelos generales para la celebración de contratos para

la prestación de los servicios, así como los términos y las condiciones en la prestación de los servicios (artículos 26 literal m) y 43, 49, 50, 54 párrafo único de la Ley);

- Establecer las normas contables que permitan la identificación de centros de costos por procesos y por unidades de gestión, que deberán usar los operadores (artículo 65, literal m) de la Ley);
- Definir los criterios de eficiencia y desarrollar los indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de los servicios (artículo 26 literal f) de la Ley).

c) En lo concerniente al manejo de la información

- Diseñar e implementar un sistema público de información y estadística que permita el seguimiento y evaluación de los prestadores (artículo 26 literal h) de la Ley);
- Dictar las normas relativas a la información que deberá ser suministrada por los prestadores de los servicios, incluido el establecimiento de un código contable único que permita la comparación entre prestadores de los servicios y la consolidación de la información contable a nivel nacional (artículos 26 literal p) y 67 de la Ley).

d) En lo concerniente a los criterios técnicos que deben utilizar los operadores

- Desarrollar los criterios técnicos que deben seguir los distritos metropolitanos y municipios, en la conformación de los entes descentralizados del municipio, que prestarán los servicios (artículo 47 de la Ley).

7.2 Competencia de supervisión y fiscalización

La Ley le otorgó competencia al ente regulador para la supervisión, control, inspección y fiscalización, de las actividades llevadas a cabo por los operadores de los servicios de agua potable y saneamiento, así como para requerirles la información que considere pertinente, para cumplir con sus cometidos.

Según lo anterior, la Ley señala que el ente regulador puede ejercer su competencia sobre determinadas materias, tales como:

a) En materia de calidad del servicio

- Evaluar y controlar la calidad del agua potable distribuida, en coordinación con el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, debiendo publicar los resultados de las evaluaciones y proporcionar toda la información disponible a los interesados (artículo 26, literal

l) de la Ley).

b) En materia de tarifas

- Supervisar la aplicación del régimen tarifario previsto en la Ley y el reglamento, así como de las tarifas aplicadas a los prestadores de los servicios (artículo 26, literal n) de la Ley);
- Velar por la correcta aplicación del régimen tarifario establecido (artículo 83 de la Ley);
- Supervisar y controlar la correcta aplicación de las tarifas por los operadores de los servicios (artículo 90, parágrafo primero de la Ley).

c) En materia de documentos e infraestructuras

- Fiscalizar cuando sea necesario para el ejercicio de sus funciones, a los operadores y controlarlos con base en las verificaciones que realice sobre la documentación y las instalaciones, así como la información que éstos le suministren (artículo 28 de la Ley);
- Supervisar las obras e instalaciones ya construidas o en proceso de construcción, los libros de contabilidad y toda la documentación relacionada con la prestación del servicio que lleven los operadores (artículo 65, literal o) de la Ley);
- Supervisar la cesión y la transferencia de acciones que no afecten el control efectivo del titular de la concesión, que le deberá ser notificada por el operador (artículo 53 de la Ley).

d) Sobre el operador público nacional

- Regular, supervisar, fiscalizar y controlar a la Empresa de Gestión Nacional (artículo 61 de la Ley).

7.3 Competencia de fomento y promoción de la participación

El legislador ha establecido dos competencias concretas en lo que respecta a la actividad de fomento y promoción que puede llevar a cabo el ente regulador. En tal sentido ha establecido, que la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento tiene competencia para fomentar la adopción de las Unidades de Gestión de los servicios de agua potable y saneamiento, que deberán ser sustentables desde el punto de vista técnico y financiero.

Tales Unidades de Gestión constituyen agrupaciones de procesos de producción, distribución, recolección o disposición, que han sido agrupadas por el ente regulador, para ser gestionadas integralmente, mediante la

modalidad de gestión que los distritos metropolitanos y los municipios consideren más adecuado, que garanticen su sustentabilidad y el equilibrio económico.

Además, el ente regulador debe promover la participación privada en la inversión y en la gestión de los servicios públicos, lo que se producirá solo en la medida que la normativa que adopte, establezca condiciones técnicas y económicas lo suficientemente atractivas para motivar a los particulares a invertir, explotar, obtener una tasa de retorno razonable, que les permita prestar un servicio de calidad técnica, a precios asequibles y con un beneficio ponderado, en función del capital invertido, de los riesgos asumidos y de la gestión realizada.

7.4 Competencia para otorgar títulos habilitantes para operar en el sector

El otorgamiento de los títulos jurídicos habilitantes, a las personas que pretenden operar determinados servicios públicos, constituye una de las competencias más importantes de los entes reguladores.

El establecimiento de esta competencia en la ley, permite que quienes tengan interés en prestar los servicios, sepan con certeza jurídica cuál es la autoridad administrativa reguladora que tiene la atribución de otorgar las habilitaciones administrativas y de establecer cuáles son las condiciones generales y las especiales, que deben cumplirse, para entrar, invertir, competir y salir del sector de los servicios de agua potable y saneamiento.

En tal sentido, la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento distribuyó las competencias sobre las actividades que se realizan en el sector, entre los tres niveles político-territoriales y le atribuyó la competencia de otorgamiento de los títulos jurídicos administrativos, necesarios para prestar los servicios de agua potable y saneamiento, a los municipios, los distritos metropolitanos o las mancomunidades de municipios.

Ello lleva a señalar, que en el caso concreto de los servicios de agua potable y saneamiento no le fue conferida al ente regulador competencia para otorgar, modificar o extinguir los títulos jurídicos administrativos que habilitan a los operadores para establecerse, invertir y competir en la explotación de los servicios de agua potable y saneamiento, pues tal competencia se encuentra reservada exclusivamente a los municipios, a los distritos metropolitanos o a las mancomunidades de municipios, quienes

pueden delegar, celebrar un contrato interadministrativo u otorgar en concesión la prestación de los servicios, cuando ellos decidan no gestionarlos de manera directa.

7.5 Competencia de resolución de conflictos

El artículo 258 de la Constitución exhorta al legislador para promover los medios alternativos de solución de controversias, en virtud de lo cual el artículo 26 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento le atribuye competencia a la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento, para dirimir o solucionar conflictos.

7.5.1 La posibilidad del ente regulador de dirimir o solucionar conflictos

Esto ha sido calificado como la actividad arbitral de la Administración, la cual constituye un género, que está conformado por dos especies: el arbitraje propiamente dicho o en sentido técnico y la resolución extrajudicial de conflictos.

En este orden de ideas, la doctrina científica distingue el arbitraje propiamente dicho, en virtud del cual la autoridad administrativa tiene atribuida la función de resolución de conflictos privados entre operadores, en aquellos casos en los cuales los interesados se someten al arbitraje por su propia voluntad;¹⁹ de la actividad unilateral de resolución de conflictos, que ha sido calificada como actividad arbitral de la Administración²⁰ o arbitraje administrativo,²¹ 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 público o general, en cuyo caso, la autoridad administrativa debe actuar de manera imperativa, obligatoria, incluso de oficio; pero no para darle la razón a uno u otro operador, sino para producir una decisión que favorezca el interés general.

7.5.1.1 El arbitraje propiamente dicho

El arbitraje propiamente dicho o en sentido técnico constituye la posibilidad de que las personas, sometan las cuestiones litigiosas o asuntos

¹⁹ Terol Gómez, R. El Control Público de las Telecomunicaciones. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. pp. 171-175.

²⁰ Parada Vázquez, J.R. Derecho Administrativo I. Madrid. 1998. pp. 578 y ss; Sala Arquer, J.M. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Civitas. Madrid. 2000. pp. 29-30.

²¹ Rosa Moreno, J. El arbitraje administrativo. McGraw-Hill. Madrid. 1998.

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 árbitros.

