

Límites gubernamentales a la regulación del sector energético en Argentina y Brasil

Vanesa Valverde Camiña¹
Universidad de Salamanca
Escuela de Estudios Hispano Americanos (CSIC)
vaneval4@hotmail.com

Resumen:

La implantación del modelo de regulación por agencia de los servicios públicos privatizados en América Latina desde finales de los ochenta, es un hecho constatable en el aumento de estos organismos en la región. La difusión de estas entidades ha respondido a un proceso más amplio y secuenciado por sectores, en el que las industrias de red de prestación de servicios han adquirido recientemente un papel determinante. La regulación de estas industrias se justifica por el carácter público de los servicios prestados y en la necesidad de garantizar su universalidad. No obstante su regulación varía en función de su rentabilización. De ahí que el sector energético, dada su condición estratégica, esté sometido a voluntades políticas que dificultan su gobernanza regulatoria. En tal sentido, el objetivo de este trabajo es analizar los límites gubernamentales a la actividad reguladora a través de los marcos legales de creación de las agencias en dos de las potencias energéticas de la región, Argentina y Brasil.

Palabras clave: gobernanza regulatoria, agencias reguladoras, sector energético.

1. Introducción

El desarrollo de un Estado regulador en América Latina desde finales del siglo XX ha conllevado la multiplicación de agencias reguladoras de los servicios y bienes privatizados. Estos organismos varían en función del grado de independencia según su forma organizacional. Si bien se aboga por su mayor <autonomía> para el correcto desempeño de sus funciones, ésta suscita cuestionamientos derivados del déficit democrático que implica la delegación de poderes en organismos burocráticos aislados.

Tradicionalmente la literatura se ha centrado en el estudio de los límites que establece el marco regulatorio bajo el que se crean este tipo de organismos. Sin embargo, existe otro tipo de límites ejercidos por el poder gubernamental en función del desarrollo de los acontecimientos, amparándose en la excepcionalidad de éstos o en el incumplimiento de la normativa regulatoria. El objetivo del presente trabajo es analizar la interrelación de

¹ Estudiante de doctorado del programa “Procesos políticos contemporáneos” de la Universidad de Salamanca y becaria de Formación de Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Educación en el departamento de Historia Contemporánea de la Escuela de Estudios Hispano Americanos del CSIC, Sevilla.

estos dos tipos de límites, los definidos en el marco jurídico y los establecidos por el gobierno en base al devenir socio-político y a las características del sector o bien regulado.

En las siguientes páginas se afronta este objetivo tomando como referencia los casos de Argentina y Brasil, dado que la experiencia regulatoria en ambos países ofrece ejemplos a lo largo de todo el continuo que define la autonomía de las agencias reguladoras, cuyos extremos se delimitan, por un parte, mediante la cooptación total de estos organismos por parte del ejecutivo, empresas reguladas o usuarios, y, por otro, mediante su extralimitación en las competencias que les establecen los marcos jurídicos.

La justificación de este análisis comparativo se centra en el hecho de que los organismos reguladores argentinos y brasileños son unidades de análisis cuyos marcos regulatorios están influidos por las mismas corrientes históricas y elaborados en el mismo contexto regional, pero que configuran un entramado institucional que varía a lo largo del eje de autonomía regulatoria, lo que da cuenta del isomorfismo institucional derivado de la implantación literal de modelos en contextos institucionales muy diversos, y cuya función ha estado condicionada por una interferencia gubernamental muy diferenciada.

Por otra parte, y con la finalidad de lograr un mayor rigor comparativo, se ha considerado oportuno centrarse en la regulación del sector energético dada la importancia de la energía en la actualidad como sistema estratégico y como factor de posicionamiento geopolítico. Concretamente se toman como unidades de análisis las agencias reguladoras del sector energético argentino - ENRE (Ente Nacional Regulador de la Electricidad) y ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas)- y del sector energético brasileño – ANEEL (Agencia Nacional de Energía Eléctrica) y ANP (Agencia Nacional de Petróleo)-.

La estructura del documento se establece en cinco apartados que le siguen a esta breve introducción. En un primer apartado se describen someramente las matrices energéticas de Argentina y Brasil para facilitar una visión general de la importancia de este sector en ambos países. En el segundo apartado se aborda el contexto histórico bajo el que se crearon este tipo de organismos, consecuencia del desarrollo de un Estado regulador. Seguidamente, en el tercer apartado se examina el modelo de regulación por agencia. En el cuarto apartado, y núcleo analítico del trabajo, se realiza un análisis descriptivo-explicativo, de los límites normativos y gubernamentales que acotan la autonomía de las agencias reguladoras del sector energético argentino y brasileño. Finalmente, en el quinto apartado se recogen las conclusiones más tentativas de la cuestión, incidiendo en los aspectos que favorecen o dificultan la gobernanza regulatoria.

2. Sectores energéticos al alza

En los últimos años el incremento del precio del petróleo ha derivado en una incertidumbre constante en los mercados energéticos, que ha convertido a la política al respecto en premisa permanente y de total relevancia en las agendas gubernamentales. Además del petróleo hay otras fuentes de energía que hacen funcionar el mundo, sin embargo, la garantía de suministro energético es una preocupación constante de los gobiernos nacionales. No obstante, las reservas mundiales no han parado de crecer en los últimos años y se considera que la provisión de petróleo y de gas natural están

garantizadas para el próximo medio siglo². De ahí, que el problema radique en la distribución de estas reservas y en la geopolítica que se deriva de la disponibilidad geográfica de las mismas.

América Latina es una región que ha transitado a la democracia³ con una gran riqueza natural y con altos niveles de pobreza y desigualdad. El gráfico 1 muestra las reservas probadas de petróleo en el mundo y señala que la región latinoamericana es el territorio con mayor porcentaje después de Oriente Medio.

Gráfico 1: Reservas probadas de petróleo en el mundo en 2009

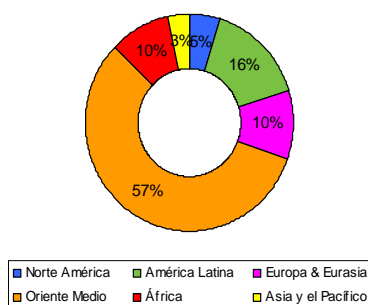
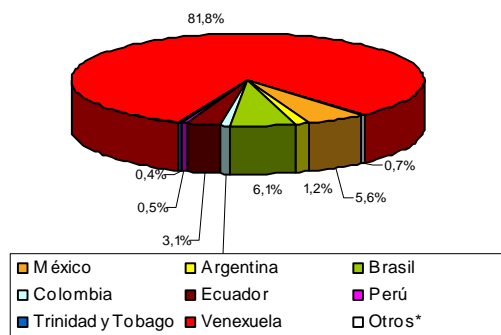


Gráfico 2: Reservas probadas de petróleo en América Latina



Fuente: Elaboración propia en base a datos de BP 2010.
*América Latina incluye México

Los datos para América Latina señalan un aumento de su porcentaje en la oferta mundial debido al descubrimiento de nuevos yacimientos petrolíferos, principalmente en Brasil, y al elevado porcentaje de reservas de Venezuela, que concentra el 70% de todo el hidrocarburo disponible en la región (OLADE, 2009). La región disponía en 2008, por tanto, del 11% de las reservas mundiales de petróleo, porcentaje sólo superado por el 60% de Oriente Medio.

En el interior de la región, la distribución de las reservas de petróleo es ciertamente inequitativa, de ahí la necesidad de avanzar en la cooperación energética interregional. Como se observa en el gráfico 2, Venezuela concentra el 80% de las reservas de petróleo de la región, seguido lejanamente por Brasil (6,1%), México (5,6%), Ecuador (3,1%), Argentina (1,2%) y Colombia (0,7%). No obstante, en el año 2010, la distancia entre Brasil y Venezuela se ha reducido notoriamente debido a los nuevos yacimientos petrolíferos hallados en el campo Tupí y en la costa de Río de Janeiro. Asimismo, Ecuador ha experimentado un importante avance desde finales de la década de los

² OLADE (2009) estima que en 2008 las reservas mundiales de petróleo eran de 1.264,663 mmbbl (miles de millones de barriles), concentrándose el 60% en Oriente Medio y el 11% en América Latina y el Caribe. Las de gas natural se calculan en 185.435 gm³ (miles de millones de metros cúbicos), con un 41% depositados en Oriente Medio, un 31% en Rusia y Europa oriental y sólo un 4% en América Latina.

