



Carrera
Abogacía



“La conducta del Estado en el proceso de expropiación de YPF”

Trabajo Final de Grado

Proyecto de Investigación Aplicada

Universidad Empresarial Siglo 21

Año 2014

Carrera: Abogacía

Autora: Pérez Santoro María Inés





RESUMEN

El presente Trabajo Final de Grado, nace de la investigación sobre el proceso de expropiación de la mayoría accionaria de Y.P.F.¹, a la empresa española Repsol, llevado a cabo por el Estado Nacional Argentino. Durante este proceso, la conducta del Estado fue cuestionada por no adecuarse a las formas y procedimientos preestablecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, en el desarrollo teórico se describe un informe cronológico, desde el descubrimiento del petróleo en la Argentina en 1907, hasta la sanción de la ley N°26.741², que declara de interés público nacional el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos y de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF S.A. y Repsol-YPF GAS S.A., en 2012. En base a ello, se analiza la sucesión de los distintos gobiernos, según cada contexto histórico-político mundial de la época, lo cual permite comprender cada decisión y legislación adoptadas, respecto a los hidrocarburos.

Luego, se explica cómo es un proceso de expropiación, según la Ley N° 21.499 (Ley de Expropiaciones), así como también la arbitrariedad de los actos del Estado, y los aspectos centrales, establecidos por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Ello plantea la importancia del control judicial sobre los mismos, para garantizar el respeto absoluto a la Constitución Nacional.

Desde un enfoque prescriptivo, se analizan tres cuestiones fundamentales: primero, la intervención a la empresa Repsol-YPF S.A., mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia, emitido por el Poder Ejecutivo Nacional; segundo la declaración de utilidad pública, sin luego haberse cumplido el requisito constitucional de la indemnización previa; y tercero la controvertida celebración de un acuerdo amigable de compensación económica, entre el Estado y la empresa Repsol, cuestionándose además, el informe con la respectiva valuación de los bienes, realizado por el Tribunal de Tasaciones de la Nación (TTN). Por estas razones, se destaca la conveniencia de

¹ Yacimientos Petrolíferos Fiscales.

² Ley N° 26.741.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. B.O. 07/05/2012.

transformar la actual figura de YPF, sociedad anónima con participación mayoritaria estatal, en una empresa del estado.

Por último, se advierte la necesidad de un cambio de legislación, que incluya la actualización de la ley de hidrocarburos, para adaptarla a las nuevas técnicas y tecnologías sobre extracción no convencional del petróleo, la razonable utilización y administración de los mismos, y la implementación de políticas energéticas eficientes junto a la concientización sobre el uso de energías renovables y el cuidado del medio ambiente.

ABSTRACT

This report addresses the research of the expropriation process of the majority shareholding of YPF, to the Repsol Company, carried out in the year 2012, by the National Executive Power. During the same, THE STATE'S behavior was put in dispute for not strictly adjusting to the established methods and procedures OF our legal system.

The theoretical development provides a chronological report since the discovery of oil in Argentina in 1907 till the approval of the law No.26.741; which proclaims of national public interest the achievement of self-sufficiency in hydrocarbons and of public utility and liable to expropriation the 51% of the assets of YPF S.A. and Repsol-YPF GAS S.A., in 2012. Based on this, the succession of the different governments is analysed, according to each global political-historical context, which allows the understanding of every decision and legislation adopted about hydrocarbons.

Then, it explains how an expropriation process should be done according to the Law No. 21.499 -Expropriation Law-, and also the concept of arbitrariness and the central points considered by the doctrine and jurisprudence of our country, regarding on it. That pose the importance of the judicial control, to guarantee absolute respect for the National Constitution.

From a prescriptive approach, three fundamental aspects are analysed: first, the intervention of the Repsol-YPF S.A. Company through a Neediness and Urgency Act, issued by the National EXecutive Power; second, the declaration of public utility of the 51% of the assets for the aforementioned company, but not to have given accomplishment with the constitutional requirement of previous compensation; and third, the signing of a subsequent controversial friendly and financial compensation agreement, between the Nation State and the Repsol Company, disputing also the detailed report with the respective valuation of the assets, drafted by the National Appraisals Court (NAC). For these reasons, the convenience of converting YPF inc. - limited company with majority state shareholding- in a public company is being emphasized.



Finally, the need of a legislation change that includes the hydrocarbon law updates is being warned. Thus to be adapted to the new techniques and technologies about the non-conventional oil extraction, the reasonable use and management of them, and the implementation of efficient energy policies and awareness of renewable energy uses and care of the natural environment.