El ente regulador podrá actuar siempre que exista una habilitación de rango legal, que le atribuya la competencia en condición de árbitro, para intervenir y dirimir el conflicto sobre una cuestión controvertida y que las partes involucradas libremente se sometan al arbitraje. Las notas que caracterizan la función arbitral son las siguientes:

- La función arbitral no tiene carácter público, razón por la cual, su laudo no será susceptible de impugnación en el orden jurisdiccional administrativo.
- Se requiere la libre voluntad de las personas que se someten a arbitrio.
 - a) Esta sujeción puede ser producto de una declaración “individual” del operador, quien voluntaria y expresamente, con la debida antelación, expresa que los conflictos que surjan con otros operadores, los someterán al arbitraje del ente regulador.
 - b) El convenio entre operadores, debe contener la declaración inequívoca de voluntad de las partes, de someter determinados conflictos al arbitrio del ente regulador y a la aceptación de su laudo.

En estos casos, el laudo arbitral sólo será recurrible en vía jurisdiccional civil y su ejecución forzosa debe solicitarse ante éstos órganos jurisdiccionales civiles, dado que la decisión administrativa no goza de la potestad de autotutela ejecutiva y en consecuencia no puede ser ejecutada de manera forzosa, por la Administración.²²

La decisión de la controversia, no es un acto administrativo, sino un laudo arbitral, que una vez firme, tiene la misma fuerza de la cosa juzgada.

7.5.1.2 La resolución extrajudicial de conflictos

La resolución extrajudicial de conflictos no tiene como única finalidad resolver un conflicto entre particulares, sino que se establece como un medio expedito para la resolución de los conflictos, garantizando tanto la competencia en dichas actividades económicas, como la continuidad en la prestación de los servicios.

²² Marroquin 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. En: La Liberalización de las Telecomunicaciones en el Mundo Global. pp. 590-591.

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 del ente regulador, no se requiere un acuerdo previo de las partes en conflicto, en virtud del cual voluntariamente convienen en someter la controversia al regulador, sino que se trata de una potestad legalmente atribuida a éste, regida por el derecho administrativo y en consecuencia, sus decisiones están sometidas al orden jurisdiccional administrativo.

Cuando el ente regulador lleva a cabo la actividad administrativa arbitral de resolución de conflictos, actúa 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 el establecimiento de prohibiciones dirigidas a los sujetos sometidos a su decisión. Esta resolución es un acto administrativo sometido al control jurisdiccional 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 privatos* 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”.²³

7.5.2 Las competencias de la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento

Precisado lo anterior debe señalarse, que el artículo 26 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento, estableció los supuestos en los cuales le otorga competencia al ente regulador para dirimir conflictos:

a) En materia de tarifas

- Dirimir los conflictos que puedan presentarse en la fijación de las tarifas entre los municipios y los prestadores de los servicios (artículos

²³ Huergo Lora, A. La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 2000. p. 247.

26, literal e) y 90 de la Ley);

- Dirimir los conflictos que puedan presentarse en la fijación de las tarifas entre los municipios y el ente regulador de los servicios (artículo 90 de la Ley).

b) En materia de condiciones básicas de prestación

- Dirimir, a solicitud de las partes, los conflictos entre prestadores de los servicios y municipios, relacionados con el incumplimiento de las condiciones básicas de prestación (artículos 26, literal l) y 90 de la Ley);
- Actuar como instancia, en la solución de conflictos entre prestadores de los servicios y los suscriptores, relacionados con el cumplimiento de las condiciones básicas de prestación (artículos 26, literal j) y 72 de la Ley).

Estas normas contemplan supuestos distintos de intervención, de la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento, siendo los casos que se deriven de la aplicación de la ley, un supuesto de ejercicio de competencias eminentemente administrativas, conforme a las cuales se actúa resolviendo conflictos que involucran el interés público, es decir, se actúa en ejercicio de la competencia de resolución extrajudicial de conflictos.

En tanto que, cuando la intervención la soliciten las partes involucradas, actuará en ejercicio de la función arbitral, siempre que las partes así lo acuerden y se lo soliciten, con el objeto de lograr la resolución de los conflictos o controversias, que se susciten entre ellos, con motivo de la prestación de los servicios.

No obstante, el legislador no estableció el procedimiento administrativo para ejecutar esta competencia, en virtud de lo cual el ente regulador podrá establecerlo en ejercicio de la función normativa, sin perjuicio de la competencia reglamentaria que constitucionalmente corresponde al Ejecutivo Nacional.

7.6 Competencia de recopilación de información

Además de la competencia para informar, el ente regulador tiene la atribución de solicitar la información que considere conveniente, de los operadores y de los usuarios, a tenor de lo dispuesto en los artículos 38 y 83 de la Ley Orgánica para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento. Con la finalidad de garantizar que esta competencia pueda

ser llevada a cabo de manera efectiva, la Ley tipifica como una infracción administrativa, el hecho que los operadores no suministren información o lo hagan de manera tardía, sobre los aspectos que se le hayan solicitado en forma específica. En tal caso, el ente regulador podría imponer alguna de las sanciones previstas en la ley.

En especial debe destacarse, que el artículo 38 de la Ley señala que la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, a los fines de ejercer la competencia regulatoria puede recopilar y utilizar la información que ella elabore, la que le suministren los operadores y suscriptores, así como aquella que le proporcionen otros órganos o entes sectoriales.

Igualmente, con fundamento en el artículo 83 de la Ley debe recopilar la información de le suministren los prestadores sobre el cálculo de las tarifas, pudiendo el ente regulador objetarlo, en caso que no se haya aplicado correctamente el modelo tarifario.

7.7 Competencia informativa

Conforme a esta competencia, el ente regulador debe brindar a todos los interesados, la información que le requieran sobre los asuntos de su competencia; sin perjuicio del deber de garantizar el derecho a la protección del honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación (artículo 60 de la Constitución) y de lo que establezca la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto (artículo 143 de la Constitución).

Según ello, le corresponde al ente regulador poner a disposición del público en general, la lista de los operadores inscritos, así como de las mesas técnicas de aguas, quedando a salvo, la confidencialidad de la información que haya sido solicitada por el operador y que el ente regulador haya calificado como tal (artículo 62, literal l) de la Ley).

7.8 Competencia registral

La Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento tiene atribuida la función para llevar el registro de sus actuaciones, la cual estará a disposición de cualquier persona, operador o usuario, que lo requiera. Quedan a salvo los documentos cuyo contenido haya sido declarado confidencial o secreto, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos.

El ente regulador debe llevar el registro de todos los operadores de los servicios, así como de la información que éstos periódicamente le suministren (artículos 62 y 65, literal n) de la Ley).

Además, deberán llevar un registro de las mesas técnicas de aguas, a los fines estrictamente informativos y también deberán llevar el registro de las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales, cuyo objeto esté relacionado con el sector del agua, que soliciten su inscripción a los fines de participar en las consultas públicas sobre políticas y normas regulatorias del sector.

El ejercicio del derecho de acceso a los registros del ente regulador, debe llevarse a cabo de conformidad con lo establecido en los artículos 7, numeral 7 y 155 al 157 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

7.9 Competencia de protección de los suscriptores

Entre las atribuciones del ente regulador en el sector del agua, se encuentra la protección de los derechos de los suscriptores. Ésta no es una competencia exclusiva, ni excluyente del ente regulador, pues el propio legislador le otorga competencia a los municipios para recibir, conocer y decidir los reclamos, que le presenten los suscriptores de los servicios públicos de agua potable y de saneamiento.

