

EL CONTROL DE LAS UNIDADES REGULADORAS

¿COMO Y QUIENES EFECTÚAN DICHO CONTROL EN NUESTRO DERECHO POSITIVO Y EN EL DERECHO COMPARADO?

BRUNO BERCHESI
GERMAN GUARIGLIA
PABLO SCHIAVI

I) PRÓLOGO

El presente estudio tiene por objeto el examen del contralor sobre las Unidades reguladoras, tanto a nivel de derecho positivo nacional como de derecho comparado, recogiendo las experiencias de países como Argentina y Brasil.

En merito a ello, se comenzará por un análisis de la Teoría del Control y de la Responsabilidad, las cuales tienen plena vigencia respecto de las Unidades Reguladoras.

Dicho control se ejerce en nuestro derecho positivo, ya sea desde el ámbito del propio Poder Ejecutivo a través de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) en su carácter de Unidad Ejecutora del Ministerio de Economía y Finanzas, como desde fuera de dicho sistema orgánico a través del Tribunal de Cuentas de la República (T.C.R).

En consecuencia, se abordaran dos casos prácticos de actuaciones practicadas por dichos organismos en las unidades reguladoras de nuestro país: la U.R.S.E.C. y la U.R.S.E.A.

En última instancia, y modo de conclusión, se analizará cómo estas Agencias han sido consagradas en el derecho comparado y cuáles son los mecanismos de control existentes en los mismos.

II) EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

1) INTRODUCCIÓN.

Para la tarea que nos proponemos, partimos de la base de que no existe particularidad alguna en lo que respecta al control de los entes reguladores. En efecto, se aplican a ellos las denominadas Teorías del Control y de la Responsabilidad.

Sin perjuicio de ello, corresponde analizar cuáles son los mecanismos que dichas teorías enuncian y como se trasladan a las Unidades Reguladoras existentes en la actualidad. Previamente, es necesario puntualizar que, como todos los fenómenos donde se opera una relación entre dos sujetos, y uno de ellos es el Estado, en última instancia se encuentra en juego la dialéctica entre autoridad y libertad propia del Estado de Derecho.

Todo control viene a conformar un instrumento que, en poder del Estado, y cualquiera sea la naturaleza de aquél, implica ejercicio de la autoridad, como manifestación del poder de coacción de que dispone el Estado. Éste no puede actuar sin la debida sujeción al derecho.

La libertad en cambio, que rige la acción de los particulares, conforme lo dispone el artículo 10 de la Constitución, no equivale a libertad absoluta porque los derechos absolutos en nuestro ordenamiento constitucional no existen (salvo la excepción del derecho a la vida), sino que supone la existencia de una *libertad regulada*, porque de la misma forma que el abuso de la libertad puede concluir en la anarquía, el ejercicio abusivo de la autoridad, conlleva la crisis del Estado de Derecho.

El equilibrio entre autoridad y libertad es por tanto clave como forma de percibir la vigencia real del Estado de Derecho.

Hecha la puntualización, corresponde como es de estilo, iniciar el estudio partiendo de la etimología de la palabra control, para luego desentrañar su contenido y alcance.

Como señala CARLOS E. DELPIAZZO¹ citando a Manuel Aragón, “la palabra control proviene del término latino- fiscal medieval *contra-rotulum* y de ahí pasó al francés *contre-ole* (*controle*), que significa literalmente contra-libro, es decir libro-registro, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de fiscalizar, someter, dominar, etc. Aunque suele decirse que en el idioma inglés control se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a comprobación, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés, significa mando, gobierno, dirección, pero también freno y comprobación; en francés, registro, inspección, verificación, pero también vigilancia, dominio y revisión; en alemán (*kontrolle*), comprobación, registro, vigilancia, pero también intervención, dominio y revisión...”

Dada la amplitud de los conceptos, el autor que citamos resuelve afiliarse a una concepción amplia de control, sostenida por Massimo Severo Giannini, considerándolo como la comprobación de regularidad de una función propia o ajena.

Como expresa FELIPE ROTONDO TORNARIA², la actividad de contralor “puede proyectarse sobre una persona o entidad ajena a la propia Administración, sea ella de derecho privado o público no estatal o sobre otra entidad estatal (control éste interadministrativo). También puede producirse en el ámbito del sistema al que pertenece el órgano de control”. Esta actividad es esencialmente intelectual, ya que consiste en la apreciación o juicio sobre la actuación de otro órgano o funcionario o de un particular y el análisis respecto a si dicha actuación se adecua o no a las reglas que la regulan. En efecto, el órgano controlante debe emitir un juicio o pronunciamiento sobre la actividad que desarrollan los órganos sometidos al control y determinar si su actividad se adecua a las normas que regulan su actuar.

Bien puede decirse que el pronunciamiento equivale a un dictamen, es decir, a un simple acto de la administración.

En ese sentido, ha expresado DROMI³ que los dictámenes son actos jurídicos de la Administración emitidos por órganos competentes que contienen opiniones e informes técnico-jurídicos, preparatorios de la voluntad administrativa.

2) EL CONTROL GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO.

Siendo el control una nota esencial del Estado de Derecho, se hace necesario determinar cuáles son los grandes cimientos en los cuales este último se apoya.

En merito a ello debemos hacer hincapié en tres notas que caracterizan al Estado de Derecho que son:

- I) La sumisión del Estado al derecho.
- II) La consagración de los derechos fundamentales a nivel constitucional
- III) El control.

I) Sumisión del Estado al Derecho.

La primera de las notas refiere al sometimiento del Estado al derecho positivo, -como ya lo adelantamos- lo cual se materializa en una serie de principios tales como el de constitucionalidad, legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad, seguridad jurídica y principio de responsabilidad.

A) Principio de constitucionalidad:

Implica la sujeción a la Constitución y su consiguiente aplicación por parte de todos los poderes públicos y los particulares. La consecuencia de este principio es la invalidez de todo acto jurídico de rango jerárquico menor o cuyo valor y fuerza sea inferior a la Constitución en armonía con el principio de jerarquía normativa.

Corresponde señalar que este principio, tiene en la actualidad una importante significación como consecuencia del llamado *neconstitucionalismo*. El mismo, producto del constitucionalismo emergente de la segunda post guerra mundial, predica la interpretación y consiguiente aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico “desde la Constitución”

Se postula la rematerialización de la Constitución, incorporando una concepción que se basa en los principios que ella recoge partiendo de la dignidad de la persona humana, como valor fundamental.

1 Carlos, E. Delpiazzo-“Desafíos actuales del Control”, p 8 y ss.

2 Felipe Rotondo Tornaría, “ Manual de Derecho Administrativo” p 275

3 Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, p 293 y ss.

B) Principio de legalidad:

Significa el sometimiento de la actividad administrativa a la ley y la existencia de una zona de reserva de ley. Así, para la limitación de los derechos fundamentales se requiere ley en sentido orgánico formal, por lo cual ningún acto administrativo podrá imponer limitación o privación alguna a los derechos fundamentales, salvo en aquellos casos en que la propia ley lo disponga.

En principio, cierta doctrina sostiene que está consagrada la imposibilidad de limitar un derecho fundamental si no es por ley, aunque podría plantearse la posibilidad de que ésta eventualmente autorice la limitación por otra norma de rango inferior en aquellos casos en que la ley lo considere necesario, lo cual implica acercarnos a una zona de seguridad jurídica dudosa. Empero, siempre la potestad para limitar o autorizar la limitación depende de la ley en su sentido formal, y esta es justamente la garantía del sistema.

Es decir, nosotros pensamos que, la ley conforme con la Constitución puede permitir la limitación de un derecho se lleve a cabo por vía reglamentaria, lo que obviamente deberá realizarse dentro del ámbito de la ley, esto es, que no puede desbordarla, desnaturalizarla, sustituyendo, reformando o modificando el contenido del precepto legal, puesto que ello significaría incurrir en una delegación legislativa que se opone a la Constitución. Esta apreciación no es menor, máxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico los reglamentos de ejecución de la ley han perdido su verdadero cometido, pues se limitan a reiterar la norma que reglamentan. Otras veces, la propia ley es tan amplia, constituyendo verdaderos marcos esqueléticos que delegan al ejecutivo su reglamentación en enormidad de aspectos, lo cual sumado a lo anterior confluente en normas poco claras y plagadas de conceptos jurídicos indeterminados, generando una labor exorbitante para el interprete.

Cabe igualmente recordar tal cual lo advierte PARADA,⁴ que no debe confundirse el principio de reserva absoluta de la ley –que opera por ejemplo en materia penal– con el concepto de “cobertura legal” que se aplica a las sanciones administrativas, “puesto que en el primer caso, la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad), sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo (ejecución en nuestro caso), mientras que el principio de “cobertura legal” de las sanciones administrativas, sólo exige cubrir con la ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantías de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad, sin perjuicio de las precisiones anteriores, pues la reglamentación debe desempeñarse en forma correcta, reglamentando y no transcribiendo la norma.

C) Principio de jerarquía: Este principio encuentra como es sabido su origen en la clásica pirámide Kelsen, que en nuestro derecho involucra la supremacía constitucional frente a cualquier otra y la supremacía de la ley frente a los actos administrativos. Del mismo resulta que la Constitución es la norma de mayor valor y fuerza, luego la ley y los decretos de los gobiernos departamentales, los reglamentos, etc.

D) Principio de publicidad:

La norma jurídica, para valer como tal e ingresar al mundo jurídico requiere cumplir con una serie de requisitos fundamentales. En última instancia la norma debe ser publicada y adquirir así el carácter de eficaz. Esto es lo que permite el conocimiento de la norma a los sujetos previo a su aplicación. Este principio es esencial en el estado de derecho ya que el individuo debe conocer cuáles son las conductas reguladas por el ordenamiento jurídico a fin de adecuar su actuar a tales imperativos de conducta.

E) Principio de Irretroactividad:

Retroactividad de la norma implica su aplicación a hechos anteriores en el tiempo que en su momento se regían por normas distintas.

La norma puede disponer que tiene efecto retroactivo, sin embargo, el principio en nuestro derecho es la irretroactividad de la norma, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica. Así por ejemplo, en materia penal, si se crea una figura delictiva con carácter retroactivo, una persona sería penada por un delito que en el momento que lo realizó no exista.

Sin embargo no sucede lo mismo a la inversa, como el caso en que la ley establece una pena más favorable o suprime un delito.

Por lo tanto, todo gira en torno a la seguridad jurídica y al beneficio de las personas. Aquellas situaciones que imponen situaciones jurídicas más gravosas para los individuos de principio no deben tener efecto retroactivo. Aquellas que sean más favorables de principio deben tenerlo.

4 Ramón Prada, “Derecho Administrativo”, Parte General, Undécima edición, Marcial Pons, año 1999, p.524 y ss.

F) Principio de seguridad jurídica

Sin lugar a dudas es fundamental en un Estado de Derecho, pues no pueden de principio volverse las cosas hacia atrás perjudicándose derechos válidamente adquiridos al amparo de una norma jurídica que en su momento era válida y eficaz. Como opina DOMINGO JUAN SESIN⁵, “la seguridad jurídica implica que la persona, bienes y derechos de los ciudadanos están protegidos frente a cualquier obrar arbitrario o injusto de los poderes públicos o de los particulares, siendo los jueces la última garantía de su efectividad”

G) Principio de responsabilidad:

Este principio será desarrollado con mayor profundidad en el capítulo V de este trabajo. Si perjuicio de ello, corresponde señalar que el mismo aparece como una consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, ya que en definitiva, de que sirven todas las previsiones anteriores si no se puede responsabilizar a quienes se ha apartado de ellas.

II) Consagración constitucional de los derechos fundamentales.

La segunda de las notas del Estado de Derecho es el reconocimiento y regulación constitucional de ciertos derechos comunes a todos los individuos. Nuestra Carta cumple con dicha exigencia en la Sección II, denominada Derechos, Deberes y Garantías

En los últimos años se ha derramado infinidad de tinta sobre los derechos fundamentales, constituyendo este un tema de constante estudio por parte de la doctrina nacional y extranjera. Por ello, no es el objeto del presente trabajo ingresar en un tema tan delicado como este, sino simplemente enunciar cuales son las notas del Estado de Derecho y fundamentalmente la del control. Por tanto, basta señalar que nuestra Constitución con su afiliación justnaturalista consagra en la Sección II a los denominados derechos fundamentales del individuo, dentro de los cuales encontramos los derechos de la primera, segunda y tercera generación.

III) El control en el Estado de Derecho.

Con razón se ha dicho que no hay libertad sin control y no hay control sin responsabilidad. MARTÍN RISSO FERRAND⁶ considera con acierto que “la existencia de un sistema de control apropiado y efectivo es básico en todo Estado de Derecho”

En este aspecto, es vital el principio de separación de poderes, cuyos orígenes se atribuyen a Montesquieu, en donde el adecuado desenvolvimiento de cada función jurídica por cada uno de los tres poderes de gobierno constituye la columna vertebral sobre la cual se apoya el Estado de derecho. Empero, hoy en día, esta clásica tripartición de poderes se ve atenuada, ya que no basta con una separación si no hay coordinación entre los poderes de gobierno

En efecto, es esta separación lo que da paso y a su vez garantiza el efectivo funcionamiento del Estado de derecho así como su control, pero para que se puedan maximizar estos elementos es imperiosa la coordinación entre los diferentes órganos del Estado.

TIPOLOGÍA DEL CONTROL.

Como lo indica FELIPE ROTONDO TORNARÍA⁷ el control involucra una serie de elementos que son:

- a) **Órgano que lo cumple:** control parlamentario, administrativo o judicial, según el sistema orgánico al que pertenece. En una óptica más amplia abarca también al cívico o popular.
- b) **Naturaleza del acto de control,** vinculado con la función estatal que se desarrolla: legislativa, administrativa o judicial. Como sabemos, las funciones estatales son los medios o herramientas que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales.
- c) **Posición institucional del controlante,** pudiéndose diferenciar el control interno y el externo. El primero de ellos es realizado por la Auditoría Interna de la Nación, y el segundo por el Tribunal de Cuentas.

Asimismo existe también el control vertical caracterizado por la jerarquía y el horizontal que se da entre órganos de igual posición institucional.

5 Domingo Juan Sesín “Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica”, p372

6 Martín RISSO Ferrand, “Derecho Constitucional” Tomo I, P 419.

7 Felipe Rotondo Tornaría, ob.cit. p276 y ss.

- d) **Objeto:** control de juridicidad como adecuación a la regla de derecho y control de merito referido a la oportunidad o conveniencia o ambos.
- e) **Alcance:** la conducta de personas, los actos de órganos o funcionarios o la gestión en conjunto de actos y hechos.
- f) **Oportunidad:** previo, concomitante, posterior u ocasional.
- g) **Origen:** de oficio o a instancia de parte.
- h) **Efectos:** preventivo que a su vez puede ser obstativo o aprobatorio y correctivo o represivo.

En mérito a esta clasificación se desarrollaran aquellos que se consideran de mayor relevancia.

A) Control de acuerdo al órgano que lo cumple.

- Control Administrativo.

El control al que nos referiremos en los párrafos siguientes es aquel que se efectúa sobre el actuar de la administración, materializándose mediante la expedición de actos administrativos.

Este tipo de control significa la revisión de la actuación administrativa mediante los recursos administrativos, entendidos estos como la petición o solicitud presentada en tiempo oportuno para que los titulares de un derecho o interés obtengan el pronunciamiento de la administración sobre un acto administrativo que lesiona dicho interés o derecho.

Los recursos administrativos tienen asiento en nuestra Constitución y desarrollo en la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y sus modificativas, así como la reglamentación contenida en el Dec- 500/991 de procedimiento administrativo.

Estos medios impugnativos del actuar de la administración son requisito previo para la acción de nulidad ante el T.C.A, es decir, debe agotarse previamente la vía administrativa mediante la interposición de los recursos para acudir a la vía anulatoria del mismo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, ¿cuales son los recursos previstos en nuestro derecho?

De acuerdo con el Art 317 de la Constitución los actos administrativos pueden ser impugnados mediante el recurso de revocación ante el mismo órgano que dictó el acto dentro del plazo de diez días a contar desde su notificación personal o su publicación en el Diario Oficial.

Cuando el acto administrativo haya sido cumplido por una autoridad sometida a jerarquía, corresponderá el recurso jerárquico de forma subsidiaria y conjuntamente con el de revocación.

En el caso que el acto administrativo provenga de una autoridad que de acuerdo a su estatuto está sometida a tutela administrativa, podrá ser impugnado mediante el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria al de revocación.

Cuando el acto emane de un órgano de los Gobiernos Departamentales, se podrá impugnar mediante el recurso de reposición y apelación en la forma que determine la ley.

De todo esto surge que para saber que recurso interponer debe estudiarse en primer término que órgano dictó el acto administrativo lesivo, ya que ante él ha de plantearse el de revocación. En segundo término, se deberá determinar cuál es la posición institucional del órgano, es decir, un análisis de si el órgano que dictó es el jerarca del sistema o no, ya que de dicho análisis surgirá si corresponde el recurso jerárquico o no.

Por último, debe verificarse la naturaleza del sistema jurídico al que pertenece la autoridad que dictó el acto con la finalidad de determinar si corresponde el recurso de anulación, que procede ante los Servicios Descentralizados.

De vital importancia es también identificar cuando nos encontramos ante un acto administrativo y por ello es necesario definirlo.

El acto administrativo es todo acto jurídico dictado por un órgano estatal en ejercicio de función administrativa que produce efectos jurídicos.

Esta definición es muy amplia o plagada de conceptos jurídicos indeterminados, por lo que es necesario hilar un poco más fino para poder determinar a qué tipos de actos jurídicos nos referimos.

Así y en pos de ello, dentro de la definición están incluidos, el Reglamento, Disposición General, el Reglamento singular y la Resolución.

Las primeras tres cuando fueran dictadas por el Poder Ejecutivo se denominan Decretos y si son dictadas por los Ministerios se denominan Ordenanzas.

Sin perjuicio de esta aproximación. No debe olvidarse que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la administración, pudiendo ingresar a la clasificación precedente otras hipótesis.

En lo que respecta a los requisitos de los recursos se puede decir que estos consisten en:

1. subjetivos: refieren a los sujetos interesados (recurrente y recurrido). El recurrente puede ser persona física o jurídica, pública o privada con legitimación que deriva de la titularidad de un derecho subjetivo, de un interés legítimo o de un interés simple. En cuanto al recurrido, los requisitos refieren a la competencia del órgano que dictó el acto.

2. objetivos: refieren a la existencia de un acto administrativo,

3. formales: los que tienen que ver con el lugar, tiempo y la forma de los recursos administrativos.

El control mediante los recursos administrativos no solo son una manifestación del Estado de Derecho sino una expresión de los derechos fundamentales de los individuos

- Control Parlamentario.

El denominado control parlamentario como señala FELIPE ROTONDO TORNARÍA ⁸invoca a los institutos de:

1. el llamado a sala de los Ministros por parte de cada Cámara para solicitarles los informes que estime conveniente.
2. las Comisiones Parlamentarias de Investigación.
3. la actuación de la Cámara de Senadores en el control de la descentralización previsto en el Art 197 de la Carta.
4. el otorgamiento expreso o ficto de venia por parte del Senado o la Comisión Permanente para destituir funcionarios inamovibles de la administración Central; nombrar Jefes de Misión del servicio exterior; del Senado para designar directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.
5. otorgamiento expreso de autorización por parte del Senado o la Comisión para disponer el ascenso de Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas; designar Fiscales o Ministros de los Tribunales de Apelaciones.
6. Intervención decisoria de la Cámara de Representantes ante la apelación del Poder Ejecutivo, por razones de interés general, contra los decretos de los Gobiernos Departamentales que crean o modifican impuestos

- Control Jurisdiccional

El control jurisdiccional se encuentra en nuestro derecho en la órbita del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. A este órgano le compete la anulación de los actos administrativos previo agotamiento de la vía administrativa como requisito procesal. Se trata de un órgano jurisdiccional especializado materialmente e independiente de los tres poderes de gobierno.

