

¿SOCIEDADES DEL ESTADO O EL GOBIERNO EMPRESARIAL?

Comentarios a la Creación de la Sociedad con Participación Mayoritaria del Estado Nacional denominada “AySA S.A.”

Por Jorge Reinaldo Vanossi

La sanción por el Congreso Nacional de una “ley” convalidatoria de los decretazos anteriores, no enerva la oportunidad de formular algunas observaciones al camino seguido en esta murga¹ de creaciones societarias a partir de LAFSA, ENARSA y las que puedan seguir en el horizonte. Veamos un poco la cuestión:

NORMATIVIDAD. Primeramente, debemos mencionar la contradicción normativa que surge de la impetuosa re-acción del Poder Ejecutivo Nacional, al crear por DECRETO de NECESIDAD y URGENCIA (nros. 303 y 304/06) la empresa con participación mayoritaria del Estado Nacional, puesto que para la creación de sociedades del estado se encuentra vigente la Ley 20.705, que aparentemente no se menciona en los fundamentos, ni se tuvo en cuenta a la hora de la creación, puesto que allí prescribe que la creación de una sociedad del estado DEBE SER POR LEY.-

Por otro lado, los DNU 303 y 304/06 NO PUEDEN, por cuestiones esenciales de ordenamiento normativo y constitucional, modificar el Código de Comercio en donde se encuentra receptada la Ley 19.550 “Ley de Sociedades”.

El DNU 373/06 establece la Intransferibilidad de las acciones de la sociedad AySA SA; y esto es nuevamente inconstitucional por los fundamentos arriba explicados, es decir, que un decreto no puede modificar una norma superior, como ser una ley y un Código de fondo.-

Sin cansancio vamos a reiterar que los DNU (previstos en la Constitución Nacional, Art. 99 inc3º), a doce años de la reforma de 1994 son inconstitucionales por

¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española: “Compañía de músicos malos”; o bien “palabras o acciones que causan astío”.

cuanto no se ha creado la Comisión Bicameral Permanente de seguimiento, que prescribe el mismo artículo. Señalamos la doble contradicción que establece la operatividad de la primera parte del inciso 3º -el PEN puede dictar DNU-, con respecto a lo programático de la segunda parte –deberá crearse la Comisión Bicameral Permanente.-

INTRANSMISIBILIDAD ACCIONARIA. Este elemento que el Poder Ejecutivo señala como enaltecedor, tiene por el contrario un sinnúmero de complicaciones.

En primer lugar, podría ser modificado nuevamente por otro DNU, en el que el PEN entienda debe privatizar, o bien enajenar parte de las acciones de la empresa.

En caso que se intente mantener la ficción de una SOCIEDAD ANÓNIMA con participación mayoritaria del Estado Nacional, entendemos que sus órganos de administración deberán dictar: ¿RESOLUCIONES o Actos Administrativos? Y, si el órgano estatal competente decidiera vender las acciones, podrá hacerlo perfectamente hasta el 51% del capital social para no perder la mayoría accionaria del Estado.-

“La intransferibilidad absoluta o cláusulas equivalentes serán nulas porque afectarían a la esencia de la sociedad, no sólo en cuanto a la negociación posible de la acción, sino también a sus rasgos característicos, de intuitu pecuniae, etc.: se crearía un tipo de sociedad diverso de la sociedad anónima” (confr. Halperín y Otaegui, *Sociedades Anónimas*, 2da. Edición, Depalma, 1998), por lo cual se volvería a poner en tela de juicio el DNU 304/06, amén de ser contrario a la ley, porque desvirtuaría la función de una sociedad anónima.

OBSERVACIONES SOCIETARIAS. Los títulos –accionarios nominativos- se caracterizaron siempre, con mayores o menores “pruritos”, por resultar TRANSFERIBLES. (Art. 214, Ley 19.550)

La pretensa intransferibilidad accionaria vulnera de toda manera la arquitectura legal (societaria) a la que se asigna “mágica solución” para un tema que resulta *contra legem*.-

En el mismo sentido, debemos insistir en que la esencia de la acción de una sociedad accionaria, es su CESIBILIDAD.