³ Freedom House considera a Cuba el único país no libre de América Latina. Se puede consultar el informe sobre Cuba en <http://www.freedomhouse.org/uploads/translations/spanish/2010%20Freedom%20in%20the%20World%20-%20Cuba%20-%20SPANISH.pdf>.

ochenta, época en la que partía con niveles inferiores al caso colombiano. Por otra parte, países como Argentina y Colombia han visto disminuidas sus reservas de petróleo en los últimos años de la primera década del siglo XXI.

Otra de las fuentes primarias energéticas más importantes del sector de los hidrocarburos es el gas natural. América Latina cuenta con el 4% de las reservas mundiales. Este porcentaje está concentrado principalmente en Venezuela, país que cuenta con el 64% de las reservas probadas del área. A gran distancia le siguen Bolivia (7%), Brasil (6), México y Trinidad y Tobago (6) y Argentina (4). Sin embargo, el crecimiento de la producción de algunos países durante la última década ha supuesto un importante impulso para el crecimiento energético de la región, que así ha pasado de producir 129,1 gm^3 (miles de millones de metros cúbicos) en 1999, a 211,1 en 2009⁴.

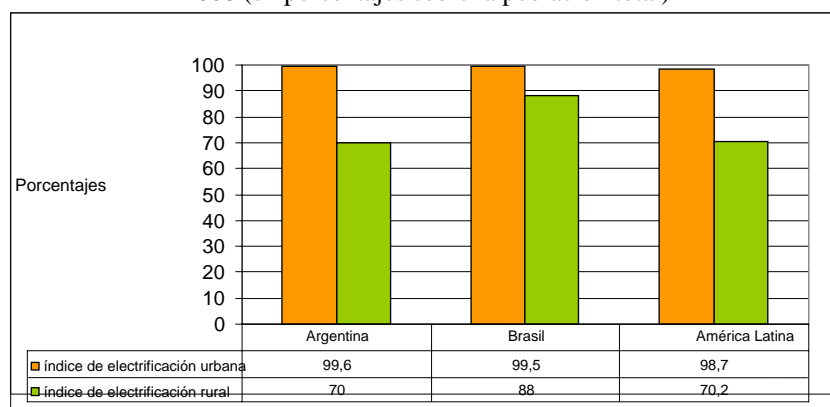
En cuando al sector eléctrico, su relevancia está directamente relacionada con el desarrollo económico y social. Así, a medida que un país se vuelve más productivo demanda más electricidad para su funcionamiento, y una mayor cobertura de los servicios de electricidad está estrechamente relacionada con las condiciones de equidad que goza su población, pues el acceso a los mismos, así como a los de agua potable y saneamiento son condiciones indispensables para construir sociedades justas.

América Latina y el Caribe producen el 6% de la electricidad mundial. Dicha oferta es un 53% de procedencia hidráulica, en un 45% térmica y en un 1% nuclear, porcentaje igual al que proviene de energías fotovoltaicas y eólicas. Esos datos indican que la generada por el agua es un recurso determinante para el desarrollo eléctrico de la región. Sin embargo su potencial hidroeléctrico está desigualmente distribuido. Brasil concentra un 42%, Colombia un 16, Perú un 10, México un 9, Venezuela un 7 y Argentina otro 7. Un aspecto que refleja específicamente esta desigualdad energética en la región es la cobertura eléctrica, entendida como “el porcentaje de viviendas que cuentan con suministro de electricidad” (OLADE, 2003: 10).

El índice de electrificación elaborado por la Agencia Internacional de la Energía (AIE) diferencia entre zonas rurales y urbanas, lo que permite tener una visión más exacta de la realidad. Así, el gráfico 3 refleja que en los dos casos analizados y para el conjunto de la región, la cobertura eléctrica en las zonas rurales es sustancialmente inferior a la de las zonas urbanas. Este hecho hace hincapié en la necesidad de regular el servicio eléctrico y en que las agencias encargadas de esta función consideren el acceso universal como un objetivo prioritario.

⁴ México ha pasado de producir 37,1 gm^3 en 1999 a 58,2 en 2009; Argentina de 34,6 a 41,4; Bolivia de 2,3 a 12,3; Trinidad y Tobago de 11,7 a 40,6 (BP, 2010: 24).

Gráfico 3. Índices de electrificación urbana y rural en Argentina, Brasil y América Latina y el Caribe, 2008 (en porcentajes sobre la población total)



Fuentes: ARE (2010); AIE (2010).

Las características específicas del servicio de electricidad, su coste y la baja rentabilidad de llevar la red a zonas poco pobladas, con población dispersa y/o alejada de las grandes concentraciones humanas, han impulsado el desarrollo de opciones alternativas, como los sistemas autónomos de generación, que además utilizan principalmente fuentes de energía renovables, eólica, solar o fotovoltaica.

La producción latinoamericana de biocombustibles, especialmente de etanol a partir de la caña de azúcar, ha pasado de 256.913 kbep (miles de barriles equivalentes de petróleo) en 1999 a 389.003 en 2008, siendo Brasil el líder, no sólo a escala regional, sino también mundial, con 318.459 en 2009 (Santamaría, 2009: 105), pero con otros países destacados. Correlativamente la demanda de estos combustibles ha aumentado en la última década, principalmente debido al incremento de la oferta de etanol, que en 2008 llegaba a 72.475.103 m³, con Brasil igualmente a la cabeza, seguido de Colombia, Paraguay y Costa Rica (OLADE, 2009: 56).

Sintetizando, esta breve descripción de la matriz energética de América Latina y el Caribe ha puesto de manifiesto el potencial energético de la región, al mismo tiempo que ha justificado la importancia de analizar la regulación del sector energético en Argentina y Brasil. Pues ambos se sitúan en el grupo de países que encabeza el liderazgo energético regional. Si bien los datos para el caso brasileño son muy alentadores, los datos para el caso argentino se muestran ciertamente más tímidos y reflejan un agotamiento de la matriz energética basada en el gas natural, debido a la falta de inversión en proyectos de exploración en la última década.

En definitiva, los párrafos previos han puesto de manifiesto la riqueza natural que posee la región y, específicamente, Argentina y Brasil, pero para que esta riqueza se traslade equitativamente a la ciudadanía se requiere de instituciones eficientes. De ahí que en los próximos apartados se analice el desempeño de las instituciones encargadas de regular el sector energético brasileño, dentro de su marco regulatorio de creación y del contexto político institucional en el que se insertan.

3. Hacia un Estado Regulador

La crisis fiscal que vivió América Latina en la década de los 80 conllevó una reforma centrada en el desintervencionismo estatal plasmado en las orientaciones neoliberales del Consenso de Washington (Lora 2007, Oszlak y Gantman 2007, Bresser Pereira 1997, Lechner 1995). Estos ajustes estructurales limitaron el papel del Estado debilitándolo y agravando situaciones previas. Todo esto condujo al replanteamiento, en los años noventa, de la necesidad de fortalecer el papel del Estado para que lograra cumplir con sus tareas clásicas al mismo tiempo que garantizara los derechos sociales y promoviera la competitividad del país.

Dentro de esta corriente reformista se promovió la necesidad de modificar el modelo burocrático-administrativo de dirección del Estado hasta entonces existente en la mayoría de los países de América Latina. Sustituyéndose por otro basado en el gerencialismo y en la “terciarización” o “publicitación” que supliera las limitaciones del Estado frente a las numerosas privatizaciones que se habían llevado a cabo en la mayoría de sectores y países de la región desde mediados de los años ochenta.

Esta reforma se centraba en la necesidad de regular los servicios y bienes públicos privatizados para garantizar los derechos de proveedores y consumidores en un entorno competitivo. Así comenzaron a crearse agencias reguladoras de los servicios privatizados más importantes, principalmente servicios de red, telefonía, electricidad, transporte, agua y servicios postales, en prácticamente toda América Latina.

Por ende, la reestructuración del Estado en América Latina comenzó en la década de los noventa con la proliferación de las agencias reguladoras autónomas, a las que la región se ha mostrado ciertamente receptiva. En tal sentido, Jordana y Levi-Faur (2005) facilitan el análisis de las agencias reguladoras a través del estudio que llevaron a cabo en 19 países latinoamericanos, centrándose en 12 sectores, desde principios de 1920. Este análisis corrobora el crecimiento exponencial de las agencias reguladoras autónomas en la región, de tal forma que muestra como, de las 43 agencias existentes en 1979 (la mayoría en el sector financiero), el número global se ha multiplicado por tres hasta alcanzar un total de 134 agencias a finales de 2002 (Jordana y Levi-Faur, 2005:5).