Para proceder a la vía anulatoria deben atenderse una serie de requisitos que pueden sintetizarse en:

Requisitos del acto.

En primer lugar, debe tratarse de actos administrativos, quedando fuera los jurisdiccionales y los legislativos. El acto debe ser definitivo, es decir, a cuyo respecto se haya agotado la vía administrativa mediante la interposición de los recursos.

El acto administrativo objeto de impugnación, debe haber sido dictado en contrariedad a una regla de derecho o con desviación de poder.

En tercer lugar, el acto debe ser susceptible de causar un agravio.

Requisitos del accionante.

El sujeto que acciona debe ser titular de un derecho subjetivo o de un interés directo personal y legítimo lesionado por el acto.

Requisitos de la interposición.

La acción debe formularse por escrito y presentarse so pena de caducidad dentro de los 60 días de corrido y siguientes al agotamiento de la vía administrativa, plazo que se suspende durante la FERIA Judicial y la Semana de Turismo. De acuerdo con AUGUSTO DURAN MARTÍNEZ⁹ el plazo para iniciar la acción de nulidad ante el T.C.A es de 60 días en los casos de agotamiento ficto de la vía administrativa y cuando hay agotamiento expreso de la vía con notificación personal o publicación en el Diario Oficial. El plazo de dos años opera cuando hay agotamiento expreso pero la resolución que pone fin a la misma no sea notificada personalmente o publicada en el Diario Oficial.

Control Popular y Cívico.

También corresponde hacer hincapié en el control a cargo de la **Corte Electoral**, el cual tiene a su cargo el control y a su vez la función administrativa de organizar, de llevar a cabo el Registro Cívico Nacional

⁸ Felipe Rotondo Tornaría, ob cit.; p279 y ss.

⁹ Augusto Durán Martínez, "Estudios de Derecho Administrativo", Parte General, p 225 y ss.

y de instituir los actos electorales a través de las Juntas. Es decir, este órgano controla todo lo relativo a la materia electoral controlando que lo que el ciudadano deposita en las urnas sea exactamente lo que después se refleja en las cifras.

Siguiendo en esta materia, también el cuerpo electoral ejerce actividad de control, pues si bien este no gobierna si ejerce actividad de contralor de quienes detentan el control. En primer lugar el cuerpo electoral es un sistema de decisión, eligiendo a sus representantes y asimismo decide sobre la aprobación o el rechazo de una reforma constitucional. La herramienta en este sentido es el **recurso de Referéndum**, entendido este como un recurso contra un acto ya sancionado y vigente y procede contra las leyes o los decretos de los Gobiernos Departamentales. Por tal se dice que el referéndum es volver sobre lo ya actuado a diferencia del plebiscito que es un pronunciamiento sobre un proyecto, sobre un acto que no existe. Por lo tanto el referéndum es una manifestación del Cuero Electoral el cual está previsto en los artículos 79 y 304 de la Constitución. Del primero de estos surge que “El veinticinco por ciento del total de inscriptos, habilitados para votar, podrá interponer, dentro del año de su promulgación, el recurso de referéndum contra las leyes y ejercer el derecho de iniciativa ante el Poder Legislativo. Estos institutos no son aplicables con respecto a las leyes que establecen tributos. Tampoco caben en los casos de iniciativa privativa del Poder Ejecutivo por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara”.

Como se dijo el objeto del recurso son las leyes, entendida esta en el sentido orgánico formal, salvo las que establecen tributos o aquellas de iniciativa privativa del Poder Ejecutivo.

C) Control según la posición institucional del órgano.

- Control Interno:

La Auditoría Interna de la Nación es la que lleva adelante el control interno del los actos y gestión económico-financiera como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas, que actúa con autonomía técnica en el desempeño de sus funciones. Su competencia alcanza a todos los órganos y reparticiones dentro de la persona pública Estado, así como los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados. El control ejercido por este órgano es esencialmente selectivo y posterior fundándose en criterios de juridicidad, eficiencia y eficacia.

Realizada su actividad conjuga un informe con las conclusiones y recomendaciones correspondientes dando vista al jerarca del órgano auditado, por diez días. De su decisión eleva copia al Poder Ejecutivo y publica resúmenes de lo actuado y las resultancias. Este control no es vinculante.

También la Auditoría evacua consultas con carácter vinculante que le formulen los organismos sometidos a su control y tiene dentro de su órbita de competencias la fiscalización estatal de las sociedades anónimas.

- Control Externo:

El denominado control externo involucra aquel que tiene a su cargo el Tribunal de Cuentas sobre los fondos públicos que se manejan en el funcionamiento de la Administración pública. Este órgano fue creado en la Constitución de 1934, contando con una posición institucional de autonomía técnica. Como señala prestigiosa doctrina el control puesto a cargo del Tribunal es administrativo, preventivo, permanente y a posteriori de la legalidad de los actos que conforman la gestión económica financiera estatal.

D) Objeto del control.

El control en cuanto a su objeto puede ser catalogado como de mérito o de legitimidad.

El primero de estos es aquel que está destinado a apreciar la oportunidad y conveniencia de los actos emanados de la Administración controlada.

El control de legitimidad tiene por finalidad que los actos de la Administración se ajusten a las normas jurídicas que regulan su actividad.

F) Oportunidad del control

El **control previo** es aquel que permite determinar las irregularidades del acto antes de que el mismo produzca sus efectos. Es por ello que el órgano efectúa una intervención preventiva de acuerdo al Art 21.1.lit B) de la Constitución, una intervención preventiva en los gastos y los pagos.

Este control tiene por objeto los gastos y pagos de todos los órganos que integran el Estado en sentido amplio, pero no de todos los gastos ya que están excluidos aquellos de menor cuantía.

El modo de realizar este control es variable ya que el Tribunal de Cuentas constituye un verdadero sistema orgánico en donde el control de los gastos y pagos puede ser efectuado directamente por el Tribunal o por otros dos órganos que son los Contadores de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y los Contadores Auditores. De esto resulta que el Tribunal quien encabeza el sistema que tiene a cargo el control de la gestión económico financiera.

El **control permanente** se encuentra consagrado en el Art 211, lit E) el cual preceptúa que el Tribunal debe intervenir en todo lo relativo a la gestión financiera de los órganos del Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y denunciar ante quien corresponda todas la irregularidades en el manejo de los fondos públicos e infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad. No debe olvidarse que el tribunal en el cumplimiento de esta función de contralor asignada por la propia Carta no ejerce una actividad decisoria, sino que se limita a observar, controlar o fiscalizar.

Por último, el **control posterior** a cargo del Tribunal de Cuentas está consagrado en el Art. 211, lit C), D) y Art 192 Inc. final de la Constitución.

Corresponde en este aspecto al Tribunal el control de la rendición de cuentas y gestiones de todos los órganos del Estado, inclusive Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, cualquiera sea su naturaleza, así como las acciones correspondientes en caso de responsabilidad. Al tribunal se le impone presentar anualmente a la Asamblea General una memoria de las rendiciones de cuentas mediante el lit D) del artículo 211.

Este control posterior del Tribunal de Cuentas como lo indica su nombre es posterior a la actuación objeto de fiscalización, constituyendo la última etapa. Su regulación contenida generalmente en Ordenanzas atiende fundamentalmente al establecimiento de plazos de presentación, oportunidad de rendir cuentas, condiciones para la remisión de expedientes, imputación de tareas a contadores auditores, etc.

De todo lo expuesto se deduce que este órgano cumple una función de cabal importancia, el control externo de los gastos públicos y perfecciona la inversión de la renta. En el orden extranjero como destaca DOMINGO SESÍN¹⁰ se puede observar una variada topología de este tipo de órgano:

1. Aquellos que forman parte de la Administración Pública, como es el caso francés de la Corte de Cuentas.
2. los que en parte tienen autoridad de cosa juzgada, como en Italia.
3. los que dependen de las Cámaras del Congreso, en el modelo angloamericano.
4. los que si bien están vinculados al Poder Legislativo sin embargo se caracterizan por su autonomía funcional frente al poder político, aunque sin funciones jurisdiccionales.

Dentro del control externo y fundamentalmente como consecuencia de la insuficiencia del resto de los controles o como una falla en la Teoría del Control, se ha dado paso a una figura que ha ganado relevancia y que pretende brindar a los ciudadanos una herramienta más para hacer valer sus derechos ante un órgano que se denomina genéricamente como "Defensor del Pueblo".

EL Ombudsman o Defensor del Pueblo es un órgano de elección parlamentaria cuyos orígenes se remontan a Suecia en el año 1809, contando con amplios poderes de información y con la finalidad de controlar externamente la Administración. La experiencia en este país determino su expansión por otros como Finlandia, Noruega y Dinamarca. Este fenómeno se expandió por el resto de Europa y llega a América Latina mediante la adopción del modelo Español.

Este instituto actúa con independencia respecto de quien lo designa, tiene por finalidad investigar conductas en virtud de quejas o denuncias, censurar, amonestar, servir como mediador entre la administración y los administrados. Sin perjuicio de que no pose atribuciones decisorias como revocar o anular actos administrativos, etc.

En Argentina el Art 86 establece las competencias del órgano las cuales consisten en:

1. la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y en las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración.
2. el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Como indica ARMANDO CANOSA¹¹ la competencia de este instituto consagrado en la Constitución Argentina, pese a ser amplio se centra en el control de la Administración Pública. Siguiendo con la experiencia

10 Domingo Sesín, "Control de la Administración Pública" Administrativo, legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral de Facultad de Derecho, p 292.

11 Armando Canosa, "Control de la Administración Pública" Administrativo, legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral de Facultad de Derecho, p 393 y ss...

argentina, el procedimiento ante el Defensor del Vecino se inicia de oficio o a pedido de parte conforme a lo que establece la ley N° 24.284 en su artículo 14. La iniciación de oficio otorga un amplio margen de actuación, ya que no requiere de la denuncia de parte.

Por su parte, la denuncia o queja presentada por el particular se sustenta en la afcción de un derecho por un acto u omisión de la Administración ya sea particular o colectivo. La presentación de la acción debe realizarse dentro del año calendario a contar del hecho, acto u omisión. Existen causales de rechazo como la mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento trivial, así como cuando se encuentra pendiente resolución administrativa o judicial y cuando la queja impone perjuicio a un tercero.

Presentada la acción, debe darse cuenta al organismo pertinente a fin de que por intermedio de la autoridad correspondiente y dentro de los treinta días remita el informe escrito. Lo atinente a la decisión se relaciona con las distintas clases de intervención que caracterizan la competencia del Defensor. Con respecto a las facultades investigadoras el resultado puede ser estimatorio o desestimatorio. Puede también efectuar advertencias, recomendaciones, propuestas para la adopción de medidas, etc.

El instituto del Defensor del Pueblo constituye por lo expuesto un medio alternativo de control además de los tradicionales.

3) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Enseña FELIPE ROTONDO TORNARIA¹² citando a SOTO KLOSS, que el Estado de Derecho implica por su esencia el instituto de la responsabilidad "quien dice derecho, dice responsabilidad".

Sin lugar a dudas y como con gran exactitud lo señala SOTO KLOSS, la responsabilidad constituye una nota esencial del Estado de derecho, pues no puede concebirse en nuestros tiempos un Estado irresponsable o en otras palabras, que no responda por sus actos, y por ello corresponde brevemente señalar en que se sustenta esta responsabilidad.

Se caracteriza por ser directa y ante cualquier entidad estatal, sea cual fuere su naturaleza jurídica, centralizada o descentralizada. Además, se trata de responsabilidad de carácter civil, pecuniario.

Se materializa en daños causados en la ejecución de los servicios públicos así como los que se den en ocasión de la misma.

Los daños generados son de carácter extracontractual, contra terceros, sin perjuicio de estar también consagrada la contractual cuando el Estado es parte de un contrato.

Para que se configure la responsabilidad debe existir un daño cierto en el derecho o intereses jurídicamente tutelados, el cual deriva de la ejecución de los servicios públicos.

Otro de los elementos para que haya responsabilidad es el nexo causal entre el daño ocasionado y la actividad estatal de que se trate, sea por acto, hecho u omisión así como por hecho de las cosas por ejemplo.

Por lo expuesto, son básicamente tres los elementos que deben conjugarse para poder hablar de responsabilidad. Estos son, un acto de la administración- con los reparos mencionados-, un daño en la persona y una relación causal entre los dos elementos anteriores. Esta responsabilidad a la que estamos haciendo referencia es la denominada *objetiva*.

En doctrina se hace distinción de la responsabilidad objetiva y la subjetiva. Sintéticamente la primera es a la cual se ha hecho referencia anteriormente y que ha ganado más trascendencia en los últimos tiempos. Se afirma que la responsabilidad del Estado no se centra en un hecho ilícito culpable o doloso, sino en el daño causado. Para esta concepción objetiva basta que el particular acredite que ha padecido un daño derivado de la acción u omisión estatal para que proceda la reparación, si que sea necesario el análisis de la conducta que ocasionó ese daño.

Por otro lado, la tesis subjetiva sustentada mayoritariamente por la jurisprudencia exige para que nazca la responsabilidad estatal que exista dolo o culpa.

Otro ámbito de responsabilidad es aquel en donde aparece la figura del funcionario. De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución "cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación".

Del análisis de este artículo se ha interpretado la imposibilidad de accionar directamente contra los funcionarios, salvo en caso de actos personalísimos.

Por lo tanto, una vez que se acciona contra el órgano correspondiente, será este el encargado de repetir contra el funcionario.

12 Felipe Rotondo Tronaría Ob.cit. p267.

III) LAS UNIDADES REGULADORAS EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

1) INTRODUCCIÓN.

En forma previa a la consideración del control que se ejerce a las unidades reguladoras en nuestro derecho positivo, ya sea desde el ámbito del propio Poder Ejecutivo a través de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) en su carácter de Unidad Ejecutora del Ministerio de Economía y Finanzas, como desde fuera de dicho sistema orgánico a través del Tribunal de Cuentas de la República (T.C.R), haremos una breve referencia a la misión, a los objetivos, a las funciones y al marco normativo de las unidades reguladoras que existen en el sistema positivo uruguayo: la Unidad Reguladora de los Servicios en Comunicaciones (URSEC) y la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA).

En dicho examen se hará referencia a la misión, a los objetivos, a las funciones y al marco normativo de cada una de ellas.

2) LA UNIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS EN COMUNICACIONES (URSEC).¹³

a) Misión.

La Unidad Reguladora de los Servicios en Comunicaciones (URSEC) tiene como misión la regulación y el control de las actividades referidas a las telecomunicaciones, entendidas como toda transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos y, asimismo, las referidas a la admisión, procesamiento, transporte y distribución de correspondencia realizada por operadores postales.

b) Objetivos.

Los principales objetivos de la URSEC son los siguientes: extensión y universalización del acceso a los servicios; promoción de la competencia; control de las actividades monopólicas persistentes; aplicación de tarifas que reflejen costos económicos y el fomento de niveles óptimos de inversión.

c) Funciones.

Con respecto a las funciones desempeñadas por la URSEA, debemos distinguir las que cumple en materia de servicio de telecomunicaciones y las que cumple en materia de servicios postales.

- En materia de servicios de telecomunicaciones, la URSEC tendrá como principales funciones: asesorar al Poder Ejecutivo en materia de formulación instrumentación y aplicación de la política de comunicaciones; velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas; administrar, defender y controlar el espectro radioeléctrico nacional; otorgar autorizaciones para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico nacional; controlar la instalación y funcionamiento, así como la calidad, regularidad y alcance de todos los servicios de telecomunicaciones, sean prestados por operadores públicos o privados; formular normas para el control técnico y manejo adecuado de las telecomunicaciones; ejercer la supervisión técnica y operativa de las emisiones de radiodifusión y de televisión cualesquiera fuere su modalidad; mantener relaciones internacionales con los Organismos de comunicaciones; asesorar al Poder Ejecutivo respecto a los requisitos que deberán cumplir quienes realicen actividades comprendidas dentro de su competencia; controlar el cumplimiento por parte de los operadores públicos y privados de las normas jurídicas y técnicas; proteger los derechos de usuarios y consumidores; determinar técnicamente las tarifas y precios; promover la solución arbitral de las diferencias que se susciten entre agentes del mercado y aplicar las sanciones previstas.

- En materia de servicios postales la URSEC tendrá como principales funciones: velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas; establecer normas regulatorias de los servicios postales; autorizar la prestación de servicios postales a terceros y llevar el registro de empresas autorizadas a prestar servicios postales.

13 La Misión, la Visión y los objetivos de la U.R.S.E.C fueron extraídos del Sitio Web Oficial www.ursec.gub.uy.

d) Marco Normativo.

La creación de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) fue dispuesta por el artículo 70 de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de su facultad de avocación, por el Art. 70 de la Ley N° 17.930. La reglamentación del funcionamiento de la misma fue dispuesta por el Decreto 212/001 de fecha 4 de mayo de 2001.

La Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) se vinculará administrativamente con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Industria, Energía y Minería y actuará con autonomía técnica.

A los efectos de cumplir con los artículos 118 y 119 de la Constitución de la República, la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones lo hará a través del propio Ministerio de Industria, Energía y Minería, o del Ministerio de Educación y Cultura de acuerdo con la materia. A la misma se le atribuyen competencias de regulación y control de las actividades referidas a telecomunicaciones y servicios postales.

Podrá comunicarse directamente con los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y demás órganos del Estado (Art.74 de la Ley N° 17.296 en la redacción dada por el Art.194 de la Ley N° 17.930).

La URSEC estará dirigida por una Comisión integrada por tres miembros designados por el Presidente de la República actuando en Consejo de Ministros entre personas que por sus antecedentes personales, profesionales y conocimiento en la materia, aseguren independencia de criterio, eficiencia, objetividad e imparcialidad en su desempeño. Los Directores durarán seis años en el ejercicio de sus cargos, pudiendo ser designados nuevamente por igual período.

La URSEC ajustará su actuación a los principios generales y reglas de procedimiento administrativo vigentes para la Administración Central, y sus actos administrativos podrán ser recurridos de conformidad con lo que disponen los artículos 317 y concordantes de la Constitución de la República, y artículo 4 y concordantes de la Ley N° 15.869 de 22 de junio de 1987.

3) LA UNIDAD REGULADORA DE SERVICIOS DE ENERGÍA Y AGUA (URSEA).¹⁴

a) Misión.

La URSEA es el órgano regulador de los servicios de energía -incluyendo electricidad, gas y combustibles líquidos-, agua potable y saneamiento en Uruguay, creado por la Ley N° 17.598 de 13 de diciembre de 2002. En materia de energía eléctrica, la URSEA asumió los cometidos anteriormente asignados a la Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica (UREE).

b) Objetivos.

Su objetivo es proteger los derechos de los consumidores, controlando el cumplimiento de las normas vigentes y asegurando que los servicios regulados tengan un adecuado nivel de calidad y seguridad, a un precio razonable.

Como regulador independiente, es su responsabilidad promover la competencia en las áreas de la industria donde está habilitada por la ley, y regular los monopolios, estableciendo niveles mínimos de calidad y proponiendo precios basados en costos eficientes.

c) Funciones.

De acuerdo a la Ley, las principales funciones de la URSEA son: controlar el cumplimiento de las normas vigentes; establecer los requisitos que deberán cumplir quienes realicen actividades comprendidas dentro de su competencia; dictaminar preceptivamente en los procedimientos de selección de concesionarios a prestar servicios dentro de su competencia; resolver, en vía administrativa, las denuncias y reclamos de usuarios; proponer al Poder Ejecutivo las tarifas técnicas de los servicios regulados; prevenir conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante y Proteger los derechos de usuarios y consumidores.

d) Marco Normativo.

La Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) se vinculará administrativamente con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Industria, Energía y Minería y actuará con autonomía técnica.

A los efectos de cumplir con los artículos 118 y 119 de la Constitución de la República, la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua lo hará a través del propio Ministerio de Industria, Energía y Minería, o del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, de acuerdo con la materia.

¹⁴ - La Misión, la Visión y los objetivos de la U.R.S.E.A fueron extraídos del Sitio Web Oficial www.ursea.gub.uy.

