



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés
Departamento de Derecho
Abogacía

**La Actividad Empresarial del Estado y su situación jurídica
frente a la expropiación 51% del patrimonio de YPF S. A.**

Autor: Tomás Alonso Boto
Legajo: 29247
Mentor: Nicolás Eliashev

Buenos Aires, Argentina

29/08/2022

Índice

I.	Resumen/Abstract	3
II.	Introducción.....	4
III.	Caso testigo: YPF S. A. Presentación del problema:	6
IV.	Encuadre jurídico y teórico	10
a.	Marco regulatorio del petróleo y el gas en la Argentina.....	10
b.	La actividad empresarial del Estado	16
c.	La Defensa de la Competencia	25
V.	Contrastación entre el problema, la normativa y la teoría analizada	28
VI.	Propuesta basada en el derecho comparado.....	31
1)	Los modelos de control y la estructura de la propiedad: análisis comparativo con Chile.....	31
a.	La estructura de supervisión de la actividad empresarial estatal en Chile.....	33
b.	La conformación del Directorio de las empresas estatales en Chile	35
c.	La estructura de supervisión de la actividad empresarial en Argentina	36
d.	La conformación del Directorio de las empresas estatales en Argentina	39
2)	Observaciones de la comparación.....	40
VII.	YPF-Chevron y el fallo “Giustiniani” de la Corte Suprema	41
a.	Hechos:	42
b.	Ratio Decidendi:	44
c.	Análisis y conclusiones:.....	45
VIII.	Conclusión.....	50

I. Resumen/Abstract:

Abstract: el presente trabajo se propone analizar el escenario jurídico en el que se relacionan la actividad empresarial del Estado argentino, la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia y principalmente la situación jurídica en la que se encuentra el “Estado empresario” en el marco del caso de YPF S. A., empresa de energía dedicada a la exploración, explotación, destilación, distribución y producción de energía eléctrica, gas, petróleo y derivados de los hidrocarburos y venta de combustibles, lubricantes, fertilizantes, plásticos y otros productos relacionados con la industria. En el año 2012 Argentina expropió el 51% de las acciones de la compañía, tomando el control de la empresa más importante en hidrocarburos en América Latina. Para tal fin llevó a cabo una serie de dudosos actos que podrían ubicar al Estado empresario en una posición anticompetitiva en el mercado. Tras la expropiación el Estado adquirió un rol dual al ser, por un lado, un empresario regulado y, por el otro, un Estado regulador, dado que no solo regula la Ley de Defensa de la Competencia, sino que también posee semejante atribución sobre la política hidrocarburífica en el país. Por lo que para determinar si tales situaciones son consideradas anticompetitivas se analizarán los marcos normativos y teóricos relativos a la actividad empresarial del Estado y las que a la Defensa de la Competencia respectan.

Así mismo se abordará desde un análisis crítico el conflicto normativo en el que se desenvuelve YPF S. A. en cuanto a que no satisface como sociedad anónima bajo injerencia estatal, los estándares de control y de información que se requieren para una gestión transparente. Para ello se contrastará el manejo de la actividad empresarial argentina con el del país vecino Chile, y se analizará el fallo Giustiniani de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que es parte la empresa mencionada, en el que se debate el alcance del derecho al Acceso a la Información Pública.

Universidad de
San Andrés

II. Introducción:

Desde antaño y sin importar el modelo económico en el que los gobiernos se enrolen, la realidad es que los Estados –incluso antes de que fueran así denominados- participan en la economía de forma más o menos directa. Esto se debe principalmente a que en el momento en que los mercados se expandieron y el capitalismo se instauró como sistema económico y social basado en la propiedad privada de los medios de producción, si se deseaba mantener la soberanía era necesario no solamente instaurar marcos jurídicos que regularan el comercio, sino también hacerse parte del mundo mercantil.

Así nace la idea de “Estado empresario”, que se refiere con mayor precisión, al complejo normativo que configura una de las variadas formas en que se puede desplegar la actividad estatal en el ámbito económico y, específicamente, la actividad económica empresarial, o sea, la acción estatal, por vía de propiedad o participación, mayoritaria o no, y bajo formas societarias especiales o las existentes en la Ley General de Sociedades, que se despliega en actividades productivas en el ámbito de un mercado, en principio –y tan solo en principio- abierto y competitivo, debido a que dichas apertura y competitividad pueden verse afectadas cada vez que se manipulan las políticas económicas o que se proyectan unas nuevas. En ambos casos, quedan circunscriptas a un momento histórico, a un determinado punto geográfico, a antecedentes económicos y culturales, y al modelo económico al que cada gobierno en particular desee apostar.

En relación a la competitividad en el mercado, el legislador ha considerado que es merecedora de tutela jurídica, ya que su correcta regulación además de fomentar la eficacia económica, también protege los intereses de los consumidores que podrían verse afectados al quedar, por ejemplo, atrapados en monopolios de bienes y servicios. Esas son algunas de las razones por las que se encuentra vigente en nuestro país la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia que vela por desbaratar aquellas prácticas contrarias a la leal competencia, que entorpecen la dinámica sana en el comercio y de la que las empresas, inclusive el Estado en su fase empresarial, son sujetos obligados. No obstante la necesidad de tutelar la leal competencia, en la década de los años noventa hubo en nuestro país cambios legislativos que respondieron a un paradigma económico de corte liberal y que se refleja en la Reforma

Constitucional del año mil novecientos noventa y cuatro. Así, esta reforma materializó un modelo de política económica que posteriormente, como veremos a lo largo de este trabajo, se ha puesto en jaque por el dictado de otras normas de corte proteccionista y/o intervencionistas que han generado confusas situaciones jurídicas.

En el presente trabajo se propone analizar el escenario en el que se desarrolla la actividad empresarial del Estado argentino, para ello utilizaremos como caso testigo la situación de la histórica YPF –hoy- S. A., empresa de energía dedicada a la exploración, explotación, destilación, distribución y producción de energía eléctrica, gas, petróleo y derivados de los hidrocarburos y venta de combustibles, lubricantes, fertilizantes, plásticos y otros productos relacionados con la industria. Al transformarse este año en una empresa centenaria, analizar el desarrollo de su vida excedería lo que en este trabajo busca ponerse de manifiesto, por lo que nos detendremos en las normas que se dictaron en su consecuencia a finales de la década del noventa y en el año 2012, momento en el que Argentina expropió el 51% de las acciones de la compañía, llevando a cabo para tales efectos, una serie de actos que podrían ubicar al Estado empresario en una posición anticompetitiva en el mercado en los términos de la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia.

Es por lo expuesto que, además de analizar las referencias legislativas ya mencionadas ut supra y haciendo foco sobre los principios de la competencia, marco normativo que, adelantándonos, posiciona al Estado en un rol de “garante” del normal y libre desenvolvimiento del mercado, analizaremos el alcance del rol de regulador del petróleo y el gas y, al mismo tiempo, la situación contradictoria en la que actualmente se encuentra el Estado actuando a su vez como empresario al poseer la mayoría accionaria de la principal compañía hidrocarburífera en Latinoamérica, es decir, se examinarán las causas y los efectos que se esconden detrás de la dualidad del Estado en su rol como regulado y regulador.

El presente documento se estructurará de la siguiente manera: en primer lugar, un abordaje general del problema donde se podrá observar el conflicto proveniente del rol dual del estado en el caso de la expropiación de las acciones de YPF; en segundo lugar, un breve encuadre jurídico y teórico respecto a: el marco regulatorio relativo al petróleo y al gas en la Argentina, la actividad empresarial del Estado y la Defensa de la Competencia en nuestro país; en tercer lugar una contrastación entre el problema, la normativa y la teoría analizada.

Luego abordaremos un análisis de derecho comparado, tomando como ejemplo a Chile, para contrastar los modelos de control, la estructura de la propiedad, la estructura de supervisión de la actividad empresarial estatal, la conformación del Directorio de las empresas estatales y la estructura de supervisión de dicha actividad entre nuestro país y el vecino.

Por último, analizaremos el fallo "Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora" –del 2015- en el cual se materializan algunos de los conflictos que se desarrollan a lo largo del presente trabajo; y para finalizar una conclusión.

III. Caso testigo: YPF S. A. Presentación del problema:

Para abordar los temas presentados en la introducción veremos en primer lugar, algunos aspectos de la situación jurídica en la que habita la centenaria YPF S. A., caso testigo del que según se expondrá, surge el rol dual del Estado argentino como regulado y regulador. La decisión de exponer primero el caso testigo tiene como fundamento metodológico que el lector aborde los aspectos teóricos y normativos de este trabajo con la problemática en su mente.

El 16 de abril de 2012, la entonces Presidenta de la Nación Cristina Fernández de Kirchner anunció públicamente la decisión de intervenir YPF S. A. a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 530/2012 y simultáneamente envió al Congreso un proyecto de Ley con la finalidad de que se declarara de interés público el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos junto a su exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización.

Desde 1992 hasta abril del 2012, en virtud de la Ley 24.145, la compañía se encontraba en manos privadas operando como una Sociedad Anónima del derecho privado y por lo tanto sometida al régimen de –las entonces- Sociedades Comerciales fijado por la Ley 19.550.

En mayo de 2012, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley 26.741 declarando de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del capital de YPF S. A. La misma, al declarar en su artículo primero, de interés público nacional el autoabastecimiento de hidrocarburos detonó múltiples cambios en no solo el interior de la estructura societaria, sino también, respecto del

mercado, sus competidores y del papel del Estado en el marco de la actividad empresarial estatal.

Con esta nueva configuración la actividad privada, no solo circunscripta a YPF S. A., sino de todos los sectores participantes de la industria, no podrá oponerse al “interés público nacional”, pudiendo abarcar: diversos ritmos en la producción, precios en los combustibles y nivel de abastecimiento¹.

En cuanto a los cambios en el interior de la sociedad, a partir de la ley de expropiación, se puede observar que el Estado Nacional al posicionarse como accionista mayoritario de YPF S. A. pasó a ser quien toma las decisiones y el control de la empresa. En consecuencia, si bien la compañía continuó bajo su ropaje jurídico de sociedad anónima del derecho privado, pasó a ser una empresa mixta con participación estatal mayoritaria y conducción operativa del Estado.

Asimismo, como establece el art. 15 de la Ley 26.741, para el desarrollo de su actividad: *YPF Sociedad Anónima y Repsol YPF GAS S.A., continuarán operando como sociedades anónimas abiertas, en los términos del Capítulo II, Sección V, de la Ley 19.550 y normas concordantes, no siéndoles aplicables legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación*”.

A su vez, en el art. 16 de la ley mencionada ut supra, se establece que la gestión de los derechos accionarios correspondientes a las acciones sujetas a expropiación, se efectuará conforme a los principios de: “*contribución estratégica*” de YPF S. A., al cumplimiento de los objetivos, la administración conforme a las mejores “*prácticas de la industria y del gobierno corporativo, preservando los intereses de los accionistas y generando valor para ellos*” y, un gerenciamiento de la compañía a través de una “*gestión profesionalizada*”.

De esta manera, podemos observar que se desprende de la misma norma, una dualidad que no se encuentra jurídicamente dividida: la función regulatoria y la actividad empresarial del Estado. En otras palabras, recae sobre el mismo Estado la función de regular y fijar la

¹ Pigretti, E. A. (2014). *Régimen jurídico del petróleo y del gas natural en la República Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Dunken.

política hidrocarburífera² y la función de desarrollar la actividad empresarial de la compañía, sin estar claramente definido, ni mucho menos regulado de manera sistémica, que reparticiones de la administración pública serán competentes para el desarrollo de cada una de las mencionadas funciones.

Así, la norma regula y establece los motivos que fundamentan la expropiación y, a su vez, fija una serie de principios para el accionar empresario del Estado. De esta manera es menester plantearse la difícil tarea de compatibilizar el obrar del Estado como empresario, con la diligencia de un buen hombre de negocios (tal como lo exige implícitamente la Ley 26.741 en su art. 16 y, expresamente, la propia Ley General de Sociedades en su art. 56) tomando decisiones rápidas y asumiendo riesgos; y las labores propias de la función pública que a veces pueden ser más rígidas³.

Por otra parte, cabe analizar qué es lo que ocurrirá con sus competidores, en tanto el Estado como empresario parecería gozar de mayores prerrogativas, pudiendo adoptar estructuras de índole privado o público, a pesar de ubicarse en el plano privado e intentar competir de igual a igual con sus competidores.

Asimismo, no debe quedar soslayado el hecho de que es el propio Estado argentino el encargado, no solo de regular y controlar la explotación de la industria de los hidrocarburos, sino que su potestad legislativa también abarca a la Defensa de la Competencia. En esta última, se busca que el Estado intervenga en la actividad económica con el objeto de alcanzar la eficiencia en la asignación de recursos, corrigiendo los efectos contraproducentes de las conductas anticompetitivas, el abuso de posición dominante y el ejercicio de poder del mercado.⁴

Con la reforma constitucional de 1994 se introdujeron cláusulas de ordenación de los mercados en pos de que estos satisfagan el bienestar general de los habitantes, fundamentalmente con la incorporación de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional,

² Art. 2, Ley N° 26.741.

³ Mairal, H. A. (2009). *El Estado como empresario*. Buenos Aires, Argentina: A. Piaggi. *Tratado de la empresa* (Abeledo Perrot). pp. 591-632

⁴ Melgar, N., Pereyra, A., & Rovegno, L. *Defensa de la competencia: un marco conceptual*.