Messineo señala que “el derecho de negociación de las acciones está garantizado por un principio de orden público”. Además, señala que una cláusula estatutaria que prohibiese totalmente toda transmisión sería nula y carecería de efectos.-

Entonces, ¿qué sucede con el decreto 304/06 que prohíbe la transferibilidad de las acciones?

Crear, entender o imaginar que alterar una ley de orden público con un decreto es corregir el orden público, resulta esencialmente una ensoñación adolescente propia del realismo mágico y ajeno al sistema continental que rige nuestra normativa legal y las instituciones que tanto nos costó recuperar y sostener como sociedad organizada.-

Respecto a este tema, habría sido recomendable que para salvar el escollo de que la transferencia de acciones puede limitarse pero no prohibirse totalmente, en congruencia con Art. 214 Ley de Sociedades y hasta se podría haber hecho como con las privatizaciones de YPF, BHN, etc. con la Acción de Oro.

Hubiera sido preferible que para salvar el escollo consistente en que la transferencia de acciones pueda limitarse pero no prohibirse totalmente (art. 214 citado), la norma modificatoria que introduce el DNU pudiera permitir la transferibilidad siempre que no exceda el 49% del capital social, con lo que se eliminaría la parte que dispone que la proporción de las acciones del Estado “no podrá ser disminuida como consecuencia de operación alguna”.

VIRTUOSISMO POLÍTICO. La intransferibilidad accionaria ordenada por el DNU y en contra de la normativa legal, deforma la sociedad anónima por obra de intereses públicos (políticos) para adaptarla a la situaciones y a finalidades que armonizan mal con la estructura comercial.

Con relación a la creación de la sociedad AySA SA, seguramente se optó por esta vía y no la de la Ley 20.705 porque este tipo de sociedades es de control más laxo que el de la sociedad del estado, en punto a control y facultades del directorio.

Esto se confirma con la entrevista periodística que brindó el Ministro de Planificación Julio De Vido a Pagina 12 el 1º de abril de 2006, en donde señala como bondad de la nueva empresa AySA SA la capacidad que le brinda la figura de la sociedad anónima para “*mantener una estructura de gerenciamiento*” y dinamismo, puesto que las SA “*tienen mecanismos de compra más dinámicos*”, señalando como ejemplo que los distintos elementos para potabilizar el agua “*necesitan de mecanismos de funcionamiento más dinámicos del que puede dar una sociedad del estado.*”

Pero cuando le preguntan al Ministro por los **procesos de licitación y compras que el ESTADO NACIONAL** realizará a través de AySA SA, afirma que las sociedades anónimas tienen que hacer compras transparentes “**porque así lo exige la Inspección General de Justicia**”, declaración que estimo desacertada puesto que la IGJ no se dedica a velar por la transparencia de las SA aunque sean de participación mayoritaria del estado, sino a ejercer un control administrativo de la regularidad de las formas y procedimientos, a partir de la constitución de las sociedades. Función ésta que debiera cumplir el estado, para lo cual se sancionó la Ley 20.705 de sociedades del estado.

Para que no queden dudas aclara que así como ENARSA, el CORREO y el FERROCARRIL SAN MARTÍN, la empresa AySA SA coordinada y dirigida desde su ministerio será controlada por la Sindicatura General de la Nación. Garantía aparte para los contribuyentes respecto del dinamismo en las contrataciones, ya que la señora esposa del ministro se desempeña en la SIGEN desde su puesto de síndico adjunto.-

COLOFÓN. Así como se manifiesta en los puntos precedentes, habría sido de una correcta técnica legislativa la creación de la sociedad AySA SA por el imperio de Ley; con su consecuente debate parlamentario y ámbito para plantear estas observaciones que hoy resultan extemporáneas, o inocuas. Pero, como se señaló puntualmente, de precisa y sana crítica, sin obstaculizar la decisión política, la cual es opinable.-