Podrá comunicarse directamente con los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y demás órganos del Estado (Art. 3 de la Ley N° 17.598 en la redacción dada por el Art. 189 de la Ley N° 18172 de 13 de diciembre de 2002).

Está dirigida por una Comisión Directora de tres integrantes designados por el Presidente de la República actuando en Consejo de Ministros, por un período de seis años.

IV) EL CONTROL DE LAS UNIDADES REGULADORAS.

1) INTRODUCCIÓN.

En nuestro derecho positivo vigente, el control que se ejerce a las unidades reguladoras se puede desprender en dos ámbitos, ya sea desde el ámbito del propio Poder Ejecutivo a través de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) como Unidad Reguladora del Ministerio de Economía y Finanzas (M.E.F); así como desde fuera de dicho sistema orgánico a través del Tribunal de Cuentas de la República (T.C.R).

2) EL CONTROL POR PARTE DE LA A.I.N.

a) Ubicación Institucional de la A.I.N.

La Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) es un órgano funcionalmente desconcentrado del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas que actúa con autonomía técnica en el desempeño de sus cometidos, cuya nueva denominación y cometidos fueron dispuestos por los artículos 45 a 52 de la Ley N° 16.736 de fecha 5 de enero de 1996, pasando a ocupar el lugar de la Ex Inspección General de Hacienda.

El ámbito orgánico de la competencia de la Auditoría Interna de la Nación alcanza a todos los órganos y reparticiones comprendidos dentro de la persona pública Estado, así como a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados comprendidos en el artículo 220 de la Constitución de la República, sin perjuicio de las autonomías reconocidas constitucionalmente.

De acuerdo al artículo 92 del Capítulo II, Del Control, del Título III del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), el sistema de control interno de los actos y la gestión económico-financieros estará encabezado por la Auditoría Interna de la Nación, a la cual corresponderá: 1) Realizar las tareas de auditoría de acuerdo a las normas de auditoría generalmente aceptadas; 2) Verificar el movimiento de fondos y valores de la Tesorería General de la Nación y el arqueo de sus existencias.

3) Inspeccionar los registros analíticos y sintéticos de la Contaduría General de la Nación y verificar, mediante los métodos usuales de auditoría, su correspondencia con la documentación respaldante y la de ésta con la gestión financiera patrimonial; 4) Verificar la adecuación de los estados contables y presupuestarios de los organismos comprendidos en el Presupuesto Nacional a los registros y la documentación que los respaldan.

5) Fiscalizar la emisión y destrucción de valores fiscales.

6) Supervisar el cumplimiento del control del régimen de asistencia, horarios, licencias y aplicación de los recursos humanos de quienes revistan en la Administración Central, debiendo realizar informes periódicos de sus resultados y 7) Cumplir toda otra tarea de control posterior que le sea cometido o que la presente ley le asigne.

Por su parte el artículo 93 del TOCAF dispone que las actuaciones y auditorías, selectivas y posteriores, a cargo de la Auditoría Interna de la Nación, abarcarán los aspectos presupuestales, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, así como la evaluación de programas y proyectos. Sin perjuicio de la técnica usual de control establecida en las normas de auditoría generalmente aceptadas, se fundará en criterios de juridicidad, eficiencia y eficacia, según corresponda”.

Asimismo del Capítulo II, Del Control, del Título III del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), se desprende que: podrán instalarse unidades de auditoría interna en los órganos y organismos de los Incisos 02 al 14 del Presupuesto Nacional, las que estarán sometidas a la superintendencia técnica de la Auditoría Interna de la Nación”

y que concluida su actuación de control en un organismo, la Auditoría Interna de la Nación efectuará un informe estableciendo clara y detalladamente las conclusiones y recomendaciones a que su actuación diere

lugar. Antes de dictar resolución en relación a lo actuado, dará vista de dicho informe por el plazo de diez días, al jerarca del organismo auditado a efectos de que éste exprese los descargos o consideraciones que le merezca”.

La Auditoría Interna de la Nación elevará al Poder Ejecutivo copia de las resoluciones dictadas en las actuaciones realizadas. Asimismo, semestralmente hará público un informe sintético de los resultados de las auditorías efectuadas”.

b) Misión y Visión de la A.I.N.

En una nueva práctica que comprende no sólo personas jurídicas públicas sino también a las empresas del sector privado de la más diversa índole, y que puede catalogarse de sumamente positiva, se estila sobretodo en los sitios Web de cada una de las citadas instituciones, hacer referencia a modo de presentación de la entidad de que se trata, a su Misión y a su Visión, comprendiendo en ellas, la relación esencial de fin y medios presentes.

En tal sentido, la A.I.N no ha escapado a estos nuevos conceptos, y el nuevo Decreto N° 431/008 de reformulación organizativa los ha consagrado expresamente¹⁵.

- Misión.

En cuanto a la Misión de la A.I.N, se establece que “La Auditoría Interna de la Nación es el órgano de control que contribuye a generar un entorno económico transparente y confiable, protegiendo la hacienda pública y privada en beneficio de la sociedad en su conjunto”.

Vale detenerse en la importancia sustantiva de la Misión de la A.I.N.

En primer lugar, debe señalarse que se define a esta Unidad Ejecutora del Ministerio de Economía y Finanzas, como “el órgano de control”. Posteriormente se hace referencia a su razón de ser, o sea “el contribuir a generar un entorno económico transparente y confiable”. Y Finalmente al fin de su actuación, esto es, la protección de “la hacienda pública y privada en beneficio de la sociedad en su conjunto”.

Tal como se desprende de lo señalado, lo cual reviste una importancia sustantiva, se habla no sólo de hacienda pública sino también de hacienda privada, ya que el contralor de la A.I.N no se limita sólo a personas de derecho público, sino también se extiende a la regulación y al control del funcionamiento de las sociedades comerciales y de las cooperativas.

- Visión.

En cuanto a la Visión de la A.I.N, se dispone “Ser protagonista en la mejora de la gestión de la hacienda pública y generar seguridad y confianza en la hacienda privada al velar por la correcta aplicación de la normativa vigente, logrando constituir una organización flexible, capaz de adaptarse a los cambios del entorno, generando sinergias con los sistemas interactuantes”.

De lo reseñado se desprende la importancia de precisar la Visión de un organismo, ya sea público o privado, porque resume su esencia, su razón de ser más íntima.

De ahí que se persiga la constitución de “una organización flexible, capaz de adaptarse a los cambios del entorno, generando sinergias con los sistemas interactuantes”. Y que su actuación se extienda tanto al ámbito público como privado ya que procura “ser protagonista en la mejora de la gestión de la hacienda pública y generar seguridad y confianza en la hacienda privada al velar por la correcta aplicación de la normativa vigente”.

c) Los cometidos de la A.I.N en el Decreto N° 431/008 de fecha 9/9/08.

La “Auditoría Interna de la Nación” es una Unidad Ejecutora dependiente del Inciso 05, Ministerio de Economía y Finanzas y su estructura organizativa se refleja en la “Organización para el Cumplimiento de Cometidos”.

¹⁵ Decreto N° 431/008 de fecha 9 de setiembre de 2008. Anexo 1; Capítulo I: Misión y Visión.

En el nuevo Decreto de reformulación organizativa de la A.I.N, se dispone la creación de cinco divisiones especificando en cada una de ellas sus cometidos, que constituyen una readecuación de los cometidos entre las mismas.

En tal sentido, haremos referencia a cada una de las nuevas divisiones y sus respectivos cometidos: División Planificación y Desarrollo; División Sector Público; División Sociedades Anónimas; División Cooperativas y División Estudios Técnicos¹⁶.

1. Planificación y desarrollo

- Gerenciar el funcionamiento de los distintos departamentos bajo su dependencia.
- Coordinar las disponibilidades de los créditos de funcionamiento y de inversiones de la Unidad Ejecutora y administrar los recursos financieros, a los efectos de prever los necesarios para la ejecución de los planes y programas de funcionamiento de la Unidad Ejecutora.
- Elaborar el proyecto de presupuesto de gastos de funcionamiento e inversiones; programar, controlar y ejecutar los procesos de recaudación de los servicios prestados; administrar y procesar toda la documentación que ingresa a la Unidad Ejecutora, asignando los expedientes a los distintos sectores de la Organización.
- Administrar los recursos humanos y materiales a los efectos del cumplimiento de los cometidos potenciando el desarrollo de los mismos para lograr una gestión más eficiente y eficaz, definiendo programas de capacitación, planificando y desarrollando actividades relacionadas con reclutamiento, selección, asignación, reasignación conforme a los requisitos de los puestos de trabajo y los requerimientos organizacionales.
- Establecer los términos contractuales de los servicios de mantenimiento a cargo de terceros y controlar el cumplimiento de los mismos y dirigir, planificar y coordinar las actividades de registración contable y consolidar la información financiera a través del SIIF.

2. Sector público

- Verificar los sistemas de control administrativo y de gestión del sector público a través de tareas de auditoría selectivas y posteriores de acuerdo a las normas de auditoría generalmente aceptadas; verificando el movimiento de fondos y valores de la Tesorería General de la Nación y el arqueo de sus existencias; realizando inspecciones de los registros analíticos y sintéticos de la Contaduría General de la Nación y verificar su correspondencia con la documentación respaldante y la de ésta con la gestión financiera patrimonial y, en general, la verificación de la adecuación de los estados contables y presupuestarios de los organismos públicos a los registros y documentación respaldante, todo ello en forma selectiva.
- Fiscalizar la emisión y destrucción de valores fiscales.
- Evacuar con carácter vinculante, las consultas que le formulen por escrito los organismos sometidos a su control, pudiendo publicar las que considere de interés general.
- Publicar semestralmente un informe sintético de los resultados de las auditorías efectuadas e informar al Poder Ejecutivo de los dictámenes realizados en sus actuaciones.
- Supervisar los sistemas de control de los recursos humanos de la Administración Central, comprendiendo la verificación de cumplimiento del control de su régimen de asistencia horaria, licencias y aplicación de quienes revistan en la Administración Central, debiendo realizar informes periódicos de sus resultados.

3. Sociedades anónimas

- Controlar la constitución de Sociedades Anónimas, comprendiendo el control de legalidad de constitución, reforma, transformación, fusión, escisión y disolución y las fiscalizaciones especiales en dichas sociedades; el funcionamiento de las Sociedades Anónimas abiertas y la suscripción e integración de capital a los fundadores de las Sociedades Anónimas cuyo único objeto sea realizar operaciones en calidad de usuarios de la zona franca y ejercer las funciones de órgano estatal de contralor de las regularizaciones de las S.A. y sociedades en comandita por acciones referidas en la Ley N° 18.092 "Titularidad del derecho de propiedad sobre inmuebles rurales y explotaciones agropecuarias".
- Asesorar al Poder Ejecutivo en la constitución y en las modificaciones estatutarias de instituciones de intermediación financiera, compañías de seguros y consorcios.
- Controlar el cumplimiento del Art. 42 de la Ley N° 17.243 de fecha 29/06/00 que establece que CONAPROLE debe cumplir con las mismas normas de información, publicidad y control que las sociedades anónimas abiertas previstas por la Ley N° 16.060 de fecha 04/09/89.

16 Decreto N° 431/008 de fecha 9 de setiembre de 2008. Anexo 1; Capítulo II: Cometidos.

4. Cooperativas

- Controlar las Cooperativas que permanecen en su competencia en cuanto a su funcionamiento, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación y las fiscalizaciones especiales de dichas sociedades.

Recientemente fue aprobada la Ley N° 18.407 “Regulación del funcionamiento del Sistema Cooperativo”, primera ley general de cooperativas en la historia de nuestro país, cuyo Capítulo II del Título III refiere al “Control Estatal de las Cooperativas” – Arts. 211, 212, 213 y 21417.

5. Estudios técnicos

- Presidir de acuerdo a lo dispuesto por las Resoluciones del Poder Ejecutivo Nos. 89/991 y 90/991 la Comisión de Normas Contables Adecuadas, que tiene por finalidad el estudio de la incorporación de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF’s) en nuestro país (proyecto de ley de creación del ente emisor de normas contables a estudio en el Poder Legislativo).

- Administrar y gestionar el Registro de Estados Contables de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 253/001 de fecha 04/07/01.

- Supervisar el cumplimiento de las normas de prevención de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo

- Fiscalizar todos los aspectos relativos a la explotación del Casino Conrad de BALUMA S.A. y verificar permanentemente controles sobre el origen nacional del Capital mayoritario de la sociedad PLUNA Líneas Aéreas Uruguayas S.A.

c) Manual de Procedimientos de Auditoría Interna.¹⁸

Previo análisis de la actuación de la A.I.N en la U.R.S.E.A., resulta imprescindible hacer referencia a la aprobación del “Manual de Procedimientos de Auditoría Interna” por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 24 de enero de 2007, buscando orientar la actividad de los auditores a efectos de que se ajuste a métodos objetivos y sistemáticos que ayuden a la formulación de juicios razonables, mejorando las prácticas y procedimientos en uso y facilitando la tarea del equipo auditor.

Por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 25 de enero de 2007 también se dispuso la aprobación de “Normas Generales de Control Interno” que constituyen un marco de referencia para organizar la estructura de control interno en cada repartición pública, instituyéndose en un esquema básico para la transparencia de la gestión pública en el marco de la legalidad, la ética y la rendición de cuentas democrática.

1) Introducción.

La actividad de auditoría interna actúa como una actividad de aseguramiento y consulta independiente y objetiva, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones del Estado.

El propósito del presente Manual es ser una guía para la acción, proveyendo un marco para ejercer y promover bases para evaluar el desempeño de la auditoría interna fomentando la mejora en los procesos y operaciones del Estado.

2) Objeto y contenido del Manual.

El presente Manual está dirigido a orientar la actividad del auditor a efectos de que se ajuste a métodos objetivos y sistemáticos que ayuden a la formulación de juicios razonables, mejorar las prácticas y procedimientos en uso y facilitar la tarea del equipo auditor. Tiene como propósitos: a) fortalecer la sistematización del trabajo del auditor y unificar el trabajo de todos los equipos y unidades; b) contribuir como mecanismo de capacitación para el personal que se incorpora al Sector Público y c) fomentar la calidad de las auditorías que se practiquen, cuyo logro depende principalmente de los siguientes factores: la definición, comprensión y manejo de los principios, normas técnicas y prácticas de auditoría interna; eficiente asignación y administración de los recursos;- adecuada planificación y programación de las actividades;- capacitación continua y permanente del personal auditor;- eficaz supervisión en la ejecución;- soporte de los hallazgos, afirmaciones y conclusiones con evidencias suficientes, pertinentes y convincentes;- presentación

17 Ley N° 18.407 de fecha 24 de octubre de 2008.

18 - “Manual de Procedimientos de Auditoría Interna” aprobado por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 24 de enero de 2007.

de informes objetivos, confiables y oportunos sobre los resultados de la auditoría;- adecuado seguimiento de las recomendaciones.

3) Objeto y alcance del trabajo del auditor.

El auditor aplicará las técnicas de control establecidas en las normas internacionales de auditoría generalmente aceptadas y en las normas internacionales para el ejercicio profesional de la auditoría interna. Se fundará en criterios de juridicidad, eficiencia y eficacia.

Dado que pueden presentarse situaciones derivadas de normas específicas, solicitudes y/o denuncias, que demanden al auditor la necesidad de efectuar estudios o exámenes especiales, éstos serán realizados utilizando los procedimientos, recursos profesionales y métodos apropiados conforme su naturaleza y circunstancia.

Se utilizarán métodos selectivos de observación y comprobación, dado que por su naturaleza y costo, podría resultar difícil verificar la totalidad del universo sujeto a control. En tal sentido, se propicia la utilización de herramientas, tales como el análisis de riesgos y muestreo estadístico.

4) Informe de Auditoría.

El informe de auditoría es el producto final del trabajo del auditor, por medio del cual se exponen las observaciones, conclusiones y recomendaciones. Debe contener juicios fundamentados en las evidencias obtenidas, con el objeto de brindar suficiente información acerca de los desvíos o deficiencias más importantes y las recomendaciones pertinentes.

Los objetivos del informe deben estar definidos en el plan individual de auditoría y recogidos en el informe. El informe de auditoría es la herramienta de comunicación a la administración, para convencer y persuadir sobre la implantación de acciones correctivas que la ayudarán a alcanzar los objetivos y metas.

5) Estructura.

El informe deberá contener como mínimo la siguiente estructura:

- *Destinatario*: Especificar a quien o a quienes va dirigido.
- *Identificación de la unidad auditada*: Referenciar la Organización donde se encuentra comprendido el objeto de la auditoría.
- *Motivo de la actuación*: Dejar constancia si la actuación es a pedido expreso o se encuentra incluida en el plan anual de la Gerencia. Se deberá incluir la fecha de inicio de la auditoría.
- *Objetivo*: Describir el análisis y/o evaluación de la materia objeto previamente identificada, que permita proveer razonable seguridad en relación a la suficiencia y efectividad del sistema de control interno de la unidad auditada, en función de la estructura del informe COSO.
- *Alcance*: Se deben establecer: que la tarea fue realizada con independencia, objetividad y debido cuidado profesional; la enumeración de los procedimientos de auditoría aplicados e identificar el período auditado. En caso que el alcance de las tareas previamente definidas o procedimientos, se hayan visto limitados por cualquier factor, se deberá dejar constancia de ese hecho, indicando los detalles que correspondan. Se deberá informar las consecuencias que pueda generar esa limitación. De esta forma se limita la responsabilidad del auditor con respecto a aquellas circunstancias que no hayan podido ser sometidas a análisis.
- *Observaciones y hallazgos de auditoría*: Este capítulo fundamenta la conclusión a la que deberá arribar el auditor. Es el punto más extenso e informativo, debido a que todos los hallazgos de auditoría que tienen un impacto significativo en la gestión de la entidad auditada, son observaciones que deberán sustentarse con la descripción del hecho u operación examinada. El informe debe incluir sólo comentarios sobre observaciones importantes.
- *Conclusiones y Recomendaciones*: Las conclusiones y recomendaciones no deben ser simples repeticiones de lo expuesto en el capítulo de observaciones, aún cuando pudieran emplearse palabras diferentes. Una conclusión debe ser entonces, una deducción lógica, consecuencia de un hecho o de una situación, o de un conjunto de hechos o situaciones, pero no el hecho o la situación considerados en sí mismos. Las conclusiones se deben formular con absoluta independencia de criterio, objetividad, claridad y responsabilidad profesional en relación con los hechos y otra información pertinente obtenida en el transcurso de la auditoría o estudio

especial de auditoría. El auditor debe, por tanto, asegurarse que en sus papeles de trabajo existe evidencia suficiente y adecuada para apoyar cada una de sus conclusiones. Finalmente, las conclusiones no deben hacer referencia a situaciones o hechos particulares, ni contener ejemplos.

Por cada observación se deberá efectuar una recomendación. Las recomendaciones se deben formular en tono constructivo, dirigidas a mejorar el sistema de control interno y a corregir errores y deficiencias contables, financieras, administrativas o de otras naturalezas encontradas en las operaciones evaluadas en el transcurso de una auditoría o estudio especial de auditoría. Es conveniente comenzar redactando las fortalezas y proseguir con las debilidades detectadas.

- *Anexos*: Los mismos forman parte del informe, pero no de su cuerpo y deben contener información relacionada con los comentarios del mismo, con el objeto de aclarar conceptos. Los anexos, que estarán ubicados al final del informe, sólo deben incluirse en caso necesario.

6) Comunicación del Informe.

- *Reunión con el auditado*: Previo a la culminación del informe se debe mantener una reunión con el auditado a efectos de: ponerlo en conocimiento de los hallazgos, conclusiones y recomendaciones de la auditoría previo a su remisión formal, reducir el riesgo de interpretación errónea de los resultados, y darle la oportunidad de realizar las aclaraciones pertinentes sobre los hallazgos de auditoría. Los comentarios que surjan en esta reunión deben ser tomados en cuenta, para la emisión del informe final (verificación, revisión, rectificación o ratificación).