Recuperado de <https://studylib.es/doc/3550783/defensa-de-la-competencia--un-marco-conceptual>

resulta plausible concebir al mercado como una garantía institucional del bienestar e interés económico general⁵.

De este modo, nuestra Constitución establece que todas las formas de mercado deben operar al servicio del bienestar general y para ello las protege de los posibles abusos y distorsiones.

En este orden de ideas, es posible ver cómo el mercado cobra una dimensión de carácter público y, por lo tanto, puede concebirse como un bien público en el sentido de que es utilizando de manera simultánea y conjuntamente por diversos agentes, cuyo uso de sus mecanismos no priva ni excluye al resto de los involucrados ni disminuye su utilidad. Así, en términos constitucionales, es un bien de carácter público que actúa como garantía institucional de promoción y protección del bienestar general⁶.

De esta manera, si consideramos que el mercado goza de una protección constitucional, en tanto puede concebirse como un bien público que busca satisfacer las necesidades de los individuos, aquellas conductas que tiendan a la alteración de las normas de la Defensa de la Competencia implican una vulneración a esta protección consagrada en el artículo 42 de la C. N.

A partir de la situación descripta, queda a contraluz el problema en cuestión, para analizarlo a mayor profundidad, es que se busca poner de manifiesto dos cuestiones centrales: por un lado, el rol dual que adquiere el Estado argentino: es empresario –al tener la titularidad accionaria mayoritaria de YPF S. A.- y regulador de la explotación de la industria y de la leal competencia en el mercado.

Así, se configura un escenario en donde el regulado podría competir con el regulador, ya que en el mercado convergen empresas privadas y públicas, situación que presenta desafíos para garantizar iguales condiciones para la competencia, sin que el Estado no distorsione a esta última a la hora de utilizar sus poderes regulatorios o de supervisión.

⁵ Cionfrini, E. (2002). La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional. *Doctrina Judicial*, 2.

⁶ Cionfrini, E. (2002).

De esta manera, lo que se busca analizar es qué tipo de problema se presenta a partir de la mencionada dualidad y falta de separación del Estado empresario-regulador que, a su vez, debe armonizar; por un lado, los objetivos que persiguió con la Ley 26.741 “Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Autoabastecimiento de Hidrocarburos” y, por el otro, obrar a derecho respetando y cumpliendo las normas vigentes en lo que refiere a la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, a la correcto desenvolvimiento de la administración pública y la propia Constitución Nacional.

A modo de síntesis y para esbozar algunas preguntas rectoras que guíen al lector durante el desarrollo de los diferentes temas que deben ser abordados para una correcta y acabada comprensión del problema, comenzaremos con la presentación de los encuadres jurídicos y teóricos, dejando latentes las siguientes interrogaciones: ¿Pueden competir sobre un mismo pie de igualdad el regulado y el regulador? ¿Cuál es el origen de dicha contracción?

IV. Encuadre jurídico y teórico:

A continuación, se analizarán las normas principales, como así también los conceptos centrales relativos a los siguientes temas: la regulación del petróleo y el gas en la Argentina, la actividad empresarial del Estado y la Defensa de la Competencia.

a. Marco regulatorio del petróleo y el gas en la Argentina:

El marco regulatorio argentino del petróleo y del gas no se caracteriza por su uniformidad, adolece de una regulación heterogénea, tanto en el plano nacional como provincial. En consecuencia, se identifican diversas normas que regulan la materia.

En lo que respecta al dictado de la normativa de fondo, el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional le atribuye la potestad de sancionar el Código de Minería al Congreso de la Nación, norma que establece el marco legal de fondo de los hidrocarburos. Sin embargo, la norma constitucional se ocupa de aclarar puntualmente que la potestad que se confiere al legislador nacional de dictar los Códigos de fondo le es atribuida sin que se alteren las

jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según caiga sobre su respectiva jurisdicción⁷.

A su vez, también se encuentra la Ley de Hidrocarburos N° 17.319 que fue sancionada en 1967 y modificada por la Ley N° 26.197 en 2007; la Ley de Privatización N° 24.145 que no solo determinó la privatización de YPF sino también la transferencia de las reservas de hidrocarburos del Gobierno Nacional a las provincias, sujeto a preservar los derechos de los tenedores de los permisos de explotación y las concesiones de exploración; la Ley de Gas N° 24.076 que regula lo atinente al transporte, distribución y comercialización del gas natural; la Ley N° 25.943 de 2004 que da creación a ENRSA, actualmente IEASA – Integración Energética Argentina Sociedad Anónima, empresa pública argentina del sector petrolero y energético, dedicada al estudio, exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, el transporte, almacenaje, distribución, comercialización e industrialización de estos productos y sus derivados, el transporte y distribución de gas natural, y la generación, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica-; la Ley N° 26.741 que declara de utilidad pública el 51% de las acciones de YPF S. A. junto a su decreto reglamentario N° 1277/2012 de Soberanía Hidrocarburífera, modificado en el año 2015 por el Decreto del Poder Ejecutivo N° 272/2015 que se condice con la Ley N° 27.007 de reforma normativa.

En cuanto a la normativa de fondo, tanto la Ley de Hidrocarburos como la 26.197 (modificatoria de la Ley de Privatización del Capital de YPF N° 24.145, en adelante “Ley de Privatización de YPF”) y la modificación de la Ley N° 27.007, establecen el marco jurídico general en lo que respecta a la exploración y producción de petróleo y gas. Estas leyes nacionales deben ser cumplidas por las provincias que, a su vez, como lo dispone la “Ley de Privatización de YPF” cuentan con las facultades de elegir su autoridad de aplicación; otorgar permisos de exploración, concesiones y acuerdos de explotación; recaudar las regalías; controlar y supervisar los permisos, concesiones y acuerdos; requerir el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales en relación con las inversiones, la explotación racional

⁷ De la Riva, I. (2015). Poderes de regulación nacionales y provinciales bajo el nuevo régimen de hidrocarburos. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, 5 (mayo-julio 2015).

de los recursos, el pago de regalías y otorgar extensiones de las concesiones o acuerdos de explotación y fijar sanciones⁸.

Asimismo, cabe señalar que la Ley de Hidrocarburos de 1967 fue elaborada bajo la presunción de que los reservorios de hidrocarburos serían bienes de dominio público y, por lo tanto, la entonces Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. E. lideraría la industria actuando bajo un marco diferente al de las empresas privadas.

De este modo, tanto la exploración como la explotación por parte de las empresas estatales (señaladas en el artículo 96 de la Ley 17.319) estaban reguladas por la Resolución SEE N° 6/69 que fijaba la exclusividad de las áreas de exploración asignadas a Y. P. F. S. E. y los mecanismos que podía emplear para obtener la asignación de lotes de explotación⁹.

Por otra parte, a través de la Ley 21.788 de Contrato a Riesgo (publicada en abril de 1978), el Estado Nacional permitió que las empresas estatales pudieran convocar a licitaciones y constituir contratos de explotación y exploración con empresas contratistas que deberían asumir los riesgos propios de las operaciones sin adquirir la propiedad de los hidrocarburos sino percibiendo una compensación por ellos.

Hasta la década del 90, el sector de hidrocarburos estaba regulado y monopolizado por las empresas estatales Gas del Estado y Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Sin embargo, el gobierno de aquel período decidió encarar una profunda desregulación integral, eliminando los contratos y transformándolos en permisos y concesiones operadas por el sector privado. Este proceso culminó con la privatización de ambas empresas y, finalmente, en 1992 con la Ley 24.145 se privatizó YPF S. E.

El período de privatizaciones llegó a su punto máximo con el decreto 2778/90 y las leyes 24.145 y 24.076. El primero, determinó la privatización de YPF S. E. –para transformarse en una sociedad anónima abierta- y la última norma estableció el marco regulatorio del gas natural, con la consecuente desaparición de Gas del Estado S. E.

Finalmente, el 16 de abril de 2012, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 530/2012 se intervino a YPF S. A. y simultáneamente se envió al Congreso un proyecto de Ley en pos de declarar de utilidad pública el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos junto a su exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización.

⁸ Baker & McKenzie. (2012). (diciembre 2012).

⁹ Pigretti, E. A. (2014)

Dicho proyecto terminó convirtiéndose en la Ley 26.741, declarando de interés público el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos y de utilidad pública la expropiación el 51% del patrimonio de YPF S.A. y Repsol YPF Gas S. A –representado en acciones-.

De este modo, el artículo 1 de la citada norma establece: *"Declárese de interés público nacional y como objeto prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones"*.

Asimismo, el artículo 3 de la norma fija los principios rectores de la políticas hidrocarburíferas: a) la promoción del empleo de los hidrocarburos y sus derivados como factor de desarrollo e incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos; b) La conversión de los recursos hidrocarburíferos en reservas comprobadas y su explotación y la restitución de reservas; c) La integración del capital público y privado, nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la explotación y exploración de hidrocarburos convencionales y no convencionales; d) La maximización de las inversiones y de los recursos empleados para el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos en el corto, largo y mediano plazo; e) La incorporación de nuevas tecnologías y modos de gestión en pos de contribuir a mejorar las actividades de explotación, exploración y su promoción en el País; f) La promoción de la industrialización y la comercialización de hidrocarburos con alto valor agregado; g) La protección de los intereses de los consumidores en relación con el precio, calidad y disponibilidad de los derivados de los hidrocarburos; h) La obtención de saldos de hidrocarburos exportables para el mejoramiento de la balanza de pagos, garantizando una explotación racional de los recursos y la sustentabilidad para las generaciones futuras.

Con posterioridad al dictado de esta Ley, el 25 de Julio de 2012, se emitió el Decreto N° 1277/2012 con el fin de reglamentarla. Así, el mismo aprobó el "Reglamento del Régimen de Soberanía Hidrocarburífera de la República Argentina" que disponía la creación del "Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas". También, creó la Comisión de Planificación y

Coordinación Estratégica (en adelante "La Comisión") del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas, con una enumeración de funciones a realizar.

Pero en 2015, el entonces presidente Mauricio Macri a través del Decreto 272/2015 delegó las facultades de "la Comisión" en el Ministerio de Energía y Minería a cargo de Juan José Aranguren, exCEO de Shell. *"Las competencias asignadas a dicha Comisión por cualquier otra norma, serán ejercidas por el Ministerio de Energía y Minería o los organismos que dentro de su ámbito se determinen, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley N° 17.319 y con el alcance establecido en la Ley N° 26.197¹⁰",* indicó la norma.

El artículo 4 establece que dicho Ministerio se encargará de *"efectuar una revisión y reordenamiento integral de las normas de su competencia referidas a la creación de registros y deberes de información en la industria de los hidrocarburos"*.

En tanto, ordena que *"los derechos derivados de las acciones de titularidad del Estado Nacional en YPF S.A. y en YPF GAS S.A., con excepción de las acciones que pertenecieren al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el Decreto N° 897/07, serán ejercidos por el Ministerio¹¹".*

El mismo Decreto también derogó los artículos 2, 3, 4, 5, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28, 31 y 32 del Reglamento del Régimen de Soberanía Hidrocarburífera. Los artículos del 2 al 5 y del 13 al 15 del decreto firmado por la ex presidenta Cristina de Kirchner explican los alcances del Plan de Inversiones para el área hidrocarburífera y los objetivos y funciones de la Comisión que quedó disuelta.

De los artículos 18 al 20 se planteaba lo relativo a la Comisión encargada de coordinar las inversiones la realización de auditorías, fiscalizaciones y hasta sanciones, y la imposibilidad de las refinadoras de dejar de abastecer a su cadena comercial ante posibles paradas técnicas.

Por el artículo 20, la Comisión podía fiscalizar en forma permanente el cumplimiento de especificaciones para los combustibles que se comercializaran en el territorio nacional. Con el artículo 25 se imponía un plazo de 60 días para cumplir con la evaluación del plan de

¹⁰ Art. 3, Ley N° 26.197.

¹¹ Art. 6, Ley N° 26.197.

inversiones de las empresas prestadoras, en el 26 se resaltaba la necesidad de impulsar auditorías en forma trimestral y la facultad para aplicar sanciones.

En el 27 se menciona la voluntad de "*asegurar precios comerciales razonables*" por parte de la Comisión encargada de regular el Plan de Inversiones Hidrocarburífera, con la publicación de precios de referencia de costos y precios de referencia para la venta de hidrocarburos y combustibles.

El artículo 28 explicitaba la potestad de la Comisión de fiscalizar "*la razonabilidad de los costos informados*" y contar con la "*facultad para adoptar las medidas que estime necesarias para evitar y/o corregir conductas distorsivas que puedan afectar los intereses de los consumidores en relación al precio, calidad y disponibilidad de los derivados de hidrocarburos, de acuerdo a lo previsto en la Ley N 20.680*".

En los artículos 31 y 32, se dejaba abierta la posibilidad de impulsar "*multas, apercibimientos, suspensiones, eliminación de registro, nulidad o caducidad de las concesiones o permisos*" a instancias de la Ley 17.319 para con las empresas hidrocarburíferas.

El Gobierno dispuso que las competencias que Estado Nacional mantenía en estos segmentos pasen a manos del Ministerio de Energía, quien como autoridad de aplicación deberá atender lo expresado por las leyes 17.319 y 26.197.