El ente regulador puede actuar en protección de los suscriptores de los servicios públicos de agua potable y saneamiento. Para ello debe conocer de los reclamos que se le presenten y luego de la correspondiente sustanciación, debe otorgarle oportuna y adecuada respuesta. El supuesto de actuación es el siguiente:

Cuando el operador de los servicios no hubiera atendido los reclamos formulados por deficiencias en la prestación, retardos en la facturación, incumplimiento en las condiciones del contrato de prestación de los servicios o la solicitud de indemnización de daños y perjuicios, si fuere procedente; los suscriptores deberán presentar sus reclamos ante los prestadores de los servicios, en el lapso de quince (15) días hábiles después de haberse producido el hecho, acto u omisión que da origen al reclamo. El prestador del servicio

²⁴ La ley introduce un régimen de recursos que contraviene lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, dado que planteado el reclamo ante el operador, para que se pueda hablar de recurso de reconsideración, se requiere que se le plantee la revisión de su decisión al propio operador (artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), no obstante la Ley señala que el recurso que denomina impropriadamente de "reconsideración", se debe intentar ante el Distrito Metropolitano o el Municipio. Así mismo, la Ley señala que contra la decisión de éstos procede el recurso que impropriadamente califica de "jerárquico", ante la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, que es un instituto autónomo nacional. Esta norma que establece el ejercicio del recurso jerárquico, contra un acto de un ente descentralizado territorialmente (municipio o distrito metropolitano), ante un ente descentralizado funcionalmente de la Administración Pública Nacional (instituto autónomo), es de dudosa constitucionalidad, pues conforme al artículo 168 *in fine* de la Constitución, "los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley". Esta posición la sostuvo en la nota 22, del trabajo "El Régimen de los Servicios Públicos Municipales (especial referencia a los Servicios Públicos Domiciliarios). Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2002.

debe resolver el reclamo y notificar su decisión al suscriptor, dentro de los quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha, en que recibe el reclamo.

En caso de no producirse oportuna respuesta o la notificación del suscriptor, se entenderá que la respuesta es negativa, en razón de lo cual se podrá plantear el recurso de “reconsideración”, ante el distrito metropolitano o municipio, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo y éstos deberán otorgar oportuna y adecuada respuesta dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes a su presentación.

Transcurrido el lapso anterior, sin que se hubiese producido respuesta oportuna, es decir, que operó el silencio o habiéndose producido una respuesta expresa, sea negativa para el suscriptor, por parte de las autoridades municipales, éste podrá plantear el recurso “jerárquico” correspondiente ante la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento.²⁴

El ente regulador agota la vía administrativa, bien mediante la decisión administrativa expresa o por ausencia de ella, una vez que haya transcurrido el lapso sin que se resolviese el recurso en forma oportuna.

No debe olvidarse, que los artículos 68 y 69 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento distinguen entre los usuarios y los suscriptores, siendo éstos últimos a quienes se le reconocen los derechos tutelables por el ente regulador; en tanto que a los usuarios los ampara la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que le atribuye competencia para conocer de los reclamos que éstos formulen, al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario.

7.10 Competencia de intervención

En términos generales, la actividad de intervención del Estado consiste en la actuación de los órganos del Poder Público en la vida económica y social, conforme a los postulados del Estado social de Derecho.

En un sentido específico o restringido, la intervención de las empresas por los entes reguladores, se justifica en la necesidad de alcanzar los postulados sociales del Estado de Derecho, lo que permite realizar la intervención con base en los supuestos siguientes:

- a) La intervención se aplica por razones de interés general, sobre la actividad de gestión de los operadores económicos y tiene por objeto realizar una política de rescate o salvamento de la empresa.
- b) En principio, con la intervención no se persigue la transferencia de

la empresa de manos privadas a la titularidad pública; sino que ésta tiene por objeto una solución transitoria, provisional, sin afectar la libertad de empresa.

- c) Se garantiza la ejecución de las actividades económicas, por los operadores de los servicios en condiciones de continuidad, regularidad, eficiencia y no discriminación.
- d) La gestión de la empresa intervenida es realizada por las personas designadas como interventores por el ente regulador.
- e) Solo en caso que sea imposible continuar realizando la actividad, por razones de carácter financiero o técnico, será procedente la extinción del título administrativo habilitante y como consecuencia, podrá producirse la liquidación de la empresa intervenida.

Establecido lo anterior debe señalarse, que el ente regulador tiene competencia de intervención, sobre la actividad que realizan los operadores de los servicios públicos de agua potable y saneamiento. Esta competencia de intervención se manifiesta de dos formas distintas:

Una está relacionada con la necesidad de dirigir y orientar el desarrollo del sector, en virtud de lo cual, puede aprobar la creación de las unidades de gestión y ordenar la agrupación, para que sean gestionadas integralmente, en virtud de razones estratégicas, técnicas, económicas o de solidaridad regional.

La otra está relacionada con la competencia para involucrarse en la gestión que realizan los operadores, en virtud de lo cual podrá declarar la intervención, por tiempo limitado o de forma permanente, de los prestadores de los servicios, de conformidad con la ley.

El ente regulador puede intervenir, -la ley ratifica- con carácter temporal, a los prestadores de los servicios en los siguientes supuestos:

1. Cuando los servicios no sean prestados con la calidad y eficiencia debida, siempre que en su criterio pudiesen generarse perjuicios para la salud pública o ponerse en peligro la sustentabilidad de la prestación de los servicios;
2. Cuando de manera reiterada, el operador haya rehusado dar información veraz, completa y oportuna tanto al ente regulador, como a el municipio, distrito metropolitano o mancomunidad de municipios;
3. En caso de calamidad o perturbación del orden público;
4. Cuando el operador de los servicios se haya declarado en estado de

atraso y dicha situación comprometa la prestación;

5. Cuando el operador no aplique o incumpla en la realización de la inversión, de la alícuota del monto proveniente de la tarifa destinada a tal fin o de los fondos reservados para ello (artículo 109 de la Ley).

En el caso de intervención de empresas, la misma podrá consistir en lo siguiente: En la imposición de un plan de recuperación de la empresa y el requerimiento de nuevos aportes de capital a sus socios o propietarios o en la asunción de la total dirección de la empresa con miras a su liquidación administrativa o la contratación de un tercero que asuma la prestación. En este supuesto, el nuevo operador que se contrate deberá tener las condiciones económico-financieras y técnicas para prestar el servicio respectivo.

En caso de intervención de las otras modalidades de gestión distintas de las empresas, el ente regulador deberá determinar los criterios para hacer efectiva la intervención.

El ente regulador puede requerir al municipio, distrito metropolitano o mancomunidad de municipios, que proceda a regularizar la situación de la prestación de los servicios dentro de un plazo, que no podrá exceder de tres meses.

En ningún caso la intervención podrá exceder del plazo de un año, lapso durante el cual tanto el municipio como el distrito metropolitano o la mancomunidad de municipios, deben establecer los medios para reemplazar al operador de los servicios.

La competencia del ente regulador para llevar a cabo la intervención de la concesión es taxativa, en razón de lo cual, no se pueden aplicar los supuestos establecidos en los artículos 51 y 52 de la Ley sobre Promoción Privada bajo el Régimen de Concesión.

Además, se trata de una competencia de carácter subsidiario, en lo que respecta a la apertura del procedimiento administrativo, pues el ente regulador sólo podrá hacerlo, en aquellos casos en que el municipio, distrito metropolitano o mancomunidad de municipios no lo hubiesen hecho, en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la comunicación que al respecto le envíe el ente regulador.

7.11 Competencia sancionatoria

La competencia sancionatoria ha sido atribuida a la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento que la debe ejercer

con estricto sometimiento a la Constitución, los tratados internacionales y la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento, siendo aplicable en lo no previsto expresamente, los principios generales del derecho administrativo sancionatorio.