El auge de las agencias reguladoras experimentó un crecimiento por sectores, siendo el sector bancario el que abrió el camino, marcando el ritmo y definiendo las estructuras reguladoras, destacando como casos propulsores el caso colombiano y chileno. En la actualidad⁵, y siguiendo con el estudio de Jordana y Levi-Faur (2005), se observa que los sectores se pueden clasificar en tres grupos según la cantidad de agencias o autoridades reguladoras. En un primer grupo, donde el número de agencias es sustancialmente elevado, se localizan los servicios financieros, los sistemas bancarios y los mercados de títulos y valores. Un segundo grupo, con un número moderado de agencias, es el relativo a las telecomunicaciones y la electricidad. Finalmente, un tercer grupo, caracterizado por un bajo volumen de agencias reguladoras, es el conformado por el sector de la seguridad alimentaria, el área medioambiental y los servicios postales.

⁵ En base a datos relativos de finales de 2002.

Estos datos afirman que América Latina ha caminado hacia un Estado regulador basado en el modelo de regulación por agencia, pero la evolución del mismo a través de los países ha sido muy diversa. De ahí la importancia de conocer los aspectos teóricos de este modelo para entender sus diferentes resultados.

4. Modelo de regulación por agencia

La creación de estas agencias ha estado dirigida a la regulación de servicios y bienes de carácter público, que a partir de la ola de privatizaciones que comenzó a finales de los ochenta iban a ser provistos por empresas privadas. No obstante, la creación de agencias independientes no ha sido la única forma de regulación estatal de la economía. Junto a este modelo Melo (2001:56) identifica tres formas más de regulación. En primer término señala la propiedad pública de sectores, seguida de la regulación directa por parte de departamentos u organismos burocráticos del gobierno, carentes de autonomía alguna, y, en tercer lugar, las diversas formas de auto-regulación realizadas a través de arreglos corporativistas.

A estas tres formas, junto al modelo de regulación por agencia, puede añadirse la “regulación por procesos”. Este modelo “se basa en la creación de un sistema descentralizado de instrumentos, prácticas e instancias de ejercicio de la función reguladora”, pero para que este modelo sea efectivo es necesario que se den las condiciones de mercado competitivo moderno a nivel local (Corrales, 1998:372)⁶.

No obstante, todas estas formas de regulación pueden ser agrupadas bajo dos enunciados categóricos: regulación endógena o regulación exógena. Respondiendo la primera a la regulación establecida bajo la propiedad pública y la segunda bajo la propiedad privada (Melo, 2001; Nahón y Bonofiglio, 2007).

Desde mediados de los ochenta la adopción del modelo de regulación por agencia independiente ha vivido una expansión a nivel mundial⁷, a pesar de que en los últimos años en América Latina el proceso se ha ralentizado dejando paso, en algunos países como Venezuela, Bolivia, Ecuador o Argentina, a la reestatización de determinados servicios de red como el energético y el de agua potable y saneamiento.

A pesar de esta nueva tendencia renacionalizadora no puede obviarse la preeminencia regional de la regulación de la prestación de bienes y servicios públicos privatizados a través de organismos reguladores. Esta regulación de carácter exógeno sobre la propiedad privada se justifica principalmente en la necesidad de regular la prestación de servicios públicos de infraestructura de naturaleza monopólica, como son la gran mayoría de servicios de red (Nahón y Bonofiglio, 2007:1097).

⁶ El máximo exponente de este modelo es el sistema de prestación de servicios de agua potable y saneamiento francés, que se caracteriza por regular a través de la competencia por el mercado que se genera entre los agentes operadores dentro de un marco legal general adaptado a las condiciones locales establecidas en los contratos de concesión.

⁷ Sobre la difusión de las agencias reguladoras a nivel mundial ver el análisis detallado de Jordana, Levi-Faur y Fernández i Marín (2009). Su conjunto de datos recoge la creación de agencias en 16 sectores y 48 países a lo largo de más de 88 años (1920-2007) y revela la dinámica de la difusión de estas nuevas organizaciones.

Junto a este carácter de monopolio natural de la prestación de los servicios de red se añaden como razones justificativas de la regulación las características estructurales de este tipo de servicios (suministro de electricidad, el abastecimiento de agua o las comunicaciones telefónicas) tales como (Corrales, 1998: 346; Nahón y Bonofiglio, 2007:1099):

- economías de escala: a mayor producción menor coste unitario garantizado por la prestación mediante una única empresa
- economías de alcance: abaratamiento en la prestación de varios servicios por una única empresa
- el requerimiento de elevadas inversiones que limitan la entrada de nuevos operadores
- competencia sujeta a la disposición geográfica del recurso, principalmente en los servicios energéticos y de abastecimiento de agua potable.

Todos estos factores establecen condiciones de partida difíciles para la mejora del rendimiento del servicio en función de la competitividad, de ahí la necesidad de regular su prestación mediante la figura de agencias independientes, que no puedan ser sometidas a una “cooptación bifronte” (Vispo, 1999), es decir, que no puedan ser capturadas ni por intereses políticos oficialistas ni por las empresas prestadoras del servicio.

La función principal de estos organismos (junto a las de sancionar, fiscalizar y mediar) es regular. La regulación como concepto ha sido ampliamente tratada dentro de la línea teórica sobre reforma del Estado. Entre las diferentes definiciones sobre regulación encontramos aquella que recoge Sancho, y que retoma de Baldwin y Cave, que comprende la regulación como “las acciones con origen en un actor o agencia pública, dirigidas al control del desarrollo de la actividad de los agentes de un determinado sector o mercado. De esta forma, *sigue apuntando Sancho*⁸, se entiende que el término regulación engloba un conjunto variado de formas de control que limitan, de acuerdo con la regla, las elecciones y las actividades de los sujetos presentes en una arena sectorial” (Baldwin / Cave, 1999, en Sancho 2003).

Una definición más breve, pero que capta la esencia principal de la labor para la que fueron creadas estas agencias es la que nos ofrece Saravia (2004:5), entendiendo la regulación como “la actividad normativa atribuida a un organismo especial para alcanzar los objetivos que a él corresponden. De tal forma, cada agencia reguladora tiene la capacidad normativa necesaria para el cumplimiento de los fines establecidos en sus normas de creación”.

Estas dos definiciones de regulación ponen de manifiesto el objetivo final de este tipo de organismos: el control de la prestación de los servicios por parte de las empresas privadas en defensa de los usuarios o consumidores.

Este control queda ampliamente definido en leyes que van a ser los marcos regulatorios bajo los que se crean dichas agencias y se establecen sus funciones y potestades. Pero, a pesar de la existencia de marcos que delimitan el alcance funcional de estos organismos, existe toda una polémica en la teoría democrática en torno a la cuestión su

⁸ Cursiva propia.

responsabilización. De tal forma, el hecho de que los directivos de estas agencias no sean electos por los ciudadanos plantea un dilema de imputación de responsabilidades.

Los argumentos que justifican la delegación de autonomía a estas agencias se centran en dos tipos de ideas. Por una parte, tras las privatizaciones había que garantizar las inversiones de las empresas y la certidumbre de estas ante posibles “expropiaciones administrativas” de rentas (como congelamiento de tarifas o reestatización) derivadas de cambios de gobierno. Es decir, a través de la delegación de autoridad en entidades independientes se dotaba de credibilidad a la protección de la propiedad privada, incentivándose la inversión, y se aseguraba que las nuevas empresas privadas prestadoras del servicio cumplieran lo establecido en las licitaciones, garantizándose tasas y calidad del servicio, y evitándose así fallos de mercado (Correa, Pereira y Mueller, 2006:4).

Por otra parte, la delegación de poderes del ejecutivo en agencias independientes se justifica en principios racionales de adquirir credibilidad regulatoria. La cual se consigue a través de una estrategia de renuncia de poderes de decisión política basada en un pre-compromiso que se asume en relación al futuro. Así, los gobernantes aseguran que los contratos de concesión serán respetados en el futuro y que no habrá cambios en las reglas del juego, dando credibilidad a su mandato y certidumbre política a contextos coyunturales (Melo, 2001:63-64)⁹.

La contrapartida a esta delegación de poderes es la responsabilidad que asume quien los recibe. Para asegurar esta responsabilidad existen diferentes tipos de control, externo e interno, que limitan la discrecionalidad de los agentes regulatorios.