También se indicó que las medidas adoptadas hasta aquí por la Comisión mencionada ut supra "*conservarán su vigencia en tanto no se disponga lo contrario en forma expresa por resolución del Ministerio de Energía y Minería*"¹²ⁿ.

A partir de la recopilación de esta normativa heterogénea, se torna significativo que desde los comienzos de la década de los noventa hasta la actualidad se han dictado una gran cantidad de leyes y decretos con una notable ausencia de coherencia y sistematización jurídica.

Por otra parte, la multiplicidad de autoridades intervinientes, tanto provinciales como nacionales, con facultades discrecionales, no regladas, sin procedimientos recursivos precisos, no permiten planificar ni tomar riesgos mensurables. El riesgo respecto de las vías de hecho de la administración, con la consiguiente dificultad probatoria de los mismos, existe en la medida en que no hay una autoridad única con facultades regladas.

¹² Art. 5, Ley N° 26.197.

En efecto, el Ministerio de Energía –hoy Secretaría de Energía perteneciente al Ministerio de Economía, a cargo de Norman Darío Martínez- y las autoridades de aplicación locales desempeñan las diversas funciones que anteriormente recaían en manos de la Comisión. La primera principalmente intervenía en la redacción de los pliegos, facultades discrecionales para formular exigencias e imponer sanciones; mientras que las últimas, se desempeñaban como autoridad de control.

Por otro lado, dado que YPF S. A. es una empresa controlada por el Estado, pero a la vez es sociedad anónima abierta, no está exceptuada de las normas de protección frente a la posición dominante en el mercado. Sin embargo, no se vislumbra de qué manera podría aplicársele en la práctica ya que parecería contradictorio cuestionar el ejercicio de la posición dominante de YPF S. A., cuando las acciones de dicha sociedad fueron adquiridas por el Estado para promover la soberanía hidrocarburífera¹³.

Esta coexistencia de poderes, sin líneas divisorias claras entre sus facultades, que no son regladas, generan tensiones respecto a la estabilidad de las situaciones jurídicas, que dificultan y tornan sumamente dificultosa la planificación a largo plazo.

La declaración de interés público nacional, y la normativa emitida en consecuencia, constituye un apartamiento del devenir normativo. Se regula no desde "dentro" de la actividad hidrocarburífera sino desde "fuera" de ella: las “necesidades de la sociedad” y los criterios para la política económica de las autoridades son las motivaciones de las regulaciones. Con este enfoque, la planificación debería ir más allá de las reservas y la ley de oferta y demanda, abarcando la situación socioeconómica del país, hasta límites que se pierden entre lo previsible y lo posible¹⁴.

b. La actividad empresarial del Estado:

En este apartado, analizaremos la evolución de las estructuras jurídicas que fue adoptando el Estado para llevar a cabo su actividad empresarial. De esta forma, cabe señalar

¹³ Casal, D. (2015). Evolución de la legislación hidrocarburífera en materia de concesiones. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, 5 (mayo-julio 2015).

¹⁴ Casal, D. (2015).

que la actividad económica no se circunscribe únicamente a la actividad privada, sino que también el Estado puede intervenir en el mercado actuando como empresario.

La actuación empresarial del Estado puede dividirse en cuatro períodos: i.- de apogeo: 1945-1975, ii.- de financierización: 1976-1990, iii.- de privatización: 1990-2001 y iv.- de renacimiento: 2002 al presente.

Desde mediados de los años cuarenta sucesivos regímenes jurídicos se han ido encastrando unos en otros, cada uno con su respectiva modalidad societaria: S. E. C., E. E., SAPEM (art. 308, LGS), S. E. (Ley N° 20705) y Sociedad Anónima Bajo Injerencia Estatal (término que se explicará en líneas posteriores), típica S. A. de Ley General de Sociedades, perteneciente al derecho privado.

Tras la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, el mismo estableció que la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter privado de estas –art. 149-. Y que, sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.

Subsiguientemente, podemos decir que habrá actividad empresarial estatal cuando el Estado asuma, utilizando distintas formas jurídicas, la producción o intercambio de bienes y servicios. Por ello la elección de YPF como caso testigo, fue la misma ley de expropiación del 51% de las acciones, la que declaró *de Interés Público Nacional el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos*.

YPF ha sido históricamente la más grande del país, tanto en dimensión, como en facturación, ventas, nómina de empleados, incidencia en jurisdicciones nacionales y provinciales, además de que se ha desarrollado en un sector estratégico de la economía: los hidrocarburos, donde ha liderado –y, durante muchos años, monopolizado– cada uno de los eslabones de la cadena petrolera, es decir, su exploración, explotación, producción, reservas, refinación, transporte y comercialización.

Dicha envergadura e importancia en la economía del país contribuyó a que la misma se convirtiera en el “conejillo de indias” de la praxis de las políticas económicas de los gobiernos argentinos y consecuentemente de las legislaciones que se dictaron al efecto.

De este modo, muchas de las políticas que comenzaron con YPF luego se trasladaron al resto de las empresas públicas, como lo demuestran tres momentos históricos en los que

podrían resumirse los grandes cambios políticos en la materia: en primer lugar, su nacimiento mediante una ley que sirvió de sustrato para la legislación de fondo de las denominadas “Empresas del Estado”; en segundo lugar, su transformación en SA, constituyéndose en modelo para la mayoría de las empresas públicas que algunos años más tarde quedarían sujetas a procesos de privatización y, por último, ese mismo formato de sociedad anónima – que aquí, siguiendo a Juan José Cabrales y como se desarrollará en líneas posteriores, denominamos Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)¹⁵– operó como el tipo social más usado en el período de resurgimiento del Estado empresario que se inició en 2002 y se consolidó en los gobiernos kirchneristas.

No obstante lo anteriormente expresado, no podemos perder de vista que durante cien años de historia la empresa mutó en diferentes figuras y tipos societarios, y es que dichas mutaciones han sido producto de las decisiones políticas que los diferentes gobiernos fueron tomando, con una finalidad económica determinada y sobre la base del rol que creyeron que el Estado debía adoptar en el mercado.

Si analizamos los tipos societarios de los cuales puede servirse el Estado como instrumento para el encauce de su actividad empresarial, podemos ver cómo –concretamente–, el artículo 8, inciso b de la Ley N° 24.156 –Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional–, clasifica las empresas y sociedades del Estado que integran el Sector Público Nacional. De este modo, identificamos 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 nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Más allá de esta clasificación consagrada en la normativa, a continuación, haremos una breve síntesis de los diferentes instrumentos jurídicos que fue adoptando el Estado argentino a lo largo del siglo XX como ropaje a su actividad empresarial.

A continuación, los seis tipos que identificamos:

¹⁵ Carbajales, J. J. (2014). *Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE) Una nueva modalidad de «empresa pública»* (1ra reimpresión ed.). ASTREA.

1) *La actividad empresarial sin personalidad jurídica*: en este supuesto, se agrupan todas aquellas empresas que el Estado fue desarrollando pero sin separar su personería jurídica. De esta manera, estas empresas formaban parte de la Administración central.

2) *Las sociedades de economía mixta (SEM)*: estas constituyen la primera figura jurídica empresarial separada del Estado. Dicha estructura, fue creada por el decreto-ley 15.349 en el año 1946 que hasta aún hoy sigue vigente.

Estas sociedades se encuentran constituidas por una persona de derecho público y otra de índole privada, con el fin de –tal como sostiene el artículo 1 de dicha Ley- satisfacer necesidades colectivas o implementar el fomento y desarrollo de actividades económicas.

Esta estructura cuenta con la particularidad de permitir la presencia minoritaria del Estado, asignándole ciertos privilegios políticos, aun cuando posea la minoría de las acciones. Ello significa que, aun minoritario, en la SEM el Estado puede imponer su voluntad negativa a la mayoría¹⁶.

Por otra parte, este tipo de estructura podía ser considerada una persona de derecho público o de derecho privado, dependiendo la finalidad establecida en su constitución. Independientemente de esto, le eran aplicables las normas de la Ley de Sociedades Comerciales a aquellas cuestiones no previstas¹⁷.

3) *Las empresas del Estado*: en cuanto a esta estructura jurídica, a pesar de estar legislada desde 1949 con la Ley 13.653 y sus modificaciones por las leyes 14.380 y 15.023, su figura se encuentra en desuso. Según el artículo 1 de dicha ley, el Estado puede llevar a cabo actividades de carácter industrial o comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza que crea que debe realizar fundándose en razones de interés público.

A pesar de ser una estructura caracterizada por su propiedad exclusivamente estatal, se encuentra sometida a un régimen jurídico mixto. Es decir, se aplica el derecho privado a actividades específicas y el derecho público en lo que respecta a relaciones con la administración.

¹⁶ Mairal, H. A. (2009).

¹⁷ Ver artículo 389 de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales.

4) *Las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria ("SAPEM")*: las SAPEM se encuentran legisladas en la Sección VI del Capítulo II de la Ley General de Sociedades. Dicha norma, en su artículo 308 sostiene que "*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 propietarios en forma individual o conjunta de acciones que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias*".

La Ley 19.550 de Sociedades Comerciales –denominada Ley General de Sociedades luego de su modificación en el año 2015- introdujo este tipo societario con el fin de servir de alternativa a las "SEM" asignando mayores beneficios por ser un tipo más flexible en relación al anterior, diferencias que exceden el análisis del presente trabajo.

No obstante, lo que se busca es reservar el manejo de la voluntad social que tiene el Estado y que no dependa exclusivamente de su participación en el capital social. Así, se exige no solo que la participación estatal sea al menos del 51% del capital, sino que dicha participación sea suficiente para prevalecer tanto en las asambleas ordinarias como extraordinarias.

También, cabe señalar la diferencia entre este tipo societario con las "SEM" que refiere a la posibilidad de acceder a este régimen de manera posterior a su conformación si la mayoría estatal sobreviene a la constitución de la sociedad.

5) *Las sociedades del Estado*: esta figura jurídica fue creada por la Ley 20.705 en 1974, fundamentalmente con el propósito de manejar estatalmente las actividades industriales o comerciales y la gestión de servicio públicos.

Reciben esta denominación, en tanto son sociedades constituidas bajo la forma de una sociedad anónima del derecho privado, pero cuyas acciones pertenecen

enteramente al Estado. Están en su mayor parte regidas por el derecho privado, pero siempre hay incidencia del derecho público¹⁸.

Entre sus principales características podemos señalar: la posibilidad de que sean sociedades de un solo socio; que el capital de la entidad debe hallarse representado por certificados nominativos solo negociables entre las personas estatales; no pueden transformarse en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (SAPEM); no se les aplica la Ley de Obras Públicas ni el Reglamento de Procedimientos Administrativos ni la Ley de Contabilidad; se prohibía el ingreso de accionistas privados y se imposibilitaba la declaración de quiebra; son creadas por Ley y decreto del Poder Ejecutivo; se les aplican subsidiariamente las previsiones propias de las sociedades anónimas y, sus directores se encuentran sometidos al mismo régimen de incompatibilidades que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (artículo 310, Ley 19.550)¹⁹.

6) *Las sociedades anónimas de derecho privado*: finalmente, la última estructura jurídica que ha adoptado el Estado son las sociedades anónimas de derecho privado.

A raíz del proceso privatizador en la década del 90, fueron desapareciendo las grandes sociedades del Estado y, cuando posterior a la crisis del 2001, el Estado regresó a la actividad empresarial, decidió hacerlo a través de simples sociedades anónimas, dejando atrás la figura de las SAPEM²⁰.

Este último tipo societario, bien podría subclasificarse en dos subgrupos que responden a dos períodos históricos determinados, cuyas principales diferencias radican en la política económica de ese momento dado. Así tenemos:

a) *Las sociedades anónimas netamente privadas, pero de propiedad exclusivamente estatal*: este período se enmarca en el proceso de

¹⁸ Gordillo, A. (2013). Clasificación de los Entes Públicos. En *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Parte General* (Vol. 1). Recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo1.php>

¹⁹ Huici, H. M. (2012). El retorno del Estado empresario y la prestación de servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 81 (Abeledo Perrot), 659-672.

²⁰ Mairal, H. A. (2009).

privatización de los años noventa, donde las organizaciones empresariales y societarias del Estado fueron disueltas y/o liquidadas, por lo que la utilización de este instrumento cayó en desuso de manera notoria. No obstante, en esta fase histórica fueron creadas una serie de sociedades anónimas enmarcadas expresamente dentro de la Ley N° 19550, pero que son de propiedad exclusivamente estatal.

A modo de ejemplo podemos citar el caso de Nucleoeléctrica Argentina S. A. (NA-SA), creada por el Decreto N° 1540/94 y el de Emprendimientos Energéticos Binacionales S. A. (EBISA), constituida por el Decreto N° 616/97.

Otro ejemplo dentro de esta clasificación es ENARSA, creada en noviembre de 2004, cuando se promulgó la Ley 25.943 que dio origen a dicha sociedad con el objeto de intervenir en la producción, transporte y distribución de petróleo, gas y energía eléctrica. Este amplio objeto societario requirió una nueva Ley, en tanto trascendía lo ya dispuesto por la normativa vigente en la materia, con las Leyes 24.065 y 24.076 (de electricidad y gas) que no permitían a una misma empresa controlar actividades en más de un sector.