- *Emisión del primer informe*: el informe será firmado por los integrantes del equipo auditor y deberá contar con el visto bueno del supervisor. El mismo será elevado al Auditor Interno de la Nación, a través de la Gerencia del Sector Público, quien, luego de su conformidad, dispondrá dar vista a la unidad auditada.

- *Notificación*: la vista se efectivizará a través de la notificación expresa y entrega de copia del informe al jerarca de la unidad auditada por parte de un funcionario de la Auditoría Interna de la Nación. Dicho acto se formalizará en un documento de notificación emitido por la Auditoría Interna de la Nación, fechado y firmado por el funcionario notificador y por la persona que reciba materialmente la copia del informe en representación de la unidad notificada. La misma se adjuntará al expediente administrativo correspondiente a la actuación.

En caso que el informe involucre a más de una unidad, la notificación deberá practicarse el mismo día a todos los jefes de las unidades auditadas o en su defecto, dentro de un término no mayor a los 2 días hábiles a partir de la primera notificación.

- *Evacuación de la vista*: a partir del día siguiente de efectuada la única o última notificación, las unidades notificadas tienen un plazo común de 10 días hábiles perentorios para evacuar la vista. (Ley N° 16.736 Art. 51 - T.O.C.A.F. Art. 93 IV).

- *Forma*: las unidades notificadas evacuarán la vista en documento escrito, dirigido al Auditor Interno de la Nación, dentro del plazo señalado. Dicho documento formará parte del expediente administrativo de la actuación correspondiente.

- *Informe definitivo*: Transcurrido el plazo dispuesto por la normativa legal, se pueden dar las siguientes situaciones: a) Si el auditado no evacúa la vista, el informe adquirirá carácter definitivo y se dictará la Resolución respectiva y b) Si el auditado evacúa la vista, el equipo auditor puede: mantener las conclusiones y recomendaciones. En este caso, se dicta Resolución donde se deja constancia de la evacuación de la vista por parte de la unidad auditada. Se deberá confeccionar otro informe incluyendo los descargos de recibo. El informe definitivo, deberá ser firmado por el equipo auditor.

- *Elevación del expediente al Auditor Interno de la Nación*: Cumplidas las etapas descritas anteriormente, la Gerencia del Sector Público elevará el expediente administrativo, conjuntamente con el proyecto de Resolución, elaborado por el equipo auditor, al Auditor Interno de la Nación.

7) Resolución.

- *Dictado de Resolución*: El Auditor Interno de la Nación dictará una Resolución administrativa, la cual podrá recoger o no las conclusiones, observaciones y recomendaciones contenidas en el informe inicial y en el informe definitivo del equipo auditor, así como las puntualizaciones formuladas en los descargos, explicitando necesariamente los motivos de hecho y de derecho que considere necesario. (Ley N° 16.736, Art. 51 inc. 1 - T.O.C.A.F. Art. 93 IV, del Dec. N° 500/1991, Arts. 123 y 124).

- *Notificación de la Resolución*: la Resolución deberá ser notificada a la unidad auditada y al jerarca superior responsable, mediante el procedimiento reseñado en el punto 4.3. Conjuntamente con la Resolución deberá adjuntarse copia del informe definitivo, cuando el mismo se hubiese emitido como consecuencia de la formulación de descargos que hubiesen discrepado con el informe primario. La notificación deberá insertarse en el expediente correspondiente junto con la constancia de su notificación y deberá elevarse una copia de la misma al Poder Ejecutivo. (Ley 16.736, Art. 51 inc. 1 -T.O.C.A.F. Art. 93 V).

- *Publicación*: dando cumplimiento a la normativa legal vigente y culminada las etapas reseñadas, cada equipo auditor confeccionará un proyecto que versará en una síntesis de la actuación que incluirá las conclusiones del informe definitivo, las puntualizaciones efectuadas en los descargos e incluso las consideraciones que formule el Auditor al dictar la Resolución para su publicación semestral. (Ley N° 16.736, Art. 51 inc. 2 -T.O.C.A.F. Art. 93 V).

d) Normas generales de Control Interno.

Por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 25 de enero de 2007 se dispuso la aprobación de "Normas Generales de Control Interno" que constituyen un marco de referencia para organizar la estructura de control interno en cada repartición pública, instituyéndose en un esquema básico para la transparencia de la gestión pública en el marco de la legalidad, la ética y la rendición de cuentas democrática.

El director o jerarca máximo de cada repartición del Estado es responsable por diseñar y mantener vigente un ambiente y estructura de control interno, acorde a las circunstancias que promuevan los objetivos institucionales y gubernamentales, velando y garantizando un proceso integral de rendición de cuentas en el sector de su competencia.

Todo jerarca, como servidor público, tiene la obligación de rendir cuentas claras y oportunas de su gestión, basado en la responsabilidad que asume en la administración pública con apego a las normas legales vigentes. La confianza depositada al asignárseles sus funciones específicas, requiere de métodos y pruebas de supervisión y seguimiento para garantizar el logro de los objetivos y metas planificadas, el cumplimiento presupuestario respectivo y el uso de los recursos con eficiencia y eficacia medibles, retroalimentado los sistemas para mantenerlos actualizados.

El Marco Conceptual y las Normas Generales que aquí se adoptan, constituyen un marco de referencia para organizar ese ambiente y estructura de control interno en cada repartición pública. Asimismo, constituyen un esquema básico para la transparencia de la gestión pública, en el marco de la legalidad, la ética y la rendición de cuentas democrática

Como forma de solucionar la diversidad de conceptos, definiciones e interpretaciones existentes en torno al control interno, es publicado en 1992, en EE.UU., el "Informe COSO" sobre control interno (COSO: Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission)

El "Informe COSO" constituyó un gran avance al acordar una definición respecto al concepto de control interno. El informe COSO logra definir un marco conceptual común y se constituye en una visión integradora del control interno. El control interno es un proceso efectuado por la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de seguridad razonable en cuanto a la consecución de objetivos dentro de las siguientes categorías: Eficacia y eficiencia de las operaciones; Confiabilidad de la información financiera Y cumplimiento de las leyes, reglamentos y normas que sean aplicables.

El Informe COSO se estructura en cuatro partes.

- *Resumen Ejecutivo*: visión de alto nivel sobre la estructura conceptual del control interno, dirigido a directores ejecutivos, miembros del consejo, legisladores.

- *Estructura Conceptual*: Define control interno, describe sus componentes y proporciona criterios para que Administradores, Consejeros y otros puedan valorar sus sistemas de control.

- *Reportes a Partes Externas*: Es un documento suplementario que proporciona orientación a aquellas entidades que publican informes sobre control interno además de la preparación de estados financieros.

- *Herramientas de evaluación*: Proporciona materiales que se pueden usar en la realización de una evaluación de un sistema de control interno.

3) UN CASO PRÁCTICO: ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN DE LA A.I.N. EN LA URSEA.¹⁹

La auditoría comenzó el día 23 de enero de 2006 por iniciativa de la Auditoría Interna de la Nación, abarcando el período enero de 2003 - mayo de 2006²⁰.

a) Alcance y objetivos de la Auditoría.

El objetivo comprende la evaluación del funcionamiento del sistema de control interno. Esto implica evaluar la seguridad que el sistema tiene respecto a la información acerca del avance en el logro de sus objetivos y metas y en el empleo de criterios de economía y eficiencia, la confiabilidad y validez de los informes y estados financieros y el cumplimiento de la legislación y normativa vigente. Entendiendo estos puntos, como el logro del cumplimiento de los objetivos y metas asignados a dicha unidad a un costo adecuado. Las tareas se cumplieron con independencia, objetividad y debido cuidado profesional.

b) Procedimientos aplicados.

Para el logro del objetivo planteado se llevaron a cabo los siguientes procedimientos:

- Identificación y análisis de la Ejecución Presupuestal, Rendición de Cuentas y Estado Contables de los años 2004 y 2005, mediante el estudio de los rubros de remuneraciones del personal afectados al PNUD, arrendamientos, comparativos de rubros, mayores analíticos.
- Individualización de los recursos humanos que poseen para su funcionamiento.
- Análisis selectivo de procedimientos aplicados
- Estudio de expedientes y Actas de la Comisión Directora
- Relevamiento de toda la información oportuna y confiable para fundamentar las conclusiones y formular las recomendaciones que lucen al final del Informe.

c) Conclusiones y recomendaciones.

De la auditoría practicada en la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), cuyos resultados se explicitan en expediente N° 0460/06, se concluye que si bien la Unidad no cumple con la totalidad de los cometidos asignados, el sistema de control interno presenta una seguridad razonable, existiendo procedimientos a mejorar, como es la máxima utilización de los programas adquiridos (Memory y Lotus Note), que permitirían que la Gestión propiamente dicha, sea más beneficiosa para el Estado. También se destaca, que la plantilla de recursos humanos es muy reducida para poder llevar a cabo toda la operativa de la Unidad.

A continuación se detallan las principales conclusiones y recomendaciones:

1.- Respecto a las Rendiciones de Cuentas se observa que:

a.- Los recibos o boletas contados emitidas por los profesionales contratados con financiación PNUD, no cancelan los honorarios facturados, en virtud de que sólo lo realizan por el líquido que cobran, no generando los recibos por las retenciones de IRP e IVA. b.- Se han encontrado facturas emitidas con posterioridad al mes de cargo. En cuanto al primer punto, por el IRP e IVA retenido por la Unidad, se emite una boleta de resguardo a los efectos fiscales, debiendo en ese momento emitir un recibo por dichos conceptos. Posteriormente el IRP e IVA son volcados a los organismos de recaudación correspondiente, quedando finalizada la operativa.

2.- Referente a la Ejecución Presupuestal se puede observar que:

a.- Se sugiere en relación al Programa Contable Memory, efectuar una consulta a la Contaduría General de la Nación respecto a lo establecido en el artículo 1ro. del Decreto 88/2000 del 3 de marzo del 2000, en lo que concierne a la pertinencia o no de contar con el informe favorable de dicho Organismo para la adquisición del programa mencionado.

19 - Expediente N° 0460/2006 "Actuación de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) en la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (U.R.S.E.A.)".

20 - El presente Informe de Actuaciones de la A.I.N. forma parte del Diario Oficial N° 27.052 de fecha 9 de agosto de 2006.

b.- Concomitantemente, el programa contable debe ser utilizado de la forma más eficiente, procesando la documentación de acuerdo a normas contables adecuadas y principios de contabilidad generalmente aceptados. Permitiendo de esta forma, alcanzar conclusiones con base cierta, obteniendo como resultado una contabilidad completa, clara y al día, transformándose en una herramienta importante para la gestión de la Comisión Directora.

3.- En cuanto al arrendamiento de las oficinas de URSEA, se puede precisar que la infraestructura de la Unidad no es acorde con la cantidad de funcionarios que disponen, representando un 50% aproximadamente del total de lo ejecutado por concepto de servicios, sin tomar en cuenta las partidas destinadas al pago de sueldos y sus correspondientes cargas sociales, honorarios y transferencias corrientes a Organismos Internacionales. Por concepto de arrendamiento y gastos comunes, la URSEA incurrió en gastos en los tres años (2003 - 2005) en un monto cercano a los \$ 5:175.950 (pesos uruguayos cinco millones ciento setenta y cinco mil novecientos cincuenta), lo que al tipo de cambio interbancario comprador promedio de cada año equivale aproximadamente a U\$S 191.282 (dólares americanos ciento noventa y un mil doscientos ochenta y dos). Por lo expuesto, consideramos que de mantenerse dicha plantilla, deberá procederse a la revisión del contrato celebrado el 25 de noviembre de 2005 por el plazo de un año, con la finalidad de precisar si es conveniente para las arcas del Estado, seguir manteniendo la misma. Para lo cual se recomienda tener en cuenta la posibilidad de la progresiva incorporación de personal o manejar otras posibilidades.

4.- En virtud de la escasez de recursos humanos con los que cuenta la Unidad para el correcto cumplimiento del total de sus cometidos y control de la gestión de la misma, se deberá incorporar nuevos funcionarios, a los efectos de subsanar las distintas falencias corroboradas por esta Auditoría.

5.- Se recomienda establecer una política global de capacitación acorde al cambio constante que se produce en las distintas esferas, como ser: el conocimiento de las normas legales vigentes, nuevas herramientas de gestión, de comunicación, de atención al contribuyente y negociación, entre otras, lo que redundaría en brindar a la sociedad un servicio más eficiente y eficaz.

6.- Dado que la URSEA dispone del Programa Lotus Notes, el cual posee un sistema electrónico de expedientes, presentando beneficios importantes como la rapidez, claridad, control, visualización, seguridad y, simultáneamente se lleva como sistema de expedientes oficial o principal, el de papel, se recomienda que ambos procedimientos deben coincidir en un todo, no debiendo bajo ningún concepto, eliminar carátulas, ni desactivar vistas.

7.- Con relación a los expedientes en trámite, en virtud de haberse detectado saltos en la correlación numérica del programa Lotus Notes y atrasos importantes en el seguimiento de los mismos, se recomienda se efectúe un corte de operaciones a una fecha determinada, a los efectos de determinar fehacientemente la cantidad que tiene cada responsable en su poder, como así también precisar la numeración de los mismos, a los efectos de poder ejercer un correcto control permanente de los expedientes que dispone la Unidad.

8.- Respecto a las Actas de la Comisión Directora del programa Lotus Note, en el muestreo realizado se encontraron errores formales de fácil resolución, que obedecen básicamente a descuidos, falta de atención, etc., y otros de fondo, que sugieren usos de procedimientos no adecuados, debiendo reflejar las Actas la transcripción fidedigna de lo acontecido.

9.- Deberá cumplirse con lo establecido por el Art. 59 del Decreto N° 500/991, referente al plazo de 5 días hábiles para la emisión de los informes correspondientes, como así también con el numeral 7, literales c) y d) del instructivo de servicio sobre esquema del procedimiento administrativo a observarse en la URSEA de fecha 2 de setiembre de 2005, prestando especial atención primeramente los referentes a los que tengan relación con la seguridad de la población, siguiendo con los de aspectos económicos y por último los formales, en virtud de la falta de recursos humanos en esta área.

10.- Al constatar la existencia del cobro de multas por concepto de incumplimiento de normativas vigentes, se recomienda la continuación de los trámites pertinentes, a efectos de su regularización y por ende la efectivización de los cobros correspondientes.

d) Vista, Descargos y Resolución.

En cumplimiento con lo preceptuado por el Art. 51 de la Ley N° 16.736 de 05/01/96, se confirió vista al Organismo auditado con fecha 8 de junio de 2006, habiéndose evacuado la misma según Nota del 23 de junio de 2006 la cual no modificó las conclusiones y las recomendaciones a las que se arribaron.

Se dictó Resolución por parte de la Auditoría Interna de la Nación adoptándose las conclusiones de los Sres. Auditores y disponiéndose el cumplimiento de las medidas necesarias y convenientes a la regularidad de la gestión de la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua.

4) EL CONTROL POR PARTE DEL T.C.R.

a) Introducción.

Previo análisis del control ejercido por el Tribunal de Cuentas de la República, haremos breve referencia a su creación, al estatuto constitucional, a su competencia y a sus funciones.

b) Creación del Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas de la República como órgano de control externo fue incorporado a la organización institucional del país por la Constitución de 1934, en los últimos seis artículos de la Sección XIII titulada “De la Hacienda Pública”.

La Constitución de 1942 mantuvo en líneas generales la regulación de la Carta anterior (Arts. 198 a 203), mientras que la Constitución de 1952, separó las disposiciones referidas al Tribunal de Cuentas de las relativas a la Hacienda Pública (Sección XIII), insertándolas en una Sección específica, la XII, titulada “Del Tribunal de Cuentas” (arts. 208 a 213). La Constitución de 1967, actualmente vigente, mantuvo esta separación.

Desde su creación en 1934, la propia Constitución fijó las bases fundamentales de la organización, funciones y competencias del Tribunal de Cuentas, mediante textos, que con variaciones de detalle que no alteran la esencia de las normas originarias, se mantienen hasta nuestros días.

c) Estatuto constitucional del Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas, en el marco de nuestro sistema republicano democrático representativo de gobierno, está ubicado institucionalmente en un lugar de máxima jerarquía, similar a la otorgada al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Electoral.

Actúa en función administrativa (aunque su nombre podría inducir a confusiones el constituyente no le otorgó facultades jurisdiccionales) vigilando “la ejecución de los presupuestos” y controlando “toda gestión relativa a la hacienda pública” (art. 228). Verifica la conformidad de la gestión financiera estatal a las reglas que la regulan, “haciendo observaciones” (artículo 211 literal B) o “exponiendo las consideraciones y observaciones pertinentes” (artículo 211, literal C), o denunciando “todas las irregularidades en el manejo de fondos públicos e infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad” (Artículo 211, literal E). Posee potestades de control financiero externo que ejerce con total autonomía e independencia frente a los Poderes del Estado y frente a toda la administración autónoma controlada.

Si bien el marco general de sus competencias está determinado en la propia Constitución, la misma admite que la ley puede atribuirle otras funciones.

Para asegurar la efectividad de sus potestades, el constituyente dotó al organismo de ciertos atributos básicos: una ubicación institucional de máximo nivel jerárquico; independencia absoluta respecto a los Poderes, organismos y entidades controladas; autonomía funcional, administrativa y técnica, que lo habilitan para actuar en forma objetiva, imparcial y libre de toda influencia político-partidaria; cierto grado de autonomía económico-financiera: la Constitución confiere al Tribunal de Cuentas la potestad de proyectar su propio presupuesto. Y si bien el Poder Ejecutivo puede introducirle modificaciones, en caso que existan diferencias entre lo planteado por el Ejecutivo y el Tribunal, ambos presupuestos deben ser remitidos al Parlamento, para que este decida en definitiva (Art. 211 lit. G de la Constitución).

d) Competencia del Tribunal de Cuentas.

El art. 228 de la Constitución determina el marco de actuación del organismo, al establecer: “La vigilancia en la ejecución de los presupuestos y la función de control de toda gestión relativa a la Hacienda Pública será de cargo del Tribunal de Cuentas”. Asimismo, una serie de normas constitucionales determinan sus cometidos (Arts. 208 a 213 y 214 a 232), existiendo disposiciones específicas y complementarias para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (art. 192 in fine y 193) y los Gobiernos Departamentales (art. 273 num. 4, 301 y 302).

El artículo 94 del Capítulo II, Del Control, del Título III del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) dispone que el sistema de control externo de los actos y la ges-

ción económico-financiero estará encabezado por el Tribunal de Cuentas, al cual corresponderá: intervenir preventivamente en los gastos y en los pagos a realizar por entidades estatales al solo efecto de certificar su legalidad pudiendo cometer dicha intervención en la forma que determine mediante ordenanzas (literal B) del artículo 211 de la Constitución de la República).

e) Funciones del Tribunal de Cuentas.

- Asesoramiento en materia presupuestal (art. 211 lit. A de la Constitución y art. 94.1 TOCAF). El dictamen del Tribunal de Cuentas es facultativo respecto al Presupuesto Nacional, por cuanto sólo se expide a solicitud expresa del Poder Legislativo. Es preceptivo, en cambio, por expresa disposición constitucional, en el caso de los Entes Industriales o Comerciales del Estado (art. 221 de la Constitución) y de los Gobiernos Departamentales (art. 224 y 225 de la Constitución), integrando su dictamen el acto complejo de aprobación de dichos presupuestos.

- Asesoramiento en materia de emisión de títulos de deuda pública, concertación de empréstitos y aplicación de superávits por los Gobiernos Departamentales (arts. 301 y 302 de la Constitución). El Tribunal de Cuentas actúa como asesor financiero de la Junta en ejercicio de las funciones de control de la gestión de la Hacienda Pública Municipal. Informa sobre los aspectos legales y condiciones económico-financieras en que se emite la deuda o se contrata el empréstito, tanto en lo formal o procesal como en lo sustancial, con especial referencia a las posibilidades y disponibilidades de recursos del municipio gestionante para absorber las obligaciones de amortización y pago de la deuda que contrae y sus acrecidas, intereses y comisiones.