El control por parte del Ejecutivo o El *accountability* gubernamental se establece principalmente a través de las directrices políticas delineadas por el ministerio bajo el que se inscriben las agencias reguladoras. Es decir, todos estos organismos están vinculados al ministerio del sector que regulan, de ahí su carácter autárquico y no autónomo. A su vez, el gobierno puede controlar la actividad de estos entes mediante secretarías de control interno.

Asimismo, el hecho de que las agencias reguladoras hayan sido creadas por decreto o por ley infiere un control de origen derivado del sometimiento a debate parlamentario de aquellas que fueron creadas por ley y la omisión del mismo en las que fueron por decreto. Además, las agencias reguladoras tendrán que rendir cuentas ante el legislativo a través de organismos vinculados al congreso como los tribunales de cuentas (Spiller, 1999: 9-10; Oszlak y Felder, 2000: 24; Thwaites y López, 2003: 76-80; Urbiztondo, Artana y Navajas, 1998: 8-9).

También puede considerarse una forma de control el mecanismo de nombramiento de los directivos de estas entidades, que en su gran mayoría son nombrados por el

⁹ A estos dos tipos de argumentos sobre delegación de gobernantes en agencias reguladoras ha de añadirse otro de carácter principal para el caso norteamericano, que se centra en el papel del legislativo como control de las agencias reguladoras, ampliamente esbozado en Melo (2001). En palabras del propio Melo (2001:57) se puede resumir el argumento en la idea de que “en los Estados Unidos el formato de agencia independiente fue una innovación organizacional que resultó de un mecanismo a través del cual el congreso delegaba funciones a las agencias sin que eso implicara un fortalecimiento excesivo del Poder del Ejecutivo norteamericano”.

presidente de la república, con la aprobación del Senado, una Comisión Bicameral o tras haber sometido el cargo a un concurso público. A lo que se añade el hecho de que la temporalidad de los cargos no debe ser coincidente con el período gubernamental y, generalmente, se establece un período de cuarentena en el que se prohíbe a cualquier directivo formar parte de las empresas reguladas por la agencia que dirigía.

Por otra parte, existe un control de carácter externo o supranacional ejercido por las Entidades Fiscalizadoras Superiores que establecen orientaciones normativas de funcionamiento, que generalmente han sido adoptadas por la mayoría de países latinoamericanos.

Sintetizando, “el diseño de los organismos reguladores ha prestado atención en distintas formas a su composición, a la selección y remoción de sus miembros y a su financiamiento, además de obligaciones, restricciones y potestades, con el fin de aislarlos de presiones cortoplacistas desde el gobierno. Sin embargo, esta preocupación sobre el diseño de los nuevos entes basado en el aislamiento institucional *per se*, sustentado en la autarquía financiera y política, no resulta suficiente para garantizar la imparcialidad y estabilidad del criterio del regulador, sino que también debe considerarse la posibilidad de una situación opuesta: la ‘captura’ del regulador por parte de la empresa regulada” (Saravia, 2004:3-4).

Una visión completa hace necesario incidir en la literatura sobre las agencias reguladoras que ha identificado las fallas que presenta el modelo de regulación por agencia, entre las que Majone (1996) destaca¹⁰:

- insuficiente responsabilización política de este tipo de organismos independientes ante los ciudadanos
- captura de los agentes reguladores por parte de las empresas reguladas
- supercapitalización
- regulación no competitiva
- objetivos difusos referidos a los intereses públicos
- coordinación débil entre diferentes reguladores

En función de lo expuesto, y siguiendo el argumento de Nahón y Bonofiglio (2007:1104-105), se pueden agrupar los fallos del modelo regulatorio por agencia en dos tipos: económicos y políticos. Derivándose los primeros de la información asimétrica entre regulador y regulado que conlleva costes administrativos y resultados ineficientes derivados de la intervención. Y los segundos aludiendo a “problemas de agenda” derivados de la relación establecida entre principales y agentes en el proceso regulador.

Estos argumentos ponen de manifiesto la dificultad de que las agencias reguladoras sean neutrales y logren cumplir con integridad los principios básicos que las definen. Sin embargo, los aspectos positivos de su creación parecen haber pesado más, tal y como constata el incremento de estos organismos desde los años noventa hasta el momento presente. Existiendo un gran consenso sobre la necesidad de mantener este tipo de organismos reguladores (Stark, 2000, Abar, 2003, Nahón y Bonofiglio, 2007), pues son considerados mecanismo fundamentales para el fortalecimiento institucional.

¹⁰ Enumeración recogida en Melo (2001:56) –traducción propia-. Majone (1996) enumera los fallos del modelo de regulación por agencia junto a los fallos del modelo de regulación por el Estado, considerados ambos tipos de regulación pública.

Por ende, la autonomía se contempla con una variable determinante para garantizar la excelencia técnica, mientras que se identifican diversos mecanismos para minimizar el déficit democrático centrados en la creación de una buena estructura de gobernanza regulatoria, tales como transparencia, requerimientos procedimentales y participación pública (Majone, 1999). A su vez, esta gobernanza requiere de un contexto institucional favorable caracterizado por aspectos como la verdadera separación de poderes, reglas constitucionales que limiten el poder legislativo del presidente, federalismo, estableciéndose competencias distintas para niveles específicos de poder y legislativos bicamerales (Melo, 2001:64)¹¹.

En síntesis, la independencia de las agencias reguladoras es una característica imprescindible para el correcto desempeño de su función, más cuando estamos hablando de instancias que protegen al ciudadano frente a la rigidez burocrática del sistema administrativo, lo que torna más democrática la gestión pública. Evidentemente, la existencia de estas agencias no es garantía automática de una mayor flexibilización del sistema, ya que ellas mismas pueden caer en el error de burocratizarse y aislarse, de ahí la importancia del modelo organizacional que adopten.

5. Límites a la regulación del sector energético en Argentina y Brasil

En este apartado se examinan las agencias reguladoras del sector energético de Brasil y Argentina en función de las premisas teóricas presentadas. Mediante las cuales se tratarán de identificar los mecanismos de control que garantizan la neutralidad de las agencias y que evitan su aislamiento burocrático, a los que se denominará límites normativos, así como los mecanismos que utiliza el gobierno para interferir en el desempeño de la regulación, que en unos casos responderán a circunstancias coyunturales y en otros a injerencias políticas, que recibirán la etiqueta de interferencias gubernamentales.

5.1. Regulación del sector energético argentino

Las principales regulaciones en Argentina tuvieron lugar durante la década de los años noventa, concretamente entre 1990 y 1993 y tras la aprobación de la Ley de reforma del Estado de 1989, bajo la presidencia de Carlos Menem, que permitía la privatización de empresas públicas. El primer sector en ser regulado fue el financiero¹² y seguidamente el de las infraestructuras de energía. Concretamente el primer servicio aquí regulado fue el de la electricidad, a través de la creación por la Ley N° 24.076 de 1992 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), y, casi paralelamente en el tiempo el del gas, con la creación del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) mediante la Ley N° 24.065 de 1992.

El ENRE fue creado por ley para implementar la política nacional en materia energética que dicta el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (Secretaría de energía), bajo el que se adscribe. Está dirigido por un órgano colegiado

¹¹ Traducción propia.

¹² Junto al Banco Central, otros de los entes autónomos que funcionan como tal desde la década de los ochenta son, la comisión Nacional de Valores y la Comisión para la Defensa de la Competencia.

de cinco miembros: un presidente, un vicepresidente y tres vocales. Estos directivos son nombrados por el Poder Ejecutivo de la Nación¹³ previa comunicación y aceptación de una Comisión Bicameral del Congreso Nacional¹⁴. Su mandato es fijo, por cinco años, pero puede ser renovado indefinidamente.

Originariamente, el Poder Ejecutivo nombraba directivos a personas que debían tener antecedentes técnicos y profesionales en la materia, propuestas por la Secretaría de Energía. En 2001, la Resolución de la Secretaría de Energía 245/2001 introdujo un proceso selectivo para cubrir los puestos vacantes del directorio. Se trataba de una serie de concursos públicos que debían aplicarse previamente a la selección de los directivos del ENRE y del ENARGAS. A esta resolución sucedieron otras (Resolución S. E. N° 74/02 y Resolución S. E. N° 123/2003) convocatorias abiertas que no fueron completadas.

Estos mecanismos no duraron mucho tiempo y prácticamente no llegaron a implementarse, incumpléndose así la ley tal y como lo denuncia la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) emprendiendo, junto a otras asociaciones civiles, acciones judiciales contra el Poder Ejecutivo Nacional, para que cumpla con el procedimiento establecido en el ordenamiento vigente sobre la designación de los órganos colegiados de los dos organismos que nos ocupan¹⁵.