- b) *Las sociedades anónimas de propiedad estatal exclusiva, pero expresamente excluidas de la aplicación del derecho administrativo:* éstas surgieron con el advenimiento de la emergencia pública a principios de este siglo, situación que conllevó a que el Estado decidiera asumir ciertas funciones empresariales otrora delegadas en los particulares en el ámbito del libre mercado. En este contexto de “estatización” o “nacionalización” fueron creadas nuevas sociedades anónimas, también de propiedad exclusiva del Estado o de sus entes autárquicos.

La principal diferencia que guardan las sociedades de este período en relación a las anteriores, es que este régimen profundiza el perfil privado de las organizaciones comerciales e industriales, así, expresamente, las leyes que les dan nacimiento establecen que las mismas se rijan por las

normas y principios del derecho privado, no siéndoles aplicables, en general, las normas o principios de derecho administrativo. Todo ello, sin perjuicio de la sujeción a los sistemas de control interno y externo previstos en la Ley N° 24156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

A modo de ejemplo, obsérvese el art. 15 de la Ley 26.741:

“Ley 26.741. Declárase de Interés Público Nacional el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos. Créase el Consejo Federal de Hidrocarburos. Declárase de Utilidad Pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF S.A. y Repsol YPF Gas S.A.

Capítulo III

De la Continuidad Jurídica y la Gestión de YPF S.A.

ARTICULO 15. — *Para el desarrollo de su actividad, YPF Sociedad Anónima y Repsol YPF GAS S.A., **continuarán operando como sociedades anónimas abiertas**, en los términos del Capítulo II, Sección V, de la Ley 19.550 y normas concordantes, **no siéndoles aplicables legislación o normativa administrativa** alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación”* (las negritas y el subrayado me pertenecen).

Habiendo realizado este recorrido por los diferentes instrumentos societarios, queremos también traer a colación el concepto de SABIE (Sociedades anónimas bajo injerencia estatal), y es que éste permite unificar la última subclasificación esbozada, en tanto comparten la particularidad de no contar con un régimen jurídico de fondo, con aplicación específica, sistemático y acorde a la participación del estado en su estructura y por consiguiente en su faceta de estado empresario, más allá de regirse por el régimen de las sociedades anónimas previsto por la Ley General de Sociedades, según lo establecen los actos

normativos de su creación. Por consiguiente, a estos tipos de sociedades anónimas denominadas “sociedades anónimas bajo injerencia estatal”, en los términos de Juan José Cabrales (2021), las define y caracteriza: “*por un lado, (i) su forma puramente privada; por el otro, (ii) la fuerte influencia del Estado en su capital, gobierno o finalidad de interés público –cuya magnitud oscila dentro de una continua variación gradual, según cada caso*”–²¹.

Para finalizar con este análisis de la actividad empresarial del estado y contrastarlo con el caso testigo veamos una simple enumeración de las diferentes formas jurídicas y tipos societarios en los que fue mutando YPF:

- I. Dependencia administrativa del Ministerio de Agricultura.
- II. Empresa del Estado (E. E.).
- III. Sociedad del Estado (S. E.).
- IV. Sociedad comercial completamente estatal o S. A. del Estado.
- V. Sociedad anónima completamente privada o S. A. pura.
- VI. Sociedad Anónima mayoritariamente estatal (S. A. mixta o SABIE).

Para finalizar, queremos señalar que no existen evidencias empíricas que sostengan que la evasión de las normas del derecho público haya mejorado la capacidad de gestión de estas empresas. En su momento, la principal ventaja de adoptar alguna de estas figuras jurídicas era evitar el control previo del Tribunal de Cuentas. Sin embargo, hoy en día ese control no existe y tampoco en razón de su forma están exentas del control posterior de la Sindicatura General de la Nación –en adelante SIGEN- o de la Auditoría General de la Nación²² -en adelante AGN-.

La forma societaria de la Sociedad Anónima ha sido normalmente utilizada en aquellos casos en que desde el inicio estaba prevista la privatización total o parcial de la sociedad. Sin embargo, no pareciera tener el mismo sentido la utilización de esta figura jurídica cuando el Estado va a seguir conservando el control de la empresa. Para estas

²¹ Carbajales, J. J., Cosso, M., Cufari, E., Osés, S. S., & Trinelli, A. (2021). *Manual de empresas públicas en Argentina* (1ra edición). EDUNPAZ, pp. 141.

²² Huici, H. M. (2012).

situaciones fue creada la figura de la SAPEM. Si las reglas del derecho público no sirven para ciertas actividades de la administración, ello es un indicio de que no estamos en presencia de una actividad propia de la administración²³. Asimismo, tampoco parece tener sentido acudir a formas societarias si se trata de una S. A. o una S. E. cuando se van a prestar actividades monopólicas sin competencia.

En este orden de ideas se ha sostenido que *“el problema de la Empresa del Estado es su excesiva politización ya que todo en el Estado es político. La politización conduce a los siguientes aspectos: a) feudalización: cada empresa pretende desvincularse de la conducción central, desligarse del control, porque a menor control, mayor poder político, por eso la pretendida privatización formal del régimen jurídico empresario. Esto nada tiene que ver con la eficacia ya que éste es un problema de correcta gestión y no de tipicidad jurídica. Si las empresas estatales adoptan una forma societaria pretendidamente del derecho privado es porque ello las ayuda a feudalizarse, las excluye del Derecho Administrativo que es sobre todo un derecho de control (...). El directorio es una fuente de poder. Allí van los acreedores políticos, los miembros del partido. Ser presidente del Directorio de algunas empresas estatales da más poder político real que ser senador, diputado o ministro; b) cautividad: la empresa pública reconoce una creciente tendencia en la cautividad, lo que es peor subterránea u oculta y, por lo tanto, incontrolable. Cautividad de los sindicatos y cautividad de los contratistas o proveedores²⁴”*.

Parecería que el fundamento para acudir a las formas jurídicas del derecho privado, por parte de la administración, se asienta en la aspiración de amalgamar la flexibilidad operativa propia de las S.A., con las garantías de orden social inherentes a la propiedad estatal absoluta. Es decir, lo mejor de uno y otro mundo, el público y el privado.

c. La Defensa de la Competencia:

Luego de haber descripto las distintas estructuras jurídicas que el Estado ha empleado para llevar a cabo su actividad empresarial, nos interesa tomar en consideración el marco jurídico que protege al mercado y regula su actividad.

²³ Huici, H. M. (2012).

²⁴ Barra, R. (1991). *Reforma del Estado y Privatizaciones* (en Dromi, José Roberto). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

De tal forma, es posible observar que, con el proceso de desregulación y privatización de los mercados, a lo largo de la década del 90, en donde la producción directa de bienes y servicios fue transferida a manos privadas, el Estado argentino redefinió su rol y adoptó la figura de "Estado Regulador". En consecuencia, la competitividad fue en aumento y ganando mayor relevancia, la que culminó con su regulación en la reforma constitucional de 1994²⁵.

De esta manera, se incorporó un nuevo artículo 42 en la Constitución Nacional, que establece de forma expresa el "derecho a la competencia efectiva", asignándole al Estado, el deber de proteger a la competencia de cualquier distorsión de mercado. A su vez, dicho deber, resulta armónico con el ámbito de libertad económica y libre iniciativa privada que nuestra Constitución asegura.

Previo a la reforma de 1994, regían en nuestro país normas atinentes a proteger a la competencia como las leyes 11.210, 12.906 y 22.262 modificada por el decreto 2284/91. Sin embargo, ellas fueron dictadas bajo una Constitución que no poseía una referencia explícita a la "defensa de la competencia", pero que igualmente podía inferirse de lo establecido en el artículo 14 C.N. referente a la libertad de ejercer el comercio²⁶. Asimismo, de la Constitución Nacional, se desprenden reglas y principios a los que debe adecuarse la legislación que regula y controla a los mercados, ya que este es concebido constitucionalmente como una garantía institucional del bienestar general²⁷.

En este orden de ideas, cabe señalar que nuestra Constitución ubica a las diversas formas de mercado como garantía de satisfacción del bienestar general y, por lo tanto, todas se encuentran constitucionalmente protegidas²⁸. De este modo, podemos identificar en la Constitución, derechos, obligaciones y garantías respecto del consumo y la competencia, en dos niveles.

²⁵ Basterra, M. (2000). La defensa de la competencia en la constitución argentina. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (primavera), 1. Recuperado de <http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/La-Defensa-de-la-Competencia-en-la-Constitucion%CC%81n-Argentina.-El-arti%CC%81culo-42-y-la-ley-reglamentaria-n%C2%B0-25.156.pdf>

²⁶ Medina, G. (2006). Visión jurisprudencial de la ley de defensa de la competencia a seis años de su dictado. *Revista jurídica argentina*, (La Ley), 1120-1139.

²⁷ Cionfrini, E. (2002).

²⁸ Cionfrini, E. (2002).

Por un lado, de forma individual, reconociendo el derecho a adecuadas condiciones para satisfacer los deseos y necesidades de carácter personal y, por otro, una dimensión pública, que refiere a derechos y obligaciones de incidencia colectiva que repercuten al aumento o disminución del bienestar general.

Así, se busca asegurar la existencia de un mercado transparente, donde el consumidor cuente con una variedad de opciones y el Estado pueda cumplir con su obligación sancionando leyes que contengan reglas de juego claras y bien definidas. Caso contrario, de no cumplir esta obligación, se estaría aceptando que las empresas compitan en el mercado sin reglas, lo que traería aparejado un grave menoscabo para el interés general. En este contexto, la sanción de la Ley de Defensa de la Competencia funciona como una norma reglamentaria del derecho constitucional contenido en el artículo 42.

La Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 (reformada y complementada por la ley N° 27.442, que aborda un mayor número de problemas, aunque la ley vigente al momento de la expropiación de YPF era la primera), a diferencia de su antecesora, la Ley N° 22.262, para impedir que se distorsione la competencia en el mercado, establece dos sistemas diferentes de control: uno relacionado con el control de comportamientos – actos o conductas manifestados de cualquier forma cuyo objeto o efecto aluda a los mencionados por el art. 1 y 2 de la Ley- y otro, que alude al control de estructuras a través de un mecanismo de notificación y autorización previa o inmediata de las operaciones de concentración económica regulado en el Cap. III²⁹.

Respecto del control de comportamientos, hay un procedimiento que se encuentra previsto. Este, puede iniciarse de oficio o por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada (artículo 26).

En cambio, el control de concentraciones económicas, se lleva a cabo mediante una notificación para su examen mediante el Formulario F1 (artículo 8) y autorización (artículos 13 y 14). La forma de notificación de la concentración debe efectuarse previamente o en el plazo de una semana. En caso de no notificar, la Ley prevé una sanción.

²⁹ Medina, G. (2006).

Cuando no se notifica la operación de concentración económica, la infracción se comete por omisión, de carácter instantáneo y queda consumada, en su faz material u objetiva, en el momento preciso en que el acto omitido debió llevarse a cabo, esto es, al no presentar en tiempo y forma el formulario F1 con su respectiva información y, la exención de responsabilidad ante su incumplimiento solo puede fundarse en la concurrencia de alguna circunstancia justificante o un error excusable³⁰.

V. Contrastación entre el problema, la normativa y la teoría analizada:

Como hemos estado viendo, el Estado argentino no solo es el encargado, por mandato constitucional, de fijar la regulación y ejercer un control, sino que también a lo largo del tiempo ha ido adoptando diversas figuras jurídicas que le permiten inmiscuirse cada vez más en el terreno privado, participando como un agente más en el mercado.

Asimismo, hemos señalado a partir de la reforma constitucional de 1994 y la incorporación del nuevo artículo 42 CN, junto a su Leyes reglamentarias N° 25.156 y N° 27.442, se consagra una protección constitucional al mercado protegiendo a la competencia de potenciales abusos y distorsiones.

Planteado este escenario, a partir de la expropiación de la mayoría accionaria de YPF S. A., lo que se pone de manifiesto es cómo el Estado adquiere un rol dual, en tanto es quién dicta el marco regulatorio de una actividad que a partir de la sanción de la Ley 26.741 el mismo pasa a desarrollar junto a otros actores, aunque casi de forma monopólica. Así, los entes regulados compiten con el regulador en un plano aparente de igualdad.

Asimismo, como hemos señalado anteriormente, también se observa la ausencia de una clara separación jurídica en lo relativo a las funciones concretas que desempeña el Estado. Así, se puede ver una estructura descentralizada y dispersa sin claros límites de eficiente control y transparencia.

De este modo, a partir de la dualidad señalada, se observa el contraste que presentan los desafíos y problemas entorno al cumplimiento normativo. Concretamente, veremos algunos aspectos no han sido respetados a lo largo de este proceso, constituyendo una

³⁰ Medina, G. (2006).

vulneración a la normativa. En lo que respecta a los desafíos que se presentan con la configuración de este nuevo escenario, como se ha señalado, se encuentra la difícil tarea de armonizar los objetivos planteados en la Ley 26.741.

El Estado se propone dar cumplimiento a sus objetivos públicos a partir del desarrollo de la actividad privada, siguiendo los principios que rigen a esta actividad: a través de la contribución estratégica; con una administración de la sociedad conforme a las mejores prácticas de la industria y del gobierno corporativo, preservando los intereses de sus accionistas y generando valor para ellos; y, por medio de un gerenciamiento profesionalizado (tal como lo indica el art. 15 de la Ley 26.741), acudiendo a fuentes de financiamiento externas e internas y a la concertación de asociaciones estratégicas, uniones transitorias de empresas y todo tipo de acuerdos de asociación y colaboración empresarial con otras empresas públicas, privadas o mixtas, nacionales o extranjeras.