- Asesoramiento en materia de Rendiciones de Cuentas (art. 211 lit. C y 193 de la Constitución y art. 94.3 del TOCAF). El Tribunal de Cuentas informa anualmente a la Asamblea General respecto a las rendiciones de cuentas que formulan todos los órganos del estado, incluidos los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados. Asimismo emite opinión respecto a las rendiciones de cuentas especiales que deben formular los Directorios o los Directores salientes de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

- Asesoramiento a la Junta Departamental (art. 273 num. 4 de la Constitución). La Junta Departamental ejerce las funciones legislativas y de control en el Gobierno Departamental, extendiéndose su jurisdicción a todo el territorio del departamento. En este marco está establecida la facultad de solicitar el asesoramiento del Tribunal de Cuentas en cuestiones relativas a la Hacienda o a la Administración Departamental, por un tercio de votos del total de sus componentes.

- Contestación de pedidos de informes de los legisladores (art. 118 de la Constitución). Todo legislador puede pedir al Tribunal de Cuentas por intermedio del Presidente de la Cámara respectiva los datos e informes que estime necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

5) UN CASO PRÁCTICO: ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN DEL T.C.R. EN LA URSEC.²¹

a) Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2233/08.

En el caso de las actuaciones realizadas por este Tribunal en la URSEC (Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2233/08), relacionadas con las misiones efectuadas por funcionarios de la Unidad Reguladora, se constató lo siguiente:

a) las Resoluciones del Poder Ejecutivo autorizando cada una de las Misiones Oficiales analizadas, son de fecha posterior a los recibos emitidos por la Tesorería de la Unidad al entregar los viáticos a favor del o los funcionarios que participaron en la Misión Oficial (se citan seis casos de los cuales solamente uno fue observado por el Contador Delegado).

b) Por otra parte de la confrontación realizada entre los importes a liquidar por concepto de viáticos según Resolución del Poder Ejecutivo y los efectivamente entregados por la Tesorería de la URSEC, se han presentado diferencias importantes en los importes mencionados, en la Misión Oficial de Buenos Aires, efectuada entre el 28 de noviembre y el 1° de diciembre de 2005. Se concluye que se ha incumplido con lo dispuesto por el

21 - Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2233/08, relacionadas con las misiones efectuadas por funcionarios de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).

- Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2234/08, se analizó la documentación relacionada con las misiones realizadas por funcionarios de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).

Art. 23 de la Ley N° 16.226 y los Arts. 7 y 8 del Decreto 148/992 en relación al pago de viáticos, en cinco de las Misiones Oficiales auditadas.

c) En virtud de lo expuesto, este Tribunal ha dispuesto poner en conocimiento al Presidente de la URSEC de las presentes actuaciones, a efectos de que se arbitren los medios tendientes a que el procedimiento de las Misiones Oficiales se ajuste a la normativa vigente.

b) Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2234/08.

En el curso de las actuaciones realizadas por este Tribunal en la URSEC (Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2234/08), se analizó la documentación relacionada con las misiones realizadas por funcionarios de la Unidad Reguladora, a efectos de las tareas de auditoría a realizar.

a) Luego del examen de la información recabada se destacan las siguientes constataciones: Resoluciones del Poder Ejecutivo recibidas autorizando cada una de las Misiones Oficiales de fecha posterior a los recibos emitidos por la Tesorería de la Unidad al entregar los viáticos a favor del o los funcionarios que participaron en la Misión Oficial, contraviniendo lo dispuesto por el Art. 23 de la Ley N° 16.226 y los Arts. 7 y 8 del Decreto 148/992 de 3 de abril de 1992 (se citan seis casos de los cuales solamente uno fue observado por el Contador Delegado).

b) Por lo tanto y en virtud de que de acuerdo con los antecedentes analizados, no se han observado las Resoluciones del Poder Ejecutivo que autorizaban Misiones Oficiales con fecha posterior al pago viáticos a favor del o los funcionarios que participaron en la Misión Oficial, se confiere traslado a la Cra. Central Delegada ante la Presidencia de la República por el plazo de diez días hábiles (conforme a lo dispuesto por la Resolución de este Tribunal de fecha 11/12/96) a efectos de que formule sus descargos.

V) PERSPECTIVAS A NIVEL GLOBAL

1) Introducción

En este capítulo se analiza a modo de conclusión, cómo las Agencias Reguladoras²² han sido consagradas en el derecho comparado y cuales son los mecanismos de control existentes

Las reformas administrativas impulsadas durante el periodo 1990-2005, contribuyeron al surgimiento de un nuevo modelo de Estado denominado por la literatura como “Estado Regulador”. Un modelo de Estado Regulador en el que las UR juegan un papel fundamental.

América Latina no ha sido ajena a este proceso, que incluso ha tenido un impacto mayor que en otras regiones ya que: a) la región partía de un déficit histórico en organismos reguladores independientes; b) las políticas de privatización durante los últimos quince años de estos países han sido muy profundas.

Este capítulo tiene como objetivo desarrollar un estudio sobre las organizaciones e instituciones responsables del control de las UR en Derecho comparado.

1.1) Evolución

Debe tenerse en cuenta que estas agencias nacen con enormes incentivos para superar el tradicional déficit institucional de las administraciones públicas de la región, y así lograr independencia y eficacia en sus actuaciones, como también seguridad jurídica e institucional en los diversos sectores regulados.

Podemos decir que las UR son de dimensiones reducidas y con una fuerte presión para ser independientes de las interferencias externas y para superar el tradicional modelo clientelar. Y así lograr instituciones públicas fuertes, perdurables y potentes.

En este sentido, debe recordarse que las nuevas UR se han creado en una suerte de “pecera” transparente que atrae el interés de organizaciones internacionales y de terceros países. Los países en cuestión basan en parte su credibilidad y la posibilidad de captar inversiones externas en el buen funcionamiento y la independencia de estas nuevas agencias.

Los motivos de creación de las UR son múltiples, pero pueden sintetizarse en la combinación de la necesidad de obtener mayor credibilidad nacional e internacional en materia de regulación y la necesidad

²² De ahora en más, a los efectos de referirnos a Unidades / Agencias Reguladoras, establecemos la abreviación UR.

de hacer frente a la presión de los operadores del sector regulado que solicitaban un modelo más estable e independiente de regulación.

La creación de las UR responde también al logro de credibilidad reguladora e institucional a nivel interno y, especialmente, a nivel externo (terceros países y organismos multilaterales).

Lograr la independencia de las UR del poder político fue un objetivo formal pero no real, ya que en muchos casos no fue este el objetivo implícito que se buscaba.

A nivel doctrinario se afirma que la autonomía puede considerarse como:

- (i) Completa, cuando la agencia sólo responde ante el poder judicial
- (ii) Elevada, cuando la agencia responde tiene que rendir cuentas al poder legislativo
- (iii) Media, cuando la agencia debe responder al ejecutivo vía un ministerio-principal
- (iv) Baja, cuando la agencia depende de las decisiones de las instancias ministeriales).

2) Como se controlan las UR.

La creación de autoridades independientes de regulación es uno de los actos más innovadores que tuvo la administración pública en los últimos años. Es así que varios países establecieron agencias reguladoras dotadas de autonomía financiera y de gestión. En muchos casos, estas agencias contrariaron estilos políticos y culturales en materia administrativa.

Ante este panorama, una de las cuestiones que se plantea es, como controlar las nuevas agencias. Dado que los organismos clásicos suelen no entender los porque de la independencia regulatoria.

2.1) Orígenes

En 1887 se crea en Estados Unidos la Comisión de Comercio, primera agencia reguladora de ese país. La primera agencia inglesa fue la Autoridad Independiente de Televisión, en 1954: en 1984 durante la administración Thatcher, se crearon varias agencias comenzando por la OFTEL (telecomunicaciones).

Mientras que en países como Francia se debió esperar hasta que las exigencias de la Unión Europea impulsaran la creación de la Autoridad de Regulaciones de las Telecomunicaciones –ART, en 1997 y en el año 2000 la Comisión de Regulación de Electricidad CRT.

En todos los casos se reconoció que la función regulatoria es una actividad esencial del Estado. El propósito de crear las mentadas agencias, fue la necesidad de dar especialización y eficiencia a ciertas actividades, mediante órganos específicamente dedicados a estas actividades, con personal especializado y de carrera.

Las agencias descritas en marras, fueron dotadas de autonomía con el propósito de colocar ciertas cuestiones fuera de las agendas políticas de corto plazo. Y así dar continuidad a las políticas y los planeamientos de largo plazo. Todo en pro de la defensa del interés público, guía de cualquier acción regulatoria.

La responsabilidad de las UR se está constituyendo en un tema central de la agenda pública en muchos países, en particular en América Latina. Episodios recurrentes de corrupción, evidencian la debilidad de las instituciones y la escasez de mecanismos de control social han contribuido a potenciar esta situación. En este contexto la responsabilidad y el control adquieren gran importancia política.

Más si tenemos en cuenta que los jefes de estas instituciones, no son electos, todo esto lleva a dar una relevancia democrática al análisis particular de estos organismos.

Seguidamente se desarrollaran dos marcos temáticos. Primero desarrollaremos la forma institucional de estas agencias desde su creación. En segundo lugar, analizaremos la tensión entre delegación y responsabilidad, subyacente de la creación de agencias independientes.

La regulación del mercado es una actividad inherente al Estado moderno, que asume muchas formas según el contexto histórico. En este contexto, las UR se especializan en la gestión económica, de control y regulación de sectores de la economía de tanta importancia, que se hace ineludible la necesidad de controlar a estas agencias.

Una de las fallas esenciales identificadas por autores como Majone es la insuficiencia de responsabilidad política por parte de estas agencias independientes.

Esta cuestión del control democrático es un tema recurrente, la experiencia americana al respecto se vuelve una cita ineludible para el análisis. Empero no debemos olvidar que nos situamos en contextos distintos, en donde los presupuestos para el debate varían. De manera que el contexto institucional que se analiza, será determinante para poder trasladar o no conclusiones a nuestro modelo.

2.2) Forma institucional de las UR en USA

Fueron creadas para actuar en un conjunto diversificado de áreas: mercado de capitales (Securities and Exchange Commission), medio ambiente (Environmental Protection Agency) y alimentos (Food and Drug Administration), sistema financiero, defensa de la competencia (Federal Trade Commission) y regulación de monopolios naturales en los servicios públicos, transportes y telecomunicaciones (Civil Aeronautics Board etc.). Las UR se presentan como la faceta intervencionista de un Estado Liberal, en un panorama con un sector productivo estatal, virtualmente inexistente.

Las primeras UR fueron creadas a finales del siglo XIX. Esta primera oleada de cambio institucional tuvo su inicio en 1887. Una segunda ola de transformación ocurre cercana a los años 40, durante el New Deal. En la década del 30 se crearon muchas agencias independientes, teniendo como modelo la Federal Trade Commission (FTC). Las instituciones centrales del Estado regulatorio americano fueron creadas en esa década: Securities and Exchange Commission (SEC), Federal Power Commission (FPC), Federal Communication's Commission (FCC), Civil Aeronautics Board (CAB) y la Food, Drug and Cosmetic Agency (FDA).

El formato de agencia independiente fue una innovación organizacional que resulto de muy buena aceptación en el Congreso, delegando funciones en las agencias sin que implicase un fortalecimiento excesivo del Ejecutivo.

Pero en 1960 se produce un cuestionamiento respecto al grado de autonomía de las UR, a nivel del congreso y del ejecutivo, a consecuencia de varios fallos judiciales. Fue así que se comenzó a instaurar un mayor control hacia el regulador por parte del ejecutivo (Nixon, Ford y Carter).

Es por esto que en los años 60 se crean agencias volcadas a la regulación social, esto represento un cambio en el "oleaje". Ya que la primer y segunda ola fueron cruciales para expandir las capacidades del Ejecutivo, mientras que en esta etapa será el Congreso quien refuerce sus facultades regulatorias. A partir de la década del 60 ocurre una dramática reafirmación de la preponderancia del Legislativo en el proceso regulatorio, concentrándose en el área social, hasta la década de los 90.

Como se dijo previamente, resulta importante distinguir los modelos. En este caso, las agencias americanas se caracterizan por su "publicidad", contrastando con el modelo regional de órganos internos, burocráticos, cuyos procedimientos y procesos decisorios obedecen casi que a padrones de sigilo.

Una segunda consideración es el hecho que las UR se subordinan y responden al Congreso y no al Ejecutivo (a diferencia de países como el nuestro).

2.3) Tensión entre delegación y responsabilidad

Responsabilidad

El debate sobre la responsabilidad en la teoría democrática es inescindible de la noción de representación.

Por gobiernos representativos entendemos aquellos en los cuales una mayoría de electores escoge gobernantes a través de mecanismos regulares (elecciones) con base en promesas sobre su comportamiento futuro.

El desempeño de los gobiernos en el ejercicio de su mandato ira a informar las futuras opciones electorales, en el sentido de punir o premiar a sus representantes (o los partidos que representan) con una reelección en sus cargos.

De esta forma los mecanismos electorales en las modernas democracias representativas incentivan a los representantes para actuar en interés de los electores. Empero los electores no detectan toda la información relevante para avalar el desempeño de sus representantes. Ciertas decisiones, como por ejemplo, la política monetaria, que afecta directamente al electorado, son un ejemplo de políticas públicas que no pueden ser publicadas ex ante a riesgo de anular los efectos buscados.

Esta antinomia se produce también en el plano de las relaciones entra la burocracia y los gobernantes. Cuestiones políticas son informadas por sujetos técnicos, sobre los que los gobernantes no tienen información.

Un sello distintivo de las sociedades modernas es la delegación, por la que la burocracia emerge como un actor autónomo en relación con los gobernantes. Es aquí, cuando el problema de la responsabilidad se vuelve duplo: responsabilidad de los políticos y gobernantes con los ciudadanos, y responsabilidad de los burócratas con los políticos electos.

En este contexto, la delegación es un instrumento deficitario en cuanto a responsabilidad.

Burocracia

En cuanto a la burocracia, la idea de responsabilidad política de los gobernantes históricamente estuvo asociada a la noción de neutralidad. A los gobernantes les cabía la decisión política y a los burócratas la tarea de implementación técnica de las decisiones. En este caso el grado de delegación era casi nulo, en la medida que las burocracias apenas implementaban las decisiones.

Este modelo de responsabilidad caracteriza a las burocracias neutras, democráticamente controladas por los gobiernos.

La historia mostró que no bastaba con que las burocracias fueran competentes y eficientes al asesorar. Era también necesario fortalecerlos para guiar y de ser necesario imponerse a los políticos que dirigen los ministerios.

Para poder hacer esto, se debía estar en una posición suficientemente independiente. Las UR debían ser un poder en sí mismo. La independencia de las agencias era asegurada con un conjunto de dispositivos institucionales. Se buscaba así despolitizar la administración de la cosa pública.

La conexión electoral es citada por toda la literatura contemporánea como un factor que lleva a la irresponsabilidad política y por tanto a la irresponsabilidad fiscal. Las políticas macroeconómicas populistas son moneda corriente para los gobernantes, que no pueden resistirse al camino de la supervivencia política.

El segundo factor a considerar en estas democracias, son el riesgo de contaminación de las elites burocráticas, por la pasión política, la captura por intereses de grupos, sectores o individuos.

El aislamiento de estas elites burocráticas, asegura la prevalencia de la racionalidad técnica sobre la "racionalidad" política. Evitando una crisis del Estado moderno.

Varios factores contribuyen a garantizar el mentado aislamiento, a saber: aislamiento decisorio, de reclutamiento meritocrático, etc.

Volviendo al déficit democrático de las burocracias autónomas, y más concretamente de las UR. Debemos decir que el aislamiento burocrático presenta un déficit duplo: de responsabilidad y de eficiencia. Las burocracias aisladas presentan pocos incentivos de desempeño. Así en muchos países se viene proponiendo reformas, que instauren contratos de gestión (que merecerán un análisis separado).

Vemos que delegación, responsabilidad y eficiencia son factores a considerar. De contrastar estos factores en un modelo hipotético, podremos decir que a mayor delegación (sin responsabilidad) mayor será la ineficiencia. Mientras que a menor delegación (sin responsabilidad) seguiremos teniendo una ineficiencia alta.

Podemos concluir que la responsabilidad es un factor clave, para la eficiencia de cualquier modelo. Si instauráramos un sistema de responsabilidad ponderado, ¿cual debe ser el grado de delegación?

Entendemos que ante una delegación mínima y un control alto, tendremos un sistema ineficiente debido a la baja capacidad institucional. Mientras que si delegamos de manera máxima y concomitantemente establecemos un control alto, obtendremos un sistema eficiente.

2.4) Delegación parlamentaria y su déficit democrático

El modelo "patrulla de policía" versus "alarma de incendio"

La crítica fundamental al modelo de agencias burocráticas independientes es esencialmente en los efectos perversos del aislamiento burocrático (déficit democrático). En este sentido la autonomía e independencia representan una amenaza a los intereses políticos en la medida que los agentes no electos toman decisiones relevantes para la sociedad.

La crítica que se realizó en USA en los 70 (trasladable a la actualidad) es que la judicatura y el Congreso no disponían de mecanismos de control efectivos sobre la burocracia, debido a que no poseían información relevante ni instrumentos de supervisión adecuados. Subyacía la idea que la delegación de poder decisorio implicaba la renuncia a la obediencia, al control y la responsabilidad.

Esta interpretación dominó la literatura en los años 70, generando a la postre un consenso en torno a la idea que el Congreso debía ejercer un monitoreo dotado de considerable poder. Las formas de este control fueron indirectas y muy distintas a las clásicas.

Fue así que McCubbins e Schwartz establecieron las bases de una nueva discusión entorno a dos modalidades de control. El de tipo "alarma de incendio" y el de tipo "patrulla de policía".

Este último asociado a un escrutinio y monitoreo sistemático, con costos elevados, ejercido por el parlamento, atendiendo a todo potencial desvió en el funcionamiento de las burocracias y la implementación de sus programas.

Como contraste, el control “alarma de incendio” refiere a un monitoreo selectivo, que implica un costo eficiente, ya que solo se atiende a comportamientos burocráticos que son denunciados por los parlamentarios. El control es ejercido a partir de escándalos o denuncias de los actores políticos, en un contexto donde los parlamentos detentan poderes de control sobre las agencias.

Existió recelo doctrinario por instaurar un control de tipo “patrulla de policía” generalizándose la opción indirecta o de incendio. Varias virtudes se destacan al instaurar un control indirecto.

Primero, a nivel motivacional, los parlamentarios buscan lograr beneficios por su actuar correctivo (control *ex post*). Segundo a nivel de expertise los legisladores se encuentran acéfalos. Les sería arduo y difícil asesorarse y especializarse a tiempo en cada segmento regulado a ser controlado. Por lo que es más lógico dejar a la burocracia la especialización como principio. Y la excepción, en una especialización parlamentaria, con motivo del análisis puntual de un tema que deba ser controlado.

2.4.1) El Modelo del Principal-Agente

Una de las principales características de las agencias reguladoras es que son independientes de los políticos electos. Su creación implica que los políticos delegan sus poderes y el acto de delegación está motivado por ciertas razones que moldean la estructura institucional de la agencia.

A su vez, esto afecta el nivel de independencia de las agencias reguladoras. Existiendo una relación entre su diseño institucional y el grado de independencia.

Esta comparación entre distintos sectores se analiza utilizando el modelo del principal-agente. Este marco ofrece los elementos adecuados para entender el asunto de la delegación y la independencia de instituciones no mayoritarias²³ tal como las agencias reguladoras independientes.

El marco del principal-agente (P-A) supone que un actor (el principal) tiene el incentivo para delegar sus facultades en otro actor (el agente), a fin de superar determinados problemas. Se supone que la delegación es un acto racional, donde los beneficios esperados son mayores que los costos.

En este trabajo, los principales son sujetos electos democráticamente que utilizan su autoridad para establecer UR mediante un acto público de delegación. Los agentes son los que ejercen las facultades delegadas.