INDICE

| | |
|--|-----------|
| Introducción..... | 11 |
| Objetivo General y Objetivos Específicos..... | 15 |
| Marco Metodológico..... | 17 |
| Capítulo 1: Aspectos Generales..... | 17 |
| 1.1. Reseña histórica sobre el régimen de propiedad y explotación de Hidrocarburos en el Derecho argentino..... | 19 |
| 1.1.a. Introducción..... | 19 |
| 1.1.b. Hallazgo del petróleo en argentina, estatización y creación de YPF..... | 19 |
| 1.1.c. Década del '30 control del Estado sobre el petróleo..... | 21 |
| 1.1.d. Descapitalización de YPF, creación Gas del Estado, y la nueva constitución..... | 22 |
| 1.1.e. Frondizi, la Ley de Hidrocarburos y los sucesivos gobiernos militares.... | 24 |
| 1.1.f. Retorno de la democracia: Proceso de salvataje y recapitalización de YPF..... | 26 |
| 1.1.g. Menem y las privatizaciones: Transformación de YPF en Sociedad Anónima..... | 27 |
| 1.1.h. Crisis del 2001, y el posterior periodo de estabilización..... | 29 |
| 1.1.i. Gobiernos de Cristina Fernández de Kirchner: Expropiación del 51% de las acciones de YPF..... | 29 |
| Capítulo 2: La expropiación en el Derecho argentino..... | 31 |
| 2.1. Concepto. Marco Regulatorio..... | 33 |

| | |
|--|-----------|
| 2.2.Requisitos en el marco de la Constitución Nacional y del Código Civil..... | 33 |
| 2.3.Ley Nacional de Expropiaciones (N°21.499)..... | 34 |
| 2.4.Los actos discrecionales del Estado y su control judicial..... | 37 |
| Capítulo 3: Etapas del proceso de expropiación del 51%de las acciones de YPF..... | 43 |
| 3.1. Intervención de la empresa YPF a través Decreto 530/12..... | 45 |
| 3.1.a. Concepto y requisitos..... | 45 |
| 3.1.b. Fundamentos de la intervención..... | 47 |
| 3.1.c. Control Judicial sobre Decretos de Necesidad y Urgencia..... | 51 |
| 3.1.d. Análisis de la conducta del Poder Ejecutivo..... | 54 |
| 3.2. La expropiación en el marco de la Ley 26.741..... | 63 |
| 3.2.a. Análisis sobre el no pago de la indemnización previasobre el posterior acuerdo entre Estado Argentino y la empresaRepsol..... | 63 |
| 3.3. Comparación entre los gobiernos anteriores más emblemáticos y el actual, en relación a contratos con empresas extranjeras..... | 75 |
| Capítulo 4: Importancia de que YPF sea una Empresa del Estado..... | 79 |
| 4.1. Caracterización de Empresa del Estado y de Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria..... | 81 |
| 4.2.Control sobre las Empresas del Estado..... | 83 |
| 4.3.Control sobre Sociedades Anónimas con mayoría accionaria del Estado..... | 87 |
| 4.4. Conveniencia de transformar YPF en una Empresa del Estado..... | 89 |



| | |
|-------------------------------|------------|
| Conclusión..... | 97 |
| Bibliografía..... | 105 |
| 1. Legislación..... | 105 |
| 2. Doctrina..... | 106 |
| 3. Jurisprudencia..... | 110 |
| 4. Otras Fuentes..... | 110 |



Introducción

El descubrimiento del petróleo en la Argentina fue el 13 de Diciembre del año 1907, en Comodoro Rivadavia. Este hallazgo ha modificado nuestra historia de manera radical. Tuvo su gran auge en el S. XX, ya que reemplazo el carbón y se convirtió en la principal fuente de energía del mundo, revolucionando la industria y el transporte.

Debido a su gran potencial, la temática de los hidrocarburos en nuestro país, siempre estuvo centrada en dos cuestiones fundamentales: ¿Quién es su propietario? Y ¿Quién puede explotarlo?

La primera de las preguntas ha quedado superada desde el año 2006, con la sanción de la Ley 26.197, que reafirmó la pertenencia de los hidrocarburos al patrimonio del Estado Nacional o al de los Estados Provinciales, según el ámbito territorial en que se encontraren³. A su vez, según nuestra Constitución Nacional, el dominio originario sobre los yacimientos de hidrocarburos, corresponde a las provincias:

Art.124: Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio⁴.