En cuanto a las irregularidades mencionadas, por un lado, podemos señalar que la Ley N° 25.156, fija dos sistemas de control en pos de proteger a la competencia en el mercado: el control de comportamientos y el control de estructuras.

Así, para analizar si a partir de la expropiación llevada a cabo por el Estado Nacional se ha respetado la normativa vigente, cabe preguntarse si este procedimiento que fija la norma ha sido respetado.

Como se mencionó, la Ley establece la obligación de notificar a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), aquellas operaciones que implican concentraciones económicas con el propósito de que sus efectos puedan ser analizados a fin de que no se configuren ventajas competitivas ostensibles.

Asimismo, la norma fija el procedimiento y el plazo en el que debe notificarse y, de considerarlo pertinente, la CNDC podría no autorizar una determinada concentración si de la misma podría resultar una alteración en el mercado.

De los hechos se desprende que el Estado argentino no notificó la expropiación a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, ni previa ni posteriormente al plazo que prevé la Ley.

Por otra parte, dado que el Estado Nacional también es poseedor de múltiples empresas que constituyen relaciones de índole vertical con YPF S.A., es posible visualizar potenciales situaciones que le otorgan ventajas competitivas a la empresa, razón por la cual la CNDC podría no haber autorizado dicha concentración. De este modo, podemos ilustrar una situación en la que el Estado obrando como empresario no se encuentra en un plano de igualdad, ya que en la misma circunstancia un agente privado no hubiera podido llevar a cabo dicha operación.

Otra irregularidad manifiesta que podemos observar, es la que se da con la Ley expropiatoria, la misma creó "la Comisión", hoy disuelta, pero cuyas atribuciones fueron delegadas al Ministerio de Economía (hoy Secretaría de Energía correspondiente al Ministerio de Economía).

Dentro de sus atribuciones, observamos cómo el artículo 7 del decreto 1277, da creación al "Registro Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas" (Registro de Inversiones), en el cual todos los sujetos que realicen actividades de exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos y combustibles deberán estar inscriptos, de manera indispensable, para el desarrollo de sus actividades. Esto deja claro que el Ministerio cuenta con un amplio acceso a información perteneciente a empresas que compiten en el mercado con YPF SA. Así, cabe plantearse hasta qué punto las atribuciones asignadas al Ministerio no resultan arbitrarias en lo que respecta al manejo de la información.

Por último, otra de las irregularidades que queremos mencionar gira en torno al decreto 1189/2012. Como hemos señalado, uno de los principales desafíos que enfrenta el Estado como empresario al llevar a cabo dos roles antagónicos como el de regular y ser regulado, es el de no distorsionar la competencia a raíz del abuso de sus poderes regulatorios.

En consecuencia, dado que el Estado decide participar en el mercado de manera competitiva, debe proponerse cumplir sus objetivos obrando a derecho y respetando los principios de legalidad y legitimidad, sin beneficiarse arbitrariamente.

En este punto, resulta interesante tomar en consideración el decreto 1189/2012 que obliga a las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional a contratar únicamente

con YPF S.A. la provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves.

Nos interesa poner de manifiesto este decreto, ya que a partir de él podemos ilustrar como el Estado con su función regulatoria logra beneficiarse al excluir a sus competidores, aunque pensamos que más allá de las ventajas que puede obtener, hay en toda la normativa una profunda contradicción política.

VI. Propuesta basada en el derecho comparado

1) Los modelos de control y la estructura de la propiedad: análisis comparativo con Chile

A partir de todas las cuestiones que se vienen planteando, resulta interesante tomar en consideración que es lo que ocurre en otros países de la región cuando el Estado decide intervenir en la actividad privada como un actor más.

De esta manera, lo que se propone, es observar el caso de Chile y analizar cómo se estructura y ejerce el control y las prácticas del Directorio sobre las empresas públicas, en contraposición a la manera en la que es llevado a cabo en Argentina.

Nos interesa, fundamentalmente, hacer hincapié en esta cuestión ya que los desafíos que se presentan cuando en el mercado compiten empresas privadas con el Estado son, generalmente, similares. Así, vemos que mantener un escenario de igualdad entre las compañías del sector privado con las empresas manejadas por el Estado, sin que los gobiernos distorsionen la competencia empleando sus poderes regulatorios o de supervisión, constituye una problemática reconocida ante esta situación³¹.

En consecuencia, nos interesa ver qué herramientas jurídicas existen en pos de afrontar esta dificultad, para lograr mayor transparencia en el funcionamiento interno de la compañía y en el mercado.

³¹ Blume, D. (2012). *Ownership oversight and board practices for Latin American State-Owned enterprises*. OECD/CAF.

Las guías de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)³² –Organización fundada en 1961 que agrupa a 38 países con la misión de promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo buscando que los estados puedan trabajar conjuntamente compartiendo experiencias y buscando soluciones a problemas comunes-, ofrecen un marco y un punto de referencia internacional para ayudar a los gobiernos a superar estos conflictos.

Fundamentalmente, lo que sugieren es que los derechos de propiedad del Estado se encuentren claramente identificados. En pos de lograr esto, se propone, un modelo centralizado de la función de propiedad. De lo contrario, de no estar claramente identificada y encontrarse dispersa en lo múltiples niveles jerárquicos del Estado, ejercer el control y la fiscalización es mucho más complejo y aparece, nuevamente el problema de agencia, donde como hemos explicado anteriormente hay pocos incentivos para ejercer un control eficiente al no haber un dueño único claramente identificado.

La OCDE propone la clasificación en tres modelos de propiedad de las Empresas Públicas: El modelo descentralizado; el modelo dual y el modelo centralizado.

Sin perjuicio de esta caracterización y a pesar de que la tendencia para los países que forman parte de la OCDE es moverse hacia un modelo centralizado de propiedad, esta organización no busca imponer esta tendencia por sobre todos los países, en tanto cada uno debe adaptar su modelo de propiedad en función de su contexto político y económico.

❖ **Modelo Descentralizado:** este modelo se caracteriza por tener el control empresarial disperso entre un gran número de ministerios, con poca coordinación en el centro.

Además, se le asignará la empresa al sector que posea más experiencia y se exigirá una entidad coordinadora para que cumpla el rol de asesorar en términos generales a las políticas de propiedad del gobierno y a las medidas del gobierno corporativo.

Los desafíos que se presentan con este modelo abarcan una separación poco clara entre la propiedad y el rol regulatorio, cuando la regulación es elaborada por el mismo ente que

³² *Site homepage*. (2014). OCDE. Recuperado 2 de abril de 2022, de <https://www.oecd-ilibrary.org/>

ejerce la propiedad y, por lo tanto, un alto riesgo de interferencia del gobierno en las operaciones diarias.

- ❖ **Modelo Dual:** en este modelo la principal característica es que la responsabilidad es compartida entre el Ministerio sectorial y el Ministerio Central/ entidad central. Las ventajas de este modelo se encuentran en que los dos roles del gobierno: ser dueño y regulador, se encuentran claramente divididos y, por lo tanto, ejercer el control fiscal y técnico simultáneo es mucho más simple.

Sin embargo, este modelo genera una potencial complicación respecto a la dificultad de distinguir la responsabilidad entre los ministerios y, a su vez, el problema de tener un doble control sobre las empresas estatales que puede incidir en su administración y su productividad.

- ❖ **Modelo Centralizado:** éste último cuenta con la ventaja de: identificar una clara línea de responsabilidad, desde la empresa hasta el gobierno; llevar a cabo una adecuada supervisión fiscal; buenas condiciones para llevar a cabo políticas coherentes para la empresa y una eficiente ubicación de recursos. Los desafíos de este modelo incluyen: asegurar una suficiente experiencia sectorial que pueda normalmente provenir de un ministerio.

Tomando en consideración los rasgos característicos de cada modelo, podemos ubicar a Chile dentro del modelo centralizado y a Argentina en el modelo descentralizado.

Además, en lo que respecta a las estructuras de supervisión también encontramos diferencias.

a. La estructura de supervisión de la actividad empresarial estatal en Chile

La mayoría de las empresas públicas en Chile caen bajo la supervisión del Sistema de Empresas Públicas (SEP), que es la principal entidad del gobierno responsable de supervisar la gestión y el gobierno corporativo de las empresas del sector estatal, que se relacionen con el Gobierno a través de los distintos Ministerios³³.

³³ SEP Gobierno de Chile. (2019). *Quiénes somos*. sepchile.cl. Recuperado 25 de abril de 2022, de <https://www.sepchile.cl/quienes-somos/>

La creación del SEP ha traído diversas medidas para asegurar la separación de la función de dueño y propietario que adquiere el Estado con sus empresas y la función de regulador.

Sin embargo, este control se ejerce solo respecto de 22 de las 33 empresas públicas que existen en Chile. Así, dos de las principales empresas del sector quedan afuera de la jurisdicción del SEP –Codelco, la productora de cobre más grande del mundo y ENAP, compañía dedicada a la exploración de petróleo la cual puede asemejarse a YPF S. A. en el plano nacional-.

Las 11 empresas que conforman la excepción de ser controladas por el SEP, igualmente poseen su propia estructura de supervisión y siguen siendo responsables a un control gubernamental independiente.

Ahora bien, en lo que respecta al control del mercado de petróleo y gas en Chile, cabe destacar que existen tres instituciones clave: el Ministerio de Energía; la Comisión Nacional de Energía (CNE) y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC).

Respecto a la primera, es una institución que ha sido creada en noviembre de 2009 de manera autónoma al Ministerio de Minería y Economía y, cuenta con la finalidad de ejercer control tanto sobre la CNE y la SEC, así como también sobre la Comisión Nuclear de Energía Chilena y la Agencia Chilena de Eficiencia Energética³⁴. La Comisión Nacional de Energía, es el ente regulador de la energía en Chile.

Así, este organismo constituye una agencia técnica responsable de analizar los precios, las tarifas y los estándares técnicos para la producción, generación, transmisión y distribución de energía para proveer un servicio suficiente, seguro y de calidad. Además, la CNE se encarga de monitorear los mercados y recopilar información –actividad que a veces puede superponerse con las tareas de la SEC-.

Respecto a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), esta se encarga de supervisar y monitorear a las empresas energéticas. Fundamentalmente, controla

³⁴ Blume, D. (2012). *Ownership oversight and board practices for Latin American State-Owned enterprises*. OECD/CAF, pp.34.

que dichas empresas cumplan con las leyes y regulaciones respecto a temas técnicos para que la provisión de energía a la población sea segura y confiable. Cuenta con oficinas en cada una de las regiones y posee la potestad de imponer sanciones cuando alguna de las compañías incumple sus obligaciones³⁵.

Las 33 empresas estatales son responsables ante el Congreso, el Presidente y la Oficina General de Contraloría. Asimismo, todas las empresas –sean controladas por el SEP o no- se encuentran sometidas a una auditoría externa independiente cuyos resultados estarán públicamente disponibles. Las empresas supervisadas por el SEP, a su vez, estarán sometidas a una auditoría interna.

b. La conformación del Directorio de las empresas estatales en Chile

En lo que respecta a la nominación y evaluación del Directorio es posible observar como el SEP determina la elección o la remoción de los miembros según la regulación general para las empresas públicas. Un conjunto de normas formales existe para esta cuestión (el Procedimiento para la Selección y Designación del Directorio), que señala los mecanismos específicos para la inducción de nuevos miembros del Directorio.

De esta manera, Chile presenta un estándar para la selección de estos miembros muy parecido a las normas del sector privado, fundándose en las calificaciones y la capacitación que presentan. Así, los miembros deben tener experiencia profesional en el sector privado, un título universitario y experiencia académica en el sector económico en donde la empresa pública se desarrolla, entre otras características. Mientras que las nominaciones son realizadas por el Directorio del SEP, lo que implica que ningún ministro ni ministerio aprueba o nombra a candidatos para que sean miembros del Directorio.

Asimismo, el SEP realiza una evaluación anual del Directorio de estas empresas, que es llevada a cabo por centros de gobierno corporativo nacionalmente conocidos o auditores o compañías especializadas. De esta manera, el SEP establece objetivos claros para ser llevados a cabo cada año.

³⁵ International Energy Agency. (2012). *Política Energética Chilena*. www.iea.org. Recuperado 25 de abril de 2022, de https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/Chile_2012.pdf.

Ahora bien, como hemos mencionado anteriormente, el SEP solo monitorea a 22 de las 33 empresas, por lo que cabría mencionar como es el procedimiento para las 11 restantes que no son controladas por el SEP. Es importante tomarlas en cuenta, ya que dentro de estas se encuentran dos empresas fundamentales para la economía chilena que son CODELCO y ENAP.

Fundamentalmente, respecto a la primera, en el 2009 se llevó a cabo una Reforma Legislativa para mejorar varios aspectos del Gobierno Corporativo. Así, la nueva norma eliminó a los ministros que formaban parte del Directorio de CODELCO y aumentó el número de directivos independientes para ser electos a través de un proceso competitivo en función de las calificaciones profesionales de los miembros que formarían parte del Directorio. Asimismo, se buscó aseverar que CODELCO y su Directorio estaban sujetos a los mismos requisitos que se demandan para el sector privado³⁶.