La Ley 24.076 regulaba la privatización de la empresa Gas del Estado a través de la creación del ENARGAS y definiendo el marco regulatorio de las actividades de transporte, producción y distribución del gas. Esta normativa es ciertamente similar, en términos estructurales, a la ley de energía eléctrica. De manera que, al igual que el ENRE, el ENARGAS está dirigido por cinco directivos: un presidente, un vicepresidente y tres vocales. Asimismo, su mandato es fijo, cinco años, pudiendo ser reelegidos indefinidamente¹⁶.

Los miembros del órgano colegiado son designados por el Poder Ejecutivo Nacional¹⁷ previa comunicación a una Comisión Bicameral del Congreso Nacional, la cual dispondrá de 30 días para emitir un dictamen, plazo tras el cual el Poder Ejecutivo podrá decidir y efectuar sus nombramientos.

De lo expuesto hasta el momento se deduce que el modelo regulatorio de Argentina se caracteriza por estar sometido a cambios normativos constantes que han llegado a originar, en la práctica, problemas de superposición de normas. Este constante desfase entre cambios normativos y práctica en el sistema regulatorio, desveló una disfuncionalidad institucional de fortalecimiento del modelo (Urbiztondo, Artana, Navajas, 1998:3). Es decir, se podría considerar que esta vorágine legislativa y su

¹³ Dos de los miembros deben ser propuestos por el Consejo Federal de Energía.

¹⁴ Ley 24.065, Arts. 58 y 59.

¹⁵ A tal respecto véase el documento “La situación institucional actual en los entes de control de servicios públicos” elaborado por la ACIJ y disponible en: <http://www.acij.org.ar/>. O también en el “Informe de la sociedad civil en el marco de la segunda ronda del mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención interamericana contra la corrupción” publicado por la Fundación Poder Ciudadano en: <http://www.poderciudadano.org/files/INFORME%20SOC%20CIV%20ARGENTINA.pdf>.

¹⁶ Ley 24.076 Arts. 53-55.

¹⁷ Dos miembros serán propuestos por los gobernadores de las provincias, ya que el ente tiene jurisdicción sobre todo el país y así se intenta mitigar la escasa representación de los intereses provinciales.

incumplimiento u olvido son mecanismos que facilitan las injerencias gubernamentales que derivan en una cooptación política de los organismos reguladores.

La tabla 1 enumera todos los presidentes y directores generales que han tenido hasta el momento las cuatro agencias reguladoras analizadas. Asimismo, recoge aquellos directivos que han estado al frente de la agencia cuando se ha dado un vacío de presidencia o una intervención gubernamental.

Tabla 1. Presidentes de las agencias reguladoras ENARGAS, ENRE, ANEEL, ANP.

ORDEN DE MANDATO	AGENCIA	DIRECTIVO	CARGO
1°	ENARGAS	R. E. García	Presidente
2°	ENARGAS	J. A. Repar	Vicepresidente
3°	ENARGAS	H. Formica	Presidente
4°	ENARGAS	F. Madaro	Presidente
5°	ENARGAS	J. C. Pezoa	Interventor
6°	ENARGAS	A. L. Prosanto	Interventor
1°	ENRE	C. A. Mattausch	Presidente
2°	ENRE	A. E. Devoto	Vicepresidente
3°	ENRE	J. A. Legisa	Presidente
4°	ENRE	J. C. Molina	Vocal
5°	ENRE	R. A. Martínez Leone	Vicepresidente
6°	ENRE	M. De Casas	Presidente
1°	ANEEL	J. M. Abdo	Director General
2°	ANEEL	E. Ellery	Director General Interino
3°	ANEEL	J. Kelman	Director General
4°	ANEEL	E. Santana	Director General Interino
5°	ANEEL	N. Hubner	Director General
1°	ANP	D. Zylbersztajn	Director General
2°	ANP	J. Colombi Neto	Director General Interino
3°	ANP	S. Do Rego Barros Netto	Director General
4°	ANP	H. B. Rodrigues Lima	Director General

Fuente: elaboración propia

En el caso argentino observamos que el ENRE a lo largo de su historia ha tenido tres vacíos de poder, quedando el órgano colegiado incompleto. Esta situación se dio de febrero a octubre de 1997 por primera vez, quedando liderado el organismo por el vicepresidente A. E. Devoto. En segundo lugar de febrero a junio de 2003, asumiendo la dirección del ente el vocal J. C. Molina. Y en tercer lugar entre junio de 2003 y diciembre de 2007, tiempo en el cual la cabeza visible de la agencia fue el vicepresidente R. A. Martínez Leone. Observando que estos dos últimos periodos fueron consecutivos, se constata que durante cinco años, de febrero de 2003 a diciembre de 2007, el ENRE no tuvo presidente, a pesar de que la Secretaría de Energía Nacional había dictado diferentes resoluciones para cubrir el cargo mediante convocatorias abiertas, tal y como se apuntó anteriormente.

En la trayectoria directiva del ENARGAS se observan tres periodos de vacío presidencial. El primero de ellos se dio entre marzo de 1998 y junio de 1999, quedando el órgano liderado por el vicepresidente J. A. Repar. El segundo y tercer periodo no corresponden como tal a un vacío de presidencia sino a un cambio en la estructura organizacional del directorio que se extiende a la actualidad. Así, en mayo de 2007, con la renuncia del presidente F. Madaro establecida en el Decreto 539/007 tras el escándalo del caso Skanska¹⁸, se abre un periodo de excepción mediante la intervención del ente primero por J. C. Pezoa, desde mayo a diciembre de 2007, y seguidamente por A. L. Prosanto, cuya intervención permanece actualmente.

¹⁸ El Decreto 539 establecía la renuncia de siete gerentes y del presidente Madaro, designado por Nestor Kirchner en junio de 2004, por su vinculación con el caso Skanska Argentina S.A. (empresa sueca que reconoció haber pagado sobornos para adjudicarse la construcción de dos gaseoductos). Para ampliar información ver expediente ENARGAS N° 8934/04.

En su origen, estas dos intervenciones pueden ser entendidas como interferencias del Poder Ejecutivo Nacional frente a las irregularidades detectadas en el funcionamiento por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN). De forma que este control o límite debería tener carácter coyuntural, tal y como se establecía en el Decreto 571/2007 que disponía la *intervención transitoria del organismo regulador*. Se designó interventor a J. C. Pezoa por un periodo de ciento ochenta días, que se vio prolongado por la sucesiva intervención de A. L. Prosanto.

La particularidad del caso argentino radica en el hecho de que esta intervención se ha prolongado consecutivamente a pesar de las resoluciones judiciales y el proyecto de ley de la Cámara de Diputados de la Nación que instaban al Poder Ejecutivo Nacional a retomar la estructura del órgano colegiado recogida en el marco jurídico, haciendo cumplir las resoluciones de la Secretaría de Energía que obligan a celebrar oposiciones para cubrir dichas plazas¹⁹. Estos hechos permiten afirmar que interferencia política justificada en la primera intervención, transcurridos más de cuatro años, ha pasado a ser una injerencia gubernamental en los últimos tiempos.

Otra particularidad del caso argentino en la que podríamos identificar injerencias gubernamentales sería la de la ley de emergencia económica de enero de 2002²⁰. Con su aprobación las funciones de los entes reguladores se vieron disminuidas, reduciéndose su autonomía, en *pro* de una ley que otorgaba al gobierno la facultad de renegociar con las empresas privadas los contratos de concesión de servicios públicos. Así, se delegaban grandes facultades al Poder Ejecutivo Nacional en materia financiera que limitaban la capacidad reguladora de los entes mediante la congelación de tarifas y su control presupuestario.

Inicialmente, la ley de emergencia económica se estableció para un año, pero se ha prolongado año tras año hasta el 2011, año en el que todavía queda por ver si se vuelve a prolongar. Esta ley ha influido determinantemente en el funcionamiento del sistema regulatorio argentino, limitando las funciones establecidas en los marcos legales de los entes.

Resulta cuestionable la prolongación de una ley de carácter excepcional en un momento en el que el propio Gobierno argentino corrobora el crecimiento y estabilidad económicos del país. Es decir, nuevamente encontramos una interferencia política justificada en su fase inicial que en la actualidad habría derivado a una injerencia gubernamental.