Los modelos P-A se basan en la lógica funcional de la delegación. Los agentes prestan funciones útiles para abordar los problemas ante los principales. Son varias las razones que explican la delegación y, en un caso particular de delegación, pueden estar involucradas una o varias de ellas.

1. Disminuir los costos de la toma de decisiones en los que incurren los políticos al diseñar y negociar las políticas públicas.
2. Eludir la culpa de decisiones impopulares y políticas fallidas asignando la responsabilidad a la agencia.
3. Cumplir los compromisos que en materia de políticas públicas hacen los políticos con distintos actores (por ejemplo, inversionistas y electores).

Los principales esperan que, en el futuro, los agentes actúen de acuerdo con sus preferencias. Por lo tanto, las facultades conferidas a un agente están vinculadas a los problemas funcionales que motivaron la delegación. Sin embargo, el acto de delegación implica “costos de agencia”, que consisten en la situación en la que las decisiones tomadas por el agente difieren de las que favorece el principal, ya sea por “elusión” (*shirking*) o “desprendimiento” (*slippage*).

La elusión ocurre cuando el agente sigue sus propios intereses en detrimento de los objetivos del principal. Además, dado que la información se distribuye de manera asimétrica en la relación, los principales tienen información incompleta en relación con las actividades del agente y respecto al modo en que dichas acciones afectan los resultados, de modo que la elusión puede pasar inadvertida parcialmente o del todo.

Por otro lado, el desprendimiento implica problemas inducidos institucionalmente. Los agentes pueden actuar siguiendo las preferencias de los principales, pero el proceso de elaboración de políticas de la institución puede producir una decisión que de todos modos difiera de las preferencias deseadas del principal.

²³ Thatcher y Stone, definen las instituciones no mayoritarias como: “las entidades gubernamentales que a) poseen y ejercen cierta concesión de autoridad pública especializada, distinta de la de otras instituciones, pero b) no son elegidas directamente por el pueblo ni son administradas directamente por funcionarios electos”.

En respuesta a esos problemas, los principales imponen controles que minimizan los costos de agencia. Al imponer mecanismos de control²⁴, los principales tienen en cuenta las diversas funciones delegadas a los agentes.

Existen dos tipos de controles que usan los principales: *ex ante* y *ex post*. Los controles *ex ante* están determinados por el acto de la delegación e incluyen la estructura de la agencia, el ámbito regulador delegado, los instrumentos de los que dispone la agencia, así como los requisitos procedimentales que deben seguirse.

En cambio, los controles *ex post* se usan mediante el desempeño de la agencia. Incluyen el monitoreo y las sanciones positivas y negativas (por ejemplo, controles presupuestales, poder para destituir a funcionarios, control sobre los nombramientos y poder para invalidar las decisiones de la agencia).

En pocas palabras, la decisión de los principales para delegar va seguida de la lógica para resolver un problema (o problemas); esta motivación condiciona el tipo de facultades transferidas y éstas, a su vez, condicionan los controles diseñados. La relación entre las facultades y los controles pueden concebirse en términos de una “zona de discreción” teórica.

Esta zona está constituida por la suma de las facultades delegadas por el principal al agente, menos la suma de los controles de los que puede disponer el principal.

Cuanto más crítico sea el problema de compromiso que enfrentan los principales, más discreción delegarán, es decir, la brecha entre controles y facultades es amplia. Cuando los principales delegan para ofrecer pericia técnica, mejorar la eficiencia de la toma de decisiones o eludir la culpa de políticas impopulares, pueden diseñar controles efectivos para su agente, restringiendo la zona de discreción.

En otras palabras, cuanto más busquen los principales comprometerse de antemano de una manera particular, más facultades transferirán al agente y más débiles serán los controles *ex post* impuestos. A la inversa, cuanto más pericia técnica o eficiencia en la toma de decisiones busquen los principales, más fuertes serán los instrumentos de control *ex post*.

Un principal, puede reducir los costos de la delegación (agency losses). Los mecanismos son varios, puede realizar un screening (filtraje de agentes durante el proceso de reclutamiento para reducir agentes adversos, puede también imponer diseños contractuales específicos, incentivando ciertos comportamiento y puniendo otros, puede también establecer procedimientos minuciosos donde deben detallarse las cuentas en forma extensiva, además de los tradicionales checks and balances institucionales.

Creemos que aquí existe una polarización doctrinaria. Los autores o bien defienden el control parlamentario sobre las UR o bien manifiestan que las burocracias deben estar por fuera de este control. En otras palabras “alarma de incendio” vs “patrulla de policía”.

Nos parece pertinente recordar que la mayoría de los sistemas presenta controles policiales pero también ígneos. Es por tanto que vemos positivamente una delegación de autonomía selectiva. Delegando en aquellas áreas en que el costo de priorizar decisiones burocráticas sea menor que los resultantes de librar a la política la decisión de cuestiones en las que no poseen expertises o sus consecuencias pueden acarrearles reacciones impopulares del electorado.

Se logra así un consenso en materia de control, presentando un panorama sin controladores directos. Pero esta opción, coherente para el modelo norte-americano, no resulta del todo trasladable a países con presidentes y burocracias con alto grado de autonomía. Donde la delegación no se origina en el Congreso sino más bien en el Ejecutivo.

Además características del sistema político e institucional uruguayo difieren sustancialmente del norteamericano. La más importante diferencia es que en USA la regulación entre 1930 a 1960 represento un proceso de delegación del PL en dirección a entidades autónomas vinculadas al Ejecutivo, manteniendo fuerte poder de control sobre los reguladores. En Uruguay la delegación en curso se dio a partir del PE.

2.5) Delegación Presidencial: en busca de credibilidad regulatoria

Cuando la delegación se origina en el seno del Ejecutivo, cabe preguntarse que condiciones pueden llevar a que un presidente delegue poderes a actores burocráticos.

Vale enfatizar que en estos casos, no se trata apenas de burócratas aplicando conocimiento técnico, sino de situaciones en las que la delegación se asocia a una irreversibilidad de las decisiones.

Gobernantes que renuncias por este mecanismo a sus poderes de decisiones, en una estrategia de auto-incapacitación política. La doctrina refiere a este aspecto como un “pre compromiso” de los gobernantes en relación a situaciones futuras.

²⁴ Entendemos por control cualquier instrumento usado por el principal para canalizar o inducir el comportamiento del agente de acuerdo con sus intereses.

Se afirma que individuos racionales pueden escoger limitar sus propias decisiones en el futuro, anticipando su propio comportamiento irracional o miope. Estas irracionalidades pueden asumir la forma de pasiones políticas o limitaciones en la forma que los individuos toman decisiones.

Los incentivos del sistema democrático llevan a que actores políticos busquen beneficios presentes en detrimento de beneficios futuros. En virtud de esta estructura de incentivos, los legisladores son “forzados” a preferir beneficios menores a corto plazo, en vez de mayores beneficios a largo plazo.

De la misma forma que Ulises amarró a su timonel para que no fuera seducido por las sirenas, los legisladores racionalmente escogen limitar su ejercicio de soberanía (Elster). Mediante este mecanismo se logra que a futuro prime la razón.

De manera que las UR se plantean como una delegación de poderes, como mecanismo de autodefensa y compromiso a futuro. Lo lógico de esta delegación se acompaña por un consenso en que debe instaurarse un control sin controladores directos. Es decir que las agencias deben ser órganos de control, a los que no se los controle por ningún actor en específico.

El monitoreo sistemático ejercido en relación a cualquier desvío potencial en el funcionamiento de las agencias, debe ser sustituido por un monitoreo selectivo de costo-eficiente.

Limitación al ejercicio de soberanía: Commitment problem

La estrategia más común es transferir el poder decisorio a un agente externo. Ya que la política regulatoria exige por su propia naturaleza discreción y decisiones técnicas. Pero las transferencias de poder, suelen ser despóticas. Y es que deben serlo, de lo contrario no podrán cumplir sus cometidos.

Todo esto resulta contraproducente, ya que estas agencias son contrarias o al menos inhiben la voluntad democrática de los representantes políticos de la mayoría.

Este problema puede reducirse a una cuestión de legitimidad de la delegación de poderes en agencias, también conocido como *commitment problema*.

La cuestión refiere a la necesidad y capacidad de las autoridades gubernamentales para asegurar los contratos sean honrados en el futuro y que las reglas de juego no van a cambiar. Es decir, el presidente renuncia a sus poderes de decisión como forma de adquirir credibilidad.

Esta cuestión se asienta en el hecho de que las decisiones políticas no puedan alterar las decisiones regulatorias.

La credibilidad es una cuestión fundamental en la creación de las UR a la hora de la inversión privada. La abdicación de un gobierno a su capacidad de revertir decisiones tomadas en el pasado (por el mismo o por sus predecesores) es una variable a ser tomada en cuenta a la hora de invertir por parte de una empresa.

Debido a la globalización financiera, la estrategia de auto-incapacitarse es un imperativo de supervivencia económica por parte de muchos países.

El papel de las agencias en garantizar la credibilidad está fuertemente condicionado por la estructura institucional. Compuesta no solo por el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino también de reglas informales tácitamente aceptadas por los actores sociales que definen la capacidad institucional de un país.

Las instituciones políticas influyen la estructura de gobernanza regulatoria en función de límites establecidos para los gobernantes. La credibilidad regulatoria es mayor en países que presentan fuertes restricciones a la discreción por parte del Ejecutivo o el Legislativo. Los mecanismos que garantizan credibilidad y durabilidad de las instituciones regulatorias son al mismo tiempo los que dificultan el control.

En sistemas parlamentarios el Ejecutivo dispone de fuertes controles sobre la agenda legislativa, derivando en una inestabilidad regulatoria. También la volatilidad de mayorías parlamentarias, que altera las fuerzas políticas, con agendas políticas distintas, produce una baja en la credibilidad regulatoria, ya que al mudar los gobernantes, mudan las leyes.

En síntesis la cuestión de la delegación se relaciona con la credibilidad regulatoria. El déficit democrático resultante permanece como una cuestión sin aparente solución. Tal vez por eso, resulta tan trascendente, al menos garantizar un control indirecto

2.6) Conclusión

Delegación y responsabilidad son dos polos en tensión perpetua. Las sociedades democráticas no parecen dar solución a esta tensión.

Instituciones que adquieren un papel cada vez más importante en estas sociedades, son las UR, exigiendo autonomía decisoria para su efectivo funcionamiento. Al igual que otras agencias del aparato Estatal, la

autonomía fue perseguida como un ideal normativo en la construcción de un Estado democrático. Empero la delegación implica un creciente déficit democrático y una insuficiencia de responsabilización de sus directivos.

Dos argumentos se citan para justificar la exorbitante independencia y autonomía de las instituciones en el actual contexto.

Primero, las consecuencias negativas de la delegación son poco significativas, y parecen encontrar su causa en la falta de control y responsabilidad, no bastando con formas indirectas de control.

Lo segundo, la delegación de autonomía en UR es una opción racional de gobernantes situados en un ambiente económico globalizado.

En última instancia, el diseño institucional de las democracias contemporáneas que atribuye responsabilidad a un sistema de checks and balances entre los poderes revela su poca capacidad de generar resultados satisfactorios de alta legitimidad.

Control vs autonomía

Se constata la existencia de una tensión entre el control y la autonomía. Uno de los más importantes retos para futuras reformas consiste en lograr un apropiado balance entre flexibilidad y autonomía de los órganos reguladores.

Una de las principales preocupaciones refiere a los requerimientos de control y vigilancia, es decir a la rendición de cuentas y la manera en que es posible establecer agencias con suficiente autonomía y flexibilidad para llevar a cabo sus funciones, pero al mismo tiempo posean mecanismos de rendición de cuentas respecto a los ciudadanos y aquellos que regula –vertical- como a otras instancias del gobierno – horizontal-.

Fallar en este diseño puede traer como consecuencia una disminución en la capacidad institucional e inclusive los riesgos de una crisis de legitimidad del gobierno.

Si la delegación significa menos legitimidad para obtener mayor eficacia, la participación ciudadana significa mayor legitimidad con la probabilidad de menor eficacia.-

El objetivo último debe ser que el desempeño de las UR, en términos de su autonomía formal logre llegar a ser complementario con las prácticas democráticas (rendición de cuentas y transparencia).

3) Regulación y control: La experiencia en Argentina y Brasil.

Ambos países han incorporado explícitamente las normas sugeridas por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) para la auditoría de la regulación económica.

En Brasil, las agencias están vinculadas al ministerio del respectivo sector. Están sujetas al control del Poder Legislativo y del Tribunal de Cuentas, órgano vinculado técnicamente al Congreso.

El Tribunal ejerce el control externo de las agencias a través de la Secretaría de Fiscalización de la Desestatización.

El control interno es efectuado por la Secretaría Federal de Control Interno, órgano del Poder Ejecutivo, que controla los aspectos relacionados con la gestión presupuestaria, patrimonial, compras y similares.

Los entes argentinos son controlados principalmente por el Congreso Nacional a través de dos vías: 1) La Comisión Bicameral de Seguimiento de la Reforma del Estado y las Privatizaciones, que es un organismo compuesto por seis miembros de cada una de las cámaras con el objeto de seguir la aplicación de dicha Ley e informar a los poderes del Estado. 2) El control externo es ejercido por la Auditoría General de la Nación (AGN), que es un órgano técnico, funcionalmente autónomo, que se encuentra dentro del área del Congreso de la Nación, y tiene como competencia el control de las privatizaciones y de los entes reguladores.

La Gerencia General de Entes Reguladores, audita los estados contables y la gestión. Emite informes de auditoría y dictámenes de estados contables de los entes reguladores que son comunicados a los propios entes, a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas -órgano bicameral que controla la AGN- y a los ministerios que tienen a su cargo el control de la privatización de que se trate.

El control interno de todos los entes reguladores es efectuado por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional, cuya función es dictar y aplicar normas de control interno, las que deberán ser coordinadas con la AGN. La SIGEN es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del presidente de la Nación.

En Brasil se ha establecido que el vínculo entre algunas agencias (ANEEL, ANA, ANVISA y ANS) y el Poder Ejecutivo las regula por medio de contratos de gestión. Este instrumento permite una relación más

fluida entre ambas partes y permite una mayor autonomía gerencial de la agencia, que será controlada en función de sus resultados y no de sus procesos.

El Tribunal de Cuentas acepta esta modalidad de control, aunque formula algunas observaciones. Entre otras, aconseja rever las metas que constan en el contrato de gestión a fin de que los indicadores reflejen productos y no procesos, para que los indicadores y metas se vinculen a las acciones de la agencia y no al resultado de esas acciones. Por ejemplo, una de las metas está relacionada con el número de concesiones licitadas, cuando lo correcto sería (por ejemplo, en materia eléctrica) la cantidad de MW efectivamente concedidos.

La actuación del Tribunal de Cuentas en el control de la actividad regulatoria está en consonancia con las líneas directrices establecidas por organismos internacionales encargados del control externo de la administración pública.

La Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) posee un grupo de trabajo dedicado a la auditoría de privatizaciones y sus derivaciones. En octubre del 2001 fue publicada una versión preliminar de un documento consolidando lineamientos para la actuación de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) al ejecutar fiscalizaciones sobre la regulación económica.

El control de la regulación propuesto por la INTOSAI presenta 22 lineamientos de gran relevancia para orientar la actuación de las EFS en su tarea de controlar a los reguladores, estructuradas en cinco secciones. Cada una de estas secciones contiene un conjunto de lineamientos que deben ser observadas por la EFS en ocasión del control externo de la regulación.

3.1) Contratos de gestión

Una de los proyectos más interesante como forma de control, son los contratos de gestión o desempeño. Estas medidas tratan de valorizar el empleo de instrumentos que permiten una mejor selección de medios y fines, en el ejercicio de la actividad regulatoria, por órganos o entidades de la Administración Pública, asociados a un mayor grado de autonomía.

Mediante estos mecanismos se afirma que se logra una mayor eficiencia, transparencia y responsabilidad en el seno de la Administración Pública.

Las UR firman contratos de gestión con los respectivos ministerios. Convirtiéndose estos contratos en instrumentos esenciales para la medición de la eficacia de las agencias con el Poder Público. Los contratos son previamente sometidos a un análisis de un consejo sectorial de la respectiva área de actuación de la Agencia Reguladora.

Además de establecer parámetros para administración interna de las UR, el contrato de gestión y desempeño, deberá especificar mínimamente las metas de desempeño administrativo, fiscalización, plazos de conclusión, indicadores, mecanismos de validación que permitan cuantificar de forma objetiva, estimar recursos orgánicos y cronogramas de desembolso de recursos financieros necesarios para el logro de las metas pautadas. Fijar las obligaciones y responsabilidades de las partes en relación a las metas definidas. Parámetros y plazos en caso de incumplimientos injustificados de las metas u obligaciones pautadas.

El contrato de gestión y desempeño tiene una duración mínima de un año, y será validado periódicamente, y de ser necesario, revisado en ocasión de sustitución de algún miembro del directorio de la Agencia.

Estos reglamentos serán validados y controlado durante su ejecución por una firma externa, que periódicamente emitirá informes sobre el desempeño de las UR.

Semestralmente cada agencia deberá presentar informes, para ser divulgados así como también, concomitantemente enviados al ministerio correspondiente y al TC respectivo.

Este punto resulta sumamente interesante ya que la publicidad inmediata de los informes, sin posibilidad de intervención del ministerio correspondiente, asegura una independencia técnica en cuanto a políticas regulatorias.

Obviamente que en un sistema como el uruguayo, se corre el riesgo de un control a priori del ministerio sobre las agencias reguladoras, antes de emitir sus informes.

Pero con la garantía de una auditoría externa, el regulador se vería en la encrucijada de, efectuar un informe técnicamente correcto o dejarse influenciar por políticas ministeriales, debiendo seguramente quedar expuesto al control del auditor y por tanto a la crítica pública.

3.1.1) Escepticismo: Contrato de Gestión, ¿Caballo de Troya?

Resulta evidente que una propuesta de estas características, que busca fortalecer y legitimar la actuación de las UR puede generar resistencia en algunos escépticos. Ya que las medidas propuestas, subordinan las

Agencias al control político del Gobierno. Esto debido a que la independencia se protege una vez que el contrato ha sido estipulado. Contrato que será casi qué impuesto por el Gobierno.

Se da una petición de principio, ya que se habla de independencia de las UR en su accionar, pero no se demuestra que estas sea independientes desde el “vamos”. De qué sirve dar las máximas garantías en la ejecución de una política regulatoria, si esta peca de no ser independiente.

Algunos autores se han manifestado contrario a estos modelos contractuales, donde el Ejecutivo pasa a tener influencia en la fijación de políticas de corte netamente técnico.

Se afirma que el contra de gestión puede funcionar como una forma de presión política sobre la actuación de las agencias. Empero la solución propuesta resulta casi tan inconveniente, ya que propone que la fiscalización de las UR, quede en manos de comisiones parlamentarias. Lo que en nuestra opinión llevaría que cada etapa del actuar regulatorio se vea más politizada que controlada.

Creemos que la obligatoriedad de que las UR se deban vincular mediante contratos de gestión, a ser negociados con los ministerios es un peligroso instrumento que puede servir para maniatar a las agencias.

El actuar de las unidades, al ser preeminentemente un ejercicio de la función pública, no puede ser medido como se hace respecto a la performance de un atleta, con índices y resultados.

No parece coherente que el desempeño sea medido o al menos avalado en función de indicadores que cuantifican de forma objetiva, y con una visión reduccionista y singular, la actividad del regulador que por definición es tan compleja como los sectores económicos que regula.

Alexandre Santos de Araújo, jurista estudioso del tema, afirma que

“A obrigação de a agência reguladora, sob o pretexto da fixação de políticas públicas pelo Executivo central, de celebrar contratos de gestão, constitui uma séria ameaça ao modelo contemporâneo de regulação da economia – de relativa imunidade à arena político-partidária –.

El contrato de gestión acabará por limitar la autonomía administrativa, financiera de las UR, permitiendo un control sobre los recursos conforme a lo establecido en el contrato. Estos contratos pueden ser vistos como un “Caballo de Troya”, colocando a las agencias en situación de dependencia total con los ministerios.