La segunda de las preguntas, es la que más discusiones ha generado. Su respuesta ha variado a lo largo de los años. Originariamente, en 1922, a partir de la creación de la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales⁵, (YPF) la producción de crudo estuvo a cargo del Estado. Mucho tiempo después, en 1992 se produjo un cambio profundo con la provincialización de los recursos hidrocarburíferos y la privatización de YPF⁶. Por ese entonces, la exploración y explotación estuvo a cargo exclusivamente de empresas privadas, tanto nacionales como extranjeras. Finalmente en el año 2012, con el afán de recuperar el dominio sobre la explotación del petróleo en el país, se envió al Congreso un proyecto, el cual fue aprobado el 03 de Mayo de ese año, a través de la ley N°

³Art. 1, Ley N° 26.197.- Hidrocarburos. B.O. 05/01/2007.

⁴ Art. 124. Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada. (Ampliada y actualizada). (Ed. 4ª) - Buenos Aires: La Ley, 2008. Tomo I.

⁵Fuente: "YPF Parte de nuestra historia" (s.f.). Recuperado el 22/08/13 de: <http://www.ypf.argentina.ar/notas/C9-ypf-parte-de-nuestra-historia.php>.

⁶Ley N° 24.145.- Federalización de Hidrocarburos. Transformación Empresaria y Privatización del Capital de YPF S.A. Privatización de Activos y Acciones de YPF S.A. Disposiciones Complementarias. B.O. 06/11/1992

26.741⁷. El fin de esta ley, fue expropiar gran parte de las acciones de YPF S.A. y Repsol – YPF Gas S.A. Así la nueva YPF, ahora con participación mayoritaria estatal, pasó a controlar la producción de hidrocarburos en la Argentina, aunque vale aclarar, aún se mantienen concesiones con el sector privado.

El proceso de expropiación de YPF generó numerosas controversias. Luego de alcanzarse el objetivo, de retomar el control de la explotación de petróleo por el Estado, es preciso analizar de qué forma se logró, es decir, cómo se fueron sucediendo las diferentes etapas, para poder constatar, si se ha dado cumplimiento a lo que prescribe nuestro ordenamiento jurídico.

Como primera medida, debe tenerse en cuenta que, para poder expropiar un bien o bienes, se exige una ley que declare como causa la utilidad pública y una justa indemnización, previa desposesión. El Estado, lo realiza en el marco de sus facultades discrecionales. Pero ello, en modo alguno puede significar un comportamiento arbitrario o discriminatorio, que avasalle sin más, derechos y garantías constitucionales de las personas afectadas por dicho instituto. De ser así, se pondría en riesgo el sistema democrático del país y el buen funcionamiento de sus instituciones. Para evitar estas situaciones, es fundamental un control estricto sobre dichos actos, principalmente por la importancia que en los últimos tiempos ha adquirido el Estado, debido a su rol cada vez más activo y muchas veces controvertido en la economía argentina.

En este proceso, secuestra el accionar del Estado, con respecto a tres aspectos centrales: la intervención de la empresa mediante un decreto, el no pago de la indemnización previa y las falencias, por Parte del Tribunal de Tasaciones de la Nación, que surgen del informe de valuación de la empresa expropiada. Es necesario entonces, contar con un sistema de control, que articule el respeto a estos actos soberanos del Estado, con el correlativo respeto a las normas y procedimientos preestablecidos en nuestro ordenamiento jurídico. En base a ello, “la discrecionalidad administrativa y su control por el poder judicial, continúan siendo una de las cuestiones del derecho público que reviste mayor trascendencia y significación para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos” (CASSAGNE, J.C., 2008 Pág. 1).

⁷Ley N° 26.741.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. B.O. 07/05/2012.

Por lo expuesto, el objetivo de esta investigación se centrará en analizar el proceso de expropiación de YPF. El mismo estará conformado en tres etapas: La primera, que es descriptiva, (Capítulos I y II), donde se expondrán una reseña histórica sobre el régimen de propiedad y explotación de los hidrocarburos, las características de los procesos de expropiación, y el control sobre los actos discrecionales del Estado. La segunda, que es prescriptiva, (Capítulos III y IV), donde se analizará la conducta del Estado en el proceso de expropiación a través de dos normas fundamentales, el Decreto 530/12 y la Ley N° 26.741 de Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Y por último, en la conclusión se definirá si, la conducta del Estado en el proceso de expropiación de YPF, ha sido arbitraria y discriminatoria.