Tal competencia establecida en los literales i) y j) del artículo 26 de la Ley Orgánica de Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento, ha sido atribuida con el objeto de iniciar, sustanciar y resolver acerca de la sanción de los hechos que estén tipificados como constitutivos de infracciones. El ente regulador ejerce esta competencia, en tres supuestos:

- Por una denuncia, en cuyo caso deberá determinar si existen méritos para el ejercicio de la potestad sancionatoria y en consecuencia, ordenar el inicio del procedimiento sancionatorio;
- Puede actuar de oficio, al considerar que los operadores pudieron haber incurrido en hechos que presumiblemente constituyan infracciones a la Ley;
- Puede ejercer la competencia, a instancia de algún interesado.

El ejercicio de la potestad sancionatoria debe llevarse a cabo, en respeto y garantía del derecho al debido proceso (artículo 49 de la Constitución) y del derecho a la defensa (artículos 49, numeral 1° y 143 de la Constitución), con estricta sujeción a los principios de legalidad y tipicidad (artículo 49, numeral 6 de la Constitución), presunción de inocencia (artículo 49, numeral 2 de la Constitución), proporcionalidad (artículos 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 104 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario), irretroactividad (artículo 24) y *non bis in ídem* (artículo 49, numeral 7 de la Constitución).

Dicho lo anterior, debe advertirse que la Ley Orgánica para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento enumera en el artículo 113 las infracciones en las cuales pueden incurrir los prestadores del servicio; en tanto, que el artículo 114 eiusdem, tipifica una lista de sanciones que se pueden imponer a quienes incurran en las infracciones señaladas en el artículo anterior, según la naturaleza, reiteración y gravedad de la falta, así como el perjuicio causado.

Los referidos artículos coliden con el artículo 49, numeral 6 de la Constitución, en los términos que se exponen a continuación:

El artículo 49, numeral 6 de la Constitución establece los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones administrativas, así como de las sanciones, en razón de lo cual, no puede establecerse sanción alguna contra

una persona, cuya conducta no haya sido tipificada previamente por la ley, como constitutiva de un ilícito administrativo, susceptible de ser sancionado de conformidad con la propia norma legal.

Es el caso que el artículo 113 de la Ley estableció algunas conductas que pueden ser consideradas como infracciones, pero no estableció cuál es el tipo de sanción que conlleva el incurrir en cada una de dichas conductas antijurídicas. En lo que respecta al artículo 114 de la Ley, se estableció claramente la sanción que podrá imponer el Superintendente Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, pero no se estableció cuál es la infracción que de producirse puede conducir a aquella sanción, sino que el legislador ha dejado *a juicio* del ente regulador la determinación de las infracciones.

Lo anterior lleva a señalar, que resulta totalmente inaceptable en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, que el legislador mediante una referencia genérica a cualquiera de las infracciones previstas en el artículo 113 de la Ley, libre a juicio del Superintendente Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, para que, en razón de la gravedad de las infracciones, se establezcan qué conductas pueden ser generadoras de las sanciones establecidas en el artículo 114, situación ésta que constituye una manifiesta violación del artículo 49 numeral 6 de la Constitución.

Con fundamento en estas normas constitucionales, la doctrina científica ha sido renuente a admitir la existencia de “cláusulas penales en blanco” y en tal sentido ha exigido la tipificación expresa, en una norma legal, de la conducta u omisión que puede ser considerada infractora por ser transgresiva del ordenamiento legal. En tal sentido ha sostenido lo siguiente:

Algunos doctrinarios se refieren a ambos principios, legalidad y tipicidad como manifestaciones de un único principio: el de legalidad. Para ellos, la segunda manifestación del principio de legalidad, esto es la tipicidad, requiere que el acto u omisión sancionados se hallen claramente definidos como falta. Es decir, que las infracciones administrativas deben estar suficientemente tipificadas por la Ley, describiendo con detalle y cuidando (Prieto Sanchis) cada uno de los elementos de la conducta, excluyendo las fórmulas abiertas y las cláusulas de extensión analógica.

De lo expuesto, podemos deducir porqué la doctrina venezolana, ha proscrito todas aquellas previsiones genéricas y, particularmente, las denominadas “cláusulas de remisión en blanco”, “no se permiten en Venezuela -que adopta constitucionalmente el principio de legalidad- las maneras genéricas que autorizan a quien debe aplicar una pena para crear la figura delictiva. La exigencia de seguridad jurídica implica entonces, la definición precisa de las infracciones y la

²⁵ Sosa Gómez, C. La naturaleza de la Potestad Administrativa Sancionatoria. En: Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Caracas. 1996. pp. 200-201.

determinación de la sanción aplicable”. García de Enterría, al citar una sentencia del Tribunal Constitucional, que declara expresamente como consecuencia de la tipicidad, la inaplicación que tiene en materia de sanciones administrativas la analogía, “las normas definitivas de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica” (S. del TCE, de fecha 29 de marzo de 1990) señala que “la especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica que no se cumplirá si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos.²⁵

En este mismo sentido, se pronunció la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de agosto de 1990, caso Carlos Pifano, oportunidad en la cual estableció:

En efecto conforme a dicho principio, no se admite en nuestro régimen jurídico, -en el cual se requiere la preexistencia del tipo delictivo (artículo 60 numeral 2º de la Constitución)- para que proceda la aplicación de la sanción o pena, que el legislador en olvido de las garantías constitucionales y de la obligada sujeción de la norma legal a la constitucional, jerárquicamente superior, deje mediante una formulación genérica, a discreción de la autoridad administrativa la determinación de la correspondiente figura delictual, puesto que ello envuelve, sin duda, el quebrantamiento del rígido principio de legalidad que en la materia consagran las normas constitucionales citadas.

...(omissis)...

La norma citada al establecer la sanción de multa por infracción de las normas de la propia Ley, del Reglamento o de las Normas de Operación, debió, en acatamiento del principio de legalidad desarrollados por los Artículos 60, ordinal 2º, y 69 de la Constitución determinar, concordantemente, el hecho infractor que da lugar a la aplicación de la multa en desarrollo del principio *nullum delictum, nulla poena sine lege*.

El Máximo Tribunal, en la sentencia citada, al corresponderle decidir sobre la constitucionalidad de los artículos que establecían *sanciones administrativas en blanco* de forma similar a la establecida en los artículos 113 y 114 de la Ley, se pronunció en el sentido de declarar la inconstitucionalidad, de los artículos que libran a la discrecionalidad del ente regulador; el establecimiento de los supuestos de hechos que pueden llevar a cualesquiera de las distintas sanciones señaladas en la Ley.

Ello así, el principio de tipicidad de las sanciones administrativas, consagrado en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución constituye una doble garantía: Una, referida a la exigencia de la determinación previa de

²⁵ García de Enterría, E. y Fernández, T. R. Curso de Derecho Administrativo. Civitas. Madrid. 2000.

las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes (garantía material), y otra, relativa al rango legal que necesariamente requieren, las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones (garantía formal).

En este orden de ideas, al analizar el principio de tipicidad, la doctrina científica ha señalado que “la tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará la sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar deviene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y en segundo término, a la correlativa exigencia de seguridad jurídica ... que no se cumplirá si la descripción de lo sancionable, no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (*lex certa*)”.²⁶

Por ello resulta censurable, que el legislador no haya tipificado los supuestos de hechos que son considerados como infracciones y la especificación de las respectivas sanciones, lo que lleva a considerar que los artículos 113 y 114 de la Ley, contravienen los términos exigidos por el artículo 49, numeral 6 de la Constitución.