Falso dilema: Autonomía de las UR

Creemos estar ante un falso dilema, la autonomía de las UR, es por varios mecanismos relativa. No debemos olvidar que toda autonomía es por definición limitada. Ya que la autonomía y la libertad de actuar tiene límites fijados en una instancia normativa previa y superior, que implica la relativización de la autonomía.

3.1.2) Brasil y el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU)

Como se ha venido esbozando en citas previas, el Tribunal de Cuentas de la Unión tiene una relevancia destacable en materia de control de las UR en el Brasil.

El control ejercido por el TCU se basa en la formación de un juicio sobre los resultados económicos, eficiencia y efectividad de la actuación de los entes reguladores. Además identifica y recomienda prácticas de gestión regulatoria, analiza la gobernanza regulatoria del ente. En procura de crear un registro de políticas regulatorias que sirva de base a otras agencias al momento de la toma de decisiones. Siempre buscando no sobreponerse ni confundir su rol con el del regulador

Recientemente se implementó un “Proyecto de Modernización del Control Externo de la Regulación” en el ámbito del TCU. Estableciendo un cuerpo de profesionales y una infraestructura acorde a la fiscalización que se pretende. Y así lograr garantizar un alto grado de transparencia y accountability sobre los procesos regulatorios.

El TCU viene actuando de forma ejemplar, garantizando la accountability, mejorando los procesos de gestión regulatoria. En este sentido, el órgano de control ha venido acompañando todo el ciclo de reforma del Estado en el área regulatoria. Emitiendo dictámenes, coadyuvando a la positivización del marco regulatorio y controlando el funcionamiento de las unidades reguladoras.

El TCU se presenta como un verdadero depositario de información sobre las mejores prácticas y la trayectoria de las políticas públicas de gestión regulatoria. Dentro de las principales acciones del Tribunal en cuanto a control regulatorio, debemos destacar las auditorías periódicas.

En síntesis el modelo brasilero, que otorga al TCU las facultades descritas en marras, presenta relevantes contribuciones para la implementación y el perfeccionamiento de un sistema regulatoria.

Cabe aclarar que no se trata de un esfuerzo aislado, a los solos efectos de realizar la transición al modelo de Estado Regulador. Sino que es parte de una estrategia irreversible de analizar cuestión complejas, que envuelven la formación de un juicio de valor sobre los resultados económicos, de eficiencia y efectividad de la acción gubernamental a nivel regulatorio. Procurando identificar practicas de gestión (regulatoria) que puedan adoptarse a nivel general.

Ante este panorama, el papel del TCU parece intensificarse en cuanto al control externo de las unidades regulatorias. Influidando positivamente en evitar la captura del regulador. Que en un contexto de poco accountability y transparencia, puede verse proclive a ser capturado.

El TCU ha manifestado que el control externo ejercido sobre las agencias, contribuye a una mejor actuación de estas. De forma inexorable el papel del TCU confirma una tendencia apreciable en muchos países.

3.1.3) Tendencia Global

Cabe señalar que para el Banco Mundial, los Poderes Ejecutivo y Legislativo deben ejercer controles sociales, mediante la revisión periódica del sistema regulatorio. De manera transparente y asesorados por un Tribunal de Cuentas, utilizando también servicios de consultaría independiente e imparciales. Estos procedimientos abiertos y de participación pública, deberían finalizar con la publicación de un informe de resultado y recomendaciones

Nueva Zelandia, país que llevo al extremo las reformas de la administración pública y la separación de funciones del Estado y el Gobierno, creo UR, sometidos a instrumentos de control de desempeño, como medio para asegurar mayor responsabilidad con el Parlamento y la Sociedad.

Las experiencias en Francia, Reino Unido y Estados Unidos, permiten concluir que este instrumento es eficaz incluso cuando hablamos de UR. En la propia América Latina, hay experiencias en este sentido, como es el caso de la agencia reguladora de telecomunicaciones de Perú.

En USA, varias entidades reguladoras tienen sus relaciones con el Ejecutivo mediadas por contratos de *performance*, asegurando una mayor eficiencia en su gestión, como es el caso de la Security Exchange Comision – SEC y la Environment Protection Agency - EPA, que tienen su gestión controlada regularmente por contratos de gestión.

En Brasil, como ya vimos, la experiencia con contratos de gestión demuestra que, a pesar de su potencialidad, los contratos no fueron adecuadamente explotados para asegurar autonomía y desempeño. Al punto que se discontinuó su uso, aunque su aplicación era exigida por ley.

3.1.4) Conclusión

El hecho de experiencias incompletas e inadecuadas, no invalida al instrumento, como lo validan otras experiencias internacionales.

Se trata por tanto de una herramienta cuya implementación merece ser perfeccionada, explorando las potencialidades en legitimar la autonomía concedida a las agencias por medio de una mayor transparencia y eficacia de las actuaciones.

Como toda innovación, el contrato de gestión solamente se tornara una alternativa concreta para el perfeccionamiento de la gestión pública si se consigue superar la tendencia al formalismo de la administración pública.

Así mismo, la validación de desempeño y el perfeccionamiento de una *accountability* de las UR requieren más que solo instrumentos normativos y técnicos, exige el desarrollo de nuevos patrones de conducta, y una capacidad gerencial hasta ahora insuficiente, tanto en los propios ministerios como en las UR.

A nivel global se propone la creación de mecanismos de supervisión y control social sobre la actividad regulatoria, tales como la actuación de la *Government Accountability Office* – GAO y la *Office of Management and Budget*, en USA, la *Comisión Federal de Mejora Regulatoria*, en México, y la *Superintendencia General Del Sistema de Regulacion Sectorial* – SIRESE, en Bolivia, además de la experiencia canadiense en la fijación de metas de desempeño gerencial y validación de la eficiencia de las UR.

4) Mecanismos de control

4.1) Metodología de una fiscalización regulatoria

Toda fiscalización requiere de una metodología y procedimientos para su ejecución, que cumpla con el propósito de emitir opinión sobre la eficacia y eficiencia de la gestión del regulador. Para esto debe delimitarse el alcance de las funciones de fiscalización, esto es

- Previsión, que las fallas regulatorias no se vuelvan recurrentes a mediano y largo plazo
- Positividad, difundir las mejores prácticas desarrolladas por cada regulador y alentar su perfeccionamiento.
- No interferencia, la fiscalización no interfiere en la función regulatoria

Metodológicamente la fiscalización como proceso comprende: i) desarrollo de conceptos y perfeccionamiento de métodos de evaluación, ii) evaluación del desempeño del regulador, iii) identificación de las imperfecciones de la regulación iv) desarrollo continuo de la regulación en el tiempo, incorporando mecanismos de retroalimentación basados en la experiencia de la fiscalización.

4.2) Auditorías de Desempeño como mecanismos de control externo

La conducción de trabajos de auditorías de desempeño generalmente implica analizar cuestiones de distribución de autoridad y control en el proceso de formulación de políticas públicas, de manera diferenciada de los procesos de auditoría de regularidad.

Sin embargo, la estrategia de incluir la auditoría de desempeño entre un portafolio de revisión no descansa solamente en la independencia, especialización y profesionalismo de las instituciones de control. Esas son condiciones necesarias, pero no suficientes. El desarrollo de las dimensiones de la auditoría de desempeño depende aún más fuertemente del ambiente político-institucional que rodea a una entidad de fiscalización superior (EFS).

Lo que se busca destacar en este punto es que la manera cómo determinada EFS conduce los procesos de auditoría de desempeño es moldeada y limitada por factores dentro de los Estados nacionales, más que por cuestiones técnicas referidas a la mejor manera de proceder en la revisión y el control gubernamental.

No existe aún un conjunto coherente y programático para conducir la auditoría de desempeño. Por el contrario, las EFS han desarrollado diferentes tipos de control por resultado y revisión de mejores prácticas bajo el mismo rótulo denominado auditoría de desempeño.

No existe una definición única que contemple el significado de la auditoría de desempeño. En términos genéricos, la auditoría de desempeño puede ser definida como una modalidad de revisión y de evaluación de la actividad gubernamental, enfocada en el resultado de la gestión pública.

Desde el punto de vista instrumental, la auditoría de desempeño también puede ser más precisamente definida como un conjunto de procedimientos técnicos y métodos de investigación utilizados por instituciones centrales de control de la administración pública, para la obtención, procesamiento y difusión de informaciones relevantes sobre revisión y evaluación de actividades, proyectos, programas, políticas y órganos gubernamentales, en cuanto a aspectos de economía, eficiencia y efectividad, buenas prácticas de gestión, equidad, logro de metas, capacidad para la gestión de desempeño, información de desempeño, entre otros criterios orientados hacia el resultado de la actuación pública.

Seguidamente trataremos específicamente la trayectoria de las EFS en la realización de la auditoría de desempeño de la regulación, que permitan garantizar la accountability efectiva del sistema regulador, así como promover estudios con el fin de mejorar las prácticas de gestión de la regulación.

4.3) Las Entidades de Fiscalización Superiores (EFS)

El control externo ejercido por las EFS sobre las agencias reguladoras es capaz de garantizar la accountability de la gestión reguladora, así como contribuir a mejorar la actuación de esos entes en los aspectos de eficiencia, economía, efectividad y equidad en la implementación de políticas públicas de regulación.

Los procesos de formulación de la política de regulación estipulados por los políticos electos, y los procesos de implementación ejecutados por la agencia pueden sustraerse más fácilmente de los sistemas de frenos y contrapesos, pues las Unidades Reguladoras han sido concebidas de manera autónoma en relación con la tradicional estructura tripartita de los poderes estatales.

Con el fin de evitar ese sesgo antidemocrático y tendiente a la captura por intereses diversos de aquellos contenidos en las políticas públicas, el ambiente regulatorio debe ser expuesto permanentemente a un sistema robusto de accountability gubernamental.

Los mecanismos de control externo ejercidos por entidades de fiscalización superiores (EFS) sobre las UR, se presentan como supuestos necesarios para la sustentabilidad del modelo.

Los procesos de control externo, contribuyen de manera decisiva en la estabilidad del régimen de regulación. Estabilidad, en este contexto, significa que, de un lado, la agencia tendrá autonomía dentro de los límites de su mandato, pero, de otro lado, implica transparencia y accountability en la gestión de la regulación.

El papel de las EFS se presenta como fundamental para que el régimen de regulación sea sustentable, pues se debe garantizar un alto grado de transparencia y accountability en los procesos regulatorios, ya que la independencia puede llevar a comportamientos indeseados.

Existe una amplia gama de literatura que trata de los procesos de captura del agente regulador por el regulado, o incluso por grupos específicos de consumidores (normalmente grandes consumidores), en detrimento de los principios regulatorios de equidad, eficiencia productiva y eficiencia locativa.

4.3.1) Experiencia inglesa

El sistema institucional británico garantiza un sistema de frenos y contrapesos, y una mayor división de poderes en la implementación de políticas de regulación. Además, existe un escrutinio supranacional que establece directivas de regulación, principalmente en lo que se refiere a la calidad de los servicios y apertura del mercado (directivas emanadas de la Unión Europea).

La EFS de Inglaterra, realiza auditorías de desempeño (value for money studies) y han trabajado muy de cerca con los nuevos entes reguladores, emitiendo opiniones sobre la actuación de estos.

Tan pronto creado el ente regulador en Inglaterra, la Nacional Audit Office (NAO) realizó trabajos en todas esas agencias con el fin de comprender e informar al Parlamento británico sobre el papel y las idiosincrasias de esos entes.

Posteriormente, fueron realizados estudios de value for money en las diversas agencias, y el controlador externo británico se convirtió en un verdadero consultor de buenas prácticas de gestión reguladora en aquel país.

Más de veinte estudios de value for money han sido realizados en los entes reguladores, corrigiendo cuestiones de competencia, indicadores sectoriales, participación de los consumidores, eficiencia de las industrias, entre otras.

Además, la propia INTOSAI posee un grupo de trabajo específico para la privatización, que traza directivas de buenas prácticas de regulación económica y su control para todas las EFS, cuyo presidente del grupo es el propio controlador general de la NAO.

4.3.2) Experiencia brasilera

En el caso brasileño, el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU) como órgano de control se ha convertido en el verdadero depositario de las informaciones respecto a las prácticas y la trayectoria de las políticas públicas de gestión de la regulación emprendidas desde la segunda mitad de la década del 90 en Brasil.

No podría haber actuado de manera diferente. Amparado por mandato constitucional de 1988 para realizar auditorías de naturaleza operacional –además de las tradicionales auditorías contables, presupuestarias, financieras y patrimoniales, la EFS brasileña no ha eludido el camino más arduo del aprendizaje organizacional con vistas a capacitar a su cuerpo técnico frente a los desafíos desde entonces vislumbrados.

El control ejercido por el TCU se ha mostrado bastante oportuno y ha hecho importantes contribuciones para el perfeccionamiento del sistema. Es claro que no se trata de un esfuerzo aislado de transición, sino que se ha visto como una decisión estratégica irreversible de disponerse a responder cuestiones complejas que implican la formación de juicio respecto a los resultados, la economía, la eficiencia y la efectividad de la acción regulatoria.

Más aun, se procura identificar y recomendar prácticas de gestión (de regulación) que permitan apoyar el desempeño de los entes estatales involucrados, analizar la gobernanza del régimen de regulación e, incluso,

intentar crear una historia de las políticas de regulación que sirva de base para la toma de decisiones, más aun en los momentos de transición política.

Así, se argumenta que el papel del TCU debe ser mantenido e intensificado en materia de control externo del régimen de regulación, ya que las posibilidades de captura del regulador nacional son aún más apremiantes que en el otro modelo analizado.

4.4) Contribuciones para el éxito del modelo

El control externo ejercido por las EFS sobre las agencias reguladoras es capaz de garantizar la accountability de la gestión reguladora, así como contribuir a mejorar la actuación de esos entes en los aspectos de eficiencia, economía, efectividad y equidad en la implementación de políticas públicas de regulación. En este punto, es importante describir la trayectoria de las propias EFS en el desarrollo de auditoría de desempeño.

La conducción de trabajos de auditorías de desempeño generalmente implica analizar cuestiones de distribución de autoridad y control en el proceso de formulación de políticas públicas, de manera diferenciada de los procesos de auditoría de regularidad.

Al mediar tensiones entre los órganos del ejecutivo y del legislativo gubernamentales, las entidades fiscalizadoras superiores se han calificado como instituciones singulares y de significado constitucional distinto.

Sin embargo, la estrategia de incluir la auditoría de desempeño entre su portafolio de revisión no descansa solamente en la independencia, especialización y profesionalismo de las instituciones de control. Esas son condiciones necesarias, pero no suficientes.

El desarrollo de las dimensiones de la auditoría de desempeño depende aún más fuertemente del ambiente político-institucional que rodea a una EFS. Lo que se busca destacar en este punto es que la manera cómo determinada EFS conduce los procesos de auditoría de desempeño es moldeada y limitada por factores dentro de los Estados nacionales, más que por cuestiones técnicas referidas a la mejor manera de proceder en la revisión y el control gubernamental.

No existe aún un conjunto coherente y programático para conducir la auditoría de desempeño. Por el contrario, las EFS han desarrollado diferentes tipos de control por resultado y revisión de mejores prácticas bajo el mismo rótulo denominado auditoría de desempeño.

Algunas EFS consideran la posibilidad de incluir cuestiones relativas al contenido de las políticas públicas al desarrollar trabajos de auditoría de desempeño. Australia, Alemania, Holanda, Suecia y Estados Unidos parecen ser los únicos países que intentan atacar cuestiones de esa naturaleza. Las fuerzas externas que actúan sobre las EFS han promovido el desarrollo progresivo de la auditoría de desempeño.

A pesar de la convergencia que existe en la reforma de las prácticas de control externo, volcadas a la auditoría de desempeño en países democráticos y orientados al mercado, también es posible verificar un modelo diferente de tales prácticas. Modelo que tiende a cuestionar el contenido o el mérito de las políticas públicas.

Se argumenta aquí que el papel de las EFS en el control de la regulación no se preocupa por el mérito o contenido de las políticas públicas formuladas, pero sí en verificar el desempeño de los entes involucrados en su implementación.

Así, el Tribunal de Cuentas de la Unión, siguiendo el ejemplo del National Audit Office, realiza auditorías de desempeño en un ambiente de regulación, pues posee legitimidad política para analizar materias relacionadas con la implementación de políticas públicas regulatorias.

Por otro lado, la National Audit Office, órgano de control externo británico, encuentra dificultades para cuestionar los contenidos de las políticas públicas, pues ese órgano controla una comunidad disciplinada e integrada de formuladores de políticas públicas.

Sin embargo, los trabajos de la NAO en el área de auditoría del desempeño (value for money) de la regulación han sido constantes y profundos desde la creación de los entes reguladores.

Hasta este punto se espera que haya quedado claramente argumentado que el papel de las EFS debe ser enérgico para garantizar la estabilidad del ambiente de regulación. Resta, entonces, describir las posibilidades de actuación de esas EFS en términos del desarrollo de auditorías de desempeño en procesos de gestión reguladora. La próxima sección intenta describir la trayectoria de las EFS en lo que se refiere a la adopción de la estrategia organizacional dirigida a la realización de auditorías de desempeño de la gestión pública, incluyendo la gestión pública de la regulación.

4.5) Actualidad de las auditorías de las EFS: eventos recientes

De acuerdo a lo descrito, el papel de las entidades de fiscalización superiores es esencial para el éxito del régimen de regulación. En tal sentido, es importante trazar un paralelo entre la evolución de las reformas regulatorias y la evolución del papel de las EFS en materia de auditoría de desempeño de la regulación (performance auditing), que viene a complementar el ya tradicional abordaje del control de conformidad y legalidad.

No existe una definición única que contemple el significado de la auditoría de desempeño. En términos genéricos, la auditoría de desempeño puede ser definida como una modalidad de revisión y de evaluación de la actividad gubernamental, enfocada en el resultado de la gestión pública.

Desde el punto de vista instrumental, la auditoría de desempeño también puede ser más precisamente definida como un conjunto de procedimientos técnicos y métodos de investigación utilizados por instituciones centrales de control de la administración pública, para la obtención, procesamiento y difusión de informaciones relevantes sobre revisión y evaluación de actividades, proyectos, programas, políticas y órganos gubernamentales, en cuanto a aspectos de economía, eficiencia y efectividad, buenas prácticas de gestión, equidad, logro de metas, capacidad para la gestión de desempeño, información de desempeño, entre otros criterios orientados hacia el resultado de la actuación pública.

En la presente sección trataremos específicamente la trayectoria de las EFS en la realización de la auditoría de desempeño de la regulación, que permitan garantizar la accountability efectiva del sistema regulador, así como promover estudios con el fin de mejorar las prácticas de gestión de la regulación.

Los criterios más tradicionales y conocidos incluidos en el concepto de auditoría de desempeño se relacionan con la eficiencia, economía y efectividad (las tres “e”) de la gestión pública. Sin embargo, nuestro análisis utilizará respecto a la auditoría de desempeño, que incluye otros criterios además de aquellos. Relacionaremos tales criterios con las auditorías de desempeño ya realizadas por el TCU en agencias reguladoras.

Economía de la regulación. Consiste en reducir al mínimo el coste de los recursos empleados en la gestión de la regulación, sin perder la calidad en los resultados. En ese sentido, se han realizado diversos trabajos sobre revisión de cálculos de precios mínimos de concesiones, y de criterios de licitación que se traducen en mayor recaudación para el gobierno o en menores costes exigidos por los usuarios. Además de los resultados producidos en cada uno de los procesos analizados, han sido incorporadas mejoras en los procesos de licitación de concesiones futuras que aseguran importantes beneficios.

Eficiencia de la regulación. Representa la relación entre el producto de la actividad de regulación, en términos de bienes, servicios y otros resultados, y los recursos utilizados para producirlos. Implica también que los beneficios resultantes del cumplimiento de las regulaciones cursadas, de las fiscalizaciones efectuadas y de la administración del régimen de concesiones realizado por la agencia no sobrepasen los costes para su ejecución.