Objetivo General y Objetivos Específicos.

Objetivo General

Analizar el proceso de expropiación llevado a cabo mediante el dictado de la Ley 26.741 de Yacimientos Petrolíferos Fiscales.

Objetivos Específicos

Sintetizar el régimen de propiedad de los hidrocarburos desde su inicio hasta la actualidad.

Explicar los requisitos constitucionales de la expropiación.

Analizar el alcance del concepto de indemnización otorgado por la doctrina y jurisprudencia nacional, en el marco del artículo 10 de la Ley de Expropiaciones (Ley N°21.499) y del artículo 2511 del Código Civil.

Analizar la conducta del P.E.N respecto a la intervención de la empresa Y.P.F. mediante el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia.

Discutir el no pago de la indemnización previa en la expropiación de las empresas YPF S.A. y Repsol – YPF Gas S.A., utilizando el instituto de la ocupación temporánea previsto en los artículos 57 y 59 de la Ley de Expropiaciones y el acuerdo amigable celebrado entre el Estado Argentino y la empresa Repsol.

Analizar como recepta la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico el concepto de arbitrariedad en materia de expropiaciones.

Destacar la importancia del control de arbitrariedad de los jueces en los procesos de expropiación como límite a las facultades discrecionales del Estado.

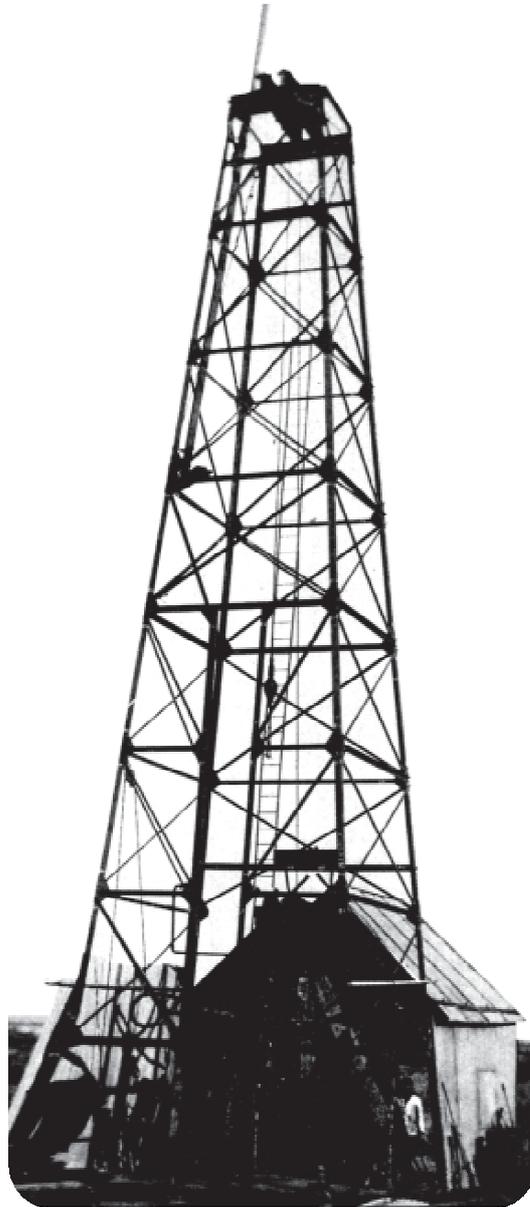
Analizar la procedencia de arbitrariedad e irregularidad por parte del Estado en el proceso de expropiación del 51% de las acciones de YPF S.A. y Repsol – YPF Gas S.A.

Analizar la importancia de que Yacimientos Petrolíferos Fiscales sea una empresa exclusivamente estatal.



Marco Metodológico

Capítulo 1: Aspectos Generales.





1.1. Reseña histórica sobre el régimen de propiedad y explotación de Hidrocarburos en el Derecho argentino.

1.1.a. Introducción.

La legislación sobre los hidrocarburos en Argentina, ha sufrido numerosas fluctuaciones desde los inicios hasta la actualidad. De allí la importancia de comprender y ubicar en cada contexto histórico - político, cual ha sido su regulación y porqué.

A continuación, desde un enfoque cronológico más que analítico, analizaremos como se conformó el nacionalismo petrolero, cuáles fueron las posiciones de los gobiernos y cuáles fueron los cambios económicos que incidieron directamente en la política hidrocarburífera del país (GADANO, N., 2006. Pág. 709).

