



Serie Análisis de Coyuntura – Nº 6

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE ENARSA

Alberto C. Barbeito¹

Octubre 2004

I. Introducción.

El análisis del proyecto de ley tiene como punto de partida una posición favorable a la necesidad de recuperar para el país una empresa estatal de hidrocarburos. No obstante, caben algunas precisiones. En primer lugar, que la creación de una empresa estatal no es un fin en si mismo ni tampoco una medida aislada. Por el contrario, deber ser parte de una política integral y coherente en el campo energético. En segundo lugar (y aquí está el centro del presente análisis), el instrumento debe ser diseñado de manera apropiada para el logro de los objetivos deseados y compatible con el marco legal imperante. Esto significa, entre otros aspectos, definir con claridad los objetivos y funciones, el régimen jurídico, los recursos materiales o humanos, y las normas de evaluación y control de la gestión. En síntesis, no es sólo una cuestión de buenas ideas, sino también de buenas prácticas.

El análisis del articulado del proyecto de Ley se agrupa en torno a seis cuestiones principales referidas a la empresa: i) forma jurídica; ii) controles; iii) objeto, iv) capital social; v); vi).

¹ Agradecemos la valiosa colaboración de Fernando Seppi en la elaboración de este trabajo.



II. Comentarios específicos.

1. Acerca de la forma jurídica.

Según expresa el Art. 1º la empresa Energía Argentina Sociedad Anónima se crea “bajo el régimen del Capítulo II, Sección V, de la Ley Nº 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias”.

La forma jurídica señalada en el artículo es la correspondiente a una sociedad anónima privada, en vez de la figura de una “sociedad anónima con participación estatal mayoritaria”, contemplada en el Capítulo II, Sección VI, de la Ley Nº 19.550 o el de una “sociedad del estado” (Ley 20.705).

Para justificar el encuadramiento legal de la empresa se argumenta la conveniencia de “dotarla de agilidad y competir en el mercado” para lo cual se “se crea una *nueva figura*”, una..... “*especie de sociedad privada*”.....“es privada....., *nace como privada y es extra presupuestaria*”².

El planteo oficial resulta cuestionable por distintas razones. Desde la perspectiva jurídica, porque se aparta de la normativa legal vigente al pretender encuadrar una sociedad estatal bajo el régimen correspondiente a una SA privada. En el plano institucional, cuestionable en tanto implica apartarse de las normas de controlar propias de la administración pública. En materia económica en tanto asume que para desarrollar una gestión eficiente es preciso operar como una empresa privada.

La figura jurídica de la empresa no puede ser el de una sociedad anónima privada. No se puede “inventar” una figura nueva fuera, del marco legal vigente. La Ley de Sociedades Nº 19.550 prevé la constitución de SA con participación estatal mayoritaria (Arts. 308 y 309)³,

² Senador Fernández (PJ), miembro informante de la mayoría en el debate celebrado en el Senado de la Nación (cita tomada de la versión taquigráfica).

³ Artículo 308: Quedan comprendidas en esta Sección las sociedades anónimas que se constituyan cuando el Estado nacional, los estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, o las sociedades anónimas sujetas a este régimen sean propietarias en forma individual o conjunta de acciones que representen por lo menos el Cincuenta y uno por



señalando que quedan comprendidas en dicha Sección las sociedades anónimas que se constituyan cuando el Estado nacional, los estados provinciales, los municipios, organismos estatales legalmente autorizados al efecto, o las sociedades anónimas sujetas a este régimen sean propietarias, en forma individual o conjunta, de acciones que representen por lo menos el 51 por ciento del paquete accionario. Pretender un encuadramiento legal diferente exigiría modificar la ley sociedades.

Por otra parte, la Ley N° 19.550 no sólo tipifica las figuras societarias sino que, al mismo tiempo, establece que toda estructura societaria que no se enmarque en las figuras típicas, son anulables. Claramente, el Art. 17 impone límites y sanciones a la inventiva jurídica. En el caso concreto del proyecto de ENARSA la ambigua apelación del legislador en cuanto a promover una *"figura nueva"* o una *"especie"* de sociedad privada, pone en riesgo de nulidad a la nueva empresa ⁴.

2. Acerca de los controles.

El proyecto de ley, al declarar aplicable las disposiciones de la Sección V del Capítulo II de la Ley 19.550 que trata de las sociedades anónimas simples, a lo que apunta es a evitar que ENARSA esté sujeta a las instituciones y procedimientos de control que establece la ley 24.156 de administración financiera. Al efecto, son pertinentes los señalamientos de los artículos 7° y 8° de dicha ley.