Más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2338, de 21 de noviembre de 2001, caso Ley de Régimen Cambiario, señaló al respecto:

La aplicación del principio de legalidad de los delitos, faltas y las penas no resulta exclusivo del Derecho Penal sino que ha sido extendido a las diversas ramas del Derecho, con mayor arraigo en los ilícitos y penas administrativas, por lo que actualmente se habla de postulados del Derecho Sancionatorio; de manera que, resulta necesaria la tipificación legal previa de los hechos calificados como delitos o faltas y la anticipada consagración de la medida sancionatoria que le corresponde por ello, no podría una ley contener formulaciones genéricas en materia sancionatoria y dejar en manos del Ejecutivo la determinación de los hechos o conductas ilícitas, pues de esta manera se abre la posibilidad de que, en la medida en que se presenten nuevos supuestos jurídicos, se establezcan hechos posteriores que originen tipos delictivos, en cuyo caso la ley estaría delegando la potestad normativa de tipificación de delitos a futuros actos de contenido normativo pero de carácter sublegal.

Ello así, presentan visos de inconstitucionalidad tanto el artículo 113 de la Ley que establece las conductas que pueden constituir una infracción, pero no establece la sanción que procede ante cada tipo de infracción

y que incluso deja a juicio del ente regulador, la libre configuración de las conductas que pueden ser constitutivas de infracción, como también presenta visos de inconstitucionalidad el artículo 114 de la Ley, que establece sanciones, sin tipificar las conductas o actuaciones que pueden llevar a la imposición de las mismas, pues ambas parecen contrariar el principio de tipicidad de las infracciones y las sanciones, establecido en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución.

Por ello luce necesaria, una pronta reforma de las mencionadas normas, a los fines de otorgarle plena cobertura constitucional a las infracciones y sanciones allí contempladas, dado que en los términos actuales, el ejercicio de las competencias sancionatorias por el ente regulador, conducirá de manera irremediable a la impugnación en vía jurisdiccional y consecuente anulación, de las sanciones impuestas, por ser violatorias del artículo 49, numeral 6 de la Constitución.

Finalmente debe señalarse, que a los fines de promover el cumplimiento de las tarifas, el ente regulador deberá aplicar el régimen de sanciones.

VIII El control sobre el ente regulador

Toda la actividad de los órganos del Poder Público, se encuentra sometida a una serie de controles que se pueden clasificar en razón de los órganos que los ejercen, como de naturaleza parlamentaria, de naturaleza administrativa y de naturaleza jurisdiccional. Al estudio de tales controles se dedicará este epígrafe.

8.1 Control Parlamentario

En Venezuela, el órgano parlamentario nacional tiene atribuido el control político del Gobierno y de la Administración Pública Nacional y habiéndose establecido que los entes reguladores forman parte de ésta última, debe entenderse que conforme al artículo 187, ordinal 3 de la Constitución, le corresponde a la Asamblea Nacional ejercer las funciones de control sobre las autoridades administrativas reguladoras, en los términos consagrados en la Constitución y la ley.

Ello así, la Asamblea Nacional puede ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: Las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución y en la ley, así como cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y los reglamentos. En ejercicio del control parlamentario,

podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad (artículo 222 de la Constitución).

En tanto, el artículo 223 de la Constitución, le atribuye a la Asamblea Nacional y a sus Comisiones, la realización de las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento. El ejercicio de esta facultad de investigación, no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos (artículo 224 de la Constitución).

El texto fundamental establece en el mismo artículo 223, que “todos los funcionarios públicos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los particulares, quedando a salvo los derechos y garantías que esta Constitución consagra”.

Con fundamento en esta norma, la Asamblea Nacional sancionó la Ley N° 30 que regula la comparecencia de los funcionarios públicos y los particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, a los fines del ejercicio del control político, que en el asunto bajo análisis, serían los funcionarios del ente regulador.

8.2 Control Administrativo

Los controles administrativos son fundamentalmente: El jerárquico, el de tutela y el fiscal.

8.2.1 Control jerárquico

El control jerárquico sobre las decisiones de los entes reguladores, siempre que sean desconcentrados o descentralizados funcionalmente lo ejerce el Ministro de adscripción, de oficio, cuando así lo permita la ley o en aquellos casos en que los interesados ejerzan los recursos administrativos jerárquicos.

En el caso del ente regulador de los servicios de agua potable y saneamiento, el legislador eliminó el control jerárquico, al establecer en el artículo 31 de la Ley, que “las decisiones del Superintendente Nacional agotan la vía administrativa”.

En este mismo orden de ideas, ha establecido con carácter general, el artículo 7, numeral 9 de la reciente Ley Orgánica de la Administración

²⁷ Entrena Cuesta, R. Curso de Derecho Administrativo. Vol. I. Tecnos. Madrid. 1995. pp. 45-48.

Pública, que las personas tienen derecho a ejercer, a su elección y sin que sea obligatorio agotar la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes, frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública.

En consecuencia, debe señalarse que la legislación ha eliminado el control jerárquico que correspondería ejercer al Ministerio de adscripción, respecto a la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento.

8.2.2 Control de tutela

Éste consiste en las facultades de control otorgadas, de manera limitada, conforme al derecho positivo, a un órgano público, sobre los entes descentralizados funcionalmente que dependen de él, lo que permite lograr una unidad en la actuación para alcanzar los fines públicos que tiene encomendado el tutelante.²⁷

En la doctrina científica nacional se han distinguido dos tipos de control de tutela. Uno es el control de tutela sobre la actividad que puede ser previo o posterior. Se considera que será previo, en los casos que se requiera obtener el acuerdo previo del Ministerio de adscripción, para adoptar una decisión; y será posterior, en el caso que el ente regulador pueda realizar determinadas actuaciones, que luego deben ser aprobadas por el Ministerio de adscripción.

El otro, es el control de tutela sobre las personas, que consiste en la facultad de designación y remoción libremente, de los directivos de los entes descentralizados funcionalmente, por los órganos de adscripción.²⁸

La noción de tutela como técnica de conexión o vinculación entre la Administración Central y la Administración descentralizada funcionalmente, ha sido considerado como “un tanto anticuado y no muy preciso”.²⁹

No obstante, a pesar de las críticas de la doctrina científica al control de tutela, el legislador no ha tenido reparo alguno, en someter al ente regulador a dicho control. Es así como el instituto autónomo, Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, se encuentra sometido al control de tutela administrativa de su órgano de adscripción, el Ministerio de la Producción y el Comercio. Ello supone que está sujeto al mismo control al que se someten ordinariamente en Venezuela,

²⁸ Brewer Carías, A. Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1994. pp. 84-85.

²⁹ Magide Herrero, M. Límites Constitucionales de las Administraciones Independientes. INAP. Madrid. 2000. p. 37.

los entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente.

8.2.3 Control fiscal

Se encuentran sometidos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, los institutos autónomos en virtud de lo establecido en el numeral 6, del artículo 9 de la Ley N° 59, Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en razón de lo cual la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento como ente regulador de los servicios de agua potable y saneamiento, se encuentra sujeta al control interno y externo previsto en la ley.

8.3 Control Jurisdiccional

El artículo 2 de la Constitución reconoce un Estado de Derecho y de Justicia, que tiene como uno de los principios cardinales del mismo, el control jurisdiccional pleno de los órganos del Poder Público.

Es así como de conformidad con lo establecido en los artículos 259, 266 y 336 de la Constitución, el control jurisdiccional lo ejercen el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley.

En consecuencia, debe admitirse que tanto la actividad como la inactividad de la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, se encuentra sometida al control del orden jurisdiccional administrativo, que en el momento actual corresponde ejercerlo a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo, debe señalarse que en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que elaboramos para la Asamblea Nacional, se propuso la creación de un Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, con competencia en lo económico, que se encargue del control jurisdiccional de los entes reguladores de la actividad económica.

Esta propuesta atiende a una razón de especialidad y racionalidad en el control jurisdiccional, pues no tiene sentido alguno que se exija a los funcionarios que conforman los entes reguladores, conocimientos y experiencia técnica en el área que les corresponde regular y luego se tengan jueces, sin los conocimientos y experiencia para juzgar los aspectos técnicos del sector económico en particular.