Por otra parte, la reforma también cambió el término de duración del Directorio, de un período presidencial a cuatro años parcialmente rotativos, para prevenir grandes cambios producto de las influencias de las elecciones políticas.

Básicamente, la nueva Ley de CODELCO creó un proceso técnico nuevo e independiente para la designación del CEO, proveyendo al Directorio con mayor autoridad y discrecionalidad en el proceso.

En lo que respecta a la capacitación de los miembros del Directorio de estas empresas, vemos que Chile tiene un sistema organizado de capacitación para las 22 empresas controladas por el SEP. Este último, brinda seminarios por lo menos anuales, donde los miembros del Directorio reciben información sobre los objetivos de la compañía u otros requerimientos³⁷.

c. La estructura de supervisión de la actividad empresarial en Argentina

³⁶ Bernal, A., Oneto, A., Penfold, M., Schneider, L., & Wilcox, J. (2012). Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las empresas de propiedad estatal. Serie de Políticas Públicas y Transformación Productiva. CAF, 6.

³⁷ Blume, D. (2012). *Ownership oversight and board practices for Latin American State-Owned enterprises*. OECD/CAF, pp. 34.

En Argentina, la administración corporativa de las empresas del sector público es descentralizada. En consecuencia, la supervisión de las empresas públicas se ejerce a través de la Auditoría General de la Nación (AGN), un comité de control y la Sindicatura General de la Nación (SIGEN). Estas tres fuentes son partes de una misma rama ejecutiva, pero de entidades separadas a las que todas las empresas públicas deben responder.

La actuación y el control interno son ejercidos por la SIGEN que, a su vez, reporta directamente al Presidente, mientras que el control externo es ejercido por la AGN, que reporta al Parlamento.

En 1992, se sancionó la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional que aún hoy sigue vigente. Dado que un análisis exhaustivo de esta norma corresponde a cursos de contabilidad, nos circunscribimos a mencionarla en lo atinente al control y supervisión del sector.

Dicha norma se aplica a todo el "Sector Público Nacional" integrado, entre otros, por las entidades mencionadas en el inciso b del artículo 8: la Administración Nacional (administración central y organismos descentralizados); las empresas y sociedades del Estado (incluyendo a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias).

Todos los entes incluidos en el artículo 8 de la Ley de Administración Financiera, incluso las empresas y sociedades de su inciso (b), recién mencionado, se encuentran supeditados a las disposiciones que fija la norma sobre el presupuesto, crédito público, sistema de tesorería y contabilidad.

En lo que respecta al control interno, cabe señalar lo que dispone el artículo 114 de esta Ley, a partir del cual *"en los casos en que el Estado tenga participación accionaria mayoritaria en sociedades anónimas, la Sindicatura General de la Nación propondrá a los organismos que ejerzan los derechos societarios del Estado nacional, la designación de los funcionarios que en carácter de síndicos integrarán las comisiones fiscalizadoras, de acuerdo con lo que dispongan sus propios estatutos"*.

También, *“los propondrá el Poder Ejecutivo nacional en los casos en que deban asignarse síndicos por el capital estatal en empresas y sociedades en que el Estado nacional, por sí o mediante sus organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, tengan participación igualitaria o minoritaria. Dichos funcionarios tendrán las atribuciones y deberes previstos por la ley 19.550, en todo lo que no se oponga a la presente”*.

En cuanto al control externo, este se encuentra a cargo de la Auditoría General de la Nación y –según el art. 117- se extiende al “control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, y legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la Administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos”.

Asimismo, el alcance de esta norma es relevante, fundamentalmente, por lo que dispone en su artículo 130 donde toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones que son competencia de la AGN responderá a los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes, siempre que no quede comprendido en el régimen especial de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, aquellas compañías que son entera o mayoritariamente propiedad del Estado operan bajo una estructura descentralizada y son controladas por los Ministerios correspondientes.

El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios era en 2012 el responsable de supervisar la mayoría de las empresas del Estado, seguido del Ministerio del Interior y de Transporte y el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ministerios todos, que hasta la fecha han ido mutando en base a la reorganización de la administración pública que fuere efectuada por gobiernos posteriores.

Sin embargo, el Estado argentino no tiene una política de propiedad expresa y los desafíos más importantes se relacionan con el proceso de nominación de los directores,

definir un criterio común para informar los estados financieros y los informes de auditoría y evitar la interferencia con las operaciones diarias de las empresas³⁸.

d. La conformación del Directorio de las empresas estatales en Argentina

En lo que respecta a la elección de los miembros del Directorio de las empresas del sector, junto a su capacitación, se observa que los mismos son designados en las reuniones de accionistas. Los comités de nominación son solo para aquellas empresas que están listadas en el mercado de capitales.

Asimismo, no hay ningún criterio expreso y escrito para determinar a los miembros que forman parte del Directorio de estas empresas. En consecuencia, muchas veces políticos son elegidos para formar parte de ellos. Por ejemplo, en YPF S. A. el abog. Pablo González es Director y Presidente del Directorio de la empresa desde febrero de 2021. En 1996 se desempeñó como Gerente de Asuntos Legales de Servicios Públicos Sociedad del Estado. Entre 1999 y 2003 se desempeñó como Subsecretario de Recursos Tributarios de la Provincia de Santa Cruz. Entre 2003 y 2007 se desempeñó como fiscal de Estado. Durante 2007 fue Ministro de Gobierno, Diputado Provincial y Vicepresidente primero de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz. Entre 2008 y 2011 se desempeñó como Jefe de Gabinete de Ministros de la Provincia de Santa Cruz. Entre 2011 y 2015 fue Senador Nacional. Entre 2014 y 2015 integró el Consejo de la Magistratura de la Nación. Entre 2015 y 2019 ocupó el cargo de Vicegobernador de la Provincia de Santa Cruz. Entre 2019 y 2021 fue Diputado Nacional por la Provincia de Santa Cruz³⁹.

Sin embargo, la excepción es ENARSA que contiene un marco legal que requiere que al menos un miembro del Directorio posea experiencia empresaria en el negocio de mercado de capitales. A su vez, las vacantes que se presentan en el Directorio no son publicadas abiertamente.

³⁸ Blume, D. (2012). *Ownership oversight and board practices for Latin American State-Owned enterprises*. OECD/CAF, pp. 34.

³⁹ YPF. (2021). ypf.com. <https://www.ypf.com/LaCompania/Paginas/Directorio-YPF.aspx>

Por otra parte, en lo que respecta a la capacitación de los miembros del Directorio, su existencia es nula o, por lo menos, no oficial. Sin embargo, ha habido algunos cursos organizados por la Comisión Nacional de Valores, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y la Sindicatura General de la Nación.

2) Observaciones de la comparación

A partir de la observancia de los métodos de supervisión llevados a cabo en cada uno de los países y la manera de llevar a cabo el proceso de selección del Directorio, es posible percibir claramente las tendencias y las diferencias entre ambos modelos.

Así, mientras ubicamos a la Argentina dentro del modelo descentralizado, ya que la coordinación central es más limitada y se les asigna un fuerte peso a los ministerios sectoriales, Chile adopta un modelo centralizado de propiedad, adoptando fuertes mecanismos de coordinación y control.

Nos interesa esbozar esta comparación ya que ambos son países que forman parte de la misma región y tanto YPF S.A. como ENAP son empresas nacionales que operan dentro del mercado hidrocarburífero que, a su vez, se encuentra regido por las normas de Defensa de la Competencia y compuesto por empresas privadas.

A pesar de estas similitudes, vemos como sus estructuras de propiedad y control son diferentes. En consecuencia, lo que proponemos para superar algunos de los desafíos que se presentan con este escenario es tomar en consideración el modelo centralizado que lleva a cabo Chile.

Como hemos señalado, cuando las estructuras son muy jerárquicas y complejas, la responsabilidad se disipa y ejercer el control se torna cada vez más complejo producto del problema de agencia y la falta de incentivos. Así, cuando el control es pobre y los riesgos de llevar a cabo una mala gestión no son personales, sino que responden al interés general, es dónde aparecen los problemas y desafíos que tornan ineficiente a estas empresas.

Para superar esta dificultad, se propone la adopción de una estructura de propiedad y de control centralizados, definiendo de manera clara las atribuciones y funciones de cada organismo.

Es necesario que el control sea autónomo e imparcial para que fehacientemente se ejerza una supervisión clara y transparente, evaluando el cumplimiento de los objetivos planteados, obrando a derecho y respetando la normativa.

Por otra parte, en lo que respecta a las prácticas entorno a la elección del Directorio y la capacitación, se encuentra una gran variabilidad en Latinoamérica. Dado que para la región la adquisición de estas prácticas es novedosa, la regulación entorno a ella es escasa. Sin embargo, para países con estructuras coordinadas y responsables de supervisión (como es el caso de Chile), existen políticas más formales y coherentes para la designación y dirección de los miembros del Directorio⁴⁰.

De esta manera, es necesario que las empresas públicas desarrollen buenas prácticas en torno a sus gobiernos corporativos, el cual se encuentra orientado a regular al Estado en su tripe rol de propietario, legislador y, en algunos casos como proveedor.

Así, no solo será un factor central para atraer a los inversionistas, sino que se logrará llevar a cabo un funcionamiento más eficiente y transparente, generando un escenario de mayor seguridad jurídica.

Asimismo, cabe señalar que no basta con la mera incorporación de los principios en la normativa, sino que es necesario tornarlos operativos a través de una buena gestión que respete la normativa y la competencia, junto a una clara delimitación de sus funciones.

Así, volvemos a poner el énfasis en que, para llevar a cabo un buen control, hay que prevenir el problema de agencia, y eso solo será posible en la medida en que el Estado posea políticas sistemáticas y a largo plazo que no sean partidarias y se desmoronen al cambiar de color político la conducción del gobierno.

VII. YPF-Chevron y el fallo “Giustiniani” de la Corte Suprema

⁴⁰ Blume, D. (2012). *Ownership oversight and board practices for Latin American State-Owned enterprises*. OECD/CAF, pp. 34.

A continuación, analizaremos el fallo "Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora"⁴¹ –del 2015-, si bien el mismo trata principalmente el derecho al Acceso a la Información Pública, en el marco de nuestro caso testigo: YPF S. A., en tanto el negocio que le diera origen al fallo en cuestión fue celebrado por tal empresa, este será abordado con la finalidad de analizar si es el conflicto que aquí se resuelve por la corte un síntoma más de la enfermedad que sufre la transparencia en la gestión del Estado, por asumir un rol dual como empresario regulado y regulador y de los conflictos en el espíritu de las normas y del tipo societario elegido (S. A.) para la conducción de YPF S. A. luego de su expropiación.

Estos profundos conflictos jurídicos, como veremos, llevan a la Corte a poner en tela de juicio la naturaleza pública o privada de la empresa y por consiguiente a delimitar cuáles son sus obligaciones.

a. Hechos:

Como ya se desarrolló en líneas anteriores, en mayo del año 2012 la República Argentina por medio de la Ley N° 26.741 declaró de utilidad pública y expropió el 51% de las acciones de YPF S. A. tomando así el control de la misma. Luego, el Poder Ejecutivo Nacional nombró al Gerente General de la empresa y en junio de ese año dispuso también que el Sr. Axel Kicillof, que en ese momento era Viceministro de Economía de la Nación formara parte del directorio de la empresa, mientras seguía desarrollando su función pública.

Siguiendo con la cronología poco más de un año más tarde –en julio de 2013- YPF S. A. suscribe un importante “Acuerdo de Proyecto de Inversión” con la firma Chevron Corporation, una asociación estratégica para poder explotar los recursos hidrocarburíferos no convencionales en la provincia de Neuquén, más precisamente en los territorios conocidos como Vaca Muerta, Loma la Lata Norte y Loma Campana.

Este acuerdo motivó al Senador Rubén Héctor Giustiniani a solicitar mediante una nota –con fecha agosto de 2013-, la cual fue reiterada en septiembre de ese mismo año, en la

⁴¹ SAIJ (Ed.). (2015). *Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A. s/ Amparo por mora*. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-giustiniani-ruben-hector-ypf-sa-amparo-mora-fa15000237-2015-11-10/123456789-732-0005-1ots-eupmocsollaf?>

que solicita que se le entregue una copia del mencionado acuerdo, sin obtener una respuesta positiva por parte de YPF en ninguna de las dos ocasiones. Ante la negativa el Senador Giustiniani inició una acción de amparo ante el Juzgado Federal Contencioso Administrativo N° 7 a cargo de la Jueza María Cristina Carrión de Lorenzo, solicitando a YPF S. A. a que entregara las copias del contrato firmado con Chevron.

YPF en la contestación de la demanda se negó a entregar esa información alegando en primer lugar, que está excluido de dicha obligación por lo dispuesto en el art. 15 de la Ley N° 26.741, que establece que seguirá operando como una sociedad anónima abierta, no siéndole aplicable legislación o normativa administrativa que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el estado nacional o los provinciales tengan participación.