Los aspectos señalados del modelo argentino revelan debilidades que pueden socavar la autonomía de los entes mediante la cooptación gubernamental. No obstante, normativamente se han establecido criterios de independencia centrados en el

¹⁹ El proyecto de ley registrado con el N° de expediente 6751-D-2010 sobre la “Normalización de los entes reguladores de servicios públicos de jurisdicción nacional” establece en su Art. 4. que el Poder Ejecutivo no podrá decretar una nueva intervención de un ente sino una vez transcurridos trescientos sesenta días desde la finalización de la anterior.

²⁰ La ley de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario N° 25.561 de se aprobó en plena crisis económica como medida excepcional que otorgaba al gobierno la facultad de renegociar las licitaciones con las empresas privadas, sin necesidad de una ley del Congreso.

financiamiento de los entes, pues en el caso argentino se estableció que los entes reguladores deben conseguir sus propios recursos. En consonancia, al igual que para el caso brasileño, en Argentina las agencias reguladoras disponen de recursos propios derivados de tasas de regulación y fiscalización cobradas a los operadores y usuarios.

Existen notables diferencias de financiación por la dependencia que ésta tiene respecto a las empresas que prestan los servicios regulados. Esta vinculación conlleva problemas de incentivos, pues los incrementos tarifarios aumentan los recursos del ente. Para solventar este problema se formuló “el requerimiento de incluir los presupuestos de los entes reguladores dentro del Presupuesto Nacional, de manera que la alícuota fuese variable de acuerdo a la revisión que se practicara, y dispone que se tratase de un monto fijo en vez de una alícuota porcentual” (Urbiztondo, Artana y Navajas, 1998: 10).

Esta premisa introduce control político a las agencias reguladoras por parte del Congreso, pero finalmente este esfuerzo se ve solapado por la arbitrariedad con la que el Poder Ejecutivo dispone de los fondos recibidos por los entes o agencias reguladoras, hecho que también se da en el caso Brasileño. (Saravia, 2004:9).

Por otro lado, el Congreso Nacional creó un órgano específico para el control de la aplicación de la Ley de Reforma del Estado, la Comisión Bicameral de Seguimiento de la Reforma del Estado y las Privatizaciones. También los entes reguladores argentinos están sometidos a un control externo ex - post del Congreso, que se ejerce a través de la Auditoría General de la Nación, órgano técnico y en términos prácticos autónomo, ya que está dirigido por un miembro del primer partido político de la oposición, y su función es controlar las privatizaciones y los entes reguladores (Saravia, 2004: 10); (Urbiztondo, Artana y Navajas, 1998: 11).

En último lugar, estos organismos también son controlados por organismos internacionales. Argentina, al igual que Brasil, ha adoptado las orientaciones de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). Efectivamente estas no dejan de ser orientaciones y ello les resta eficacia.

En definitiva, aún considerando que el modelo regulatorio argentino presente fallos y debilidades que podrían ser superados por los mecanismos de control o límites políticos apuntados, se puede concluir que su marco regulatorio energético reúne los principios normativos básicos para el desempeño correcto de la función reguladora, sin embargo, el contexto político e institucional en el que se inserta ha condicionado su eficiencia en base a interferencias políticas que se han convertido en injerencias prolongadas.

5. 2. Regulación del sector energético brasileño

Las reformas constitucionales de 1995 llevadas a cabo bajo el primer mandato de Fernando Henrique Cardoso permitían la participación de actores privados en determinados servicios públicos. Principalmente aquellos que pasaron a ser provistos por empresas privadas fueron los de electricidad, agua y alcantarillado, telecomunicaciones y transportes, entre otros.

Al igual que el resto de países de la región, Brasil comenzó a preocuparse por la necesidad de fortalecer la función reguladora del Estado sobre los servicios públicos que

habían sido privatizados. Con la finalidad de encontrar un equilibrio entre el Estado y los intereses de la sociedad civil y los agentes económicos²¹, intentó fortalecer el nuevo marco regulador a través de la creación de organismos o agencias que se basaran en el principio de autonomía.

Aunque previamente se habían creado algunas agencias de producción y comercio de productos nacionales, la verdadera revolución reguladora tuvo lugar durante la década de los noventa. En esta década se crea la Agencia Nacional de la Energía Eléctrica (ANEEL), la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL), la Agencia Nacional de Petróleo (ANP), la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA), la Agencia Nacional de Salud Suplementaria, (ANS), la Agencia Nacional de Aguas (ANA), la Agencia Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), y la Agencia Nacional de transporte Acuático (ANTAQ)²².

El establecimiento de las agencias tuvo su impronta estatalmente, de tal forma que, diecinueve Estados y el Distrito Federal establecieron sus respectivas agencias. También los organismos tuvieron una expansión municipal. Esta gran cantidad de agencias reguladoras propició la creación de la Asociación Brasileña de Agencias de la Regulación (ABAR), siendo ésta uno de los primeros mecanismos de control que se identifican en el modelo brasileño. Esta asociación establece un mecanismo de *accountability* horizontal debido al objetivo bajo el que se crea: “promover la mutua colaboración entre las agencias reguladoras asociadas y los poderes públicos en la búsqueda de la mejora de la regulación y de la capacidad técnica, contribuyendo al avance y consolidación de la actividad regulatoria en todo Brasil”²³.

En este trabajo se analizan dos de estas agencias creadas en este periodo de explosión regulatoria, ANEEL y ANP.

La ANEEL fue creada por la Ley N° 0427 de 1996 y está vinculada al Ministerio de Minas y Energía. Sus principales atribuciones son: regular y fiscalizar la generación, comercialización y distribución de la energía eléctrica; mediar en los conflictos de intereses entre agentes del sector eléctrico y éstos y los consumidores; conceder, permitir y autorizar instalaciones y servicios de energía; garantizar tarifas justas; velar por la calidad del servicio; estimular la competencia y garantizar la universalización del servicio²⁴

Las particularidades de esta Agencia vienen a justificar en mayor medida su análisis puesto que ANEEL es la única agencia que ha logrado verdaderamente llevar a cabo la

²¹ Dicho equilibrio se sustenta en la defensa de un interés público, pues tal y como señala Sancho (2003): La intervención pública a través de instrumentos regulativos está ligada a la noción de interés público. Mediante políticas regulativas se utiliza el poder coercitivo del Estado con el objetivo de establecer unas “reglas de juego” que aseguren el funcionamiento del mercado, sin que se produzcan conductas abusivas por parte de los agentes dominantes sobre los demás actores presentes en la arena sectorial (Sancho, 2003: 2).

²² Datos de Saravia (2004).

²³ <http://www.abar.org.br> (traducción propia).

²⁴ Este listado de atribuciones aparece detallado en la página web del Ministerio de Minas y Energía: http://www.mme.gov.br/site/menu/select_main_menu_item.do?channelId=396

descentralización planteada mediante la creación de representaciones regionales (Saravia, 2004:5)²⁵.

Asimismo, esta agencia destaca por la polémica en torno a una supuesta vulneración de competencias. Se consideró que la agencia estaba formulando políticas energéticas y eso era algo que no le concernía²⁶, pues esa función corresponde al Ministerio de Minas y Energía bajo el que se adscribe. La agencia se justificó en base a un vacío de poder ante la falta de empeño político por parte del Ministerio, alegando que éste no establecía los cursos de acción en un momento crítico en el cual los conflictos existentes necesitaban una solución inmediata.

La ANEEL está dirigida por un órgano colegiado compuesto de cinco miembros, un director general y cuatro directores²⁷. Todos ellos son nombrados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado Federal. La duración de su mandato es de cuatro años con posibilidad de reelección, pero no puede ser coincidente ni con el de la autoridad que lo nombró ni con el de sus pares²⁸. Además, normativamente se establece que los exdirectores están sometidos a una “cuarentena”, de un año, durante la cual se restringe la ocupación de puestos en empresas que estén vinculados a intereses de la agencia que dirigían.

Respecto a la ANP, esta agencia fue creada por la ley en materia de política energética nacional, Ley N° 9.478, de 6 de agosto de 1997, junto al Consejo Nacional de Política Energética, y está vinculada al Ministerio de Minas y Energía. Entre el desempeño de las funciones típicas de un organismo regulador destaca la regulación endógena que realiza sobre el monopolio del petróleo en manos de la empresa pública PETROBRÁS –Petróleo Brasileiro S.A.- que en los últimos años se ha ido liberalizando. Esta progresiva liberalización y los nuevos descubrimientos petrolíferos en el país, tal y como se indicaba en el primer apartado, han dotado a la agencia de un papel más visible. A su vez, la ANP regula otros subsectores energéticos de total relevancia como son el gas natural y los biocombustibles.