Por ello, debe insistirse en que el control jurisdiccional de los entes

reguladores sea realizado por jueces con conocimientos no sólo jurídicos, sino económicos y técnicos de la actividad sometida a control, quienes además deberán contar con el apoyo de los auxiliares necesarios, de los expertos, que les permitan cumplir adecuadamente la función jurisdiccional.

IX Las consultas y audiencias públicas

El régimen de las consultas y de las audiencias públicas, quizás constituya una de las notas características más importantes del derecho regulatorio. Ambas tienen en común, que promueven y garantizan el ejercicio, goce y disfrute del derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos, reconocido en el artículo 62 de la Constitución, de todas las personas en términos generales y en particular, de quienes se relacionan con el sector, como operadores, usuarios o suscriptores; pero también constituye un mecanismo de control de naturaleza social del ente regulador, distinto de los institucionales, a los cuales se hizo referencia en el epígrafe anterior.

Otra nota común de las consultas y las audiencias es que son públicas. La publicidad constituye una garantía de la transparencia, honestidad, objetividad e imparcialidad que debe caracterizar la actividad de regulación, en los términos exigidos en el artículo 141 de la Constitución.

No obstante, la utilización de las expresiones “consultas” y “audiencias” públicas, no deben ser confundidas, ni utilizadas como sinónimos o semejantes. En tal sentido debe señalarse, que las audiencias suponen escuchar los reclamos, peticiones, solicitudes, propuestas, recomendaciones o sugerencias que presentan los interesados al ente regulador.

En la audiencia deben interactuar los interesados, valga decir, el ente regulador, que la convoca; los operadores o prestadores del servicio o actividad que será objeto de regulación y los usuarios, beneficiarios o suscriptores de los servicios, así como aquellos otros órganos o entes de la Administración Pública, que tengan alguna competencia relacionada con el sector objeto de la regulación.

En tanto, las consultas no requieren, en principio, de la realización de una audiencia, en virtud de lo cual se pueden realizar, a través de cualquier medio telemático, electrónico, incluso mediante una comunicación directa o a través de la prensa escrita.

Sin embargo, debe advertirse que pueden darse casos en los cuales, efectuada la consulta pública, se establezcan unas mesas de discusión o diálogo, con el objeto de confrontar opiniones diferentes, para la elaboración

de un instrumento final, de recomendación o propuesta al ente regulador.

9.1 Las Consultas Públicas

La recientemente publicada Ley Orgánica de la Administración Pública, de 17 de octubre de 2001, dedica el Título VI, cuyo epígrafe es “De la Participación de la Gestión Pública”, a promover y garantizar el ejercicio de la participación en la gestión de los asuntos públicos.

9.1.1 La obligación de realizar la consulta pública

La Ley señala que los órganos y entes de la Administración Pública deben promover la participación ciudadana en la gestión pública, sin perjuicio de lo que dispongan la Constitución y las leyes especiales.

En consecuencia, no se trata de una competencia discrecional de los entes reguladores, que pueden a su arbitrio decidir si efectúan las consultas públicas, sino que se trata de una obligación que les impone la ley, cuyo incumplimiento puede afectar lo decidido por dichos entes, produciendo la invalidez de la regulación adoptada.

9.1.2 Los sujetos que pueden intervenir en las consultas públicas

Al constituir la participación en los asuntos públicos un derecho constitucional, éste pueden ejercerlo todas las personas naturales y jurídicas, de modo directo, es decir, a título individual o a través de las comunidades organizadas, mediante la presentación de propuestas y formulación de opiniones sobre la gestión que realizarán los órganos y entes de la Administración Pública.

También pueden participar en las consultas públicas, las organizaciones públicas no estatales, que tengan vínculos con el sector objeto de la regulación.

9.1.3 La obligación de registrar a los participantes

Con el objeto de garantizar la participación en la consulta sobre políticas y normas para la regulación del sector del agua, el ente regulador debe llevar un registro de las comunidades organizadas y de las organizaciones públicas no estatales cuyo objeto esté relacionado con el sector, que por iniciativa propia, soliciten su inscripción a los fines de presentar propuestas y formular opiniones en las consultas públicas.

9.1.4 El procedimiento de la consulta pública previa

El procedimiento de la consulta pública previa, se inicia con la elaboración por el ente regulador de un documento que constituirá el objeto de la consulta y que la Ley Orgánica de la Administración Pública califica de “anteproyecto”.

Este anteproyecto para la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía debe presentarse a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales, que estén inscritas en el registro de participantes del ente regulador respectivo.

La presentación del anteproyecto de regulación, debe hacerse mediante la remisión de un oficio que lleve anexo el texto íntegro del documento consultado y que además deberá indicar el lapso de duración de la consulta pública, el cual en ningún caso comenzará a transcurrir antes de los diez (10) días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto a los interesados.

Los participantes en la consulta deben ser informados en dicho oficio, del lapso del cual disponen para realizar y presentar ante el ente regulador sus observaciones escritas al anteproyecto de regulación.

Con el objeto de lograr la mayor difusión posible sobre el objeto de la consulta pública y a los fines de garantizar de la manera más amplia y transparente la participación de todos los interesados, concomitantemente a las comunicaciones escritas dirigidas a los inscritos en el registro, el ente regulador debe publicar en la prensa nacional, el inicio del procedimiento de consulta pública previa e indicar la duración de la misma. Así mismo, deberá publicarlo en su página web, en la cual deberá señalar el anteproyecto sobre el cual versará la consulta.

Mientras dure el proceso de consulta pública, cualquier persona, aun cuando no se encuentre inscrita en el registro llevado por el ente regulador, podrá presentar por escrito, sus observaciones, sugerencias y comentarios al anteproyecto de regulación.

Una vez que finalice el lapso de presentación de las observaciones, propuestas y recomendaciones escritas, el ente regulador debe establecer el lugar, día y hora, en el cual los representantes del mismo, los técnicos que sean convocados y los sujetos inscritos en el registro, podrán asistir a las mesas de discusión o diálogo, con el objeto de intercambiar opiniones diferentes, efectuar preguntas y formular observaciones, sugerencias y comentarios destinados a que se adopte, modifique o no se apruebe el anteproyecto como

un instrumento final e incluso a que el ente regulador considere la elaboración de un nuevo anteproyecto.

El procedimiento de consulta es preceptivo, pero no vinculante, en razón de lo cual, siendo lo deseable que el ente regulador acepte las sugerencias, recomendaciones y propuestas que le efectúen los participantes en la consulta pública previa, éste no está obligado a aceptarla ni total, ni parcialmente.

9.1.5 La consecuencia de la omisión de la consulta pública

La Ley establece la interdicción de aprobar normas o de presentar proyectos de regulación ante otras instancias, que no hayan sido objeto de consulta pública, conforme al procedimiento legalmente establecido.

En todo caso, establece que la aprobación de normas o presentación de proyectos de textos regulatorios en otras instancias, que no hayan sido consultadas siguiendo el procedimiento de consultas públicas, serán consideradas viciadas de nulidad absoluta.

9.1.6 La excepción al establecimiento de regulaciones, sin consultas públicas previas

Existen circunstancias, que excepcionalmente permiten el dictado de textos regulatorios, sin que se hayan llevado a cabo las consultas públicas previas. Por su carácter extraordinario, la aplicación de estas circunstancias es restrictiva, en virtud de lo cual no se debe acudir a la interpretación analógica. Es así como, solo es admisible la posibilidad de dictar normas, sin haber llevado a cabo el procedimiento de consultas públicas previas en el siguiente supuesto: Que existan casos de emergencia manifiesta y en aras de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el máximo representante del Ejecutivo Nacional, Estadal o Municipal, autorice la aprobación de las normas sin la realización de la consulta pública previa.