1.1.b. Hallazgo del petróleo en argentina, estatización y creación de YPF.

El descubrimiento del petróleo bajo suelo argentino, se produjo en el año 1907⁸, en Comodoro Rivadavia, durante el gobierno de José Figueroa Alcorta. Este acontecimiento nos abrió las puertas a un nuevo mercado mundial, lo cual obligó a introducir el tema de los hidrocarburos, en la plataforma política y económica del país.

Argentina ingresó a la revolución energética del Siglo XX. Inmediatamente surgieron dos interrogantes, uno en torno a quien era su propietario y el otro, quien podía explotarlo. Tal como explicó Nicolás Gadano⁹, ex economista senior de YPF en una entrevista en el canal Encuentro, la respuesta a lo largo de la historia siempre fue una disputa en torno a, si le correspondía al Estado o a las empresas privadas, y dentro de éstas, a locales o extranjeras. Es por ello que, “la historia petrolera argentina estará marcada desde el inicio por esta tensión”, (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro 2008).

En esos años, el código de minería prohibía la explotación estatal. Así el presidente decretó una zona de reserva para los permisos de exploración y posteriormente envió al

⁸Fuente: “YPF Parte de nuestra historia” (s.f.). Recuperado el 22/08/13 de: <http://www.ypf.argentina.ar/notas/C9-ypf-parte-de-nuestra-historia.php>.

⁹Entrevista realizada a Nicolas Gadano, por Dario Grandinetti, para el documental “Historia del Petróleo Argentino” (Canal ENCUESTRO), en 2008.

congreso un proyecto de ley para darle sustento legal a la explotación del petróleo a cargo del Estado. Luego de un arduo debate, fue aprobado en Septiembre de 1909, bajo la ley N° 7059¹⁰.

Así, en el año 1910, el presidente Roque Sáenz Peña a través de un decreto, creó la Dirección General de Explotación de Petróleo de Comodoro Rivadavia y estableció que la explotación petrolera la tendría el Estado¹¹.

Fue el ingeniero Huergo quien incansablemente luchó por que la explotación de los hidrocarburos, cuya propiedad era del Estado, se llevara a cabo por una empresa nacional y se evitara así, el arribo de empresas internacionales. Sus fuertes críticas a los trusts petroleros (varias empresas que producen los mismos productos se unen formando una sola empresa), constituyeron las bases del pensamiento nacionalista posterior.

No obstante ello, el código de minería aún otorgaba el usufructo de los recursos a quien lo encontrara, por lo que empresarios argentinos buscaron explorar y explotar petróleo, así como también vender sus permisos a extranjeros. En definitiva, el petróleo quedaba en manos ajenas al Estado (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

En 1917 la explotación nacional estaba en crisis. Empresas transnacionales como Standard oil y Texaco, no tardaron en tomar ventaja importando petróleo al país. Hasta aquí toda la renta petrolera era para el sector privado, que además no pagaba ningún impuesto por dicha explotación (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008). Es allí donde se comenzó a hablar de un cambio de legislación, para que al menos una parte de la renta fuera para el Estado.

A pesar de ello, se agudizaron los conflictos entre privatistas y estatistas. Frente a esto, el presidente Hipólito Yrigoyen, estratégicamente pensó que si el petróleo lo descubría el Estado y le pertenecía al él, debía ser también quien se encargara de su

¹⁰SANCHEZ, A. (2010) Ley 7059: El primer marco legal de la explotación de petróleo por el Estado. ADN Sur. Recuperado el 10/03/2014 de: <http://www.adnsur.com.ar/informes/primer-marco-legal/index.php>.

¹¹SANCHEZ, A. (2010) Ley 7059: El primer marco legal de la explotación de petróleo por el Estado. ADN Sur. Recuperado el 10/03/2014 de: <http://www.adnsur.com.ar/informes/primer-marco-legal/index.php>.

exploración, explotación y comercialización(Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

Así inicia un proceso de estatización, cuyo resultado en 1922 fue la creación por decreto, de la empresa YPF (Yacimientos Petrolíferos Fiscales), primera empresa petrolera estatal de occidente¹². No obstante se continuaron otorgando permisos a compañías extranjeras. De allí la tensión no fue entre explotación estatal o privada, sino entre estatal y privada nacional o privada extranjera.

Bajo la presidencia de Marcelo T. de Alvear, se decretaron nuevas condiciones para solicitar exploraciones y se extendió la reserva estatal para bloquear la expansión privada (GADANO, N., 2006. Pág. 709).