No podemos concluir estas breves reflexiones sin señalar que la actual Administración Nacional nos tiene acostumbrados a las sorpresas económico-financieras y

tributarias que, en principio, deberían llevarse a cabo mediante la sanción de leyes por el Congreso Nacional, respetando así principios básicos en materia de legalidad, que son inexcusables en toda democracia constitucional. Así, muy recientemente, se acudió a una vía indirecta, respetando en forma aparente el citado principio de legalidad, pero delegando un cúmulo de facultades a la órbita de los decretos presidenciales: nos referimos a la norma que creó “cargos” específicos sobre las facturas de servicios de gas y electricidad. En dicha oportunidad, bajo la duda no despejada de si trataba de la fijación de una tarifa o de la imposición de un tributo, la ley de marras practicó una delegación prohibida de facultades legislativas, toda vez que facultó al Ejecutivo para crear los “cargos” que quiera, con los montos que se le antoje y por las obras que se le de la gana; y como si esto fuera poco, con un plazo de duración a determinar según criterio del mismo Ejecutivo y cobrándoselo a quien este quiera. Todo ello, al margen del control presupuestario y del destino de los recursos públicos. “Cosas veredes Sancho, que non crederes”.

Las **CONCLUSIONES** son las siguientes:

PRIMERA: El decreto 304/06, de constitución de AYSA S.A. se dictó "en uso de las facultades conferidas por el Artículo 99, incisos 1 y 3 de la CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA". Por tanto conforme al inciso 3 de la Constitución, sería un decreto de necesidad y urgencia.

Por supuesto, el decreto en su propio texto no acredita la necesidad y urgencia, pero podría entenderse que ella surge del hecho que se rescindió la concesión por medio del decreto 303/06. En realidad, es el propio Estado el que creó la "necesidad y la urgencia", por la forma en que rompió el contrato de concesión.

SEGUNDA: Crea una sociedad anónima conforme a la ley 19.550, con sus acciones intransferibles, pero en realidad lo que se crea es una empresa estatal "de facto", con controles prácticamente inexistentes (ver el Art. 11 del dec. 304/06, que dice "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANONIMA se registrá por las normas y principios del Derecho Privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del Decreto N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 —Régimen de Contrataciones del Estado— y sus

modificatorios, de la Ley N° 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias").

TERCERA: So color de una presunta "agilidad" de la que supuestamente gozarían las sociedades anónimas de derecho privado, lo que se hace es crear una burocracia no sometida a ninguna de las exigencias de racionalidad de una eficiente gestión empresaria:

- Evidentemente la empresa no puede quebrar. Es decir, que todos pagaremos su insolvencia, y nos beberemos su ineficiencia.
- Absorbe a todo el personal de la concesión, y además el Ministro tiene manos libres para nombrar a quien quiera.
- Las compras que haga no tienen control alguno, etc etc.
- No hay ninguna garantía de que con esta conformación la empresa dará un buen servicio, y estará bien administrada.

CUARTA: Lo que parece más criticable es la falta de control financiero, y la falta de transparencia en las compras, y contrataciones. Nadie se cree eso de la "agilidad" en las contrataciones, cuando es obvio que se busca la total opacidad y falta de control. Una vergüenza, en fin.

QUINTA: El artículo 10 del decreto, **que autoriza a hacer nombramientos de personal durante 90 días sin limitaciones, obliga a "asegurar la** transparencia, competencia y publicidad de todas las tramitaciones de dicho carácter." Para apreciar cómo se está gestionando este nuevo elefante blanco habría que ver a cuántos empleados se nombró en AYSA S.A., en qué cargos y con qué antecedentes para el cargo, hasta el día de hoy. ¿No

será que nos están acostumbrando a digerir –periódicamente- un “socotroco”² más? ¿Cuál será el próximo?

² Según el Diccionario de la Real Academia Española, quiere decir: “trozo grande”.