"ARTICULO 7 - La Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación serán los órganos rectores de los sistemas de control interno y externo, respectivamente.

ciento (51 %) del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias.

Artículo 309: Quedarán también comprendidas en el régimen de esta Sección las sociedades anónimas en las que se reúnan con posterioridad al contrato de constitución los requisitos mencionados en el artículo precedente, siempre que una asamblea especialmente convocada al efecto así lo determine y que no mediere en la misma oposición expresa de algún accionista.

⁴ Sección III: Del régimen de nulidad Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales. Artículo 17: "Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial".



ARTICULO 8.- Las disposiciones de esta ley serán de aplicación en *todo el sector público nacional*, el que a tal efecto está integrado por:

a) Administración Nacional, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social;

b) *Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.*

Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades”.

Como se puede observar, las normas de contralor público previstas en la ley son aplicables **incluso** a organizaciones privadas cuando éstas hubieran recibido subsidios o aportes del Estado. Por lo que mal puede pretenderse excluir de dichos controles a una empresa cuyo capital se constituye con aporte del Estado y a la que se le concede también la titularidad de recursos públicos.

No puede tampoco justificarse que cumplir con los procedimientos de control impiden o afectan negativamente la gestión empresarial. El argumento es insostenible. En el caso de la Auditoría General de la Nación, el alcance de su intervención es *siempre a posteriori* de los actos. Por otra parte, interviene en base a un programa trabajo anual previamente difundido y en donde se indican las unidades y los períodos de gestión que serán auditados. Finalmente, los resultados de las auditorías no interfieren en la gestión sino que se concretan en informes elevados a consideración del Congreso de la Nación.

La voluntad de excluir a ENARSA de los procedimientos de control se hace todavía más explícita en la redacción del Artículo 6º del proyecto de ley. Por si el encuadramiento jurídico pretendido como SA privada se pensara insuficiente, el artículo mencionado dispone que la sociedad “estará sometida a los mismos controles, interno y externo, **con exclusión de cualquier otro**⁵, de las personas jurídicas de su tipo.....”.

⁵ El proyecto enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso no contenía la referencia a “con exclusión de cualquier otro”.



Evitar las normas e instituciones de contralor público se extiende a otros ámbitos de acción. En efecto, el encuadramiento pretendido como sociedad anónima privada, habrá de habilitar a la empresa a contratar por fuera de los procedimientos del sector público. Así, queda excluida de la aplicación de realizar concursos de precios o llamados a licitación, nacionales o internacionales, como tampoco cumplir con el régimen de compra argentino, etc.

La gravedad de la situación es por demás evidente. Basta considerar que la empresa podrá "*por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros.....*la explotación de los Yacimientos de Hidrocarburos sólidos, líquidos y/o gaseosos, el transporte, el almacenaje, la distribución, la comercialización de estos productos y sus derivados.....generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica...." (Art. 1º del proyecto de Ley).

A modo de ejemplificación concreta. A partir del status jurídico de SA privada, la empresa quedará legalmente habilitada para otorgar concesiones de explotación a terceros (o asociarse con terceros) de áreas de la plataforma marítima mediante adjudicación directa. Otro tanto podría acometer para la realización de obras de infraestructura que pudiera tomar a su cargo: construcción de gasoductos, de generación o transporte de energía eléctrica ⁶.

La presunción de que la empresa está concebida como una "unidad de contratación" se fortalece en los dichos del propio Ministro De Vido en su presentación ante el Senado de la Nación el día 3 de agosto del 2004. En dicha ocasión expresó que ENARSA "desarrollará los proyectos a través de *unidades de negocios*, por sí misma o en asociación con empresas de capital privado y/o empresas provinciales argentinas o estatales de otros países" sobre la base de una estructura profesional muy mínima, tal que estima que inicialmente "el grupo técnico.....no superará las veinticinco personas, incluidos los directores"⁷.

Finalmente, cabe preguntarse si al constituirse como una sociedad anónima del ámbito privado, cuyo órgano soberano es la Asamblea de Accionistas, podría permitir en el futuro

⁶ Actividades que no son un supuesto hipotético sino que han sido mencionadas como propias de la empresa, en la presentación hecha por Ezequiel Espinoza (del Directorio de ENARSA). La empresa será "responsable del desarrollo y seguimiento de todos los proyectos que involucren generaciones, ya sea hidráulica, térmica, nucleares, base carbón, alternativas, su respectivo transporte y otras complementarias necesarias para tal fin" (versión taquigráfica, Honorable Senado, 29 de junio de 2004).