Efectividad de la regulación. Grado en que los objetivos de la regulación son alcanzados, y la relación entre los resultados deseados y los resultados reales de la gestión reguladora.

Buena práctica de la gestión reguladora. Consiste en exámenes de verificación para determinar si la agencia posee un buen sistema contable, procedimientos para el establecimiento de metas, si existe una buena relación con los clientes; si compara sus prácticas de gestión de la regulación con las de otros sectores o países; si considera que la función de recursos humanos es la de más alta prioridad de la organización, entre otros. La idea central de este criterio es que en varias áreas existe una razonable comprensión de lo que constituye una buena práctica de gestión reguladora, por lo tanto las actividades actuales del regulador pueden ser comparadas con modelos o patrones de una buena gestión.

Buena gobernanza reguladora. Mientras las buenas prácticas de gestión tratan con factores más internos a la organización, el criterio de buena gobernanza establece una visión más sistémica y externa a la organización. Este criterio se relaciona con la coordinación de las acciones gubernamentales relativas a su política de regulación, las que, debido a una serie de factores dentro de las administraciones públicas nacionales, llevan a la fragmentación y pérdida de sinergia

En este punto suelen diagnosticarse instituciones que evidencian lagunas y superposición en la actuación de los diversos entes,

Calidad de servicio. El éxito de este criterio puede ser alcanzado si un servicio público satisface las expectativas razonables de sus usuarios. En el caso de la regulación, se aplica tanto a las agencias como a los concesionarios.

Seguimiento a las metas. Implica la medida en la que la agencia o el concesionario fracasó u obtuvo éxito en sus metas, declaradas públicamente o establecidas mediante normas.

4.6) Consideraciones finales

Históricamente cuando la prestación de servicios públicos se hacía principalmente por medio de empresas estatales, el control externo se basaba, fundamentalmente, en el análisis de las rendiciones de cuentas de las entidades.

El control de los Tribunales de Cuentas tenía como foco los actos de gestión de los administradores, dejando en un segundo plano el análisis del desempeño de la empresa en tanto proveedora de servicios públicos.

En la actualidad muchos Tribunales de Cuentas, pasaron a evaluar tanto el desempeño del poder regulador como la calidad de los servicios prestados.

Se ha argumentado en este ensayo que existen dos aspectos para el éxito del régimen de regulación de los sectores de infraestructura. Por un lado, se debe buscar la autonomía e independencia de los entes reguladores para que puedan implementar las políticas públicas de regulación, sin que haya una injerencia directa de otros entes estatales. Por otro lado, la estabilidad implica transparencia y accountability del proceso de gestión de la regulación. Así, las entidades de fiscalización superiores surgen como órganos fundamentales para garantizar la accountability de la gestión reguladora.

Las EFS surgen como órganos fundamentales tanto para la consolidación como para el incremento de la transparencia, la accountability y la mejora de la gestión reguladora. Tal relevancia parece derivar de la imagen de independencia, competencia técnica y profesionalismo que esas instituciones se esfuerzan por adquirir y traducir en criterios, métodos y técnicas de auditoría de desempeño aplicables al área de la regulación.

5) ¿Quién regula a los reguladores?

Este trabajo viene examinando la respuesta a la mentada pregunta. Y fundamentalmente si alguna vez se podrá regular a los reguladores.

Una de las críticas que se la hacen a los reguladores, es que concentran mucho poder, no siendo sus miembros elegidos democráticamente.

Solo están conectados de forma distante con el gobierno. Esto ha llevado a que en otros países con respecto a las UR se afirme "with good intentions, but what they do will not have been subject to democratic scrutiny and accountability..."²⁵

Existe la percepción de que el modelo regulatorio depende demasiado de la personalidad individual, que no es suficientemente transparente cuando de tomar decisiones se trata.

Autores como C D Foster, en su libro "Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly", argumentan en defensa de la independencia, sugiriendo que la discrecionalidad es una de las razones para que los reguladores puedan funcionar satisfactoriamente.

La habilidad de los reguladores de ejercer discrecionalidad independientemente, en la toma de decisiones libre de presiones políticas o populares, puede o no, ser vista como un beneficio.

El gran problema de esta discrecionalidad y la falta de su control, es que cada jerarca máximo del órgano regulador, podrá tomar diferentes encares de un problema nacional. Esto llevara a que problemas nacionales serán tratados de forma inconsistente según quien sea el jerarca de turno.

Debe notarse que no hay ninguna institución que directamente controle a los reguladores. Si existe la posibilidad de modificar las decisiones de los reguladores. Ora por avocación, Ora al evacuar un recursos jerárquico ora revisión judicial (en un sentido amplio).

5.1) Otros Mecanismos de Control

La experiencia norte-americana de delegación fue acompañada por un intenso debate sobre las formas de control sobre los entes autónomos. Las conclusiones de este debate, llevan a afirmar que pueden diseñarse distintos mecanismos de control sobre las agencias.

Una opción es el control sin controladores directos. De forma que las agencias son controladas si bien ningún actor en particular la está controlando. Esto debido a que el monitoreo sistemático, sobre cualquier

25 Souter D (1995) Approach to Regulation, British Utility Regulation: Principles, Experience and Reform, Dieter Helm (ed) Oxa, Oxford, 108.

desviación presenta un costo elevado (“patrulla de policía”). Mientras que el control (“alarma de incendio”), mediante monitoreos selectivos, presenta un costo menor.

El control interno corresponde a las agencias de auditoría bajo la órbita del Poder Ejecutivo,

El control externo está a cargo del Poder Legislativo, dentro del cual, a su vez, pueden diferenciarse los mecanismos de control parlamentario propiamente dichos y los controles realizados por organismos técnicos, funcionalmente autónomos, que actúan en la órbita legislativa.

Además de las agencias estatales que participan en el control de los servicios y de la gestión de los entes, existe otra que cumple fundamentalmente el rol de defensa de los derechos constitucionales. Se trata del Defensor del Pueblo, figura proveniente de la tradición europea y que, en materia de control, interviene en aquellas cuestiones que afectan a los ciudadanos.

Los controles se basan tanto en quejas presentadas por particulares -lo que puede ser considerado un mecanismo de participación ciudadana en el control - como en su propia iniciativa frente a irregularidades que afecten los intereses o derechos mencionados.

Otra interacción a tener en cuenta es la que se da entre la agencia reguladora y los Tribunales de Justicia. La revisión judicial de las decisiones administrativas adoptadas por el ente regulador es necesaria para asegurar el desenvolvimiento efectivo de los derechos de participación de los grupos de interés.

El mecanismo de audiencias públicas se presenta como una tendencia creciente orientada hacia la evaluación de la eficacia de los servicios públicos por medio del rol activo de los usuarios en este proceso.

Anunciar a todos los interesados potenciales, iniciativas concretas, solicitando opiniones sobre la cuestión, facilitan los controles de tipo “alarma de incendio”. Permitiendo un mayor control sobre las agencias, que mediante estos mecanismos reducen en cierto grado su autonomía o al menos reducen el secreto de sus actuaciones.

Vemos que mediante estos mecanismo, se puede afirmar que aunque no exista un control directo por parte de un organismo, existe un subcontrol.

5.1.1) Las Comisiones Parlamentarias

El poder de las comisiones se encuentra en su habilidad para investigar, reportar y recomendar ante el parlamento.

En Inglaterra por ejemplo, estas comisiones tienen el poder para solicitar entrevistas, documentos y grabaciones. No pueden cambiar las políticas regulatorias, ni influir directamente sobre el regulador o sobre los ministros para que tomen cierto curso de acción.

Estos comités funcionan básicamente con el uso de la publicidad y las recomendaciones, pudiendo publicar los textos de sus investigaciones y sus recomendaciones finales.

La única sanción que pueden imponer es la publicidad de sus conclusiones, que si bien no fuerzan a cambiar la situación criticada, juegan un importante rol, enfrentando a los reguladores con la opinión pública.

Los comités no tienen poder directo sobre el regulador para alterar sus decisiones, pero pueden lograr presionar y publicitar para encausar las decisiones del regulador.

Este poder de influir está lejos de ser “Regulador de los Reguladores”. Empero establece un nivel de control e influencia, ya que los reguladores siempre van a considerar al tomar una decisión, que podría decir el comité.

5.1.2) El Ombudsman Parlamentario

Figura por demás ajena a nuestro sistema²⁶, lleva el nombre en Inglaterra de “Parliamentary Commissioner for Administration”, y es otro individuo que puede limitar externamente a los reguladores. Su rol es investigar posibles injusticias de las reparticiones gubernamentales.

El Ombudsman solo puede investigar denuncias que le han sido derivadas a él por un miembro del Parlamento. Su actuar se focaliza en denuncias de mala administración que causen injusticias. Luego de investigar, puede redactar un reporte en el que realiza recomendaciones. Este reporte es elevado al Parlamento.

El ombudsman no tiene poder para que sus recomendaciones sean ejecutadas, pero generalmente muchas de sus objeciones han sido recogidas.

Siendo los Reguladores oficinas públicas, pasibles de ser investigadas por el Ombudsman, puede revisar el trabajo de los reguladores. Lamentablemente, así como las Comisiones Parlamentarias, su poder reside

²⁶ Decimos ajena en cuanto a la idiosincrasia y el saber popular, empero no desconocemos que existen consagraciones en derecho positivo como el “Defensor del Vecino”.

primariamente en la influencia pública que pueda generar para lograr un cambio. No siendo posible forzar directamente al regulador a ejecutar una recomendación realizada.

Es por todo esto que el Ombudsman no puede directamente “Regular al Regulador”, únicamente puede operar como un contralor secundario, que mediante sus recomendaciones podrá o no, modificar las decisiones del regulador. Al igual que las Comisiones Parlamentarias, su poder se encuentra en generar sobre el regulador pensamientos como Que diría el Ombudsman? y por tanto la opinión pública.

5.1.3) El control judicial

Cualquiera de las funciones que despliegue un ente, sean de naturaleza administrativa, reglamentaria o jurisdiccional si, de su ejercicio, se suscita un caso o controversia, Es claro que la necesidad de la evaluación judicial aparece como imperativo constitucional. Configurando los entes un organismo integrante de la Administración y, por ende, del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de su independencia, autonomía o, con mayor rigor, autarquía, en el supuesto de una controversia y de una decisión del ente que la resuelva, el intrínseco carácter jurisdiccional de esta decisión, vulneraría el principio de división de poderes inherente a nuestro sistema republicano si no existiera el derecho de someter aquella decisión a conocimiento y decisión del Poder Judicial.

La problemática inherente al control judicial de la actividad de los entes. Es preciso observar que el acto de un ente regulador asume la forma de un acto jurídico, pero su sustancia es técnica.²⁷

Se trata, entonces, de compatibilizar el control judicial, el cual supone interpretación y aplicación, pero no creación, de la ley, con el ejercicio de un saber técnico especializado contenido en el acto a controlar, saber técnico que supone una cierta discrecionalidad o novedad, en relación a la ley.

El control judicial aparece como un método de “Regular al Regulador” pero debe considerarse que el impacto de la revisión judicial sobre el regulador, ocurrirá después que la decisión ya fue tomada. Todos los reguladores están consientes de la posibilidad de la revisión judicial, pero es un riesgo lejano.

5.1.4) Ministro

El poder del Ministro de “override” las decisiones que ya ha tomado el Regulador, muestra una habilidad para “Regular a los Reguladores”

5.1.5) Control ciudadano

En un panorama con debilitados mecanismos tradicionales de control y de responsabilidad del sistema político, se exige –en concordancia con la plena vigencia de un Estado democrático de derecho- un reforzamiento de los instrumentos de control ciudadano.

Para ello es fundamental, crear mecanismos que permitan el acceso de los ciudadanos a la información administrativa necesaria para revisar y controlar las decisiones administrativas, facilitando así el control ciudadano de estos órganos reguladores de actividades económicas relevantes.

Como ya lo señalamos, estas amplias potestades que tienen estos órganos reguladores, unido a la autonomía organizacional y funcional de que están dotados en muchos de los casos, impide un control administrativo directo de las autoridades políticas en su gestión ordinaria, lo que hace más necesario un acceso directo de

27 Gaspar Ariño Ortiz, según la cita de Esteban J. Rosa Alves, nos dice: “...Las decisiones del ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su tipicidad, esto es, la vinculación estricta del contenido del acto con lo previsto por la norma en la que ese supuesto de hecho se contempla (plena subsunción del acto en la norma). Ya hemos dicho también que, frente a ello, en la regulación económica, aunque se aplique el principio de norma previa, existe un margen de discrecionalidad económica y técnica. . El ente regulador tiene que ponderar, en muchos casos, los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos. La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma estricta, aunque, ciertamente, una de las tareas fundamentales del ente regulador ha de consistir en la redacción y aprobación de normas reglamentarias a través de las cuales se vayan desarrollando y concretando cada vez más los principios contenidos en las leyes. Pero, en todo caso, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria. Justamente, por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser particularmente transparente y argumentada. Sólo así, es pensable su revisión judicial” (pág. 36).

los ciudadanos a las decisiones administrativas que adoptan, así como a la documentación que le sirve o soporte o justificación de las mismas.

En este sentido, el efectivo control de estos órganos de la Administración del Estado por parte de los ciudadanos, requiere necesariamente contar con la información necesaria para su desarrollo, permitiendo contrastar la decisión misma, con los antecedentes técnicos que tuvo en consideración la Administración para adoptar ésta.

Así, el acceso de los ciudadanos a la documentación administrativa se transforma en una vía de participación directa de los ciudadanos en el control de la gestión administrativa, que se hace más necesario aún en el caso de estos órganos dotados de autonomía para la gestión de relevantes intereses públicos, ya que carecen de mecanismos de responsabilidad política directa de sus autoridades superiores.

De este modo, habilitar a los ciudadanos de prerrogativas para acceder sin restricciones a la información administrativa que respalda la actuación de los órganos reguladores, constituye una expresión consistente con el Estado democrático.

En este contexto, creemos que los ciudadanos poseen un derecho general de acceso a la documentación administrativa en virtud del cual pueden conocer ampliamente los documentos administrativos emanados de los órganos administrativos reguladores, así como a los que le sirvieron de sustento o complemento directo.

BIBLIOGRAFÍA

- La Misión, la Visión y los objetivos de la U.R.S.E.C fueron extraídos del Sitio Web Oficial www.ursec.gub.uy.
- La Misión, la Visión y los objetivos de la U.R.S.E.A fueron extraídos del Sitio Web Oficial www.ursea.gub.uy.
- Fueron consultados los sitios Web oficiales de la A.I.N, www.ain.gub.uy y del T.C.R., www.tcr.gub.uy.
- “Manual de Procedimientos de Auditoría Interna” aprobado por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 24 de enero de 2007.
- “Normas Generales de Control Interno” aprobado por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 25 de enero de 2007.
- Expediente N° 0460/2006 “Actuación de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) en la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (U.R.S.E.A.)”.
- El presente Informe de Actuaciones de la A.I.N. en la U.R.S.E.A formó parte del Diario Oficial N° 27.052 de fecha 9 de agosto de 2006.
- Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2233/08, relacionadas con las misiones efectuadas por funcionarios de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).
- Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2234/08, se analizó la documentación relacionada con las misiones realizadas por funcionarios de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).
- Barbará, Jorge Edmundo: “Criterios Constitucionales para el Control Social en la Regulación”, en Anuario VI (2001-2002), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.-
- Barbará, Jorge Edmundo: “República Argentina: Ruptura de Contratos Sociales y la cuestión de Entes Reguladores independientes”, VII Congreso Internacional CLAD, Lisboa, 2002.-
- Bergara, M. 2004. Las Reglas de Juego en Uruguay. El entorno institucional y los problemas económicos. Montevideo, Uruguay: Ediciones Trilce.
- CENTRE FOR THE STUDY OF REGULATED INDUSTRIES (2001). Regulatory Review 2000/2001. Millennium Edition. Bath: The University of Bath. / Accountability and regulation. Reporting Performance. Bath: The University of Bath
- Elster, Jon (2000) Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints. Cambridge University Press.
- GOLDSTEIN, Andrea (2001). Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios. Revista do BNDES N.16, dezembro de 2001.
- Gomes, Joaquim B. Barbosa (2001), Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia, Brasília, Associação Nacional dos Procuradores da República, <http://www.anpr.org.br/bibliote/artigos>.

GOMES, Marcelo Barros (2005) control externo de las agencias reguladoras en Brasil a través de una perspectiva comparada. - pp. 189-222 // EN: Revista del CLAD Reforma y Democracia. - Caracas. - No. 31, (Feb. 2005).

Gordillo, Agustín (2003), Los entes reguladores, <http://www.gordillo.com/Pdf/1-7/1-7%C2%AAXV.pdf>

House of Commons (2000), Utilities Bill, London, House of Commons <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmbills/049/2000049.htm>.

International Organization of Supreme Audit Institutions (2002), Privatization Group Papers, Vienna, INTOSAI, <http://www.nao.org.uk/intosai/wgap/digest.htm>.

Mc Cubbins, M. y Page, T. (1987): "A Theory of Congressional Delegation", en M. Mc Cubbins y T. Sullivan (eds.): Structure and Policy, Cambridge University Press, Cambridge.

McCubbins, Mathew and Thomas Schwartz (1984). "Police Patrols vs. Fire Alarms". 28 American Journal of Political Science, pp.165-79.

MELO, Marcus André (2000) "Política Regulatória: uma revisão da literatura". Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, n° 50, pp. 7-44.

MELO, Marcus André (2001), "A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação", Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol.16 n° 46, junho, São Paulo.

MELO, Marcus André. (2002) "As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança". In Abrucio e Loureiro, orgs...

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. (2002) As agências reguladoras no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, 227:47-68, jan./mar.2002

Moe, T. (1998): "La teoría positivista de la burocracia pública", en S. Saiegh y M. Tommasi (comps.): La Nueva Economía Política: Racionalidad e Instituciones, Eudeba, Buenos Aires.

Monti Laura: "Facultades Reglamentarias de los Entes de Control" en "La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas", Compilación efectuada por Argia, Información Jurídica Estratégica, La Ley, Buenos Aires, 2001.-

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>

Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). Grupo de Trabajo sobre Auditoría de Privatizaciones. Lineamientos para la mejor práctica en la auditoría de la regulación económica, <http://www.nao.gov.uk/intosai/wgap/ecregguidelinesp.htm>

Pacheco, Regina Silvia (2005) "El control de las agencias reguladoras en Brasil: ¿Ulises y las sirenas o Narciso?". In: Oszlack, Oscar e Nuria Cunill (orgs.), La responsabilización en el Estado: aspectos teóricos y epistemológicos. Caracas: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), 292p.; pp.215-38.

Peters, Guy. 2003. "Modelos de reforma de Estado y reformas después de las reformas:" 17 – 30. La reconstrucción del Estado. Enfoques políticos sobre la "Nueva Gestión Pública," Conrado Ramos (ed.) Montevideo, Uruguay: Ediciones de la Banda Oriental.

Ramos, Conrado. 2003. "La trayectoria del Estado uruguayo. Algunas virtudes, viejos vicios, nuevos ropajes y muchas incertidumbres:" 89 – 157. La reconstrucción del Estado. Enfoques políticos sobre la "Nueva Gestión Pública." Conrado Ramos (ed.) Montevideo, Uruguay: Ediciones de la Banda Oriental.

Stern, Jon (1997), "Effective Utility Regulation and Independent Regulation: What Makes an Independent Regulation: What Makes an Independent Regulator Independent", en Business Strategy Review, Vol. 8 N° 2, London.

Thatcher, M. (1998): Institutions, Regulation, and Change: New Regulatory Agencies in the British privatised Utilities. West European Politics Vol. 21 (No.1):120-147.

Thatcher, M. / Sweet, A. (2002): "Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions", EST European Politics, 25, 1, 1-22.

Thatcher, Mark y Alec Stone Sweet (2002), "Theory and Practice of Delegation to non-Majoritarian Institutions", West European Politics, vol. 25, núm. 1, pp. 1-22.