9.1.7. La consulta pública posterior, en caso que se haya aprobado la regulación

En tales casos, cuando se haya realizado una aprobación de determinadas normas sin consulta pública previa, el ente regulador deberá realizar la consulta pública posteriormente, tanto a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales, siguiendo el procedimiento legalmente establecido para tales fines.

³⁰ Gordillo, A. Estado Actual del Derecho Administrativo. Revista de Derecho Administrativo. N° 5. Buenos Aires. 1993. pp. 307-308.

El resultado de esta consulta pública, deberá ser considerado por el ente regulador que aprobó las normas y en razón de las propuestas y opiniones presentadas, el ente regulador podrá, si en su criterio lo considera conveniente, modificar, ratificar o derogar la regulación dictada.

9.2 Las Audiencias Públicas

Señala Gordillo que la audiencia pública previa al dictado de una decisión, constituye parte del derecho al debido proceso, es decir, del acceso al expediente, debate y prueba, control en la producción de las pruebas, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados. Estos derechos tienen reconocimiento constitucional en Venezuela, en los artículos 49, numeral 1 y 143 de la Constitución y pueden ser invocados al igual que en Argentina, por quienes ostenten derechos subjetivos e intereses personales, colectivos y difusos.³⁰

Tal como se señaló, la audiencia se caracteriza por la publicidad, la oralidad, la inmediación y la difusión de su realización, a través de los medios de comunicación; en tanto que el ejercicio del derecho a la participación se inspira en los principios de informalismo, contradicción, imparcialidad y amplio reconocimiento de la legitimación para actuar durante la audiencia.³¹

Igual que como sucede en la consulta, en la audiencia pública también se debe realizar una actividad anterior a la misma de preparación y finalizada ésta se realiza la audiencia, que culminará con una propuesta al ente regulador, que por regla general no es vinculante, salvo que exista una disposición expresa que así lo establezca.

Lo anterior, lleva a analizar cuáles son las actuaciones que debe realizar el ente regulador para preparar, desarrollar y finalizar la audiencia pública.

9.2.1 La preparación de la audiencia pública

La realización de la audiencia pública implica la preparación de la misma, con la finalidad de determinar la materia que será objeto de la audiencia y cómo se llevará a cabo la misma.

Esta preparación ha sido calificada de preaudiencia y en ella se deben recabar los antecedentes, formar el expediente, recopilar la información adicional e indicar cuáles son los antecedentes de hecho y de derecho del

³¹ Gordillo, A. O.c. p. 309.

asunto que será sometido a consulta.

Una vez ordenada esta información, debe dársele publicidad con suficiente anticipación, a través de los distintos medios de difusión, que garanticen la mayor divulgación posible. La comunicación deberá indicar:

- La información necesaria a todas las personas, sobre aquellos aspectos en los cuales versará la audiencia.
- El momento a partir del cual se podrá tener acceso a la documentación e información necesaria y la fecha en que finalizará la posibilidad de tener acceso.
- El lapso que tienen las personas interesadas, para manifestar su interés en participar en la audiencia.
- La oportunidad y lugar donde se llevará a cabo.
- El día y la hora en el cual comenzará la audiencia.
- Los funcionarios que intervendrán en la dirección de la audiencia.

Una vez finalizados los plazos para la participación de los interesados en la preaudiencia, el ente regulador debe proceder a ordenar la realización de la audiencia, estableciendo las personas y la condición con la cual van a participar en la misma, el orden de sus intervenciones, el tiempo máximo de exposición. En ningún caso los funcionarios encargados de preparar la audiencia, deben emitir juicios de valor, conocimiento o certeza que puedan comprometer la objetividad e imparcialidad del ente regulador, en el desarrollo de la audiencia.

No obstante, ello no impide que los funcionarios que dirijan el desarrollo de la audiencia, con base en los principios de informalidad y flexibilidad puedan establecer la dinámica y adecuación que sea necesaria, para proseguir la audiencia.

Establecidas las condiciones de desarrollo de la audiencia, los funcionarios encargados deben notificar a todas aquellas personas que vayan a participar, con el objeto que preparen su intervención para el día y en el tiempo que les ha sido asignado previamente.

9.2.2. El procedimiento de desarrollo de la audiencia pública

En el lugar señalado, el día y hora prefijados se iniciará la audiencia pública, bajo la dirección o presidencia de las personas designadas para tal fin, por el ente regulador.

Los funcionarios indicarán a los participantes el objeto de la

³² Gordillo, A. Estado Actual del Derecho Administrativo. Revista de Derecho Administrativo. N° 5. Buenos Aires. 1993. p. 313.

audiencia, el lapso que tendrán para realizar sus exposiciones, la oportunidad para presentar sus pruebas, si las hubieren y fueren necesarias, así como para hacer comentarios u observaciones a las exposiciones y escritos de las otras personas.

Iniciada la audiencia, los funcionarios permitirán la exposición de los asistentes y éstos tendrán las más amplias potestades oficiosas para interrumpir con carácter temporal el desarrollo de la audiencia, considerar agotado un punto y ordenar la finalización de una exposición, realizar preguntas a los expositores, poner orden en la sala de audiencias y de ser necesario, apercibir a los concurrentes que el desacato o nuevas alteraciones en el desenvolvimiento de la audiencia, serán motivo suficiente para ordenar el desalojo del recinto.³²

También se debe establecer el lugar que ocuparán durante la audiencia, los medios de comunicación social, con el objeto de que puedan realizar su trabajo, sin interrumpir el desarrollo de la misma.

Debe tenerse presente que la tramitación de este procedimiento administrativo caracterizado por la oralidad, no puede desconocer el derecho constitucional al debido proceso y a la defensa, en razón de lo cual, sólo serán válidas las pruebas obtenidas en respeto a éstos derechos, tal como lo señala el artículo 49, numeral 1° de la Constitución.

Ello supone, que en todo caso, será necesaria la participación de los interesados en la producción de la prueba, para garantizar el control y el contradictorio durante la audiencia.

De cada una de las sesiones que se realicen durante el desarrollo de la audiencia pública, se deberá levantar un acta en la cual se deje constancia de las personas que acudieron a la misma, el carácter con el cual actuaron, los escritos que presentaron y las pruebas que produjeron y dicha acta deberá ser suscrita por todos los asistentes que participaron en la sesión respectiva, así como por los funcionarios que la dirigieron, en señal de conformidad que dicha acta se corresponde con lo sucedido.

Todas las actas con los documentos y pruebas que se acompañen, se deben agregar al expediente de la audiencia pública, para que sean considerados en la oportunidad de la decisión por el ente regulador.

9.2.3 La finalización de la audiencia pública

La audiencia pública finaliza con la elaboración de las propuestas, recomendaciones o acuerdos, que serán estudiados y considerados de

manera obligatoria por el ente regulador, que debe adoptar la decisión correspondiente.

9.2.4 La audiencia pública ante la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento

Corresponde a la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, por órgano del Superintendente convocar la audiencia pública, de acuerdo con lo establecido en la Ley y sus Reglamentos (artículo 26, literal o) de la Ley). Para ello, el Superintendente o sus representantes regionales deberán, -conforme a lo establecido en el artículo 32 de la Ley-, convocar públicamente a la comunidad organizada.

La preparación, desarrollo del procedimiento y finalización de la audiencia pública no se encuentra establecida en la Ley, en razón de lo cual, corresponde en principio, al Ejecutivo Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria del texto legal, regular la tramitación procedimental de la audiencia pública, que debe realizar el ente regulador.

No obstante, en ausencia de regulación reglamentaria, el ente regulador podrá establecer la normativa necesaria para realizar la audiencia pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 26, literal l) de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento.