La estructura directiva de este organismo es muy similar a la de la ANEEL. Está liderada por un director general, cuatro directores y un procurador general²⁹. También son nombrados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado Federal y la duración de su mandato es de cuatro años con posibilidad de ser reelegidos. Asimismo, los exdirectores están sometidos a un periodo de inactividad de un año en empresas vinculadas a intereses de dicha agencia³⁰.

Tal y como se observaba en la tabla 1, la ANEEL cuenta en su haber con cinco directores generales, dos de ellos en calidad de interinos. Mientras que la ANP ha tenido hasta el momento 4 directores generales, uno de ellos interino. Esta superioridad

²⁵ El grado de descentralización al que ha llegado ANEEL, al mismo tiempo que puede considerarse un aspecto positivo, también ha implicado la aparición de diferentes conflictos de tipo jurisdiccional en cuanto a atribuciones entre diferentes niveles de gobierno que se están solucionando mediante la firma de convenios entre gobierno federal, estados y municipios (Saravia, 2004:8).

²⁶ El propio Tribunal de Cuentas fue quien observó esta intromisión de competencias por omisión del Consejo Nacional de Política Energética (Saravia, 2004:9).

²⁷ Ley N° 9427, Art. 4.

²⁸ Ley N° 9427, Art. 5.

²⁹ Ley N° 9.478, Art. 11.

³⁰ Ley N° 9.478, Art. 14.

numérica de la ANEEL guarda estrecha relación con su edad, pues fue creada un año antes que la ANP.

Los dos directores generales interinos de la ANEEL, al igual que el de la ANP, han sido designados transitoriamente al frente de la agencia para que no se diera ningún vacío de poder entre el nombramiento de dos directores generales. Tal designación ha sido decretada en los tres casos y, en ninguno de ellos, ha superado los ochenta días de mandato, argumentándose entonces que, esta interferencia gubernamental está justificada y beneficia el desempeño de la función reguladora, pues todos los directores generales interinos de las dos agencias eran, previa y posteriormente, directores de las mismas.

No obstante, en el caso de la ANP podría considerarse la existencia de injerencias gubernamentales a través de la presión política a la que se pudo ver sometido el director general D. Zylbersztajn, quien dimitió en 2001 a pesar de que su mandato finalizaba en 2005, tras su divorcio de Ana Beatriz Cardoso, hija del Presidente Fernando Henrique Cardoso quien lo había designado.

Respecto a los límites políticos, junto al control ejercido por el gobierno a través del Ministerio de Minas y Energía, las agencias reguladoras brasileñas también responden ante el Tribunal de Cuentas, pues este órgano está vinculado al Congreso y ejerce control sobre éstas mediante la Secretaría de Fiscalización de la Desestatalización. Asimismo, el Poder Ejecutivo también controla estos organismos con la Secretaría General de Control Interno.

En el caso brasileño la totalidad de las agencias reguladoras han sido creadas por ley, ello se debe a una prescripción jurídica que establece que los organismos reguladores únicamente pueden ser creados y modificados por rango de Ley del Poder Legislativo federal o estadual³¹. Este hecho confiere uniformidad al modelo regulatorio, y lo sitúa en posiciones favorables a la autonomía controlada de las agencias reguladoras, pues introduce el debate parlamentario en la definición del marco regulatorio.

Otro punto determinante para evitar la cooptación de estos organismos, bajo el que existe un gran acuerdo en la literatura, es la autarquía financiera. En el caso brasileño, los organismos reguladores logran autofinanciarse a través de tasas de regulación y fiscalización sobre usuarios y operadores. Sin embargo, la disponibilidad de estos recursos propios es limitada, pues en la mayor parte de los casos es el Poder Ejecutivo, a través de la firma de contratos de gestión con las agencias, el que dictamina dónde y cómo deben ser utilizados dichos recursos.

Conviene precisar que Brasil posee uno de los sistemas reguladores más nuevos de toda América Latina, centrándose en el año 1997 la gran expansión de dichos organismos reguladores. De tal forma que este sistema se anticipó a las posteriores privatizaciones.

Esta enumeración de mecanismos de control y neutralidad de las agencias reguladoras brasileñas permite afirmar que éstas están sometidas a un control nacional tanto interno como externo por parte del poder ejecutivo, el poder legislativo y las propias agencias

³¹Las agencias reguladoras brasileñas solamente pueden ser creadas por Ley específica, conforme a lo establecido en el art. 37, XIX de la Constitución Federal.

reguladoras. Pero la *accountability* no termina ahí, ya que también hay un control internacional al que deben rendir cuentas y que es ejercido por Entidades Fiscalizadoras Superiores. Concretamente Brasil, al igual que Argentina, ha incorporado las normas que sugiere la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI).

En definitiva, el sistema regulatorio brasileño se aproxima a la gobernanza regulatoria porque el conjunto de sus agencias muestra características formales similares, y su diseño responde a los estándares de buenas prácticas apuntados por el Banco Mundial (Jordana y Levi-Faur, 2005:28-30)³².

6. Conclusiones

En este trabajo se han tratado de identificar dos tipos de límites gubernamentales a la actividad reguladora. Un tipo serían los mecanismos de control establecidos en el marco regulatorio -límites normativos- a los que se unen mecanismos de control interno y externo formales. Y otro tipo serían los mecanismos que utiliza el ejecutivo para interferir en el quehacer de las agencias reguladoras en base a situaciones de excepcionalidad justificada o mediante injerencias que rozan la cooptación gubernamental.

El carácter comparativo del análisis de las agencias reguladoras seleccionadas – ENARGAS y ENRE en Argentina y ANEEL y ANP en Brasil- se ha focalizado en el sector energético dada su condición estratégica y la potencialidad en la materia de los dos países seleccionados, tal y como se ha constatado en la breve descripción de sus sectores energéticos realizada en el primer apartado del trabajo.

Como se señalaba en ese primer apartado, Brasil ha duplicado su producción de petróleo y de gas en la última década (BP, 2010) y ha pasado de ser un país netamente importador a ser un país posiblemente exportador. Pero este éxito energético no se justifica solo en su riqueza natural, sino en el desarrollo de un modelo más abierto y liberal que ofrece a la región una alternativa frente al nacionalismo energético (Isbell, 2008:35). El análisis detallado de la trayectoria directiva de los dos organismos brasileños ha desvelado la existencia de interferencias gubernamentales transitorias justificadas. Mientras que el análisis de los límites normativos describe un entramado de controles que deberían impedir el aislamiento burocrático de estos organismos.

Argentina, por su parte, pertenece a ese grupo de países que lidera la potencialidad energética a nivel regional. Su marco regulatorio energético recoge una amplia legislación sobre la actividad de los entes, sin embargo ésta ha sido vulnerada o ignorada en determinados momentos. No obstante, la normativa energética del país detalla explícitamente todo un sistema de controles políticos e institucionales que garantizan la independencia de los organismos reguladores, pero para que esto tenga lugar es necesario un contexto institucional favorable.

³²Encontramos un estudio en profundidad sobre la regulación en Brasil centrado en el papel de las agencias en Regina Silvia Pachecho (2006). Y un análisis comparativo del sistema de regulación en Brasil y Gran Bretaña en Marcelo Barros Gomes (2005).

Por otra parte, el análisis pormenorizado de todos los presidentes del ENARGAS y del ENRE, ha revelado la existencia de interferencias políticas justificadas en coyunturas críticas, pero cuya permanencia en el tiempo obliga a considerarlas injerencias gubernamentales.

La revisión de los hechos y la normativa para los casos argentino y brasileño permite concluir que las injerencias gubernamentales no son directas, se originan con la prolongación de interferencias políticas que inicialmente se justificaban en la coyuntura crítica bajo la que tenían lugar, y que una vez superada esta se perpetúan en el tiempo.

Finalmente, de la teoría repasada y del análisis práctico se extraen las siguientes conclusiones. En primer lugar, la autonomía de las agencias ha de ser garantizada por marcos regulatorios férreos que no dejen espacio al “oportunismo gubernamental” (Spiller, 1999:5) o “expropiación regulatoria” (Urbiztondo, Artana y Navajas, 1998:8) por parte del gobierno que resten independencia a las agencias. Así como a la cooptación de las mismas por parte de las empresas reguladas.