⁷ Versión taquigráfica, Senado de la Nación, 3/08/2004. Cabe observar, no obstante, que los miembros titulares y suplentes que integran el Directorio y el Órgano de Fiscalización son 24.



que se amplíe el capital social mediante la apertura de acciones al interés privado y, de esta forma perder el Estado el carácter de socio mayoritario. Sobre esta cuestión se volverá más adelante, aunque cabe apelar a la memoria colectiva y recordar otras experiencias (como la de YPF) que fue enajenada en etapas sucesivas.

3. Acerca del Objeto.

El objetivo fijado para la empresa es sumamente amplio. Según el Art. 1º resulta que podría operar, por sí, por terceros o asociado a terceros en cualquier fase de la cadena de hidrocarburos (petróleo y gas), como también generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica, tanto en el país como en el extranjero.

El objetivo es tan amplio como difuso. Se carece de precisiones mínimas acerca de cual será la estrategia comercial o el plan de actividades a seguir. Según las presentaciones que algunos de los directores "designados" hicieron en las Audiencias celebradas en Cámara de Senadores, todo sería posible para esta empresa pero, a la vez, todo estaría en estudio y las precisiones no avanzaron más allá de algunos vagos indicios.

En suma, primero se crea el instrumento (la empresa) para luego ver qué hacer, cómo, con qué y con quien. Lo único que está claramente definido es la intención de colocar la gestión empresaria fuera del sistema legal de la administración pública. Se crea un Estado paralelo eximido de las normas rectoras de su funcionamiento y quebrantando los principios de legalidad.

Bajo este estado de cosas, cabe la pregunta sobre los motivos de incluir todas las actividades de la cadena de energía eléctrica y todas las fuentes de generación (nuclear, eólica, etc.) dentro del objeto de la sociedad. En primer lugar, aún cuando se trata de actividades vinculadas, la articulación debe ser considerada al momento de definir la política energética y los programas de acción, pero esto no significa unificarlos en la gestión. Segundo, existen diferencias notorias en cuanto a los alcances de los marcos que regulan el funcionamiento del mercado eléctrico, del gas y del petróleo. Tercero, tanto la debilidad regulatoria en materia de hidrocarburos como el carácter estratégico que desempeña en la



definición de la matriz energética del país, aconsejan concentrar en este mercado la acción de una empresa estatal.

Dos cuestiones adicionales amplían el panorama de imprecisiones sobre los objetivos y los medios puestos a disposición de la futura empresa. Así como tendrá medios para operar en el área de los hidrocarburos (como la plataforma marítima nacional)⁸, no hay ninguna previsión ni referencia en cuanto a los medios que le permitirían actuar en la “generación, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica” (Art. 1º).

En cuanto a los objetivos, se dispone que la empresa “*podrá* intervenir en el mercado a efectos de evitar situaciones de abuso de posición dominante originadas en la conformación de monopolios u oligopolios” (Art. 4º).

Si se trata de evitar situaciones de abuso de posición dominante, el carácter “facultativo” (“podrá”) no correspondería. No obstante, el problema es otro. Quien tiene la responsabilidad y los medios legales para actuar (prevenir y sancionar) tales circunstancias es el Estado – a través de la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor- órgano responsable de proteger al consumidor de las prácticas oligopólicas y de promover condiciones mínimas de competencia. Tales funciones no corresponden a una empresa, menos de carácter privado, puesto que carece de facultades de control y sanción de dichas prácticas. Sólo podría intervenir de manera directa en el mercado y en pie de igualdad con las restantes empresas. Es difícil imaginar bajo que modalidades y con que alcances podría intervenir en el mercado con este fin.

4. Acerca del Capital Social.

El tratamiento del capital social de la empresa es impreciso. El Estado crea una empresa con participación privada, sin que se defina el capital social inicial, el monto del aporte público ni el origen de los fondos.

⁸ Según el Art. 2º la empresa “ tendrá la titularidad de los permisos de exploración y de las concesiones de explotación sobre la totalidad de las áreas marítimas nacionales.....”.



Bajo la pretensión de constituir la empresa como una sociedad anónima privada, la definición del capital se remite al Estatuto societario, cuyo contenido aún es desconocido. El proyecto de ley sólo establece algunas pautas mínimas referidas a la composición del capital social inicial y del Directorio. El Estado Nacional tendría acciones ordinarias Clase "A" por 53% del capital, intransferibles y con derecho a (1) voto por acción; las provincias Acciones Clase "B" y "C", ordinarias escriturales, con derecho a (1) voto por Clase, por 12% del capital; acciones Clase "D", por 35% del capital, preferidas patrimoniales sin derecho a voto, lanzadas en oferta pública.