9.2.5 El objeto de la audiencia pública

La Ley a título enunciativo, indica algunos de los temas que pueden ser objeto de audiencia pública, sin embargo deja a criterio del ente regulador, el sometimiento de otros asuntos distintos de los mencionados, pero que también podrán ser considerados en una audiencia pública.

En tal sentido el artículo 32 de la Ley, señala como objeto de la audiencia pública, los siguientes asuntos:

- a. Conocer y tratar sobre cuestiones relacionadas con el estado, mejoramiento y expansión de los servicios.
- b. Conocer y tratar sobre aspectos relativos al sistema tarifario y modificación o ajustes de las tarifas de los servicios.
- c. Conocer y tratar, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos entre prestadores de los servicios, municipios, distritos metropolitanos, mancomunidades de municipios y suscriptores.
- d. Conocer y tratar requerimientos de la comunidad organizada.

- e. Cualquiera otro asunto que determine el Superintendente Nacional o los representantes regionales.

9.2.6 El carácter preceptivo y no vinculante de la audiencia pública

El artículo 32 párrafo único de la Ley señala que las recomendaciones o acuerdos que se deriven de estas audiencias públicas serán de obligatoria consideración por el Superintendente Nacional, quien señalará expresamente por escrito en su decisión, si acepta o no lo decidido en las audiencias públicas. En este último caso, motivará su negativa.

La redacción del párrafo único del artículo 32 de la Ley, no es muy acertada, pues el resultado de las audiencias públicas, no constituye una decisión propiamente dicha, sino una recomendación al ente regulador.

La realización de las audiencias públicas es preceptiva para el ente regulador, pero no es vinculante, de allí que se pueda señalar, que siendo obligatoria su convocatoria y realización, el ente regulador no está atado para adoptar su decisión, por el resultado que surja de la audiencia; no obstante, a los fines de saber con certeza, si se consideraron las propuestas efectuadas, debe justificar mediante la adecuada motivación escrita, por qué no acepta la propuesta sugerida en la audiencia y en consecuencia, por qué decide en un sentido distinto al planteado.

9.2.7 La consecuencia de la omisión de la audiencia pública

Dado el carácter preceptivo de la convocatoria y de la realización de las audiencias públicas por el ente regulador, su omisión vicia de nulidad absoluta la decisión adoptada, al constituir tal omisión un desconocimiento de los derechos constitucionales a la participación en los asuntos públicos, el debido proceso y el derecho a la defensa.

Consideraciones finales

El nuevo estatuto regulatorio de los servicios de agua potable y saneamiento constituye un avance trascendental respecto al ordenamiento jurídico anteriormente vigente, pues a través de la Ley Orgánica para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento se establecen las bases jurídicas e institucionales precisas para el desarrollo de esta actividad económica, tanto por los operadores públicos como por los privados que tengan interés en participar, invertir, competir y cuando lo consideren conveniente, retirarse de la prestación de la actividad.

El establecimiento de una clara determinación competencial entre los

distintos niveles del Poder Público, así como la separación definitiva entre los órganos de planificación y desarrollo de políticas públicas, del ente regulador y de los operadores de los servicios, ha supuesto un primer paso, hacia el establecimiento de un régimen jurídico general de los servicios en el sector de agua, que permite garantizar el desarrollo del mismo a corto plazo, bajo la modalidad de servicio público y que permitirá, que una vez que el proceso de descentralización en el sector se afiance y mejoren tanto la eficiencia como la calidad de los servicios, se pueda transitar hacia el establecimiento de un verdadero y auténtico mercado en el sector del agua, donde sin ignorar las cargas de servicio público, que será necesario imponer a los operadores mediante el establecimiento de las obligaciones de servicio universal, éstos puedan competir entre sí de manera abierta, en la explotación de las redes y la prestación de los servicios, así como que los usuarios y suscriptores puedan elegir entre los distintos operadores, decidiendo quiénes le prestarán los servicios y cuáles son los precios que están dispuesto a pagar por los mismos.

En el estado actual del derecho regulatorio de los servicios de agua potable y saneamiento, el éxito de la aplicación y ejecución del nuevo marco jurídico por el ente regulador gravita sobre dos aspectos fundamentales: En primer lugar, en el acierto que tenga el Ejecutivo Nacional, en la designación de los técnicos calificados e idóneos que dirigirán el ente regulador, a quienes corresponderá la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir tanto los planes como las políticas públicas en el sector; y en segundo lugar, en que la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento ejerza adecuadamente sus potestades y competencias, alcanzando la *auctoritas* para regular el sector, con el conocimiento y objetividad que demanda el interés general.

Bibliografía

Araujo Juárez, J. Contratos de Gestión de Servicios Públicos: Régimen Jurídico y Modalidades. En: Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos. Revista de la Fundación Procuraduría General de la República. N° 8. Caracas. 1993.

Araujo Juárez, J. Principios Generales de Derecho Procesal Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1997.

Araujo Juárez, J. Los Derechos Fundamentales Económicos y el Derecho de los Servicios Públicos. En: Servicios Públicos. Balance & Perspectivas. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1999.

Araujo Juárez, J. Manual de Derecho de los Servicios Públicos. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2003.

Ariño Ortíz, G.; Cuétara, J.M y López-Muñiz Martínez, J.L. El Nuevo Servicio Público. Marcial Pons. Madrid. 1997.

Ariño Ortíz, G. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública y Regulación Económica. Comares. Granada. 1999.

Bianchi, A. Desarrollo de la Regulación Económica en los Estados Unidos. Revista de Derecho Administrativo. Año 11. Buenos Aires. 1999.

Brewer Carías, A. Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1994.

Brewer Carías, A. Sobre el Régimen Constitucional Aplicable a las Concesiones de Obras y Servicios Públicos. En: Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000.

Brewer Carías, A. Consideraciones sobre el régimen de distribución del Poder Público en la Constitución de 1999. En: Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2001.

Cassagne, J.C. Los nuevos entes reguladores. Revista de Derecho Administrativo. N° 5. Buenos Aires. 1993.

Cassagne, J.C. El Servicio Público y las técnicas concesionales. Revista de Derecho Administrativo. N° 7. Buenos Aires. 1995.

Celorrío, A. Perspectivas Modernas de Intervención Estatal. Revista de Derecho Administrativo. N° 3. Buenos Aires. 1991.

Chiaracane, S. Gestión de los Servicios Públicos por los Particulares. En: Servicios Públicos. Balance & Perspectivas. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1999.

Fonrouge, M. Las Audiencias Públicas. Revista de Derecho Administrativo. N° 9. Buenos Aires. 1997.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. Curso de Derecho Administrativo. Civitas. Madrid. 2000.

Garrido Rovira, J. Regulación Legal del Servicio Eléctrico. Caracas. 2002.

González-Varas Ibáñez, S. Los Mercados de Interés General.

Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transporte. Comares. Granada. 2001.

Gordillo, A. Estado Actual del Derecho Administrativo. Revista de Derecho Administrativo. N° 5. Buenos Aires. 1993.

Hernández-Mendible, V. R. Concesión de Servicios Públicos y Concesión de Obras Públicas. En: Servicios Públicos. Balance & Perspectivas. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1999.

Hernández-Mendible, V. R. Las Obras Públicas y los Sistemas de Financiación (Hacia una

Ley Estatal de Financiación de las Obras Públicas). En: Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000.

Hernández-Mendible, V. R. El Régimen de los Servicios Públicos Municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios). En: Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Caracas. 2002.

Huergo Lora, A. La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 2000.

Lasheras, M.A. La regulación económica. Madrid. Ariel. Barcelona. 1999.

López Vergara, P. Titularidad de los Servicios Públicos. Revista de Derecho Administrativo. N° 11. Buenos Aires. 1999.

Muñoz Machado, S. Servicio Público y Mercado. I Fundamentos. Civitas, Madrid. 1997.