Junto a las precisiones normativas establecidas en el marco regulatorio, se pueden identificar algunos mecanismos para garantizar la independencia de las agencias reguladoras. Como la elaboración propia de presupuestos, la regulación de un número considerable de empresas, que dificulte la captura del organismo, la regulación de servicios interrelacionados (regulación multisectorial), la limitación de la alzada administrativa³³ a cuestiones determinadas y el fomento del sistema judicial como mecanismo principal de apelaciones, o la limitación de la intervención de los entes reguladores a cuestiones excepcionales (Nahón y Bonfiglio, 2007: 1113-1114)

Asimismo, podría considerarse que una organización más flexible dota a las agencias independientes de mayor neutralidad frente a intereses particulares, ya sean políticos, empresariales, de sindicatos, para lograr en la práctica ser más resolutivos frente a problemas técnicos (Majone, 1996), (Böllhoff, 2001). Un modelo organizativo flexible puede ser determinante en la función reguladora, pero para garantizar la eficiencia³⁴ es necesario que los directivos nombrados sean personas altamente cualificadas para el cargo (de excelencia técnica) e imparciales ante las posibles presiones políticas a las que pueden estar sometidos.

En suma, puede afirmarse que el desempeño de la actividad reguladora debe gozar de total independencia, pero para que ésta no derive en el desarrollo de organismos burocráticos aislados, es necesario que su funcionamiento se vea sometido a todo un sistema de controles cruzados como el que aquí se ha ido describiendo. Y aun considerando la existencia de este sistema, no podremos hablar de una buena gobernanza energética mientras que los ejecutivos y los organismos reguladores no tengan como objetivo primordial la universalización de la cobertura eléctrica, tanto en zonas urbanas como rurales.

³³ La alzada administrativa o “recurso jerárquico” hace referencia a la posibilidad de que las decisiones de las agencias reguladoras sean recurridas por las empresas por vía administrativa ante el directorio de la agencia, el ministerio o secretaría de referencia y, en último lugar, ante el Poder Ejecutivo. Las empresas también disponen de la vía judicial para llevar a cabo apelaciones, pero debido a que la vía administrativa no tiene coste alguno, es recurrentemente utilizada minándose así la independencia de los organismos reguladores.

³⁴ La <eficiencia> es el rasero con el que el gobierno contemporáneo es medido (Michelle Everson, 1995:180).

7. Bibliografía

- ABAR [Associação Brasileira de Agências de Regulação] (2003): *Agencias reguladoras. Instrumentos de fortalecimiento del Estado*. Porto Alegre: ABAR.
- ABAR (2011): <http://www.abar.org.br> (consulta 04/2011)
- ACIJ [Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia] (2008): *La situación actual en los entes de control de servicios públicos*. Programa de Servicios Públicos: ACIJ. <http://www.acij.or.ar/> (consulta 04/2011)
- AIE [Agencia Internacional de la Energía] (2010): *World energy outlook 2010*. Paris: AIE (<http://www.worldenergyoutlook.org/>, consulta 04/2011).
- ANEEL (2011): <http://www.aneel.gov.br/> (consulta 04/2011)
- ANP (2011): <http://www.anp.gov.br/> (consulta 04/2011)
- ARE [Alliance for Rural Electrification] (2010): *Energy access in the world: facts and scenarios*. Brussels: ARE (<http://www.ruralelec.org/9.0.html>, consulta 04/2011).
- BALDWIN, Robert; Martin Cave (1999): *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press.
- BARROS GOMES, Marcelo (2005): "El control externo de las agencias reguladoras en Brasil a través de una perspectiva comparada". *Revista del CLAD Reforma y Democracia* 31 (Caracas): 189-222.
- BÖLLHOFF, Dominik (2001): *New regulatory agencies in British-German comparison – the impact of public sector reform policies*. Grenobel: ECPR (ECPR 29th Joint Sessions of Workshops 6-11).
- BP [British Petroleum] (2010): *Statistical review of world energy 2010*. London: BP (<http://www.bp.com/productlanding.do?categoryId=6929&contentId=7044622>, consulta 04/2011).
- BRESSER PEREIRA, Luiz C. (1997): "Reforma del Estado en los años noventa: lógica y mecanismos de control". *Desarrollo Económico* 150 (Buenos Aires): 517-550.
- CORRALES, María Elena (1998): "La regulación en períodos de transición: el caso de los servicios de agua potable y saneamiento en América Latina". En Barrionuevo; Lahera, eds. (2003): 327-346.
- CORREA, Paulo et al (2006): *Regulatory governance in infrastructure industries. Assesment and measurement of brazilian regulators*. Washington: World Bank.
- ENARGAS: <http://www.enargas.gov.ar/> (consulta 04/2011).
- ENRE, <http://www.enre.gov.ar/> (consulta 04/2011).
- ISBELL, Paul (2008): "Energía y geopolítica en América Latina". En García Delgado; Jiménez, eds. (2008): I, 21-32.
- JORDANA, Jacint et al. (2009): "The global diffusion of regulatory agencies. Channels of transfer and stages of diffusion". *IBEI 1* (Barcelona): 1-21.
- JORDANA, Jacint, David Levi-Faur (2005b): *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónoma por países y por sectores*. Madrid: CIDOB (Documentos CIDOB, América Latina 7)
- LECHNER, Norbert (1995): "La reforma del Estado y el problema de la conducción política". *Perfiles latinoamericanos* 4/007 (México): 149-178.
- LORA, Eduardo, ed. (2007): *The state of State reform in Latin America*. Stanford: Stanford University Press.
- MAJONE, Giandomenico (1996): *Regulating Europe*. London: Routledge.
- MAJONE, Giandomenico (1999): "The regulatory state and its legitimacy problems". *West European Politics* 22/1 (London): 1-24.
- MELO, Marcus A. (2001): "A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação". *RBCS* 16/46 (São Paulo): 55-68.
- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Brasil (2011a): <http://www.mme.gov.br/> (consulta 04/2011).
- MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS. Argentina (2011): <http://www.minplan.gov.ar/> (consulta 04/2011).
- NAHÓN, Carina; Cecilia Bonofiglio (2007): "¿Entes de regulación o control? Imprecisiones del "moderno" esquema de regulación: reflexiones y enseñanzas del caso argentino". *RAP* 41/6 (Rio de Janeiro): 1095-1120.
- OLADE [Organización Latinoamericana de Energía] (2008, 2009): *Informe de estadísticas energéticas*. Quito: OLADE (<http://www.olade.org.ec/informe.html>, consulta 04/2011).
- OSZLAK, Oscar y Ernesto GANTMAN. 2007. "La Agenda Estatal y sus tensiones: gobernabilidad, desarrollo y equidad. Iberoamericana". *Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*. Vol XXXVII: 1: 79-100.
- OSZLAK, Oscar Y FELDER, Ruth (2000): *La capacidad de regulación estatal en la Argentina: ¿quis custodiet custodes?*, Buenos Aires, Tecnología para la Organización Pública,

- <http://www.top.org.ar/publicac.htm>.
- PACHECHO, Silvia R. (2006): "Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle". RAP 40/4 (Rio de Janeiro): 523-543.
- SANCHO, David (2003): "Regulación y agencias reguladoras independientes. Elementos clave para la consolidación de su diseño institucional". Congreso Internacional (2003): 177-203.
- SANTAMARÍA, Antonio (2009): "Açucar nas Americas". En A rapadura e o fusca (2009): 100-114.
- SARAVIA, Enrique (2004): "Regulación en Argentina y Brasil. Análisis comparativo de los modelos institucionales". Revista del CLAD Reforma y Democracia 30 (Caracas): 5-37.
- SPILLER, Pablo T. (1999): La regulación de los servicios públicos en la Argentina: una propuesta de reforma institucional. Buenos Aires, Fundación Gobierno y Sociedad (Cuaderno 3: www.faculty.udea.edu.ar/tommasi/cedi/cos/co3.PDF, consulta 04/2011).
- STARK, Carlos (2000): Regulación, agencias reguladoras e innovación de la gestión pública en América Latina (<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0040204.pdf>, consulta 04/2011).
- THWAITES Rey, Mabel; Andrea López (2003): Fuera de control: la regulación residual de los servicios privatizados. Buenos Aires: Temas.
- URBITZTONDO, Santiago et al. (1998): La autonomía de los entes reguladores argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones. Washigton: Banco Interamericano de Desarrollo Documento de Trabajo R-340: <http://ideas.repec.org/p/idb/wpaper/3038.html>, consulta 04/2011).
- VISPO, A. (1999): Los entes de regulación. Problemas de diseño y contexto. Aportes a un necesario debate en la Argentina de fin de siglo. Buenos Aires, Grupo Editorial Norma; FLACSO.