El monto del capital social inicial es una incógnita, lo que sí puede afirmarse es que el Estado tendrá una participación mayoritaria de ese monto desconocido. La incógnita comprende también al origen de los recursos que aportará el Estado, arbitrio que según el proyecto de ley, el Congreso delega en el Poder Ejecutivo⁹. En síntesis, capital social desconocido, aporte estatal desconocido, origen de los fondos públicos desconocido, y socios privados desconocidos.

Con todo, no son estos los problemas mayores en cuanto al capital social y los aportes públicos. En primer lugar, la empresa recibirá del Estado la "titularidad de los permisos de exploración y de las concesiones de explotación sobre la totalidad de las áreas marítimas nacionales" (art. 2º de la ley). ¿Cuál puede ser el valor económico real o potencial de estas áreas? ¿Cómo se contabiliza este otro tipo de aporte público al patrimonio de la empresa? ¿Cómo se repartirían entre el Estado y los privados las rentas que podrían resultar de la explotación de las áreas en cuestión?.

En segundo lugar, el proyecto de ley no es preciso en cuanto al control estatal de la empresa. Si bien las pautas fijadas para el Estatuto contemplan una participación estatal mayoritaria, con acciones intransferibles y derecho a voto, queda abierta también la posibilidad de modificación posterior del Estatuto y/o del aumento del capital. Para evitar situaciones de este tipo correspondería: i) modificar el encuadramiento jurídico de la sociedad evitando el tratamiento como sociedad anónima privada; no siendo así, ii) incluir entre las pautas a considerar en la redacción del Estatuto que, en caso de aumento del capital social, el Estado

⁹ Artículo 9º: "Autorízase al Poder Ejecutivo Nacional, a realizar las adecuaciones presupuestarias necesarias para suscribir e integrar el Capital Social".



estará obligado a suscribir acciones en la proporción que le corresponde según el capital inicial.

5. Acerca de la designación de los Directores.

La Dirección y Administración estará a cargo de un Directorio integrado por (5) Directores titulares y (5) suplentes, por las Acciones "A" y (2) Directores titulares y (2) suplentes por las Acciones Clase "B" y "C". No hay ningún procedimiento para la selección de los candidatos, de lo que resulta que, al menos para los Directores por las acciones "A" sería una facultad privativa del PEN. No hay pautas sobre la duración de los mandatos y podrían ser reelegidos de manera indefinida. Tampoco se plantean requisitos técnicos o incompatibilidades. La única y, curiosa excepción para una empresa energética, está referida a que un miembro del Directorio "deberá poseer reconocida trayectoria en el mercado de capitales" (Art. 5º).

A nuestro juicio los directores deberían ser seleccionados mediante procedimientos más objetivos y transparentes, a través de concurso y por audiencia pública. Deberían tener mandato por tiempo limitado y también podría limitarse la renovación indefinida de los mandatos. Al mismo tiempo, como prueba de independencia del poder político de turno podrían gozar de estabilidad durante su mandato y removidos sólo por sumario administrativo público y con intervención del Congreso Nacional.

Una última condición, sería contemplar la exclusión de personas que hubieran participado del proceso de privatización de las empresas energéticas, tanto nacionales como provinciales. Estos parecen requisitos mínimos a respetar, más aún, cuando se pretende constituir una unidad que manejará recursos públicos por fuera de toda norma de contralor por parte del Estado.

6. Acerca del Banco de Datos.

El artículo 8º otorga a la empresa la facultad *optativa* ("podrá") de crear, administrar, mantener, operar, gerenciar y gestionar una Base de Datos Integral de los Hidrocarburos, a la cual tendrán acceso todos los operadores del mercado.....los concesionarios y



permisionarios deberán suministrar toda la información que les sea requerida por el Poder Ejecutivo Nacional”.

Por cierto, el Estado carece de una Base de datos completa en la materia. Responsabilidad elemental que la Secretaría de Energía no cumple y para la que tiene funciones expresas como organismo responsable no sólo de la programación y diseño de la política energética sino que según dispone la propia Ley de Hidrocarburos debería fiscalizar la explotación racional de los recursos, el cumplimiento de los compromisos de inversión y producción de las empresas concesionarias, etc.

Si la necesidad de la Base de Datos es reconocida como tal, debería ser una responsabilidad de la Secretaría de Energía. Tal omisión, en vez de ser corregida, se la atribuye a un tercero; una empresa, con participación privada pero con alcances meramente “opcional”. Operacionalmente, la confusión es aún mayor. El Art. 8º dispone que la información sobre la cual se construirá la Base de Datos será requerida por el Poder Ejecutivo Nacional.....a lo cual faltaría agregar en el articulado de la ley, “a través de la Secretaría de Energía”.