La Jueza de Primera Instancia rechazó este amparo declarando la inaplicabilidad del decreto 1172/2003 –el cual reglamenta el derecho al Acceso a la Información Pública- y dictaminó que en virtud del artículo 15 de la Ley N° 26741 YPF no está obligada a entregar dicha información. Frente a esta respuesta adversa del tribunal, el Senador Giustiniani decidió interponer un recurso de Apelación ante la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Por su parte, la alzada –en agosto de 2014- por mayoría, con votos de los jueces Grecco y Faccio resolvió no hacer lugar al recurso de Apelación interpuesto por Giustiniani, señalando que las disposiciones del decreto 1172/2003 no eran aplicables a YPF y, aun si así lo fueran, tampoco procedería ya que la divulgación del contenido del acuerdo podría comprometer secretos industriales, técnicos y científicos.

Con este nuevo fallo en su contra, Giustiniani interpuso un Recurso Extraordinario Federal, que fue concedido por encontrarse en juego la interpretación de normas de carácter federal. Finalmente, en esta instancia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hizo lugar a la queja y declaró procedente el recurso extraordinario, revocando la sentencia apelada y haciendo lugar a la Acción de Amparo, obligando de esta forma a YPF S.A. a hacer entrega de la copia del contrato celebrado con Chevron.

También en ésta instancia la Dra. Higton de Nolasco votó en disidencia por considerar nulo todo lo actuado sin la participación de Chevron Corporation.

b. Ratio Decidendi:

La decisión final de la Corte se basó en tres aspectos que considero importantes. En primer lugar, estableció el alcance del Decreto 1172/03, comenzando con “*una descripción robusta y abarcativa del derecho al acceso a la información bajo el control del Estado*”⁴². Por lo tanto, estableció que el decreto contempla expresamente el derecho de acceso a la información bajo el poder del Estado, comprendiendo a todos los organismos, entidades, empresas, sociedades o dependencias que funcionen bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, incluyendo también a toda organización privada con subsidios o aportes del Estado o si las mismas fueren gestionadas por el mismo, como también las empresas privadas que exploten permisos, licencias o concesiones de servicios públicos o bienes de dominio público.

En segundo lugar, determinó la naturaleza jurídica de YPF S. A., tomando en consideración que en el año 2012 y, mediante la Ley de Expropiación 26.741, el Estado Argentino nacionalizó el 51% de las acciones de YPF S. A., declarando de interés público nacional el “logro del autoabastecimiento de hidrocarburos” y declarándola de utilidad pública.

En la ley de expropiación –en su artículo 15- se determinó también, que YPF seguiría operando como una sociedad anónima por lo que quedaría excluida de los controles administrativos del Estado. La flexibilización que se otorga para cumplir de manera eficiente su actuación comercial es válida, sin embargo, al tener participación estatal mayoritaria y sus actividades haber sido declaradas expresamente de interés público de ninguna manera puede “(...) extenderse al extremo de sustraerla totalmente de las obligaciones de garantizar el Derecho de Acceso a la Información Pública”⁴³.

⁴² Aguirre, J. I. (2016). Derecho al acceso a la información pública. La confidencialidad del acuerdo entre las petroleras YPF S.A. y Chevron. *La Ley - Revista de Derecho Administrativo*, 104.

⁴³ Carbajales, J. J. (2017). Efectos de la ley de acceso a la información pública y el fallo Giustiniani sobre YPF y la industria hidrocarburífera. *Revista Radehm*, pp. 12–15.

Finalmente, determinó que las excepciones planteadas no son aplicables a este caso concreto cuando la demandada pretende ampararse en las excepciones establecidas en el artículo 16 del Anexo VII de Decreto 1172/2003, que le permitirían negarse a otorgar la información solicitada ya que la misma, de ser divulgada podría comprometer secretos industriales, técnicos y científicos.

En este orden de ideas, la Corte explicó que no basta con invocar las causales sin dar mayores precisiones al respecto, que quien invoca debe dar “*una explicación concreta de las razones por las que dicha revelación podría afectar un interés de los protegidos en la excepción*”⁴⁴ y que frente a la ausencia de prueba de quien poseía la carga probatoria, las mismas no pueden ser confirmadas negando así el beneficio solicitado.

Por su parte la Dra. Highton de Nolasco, mediante su voto en disidencia solicitó que se declare nulo todo lo actuado por no haber dado participación a Chevron, empresa con quien suscribe el contrato YPF, y que verá afectados sus intereses con la sentencia, y es que, al no haber sido llamada al proceso, se afecta el Principio de Debido Proceso Legal y el derecho Constitucional de la Defensa en Juicio.

c. Análisis y conclusiones:

i. El Derecho de Acceso a la Información Pública (DAIP):

La Corte en continuos considerandos describe al DAIP tomándolo como un desprendimiento del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo IV, en la Asamblea Gral. de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 59 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

Realza su importancia y pese a que en ése momento no existía la Ley N° 27.275 (2016) de Acceso a la Información Pública –en adelante LAIP-, bien pudo describir la

⁴⁴ Carbajales, J. J. (2017). Efectos de la ley de acceso a la información pública y el fallo Giustiniani sobre YPF y la industria hidrocarburífera. *Revista Radehm*, pp. 12–15.

urgencia y necesidad de que sea el mismo estado quien proteja y custodie la posibilidad de que cada ciudadano ejerza el derecho.

Consideramos invaluable la exposición de los antecedentes que se enumeran en la sentencia y que dejan una visión completa sobre la postura de nuestro ordenamiento jurídico frente al tema. En el mismo sentido, Basterra⁴⁵ hace una enumeración de los artículos en los que al momento del fallo se podían encontrar ya sea de forma directa o indirecta el derecho mencionado, así el artículo 1 de La Constitución Nacional, establece la forma republicana de gobierno, la cual lleva implícita el principio de la publicidad de los actos estatales, el art. 14 reconoce explícitamente el derecho de peticionar ante las autoridades, siendo el acceso a la información una de las formas de peticionar, también el art. 33 dispone que los derechos implícitos tienen la misma validez que los efectivamente plasmados siempre que deriven de la forma republicana de gobierno y de la soberanía Popular.

Luego de la reforma mencionada se añaden a la Constitución nuevos mecanismos de democracia participativa arts. 39 y 40 (iniciativa popular y consulta popular), y garantiza el libre acceso a la información para supuestos concretos, arts. 38, 41, 42 y 43 (partidos políticos, medio ambiente, etc.).

Es clara la definición dada por el artículo 2 de la LAIP, el Derecho de Acceso a la Información Pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información de los organismos que funciones bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional o que sean consideradas de interés público.

En materia internacional encontramos este derecho plasmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran el derecho de recibir información como la contracara necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión. Antes de la LAIP estaba en manos del Estado no solo la

⁴⁵ Basterra, M.I. (2014) "Los límites al ejercicio del derecho de acceso a la Información Pública. El caso "Chevron". Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo. Año III, N° 2. Págs.132, 137, 138. Recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/Revista_DerechoAmbiental_Ano3- N2_04.pdf

información, sino también la responsabilidad de fortalecer en los ciudadanos ese derecho y que esa postura se encuentra expresada en el fallo en estudio.

No obstante, existen otros fallos que sirven como antecedente en la materia, y reafirman esa intención, primero podemos mencionar el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Claude Reyes y otro vs. Chile"⁴⁶ en el que se declara que el Estado Chileno había violado el artículo 13 de la Convención Americana y establece la obligación del Estado parte en el conflicto de adoptar las medidas necesarias para asegurar a los afectados el derecho de acceso a la información bajo el control de Estado.

La importancia de haber tutelado el Derecho de Acceso a la información pública brinda la posibilidad de contar con elementos suficientes para ejercer el necesario control sobre los actos de gobierno y participar activamente de los procesos de toma de decisiones, proteger el ejercicio de otros derechos y prevenir abusos de parte del Estado, como la corrupción y el autoritarismo. De este modo, el acceso a la información pública redunda en la consolidación del sistema democrático y permite que, sobre todo en la faceta del estado como empresario, sus actos tengan la transparencia suficiente, permitiendo un control por parte de la sociedad, cuanto menos democrático.

ii. Legitimación Pasiva, el Sector Público Nacional:

Otro de los aspectos nucleares que analizó la Corte fue la particular naturaleza jurídica de YPF S. A. y el papel que cumplía el Estado Nacional en su funcionamiento. Al respecto la Corte declara que YPF S. A., no obstante su tipo societario, es una empresa de carácter público y que se encuentra obligada como sujeto pasivo a la obligación que impone el Decreto 1172/2003, dado que funciona bajo la jurisdicción del Poder ejecutivo Nacional, solución que creemos acertada, en tanto que cuando se habla de Empresa Pública “...se alude a la presencia del Estado en su organización, justificándose dicha presencia por la satisfacción de un interés o fin público (...)”⁴⁷.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006) “CLAUDE REYES Y OTRA C/ CHILE”, del 19 de septiembre de 2006; (serie C, N° 151). Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

⁴⁷ Carbajales, J. J. (2017). Efectos de la ley de acceso a la información pública y el fallo Giustiniani sobre YPF y la industria hidrocarburífera. *Revista Radehm*, pp. 12–15

En estos casos el Estado decide participar y tomar el rol de actor con la intención de influir en el devenir de algún aspecto del mercado que considere importante.

Este punto queda demostrado también cuando nos remitimos a los antecedentes legislativos que dieron pie a la expropiación de YPF S. A., observamos que mediante la ley 26.741 el Estado Nacional recupera el control de YPF expropiando el 51% de sus acciones, para justificarlo declara su actividad de “utilidad pública” y establece que el “Poder Ejecutivo, por sí mismo o a través del organismo que designe, ejercerá los derechos políticos sobre la totalidad de las acciones sujetas a expropiación” y autoriza también al “Poder ejecutivo Nacional y al interventor de YPF... a adoptar todas las acciones y recaudos que fueran necesarios, hasta tanto asuma el control”.

Incluso antes de la sanción de la ley mencionada la Presidente Cristina Fernández de Kirchner mediante el DNU 530/2012 interviene temporalmente a YPF S. A. designando en el cargo de Interventor a Julio Miguel De Vido, quien era Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, otorgándole las facultades que tenía el Presidente de la empresa.

Luego mediante el decreto 676/2012 la Presidenta nombra a Martin Galuccio como gerente General de la compañía hasta que unos meses después en junio de 2012 se nombra como director titular de la compañía a Axel Kicillof, que se desempeñaba como Viceministro de Economía de la Nación. También mediante su decreto 1189/2012 el Poder Ejecutivo Nacional señala que YPF S. A. integra el sector Público Nacional.

En este punto Carbajales interpreta también que “*Esta equiparación con las demás Empresas y Sociedades del Estado gravita, para la Corte, como una admisión in extremis de la estatalidad o carácter público de dicha sociedad comercial*⁴⁸”.

De este modo concluimos, siguiendo el criterio de la Corte y basándonos en que todas estas normas y las medidas tomadas por el Estado Nacional, que YPF S. A. es un sujeto obligado a proveer la información requerida y a cumplir con los deberes impuestos en el

⁴⁸ Carbajales, J. J. (2017). Efectos de la ley de acceso a la información pública y el fallo Giustiniani sobre YPF y la industria hidrocarburífera. *Revista Radehm*, pp. 12–15

decreto 1172/2003 ya que sin duda es una Empresa que actúa bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

Otro de los puntos controvertidos se encuentra en la mención que hace la acción de amparo al artículo 15 de la ley 26741, intentando abstraerse del alcance de los controles a los que se encuentran sujetos los organismos del estado. La Corte nuevamente acierta explicando que este artículo no se refiere a que la empresa puede actuar impunemente sin control alguno, sino que en la búsqueda de la eficiencia económica y operativas se la exime de algunos controles administrativos, pero no puedo tornarse al extremo de evitar los mecanismos de control democrático establecidos tanto constitucionalmente como en el derecho internacional y reafirmados por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

La Corte para llegar a la conclusión de que YPF está sujeta a proporcionar la información requerida, ahonda en el tema explicando que, si hipotéticamente no se hubiera comprobado el control del Poder Ejecutivo sobre la empresa, la conclusión sería la misma debido a que las actividades que realiza son de interés Público. Es decir, al YPF cumplir con una actividad que es de claro interés público tiene la obligación de entregar la información requerida por el demandante.

La corte luego de definir que YPF era un sujeto pasivo del Decreto 1172/03, dictamino de manera coherente a nuestro parecer, que todos los actos de Gobierno se deben regir por el principio de Máxima Divulgación y la publicidad de lo actuado por los organismos que actúan bajo la órbita del Estado. Concordamos con que esto no puede ser de otra manera ya que este principio está receptado constitucionalmente *“lo cual se asegura a través del control democrático que garantice la publicidad y transparencia de los actos de gobierno (Carbajales, 2017)”*.

Ya en importantes antecedentes como “CIPPEC C/ EN – Ministerio de Desarrollo Social” la Corte ya había expresado que toda actuación estatal se debe regir por el principio de máxima divulgación de la gestión pública, lo cual se asegura a través del control democrático que garantice la publicidad y transparencia de los actos de gobierno, y así concluye que debe regir el principio de “Máxima divulgación”, que toda información pública es accesible, salvo expresas excepciones, y siempre deben regir los principios de publicidad y transparencia de los actos de gobierno.

Repasando los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales mencionados nos parece acertada la solución que brinda la Corte ya que queda en evidencia que YPF desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los principios de una actividad democrática y de acuerdo a la jurisprudencia reseñada, negar información de indudable interés público, que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión.

Otra de las cuestiones planteadas por YPF es que se encuentra exenta de cumplir con la publicidad del contrato por encontrarse amparada en decreto 1172/2003 en su artículo 16, ya que la misma puede comprometer secretos comerciales industriales, financieros, técnico o científicos, pero nuevamente la Corte de forma acertada deja en claro que para que un ente obligado pueda considerarse exento, esto significaría reconocer algún límite a nuestro principio rector, deberá fundamentar y probar de forma clara y expresa los intereses involucrados y que ellos sean de igual o superior relevancia a los protegidos por el principio de Máxima divulgación.

Nuevamente bajo el riguroso estándar del precedente Claude Reyes, la Corte exige que el principio de máxima divulgación solo pueda ser dejado de lado si el sujeto requerido “demuestra” de manera detallada las razones por las cuales la entrega de la información pública requerida podría ocasionar “un daño al fin legítimamente protegido.

VIII. Conclusión

Este trabajo se ha propuesto analizar, a partir de un hecho concreto: la expropiación de la empresa YPF S.A., los cambios que se generaron entorno al rol del Estado y el impacto sobre la competencia.

Asimismo, nos hemos planteado el interrogante de si todos estos cambios fueron desarrollados cumpliendo la normativa vigente en lo que respecta a prescripciones constitucionales y reglamentarias.

De este modo, hemos puesto de manifiesto como el Estado argentino al decidir participar en la actividad privada adquiere un rol dual al ser, por un lado, el encargado de

establecer la regulación y fijar la política hidrocarburífera y, por el otro, empresario al ser propietario del 51% accionario de la mayor empresa operando en el mercado.

Sumado a su rol dual, se encuentra la ausencia de una clara separación jurídica orgánica entorno a las funciones que ejerce el Estado. De esta manera, no es sencillo delimitar las atribuciones propias de los órganos y, consecuentemente, se configura una estructura descentralizada.

A partir de esta dualidad, identificamos la presencia de problemas y desafíos con el nuevo rol que adquiere el Estado como empresario. Fundamentalmente, nos preguntamos qué es lo que ocurre con la competencia y que tipo de protecciones le brinda nuestra normativa. Así, vimos que del artículo 42 de la Constitución Nacional surge una protección al “derecho a la competencia efectiva”, que es reglamentada a su vez por la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156.

Asimismo, hemos visto que el procedimiento llevado a cabo por el Estado Nacional tuvo una serie de irregularidades producto de omisiones al cumplimiento normativo, lo que nos lleva a considerar que no se ha obrado conforme a los principios de legalidad y legitimidad que rigen al derecho administrativo.

A su vez, también consideramos que ha habido un exceso de la potestad regulatoria entorno al manejo de la información con el dictado del decreto reglamentario 1277, exigiendo a sus competidores la provisión de información clave para su desarrollo y, el decreto 1189/2012 que obliga únicamente a contratar con YPF SA.

Ahora bien, independientemente de los problemas que se perciben cuando el Estado descende al campo privado y participa de igual a igual con sus competidores, cabe señalar que muchas veces su actuación como empresario es eficiente (como cuándo se detentan monopolios, por razones de equidad social, etc.). Sin embargo, la principal razón por la que la mayoría de las veces no lo es se explica por el problema de agencia.

Así, puesto que el Estado posee una estructura muy compleja y con muchos niveles jerárquicos, llevar a cabo un control eficiente del funcionamiento empresario se torna más difícil, sumado al hecho de la falta de incentivos para realizarlo.

Esto queda por demás expuesto en el análisis del fallo Giustiniani, inclusive ante los requerimientos de información el sistema normativo en el que se encuentra envuelto YPF S. A. puso en jaque el derecho al Acceso a la Información Pública, debiendo ser resuelto el conflicto por nuestro Máximo Tribunal.

De esta manera, consideramos importante para el desarrollo eficiente y transparente de la empresa y el mercado, la existencia de buenos mecanismos de control que puedan verificar que las normas se han respetado, para así generar un escenario de mayor seguridad jurídica.

Asimismo, estamos seguros que una buena gestión no debe solamente circunscribirse a los logros obtenidos, sino que también debe visualizar de qué manera los ha conseguido. Por ende, debe hacerse hincapié en el obrar legítimo y conforme a derecho respetando a la competencia, sin que existan abusos producto de la posición dominante que tiene el Estado.

Como propuesta, nos interesó observar cómo el control es llevado a cabo en otros países de la región.

De este modo, tomamos en consideración el caso de Chile y establecimos una comparación en lo que respecta a la designación de los miembros del Directorio de empresas del Sector Pública y la manera en la que ejercen la supervisión sobre las mismas.

Para llevar a cabo esto, tomamos en consideración la clasificación de los modelos de propiedad que brinda la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Como conclusión, vimos que en Chile se presenta una alternativa a un modelo más centralizado que torna al control un poco más eficiente, mientras que en nuestro país puesto que tenemos una estructura descentralizada ejercer el control es más complejo. Así, esta alternativa resulta interesante de ser tomada en consideración.

Para finalizar esta conclusión no podemos dejar de mencionar que los problemas de la dualidad del estado como empresario regulador y regulado, los consecuentes conflictos con la leal competencia y el ineficaz sistema de control que posee la empresa YPF S. A. en el marco de la administración pública, aquí caso testigo, no son más que la sintomatología y

el reflejo del profundo choque en el que entran las diversas normas que hemos visto a lo largo del trabajo. Humildemente concluimos en que el problema puede extenderse del caso testigo, es decir, estos vicios y síntomas afectan la actividad empresarial en general y esto se debe a la ausencia de políticas de estado tanto económicas como de mercado proyectadas a largo plazo y no al servicio de los gobiernos de turno y de sus intereses políticos.



Universidad de

San Andrés

Bibliografía:

- Aguirre, J. I. (2016). Derecho al acceso a la información pública. La confidencialidad del acuerdo entre las petroleras YPF S.A. y Chevron. *La Ley - Revista de Derecho Administrativo*, 104.
- Barra, R. (1991). *Reforma del Estado y Privatizaciones* (en Dromi, José Roberto). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Basterra, M. (2000). La defensa de la competencia en la constitución argentina. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (primavera), 1. Recuperado de <http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/La-Defensa-de-la-Competencia-en-la-Constitucion-CC%81n-Argentina.-El-arti%CC%81culo-42-y-la-ley-reglamentaria-n%C2%B0-25.156.pdf>

- Bernal, A., Oneto, A., Penfold, M., Schneider, L., & Wilcox, J. (2012). Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las empresas de propiedad estatal. Serie de Políticas Públicas y Transformación Productiva. CAF, 6.
- Blume, D. (2012). Ownership oversight and board practices for Latin American State-Owned enterprises. OECD/CAF.
- Carbajales, J. J. (2017). Efectos de la ley de acceso a la información pública y el fallo Giustiniani sobre YPF y la industria hidrocarburífera. *Revista Radehm*, 12–15.
- Carbajales, J. J., Cosso, M., Cufari, E., Osés, S. S., & Trinelli, A. (2021). *Manual de empresas públicas en Argentina* (1ra edición). EDUNPAZ.
- Casal, D. (2015). Evolución de la legislación hidrocarburífera en materia de concesiones. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, 5(mayo-julio 2015).
- Cionfrini, E. (2002). La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional. *Doctrina Judicial*, 2.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006) “CLAUDE REYES Y OTRA C/ CHILE”, del 19 de septiembre de 2006; (serie C, N° 151). Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf
- De la Riva, I. (2015). Poderes de regulación nacionales y provinciales bajo el nuevo régimen de hidrocarburos. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, 5 (mayo-julio 2015).
- Gordillo, A. (2013). Clasificación de los Entes Públicos. En *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Parte General* (Vol. 1, p. 1). Recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo1.php>
- Huici, H. M. (2012). El retorno del Estado empresario y la prestación de servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 81(Abeledo Perrot), 659-672.
- International Energy Agency. (2012). Política Energética Chilena. www.iea.org. Recuperado 25 de abril de 2022, de

https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/Chile_2012.pdf

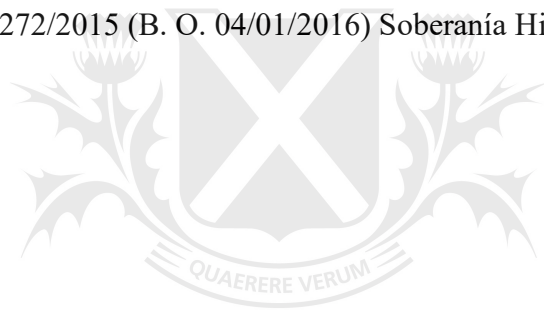
- J.J.C. (2014). *Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE) Una nueva modalidad de «empresa pública»* (1ra reimpresión ed.). ASTREA.
- Mairal, H. A. (2009). *El Estado como empresario*. Buenos Aires, Argentina: A. Piaggi. Tratado de la empresa (Abeledo Perrot).
- Medina, G. (2006). Visión jurisprudencial de la ley de defensa de la competencia a seis años de su dictado. *Revista jurídica argentina*, (La Ley), 1120-1139.
- Melgar, N., Pereyra, A., & Rovegno, L. (2000). *Defensa de la competencia: un marco conceptual*.
- Pigretti, E. A. (2015). *Régimen jurídico del petróleo y del gas natural en la República Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Dunken.
- SAIJ (Ed.). (2015). Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A. s/ Amparo por mora. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-giustiniani-ruben-hector-ypf-sa-amparo-mora-fa15000237-2015-11-10/123456789-732-0005-1ots-eupmocsollaf>
- SEP Gobierno de Chile. (2019). Quiénes somos. sepchile.cl. Recuperado 25 de abril de 2022, de https://www.sepchile.cl/quienes-somos/?no_cache=1
- Site homepage. (2014). OCDE. Recuperado 2 de abril de 2022, de <https://www.oecd-ilibrary.org/>
- Universidad de la República. Facultad de Ciencias Económicas y Administración. Cátedra de Microeconomía Avanzada, Melgar, N., Pereyra, A., & Rovegno, L. (2010). *Defensa de la competencia: Un marco conceptual*. Recuperado de <https://studylib.es/doc/3550783/defensa-de-la-competencia--un-marco-conceptual>
- YPF. (2021). [ypf.com](https://www.ypf.com/). <https://www.ypf.com/LaCompania/Paginas/Directorio-YPF.aspx>

Normativa citada:

- Ley 12.906 (B.O. 22/2/1947). Represión. Monopolios y Trust.

- Ley 13.653 (B.O. 31/10/1949). Régimen Legal de Empresas del Estado.
- Ley 14.380 (B.O. 12/10/1954). Empresas del Estado. Modificación.
- Ley 15.023 (B.O. 17/12/1959). Empresas del Estado. Modificación.
- Ley 17.319 (B.O. 30/6/1967). Ley de Hidrocarburos.
- Ley 19.550 (B.O. 25/4/1972). Ley de Sociedades Comerciales.
- Ley 20.680 (B.O. 25/6/1974). Ley de Abastecimiento.
- Ley 20.705 (B.O. 26/8/1974). Sociedades del Estado. Normas y Funciones.
- Ley 22.262 (B.O. 6/8/1980). Ley de Defensa de la Competencia.
- Ley 23.696 (B.O. 23/8/1989). Ley de Reforma del Estado. Emergencia Administrativa.
- Ley 24.065 (B.O. 16/1/1992). Régimen Legal de Energía Eléctrica.
- Ley 24.076 (B.O. 12/6/1992). Ley Marco Sobre Transporte y Distribución de Gas Natural.
- Ley 24.156 (B.O. 29/10/1992). Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control.
- Ley 24.145 (B.O. 6/11/1992). Federalización de Hidrocarburos. Transformación Empresaria y Privatización.
- Ley 25.156 (B.O. 20/9/1999). Ley de Defensa de la Competencia.
- Ley 25.943 (B.O. 3/11/2004). Energía Argentina Sociedad Anónima. Su creación.
- Ley 26.197 (B.O. 5/1/2007). Ley de Hidrocarburos. Ley 17.319 Art. 1-Sustitución.
- Ley 26.741 (B.O. 7/5/2012). Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Autoabastecimiento de Hidrocarburos.
- Ley 27.007 (B.O. 31/10/2014). Ley de Hidrocarburos. Ley 17.319 - Modificación.
- Ley 27.442 (B. O. 15/05/2018). Ley de Defensa de la Competencia.
- Decreto 1055/89 (B.O. 10/10/1989). Reglamentación de la Ley de Hidrocarburos.
- Decreto 1212/89 (B.O. 14/11/1989). Hidrocarburos. Objetivos.

- Decreto 2778/90 (B.O. 11/1/1991). Sociedades del Estado. YPF - Plan de Transformación Global.
- Decreto 89/2001 (B.O. 30/1/2001). Reglamentación de la Ley de Defensa de la Competencia.
- Decreto 181/2004 (B.O. 16/2/2004). Gas Natural. Ajuste del Precio.
- Decreto 530/2012 (B.O. 16/4/2012). Intervención Transitoria a Yacimientos Petrolíferos Fiscales.
- Decreto 1189/2012 (B.O. 19/7/2012). Sector Público Nacional. YPF Sociedad Anónima.
- Decreto 1277/2012 (B.O. 27/7/2012). Soberanía Hidrocarburífera. Reglamentación de la Ley 26.741.
- Decreto 272/2015 (B. O. 04/01/2016) Soberanía Hidrocarburífera.



Universidad de
San Andrés