Durante su segundo mandato, Yrigoyen fue depuesto y tomó la presidencia José Félix Uriburu (1930). En un contexto de crisis económica mundial, el Congreso aprobó un nuevo reglamento de YPF, que le otorgó el control sobre la exploración, explotación, transporte, refinación y comercialización del petróleo y sus derivados.

1.1.c. Década del '30 control del Estado sobre el petróleo.

En 1935 bajo el gobierno de Agustín P. Justo, se aprobó una ley que estableció el derecho sobre los yacimientos según su ubicación (federales o provinciales)¹³. Se asignó el dominio compartido de los recursos y se pagaron regalías a todas las concesiones. La explotación podía ser privada, pública o mixta. En definitiva el Estado podía controlar el petróleo argentino. Pero las ventajas seguían siendo para empresas extranjeras que dominaban la comercialización (GADANO, N., 2006. Pág. 710 y ss).

Durante la década del '30, YPF fue líder en producción de crudo. Las empresas privadas lo importaban y refinaban en el país, por ello Justo le otorgó a YPF el control de las importaciones de petróleo. Fue una etapa de gran esplendor para la empresa. Daban importancia a encontrar nuevos yacimientos y aumentar la producción para lograr el autoabastecimiento (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

¹²SOLANAS, P. (2010/12/20). Errores de la política petrolera. La Nación, pp.25.

¹³AZARETTO, R. (2012/08/07). El presidente Justo y el esplendor de YPF. Los Andes. Recuperado el 12.03.2014 de <http://www.losandes.com.ar/notas/2012/8/7/presidente-justo-esplendor-659266.asp>.

Ya en ese entonces se hablaba de esta palabra que fue y sigue siendo el mayor anhelo de la mayoría de los gobiernos posteriores, aunque el modo de intentar alcanzarlo ha sido muy diferente.

1.1.d. Descapitalización de YPF, creación Gas del Estado, y la nueva constitución.

En los gobiernos de Roberto M. Ortiz y Ramón S. Castillo, transcurridos durante la Segunda guerra Mundial, se alteraron los planes de crecimiento de la Argentina, ya que se había restringido el comercio internacional del combustible. YPF había llegado al máximo de su capacidad operativa, pero se había descapitalizado por las políticas de expansión. Así en el año 1942 se declaró la emergencia (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

El 5 de Marzo de 1945, bajo la presidencia de Edelmiro Farrell, se expropió la compañía de Gas de capital Británico que abastecía Buenos Aires. Se decretó la nacionalización del gas, creándose GAS DEL ESTADO, empresa clave para alcanzar la independencia energética. YPF se hizo cargo del servicio¹⁴. Y el 1 de Enero de 1946, se creó por decreto, la Dirección Nacional de Gas del Estado¹⁵. Este acontecimiento fue el primer antecedente de expropiación de empresas hidrocarburíferas en nuestro país.

Luego del gobierno de Farrell, asume ese mismo año, Juan Domingo Perón. En su gobierno continuaron las empresas estatales, pero la explotación prácticamente estuvo a cargo de empresas extranjeras. No cambió la estructura interna de la política petrolera. Pronto comenzó una etapa de inestabilidad. Julio V. Canessa, por entonces presidente de YPF, estuvo a favor de conseguir activos de empresas transnacionales. En esa época, marcó a la empresa una fuerte presencia del sindicalismo. En ese contexto, en 1948 aumentaron los gastos en empleados, subieron los insumos y no se alcanzó a cubrir con los costos de producción, lo que dio como resultado un saldo deficitario para la empresa.

En 1949 se dictó una nueva Constitución y el avance más importante fue la incorporación del artículo 40 donde se estableció que “los yacimientos eran propiedad

¹⁴Fuente: Página web Cámaras de Empresas Argentinas de Gas Licuado (s.f.). Historia del sector. Recuperado el 16/02/2014 de <http://www.cegla.org.ar/es/la-camara/historia-del-sector/>.

¹⁵Pérgola, Federico; *Breve historia del gas en la Argentina*; revista Historia; tomo 26, (101); pp. 38-63.

imprescriptible e inalienable de la Nación”¹⁶. Se nacionalizaron los servicios públicos, los cuales no podrían ser enajenados jamás. No obstante ello, Perón fracasó en su intento nacionalista de lograr el desarrollo de la industria petrolera, por la masiva incorporación de capital extranjero (Gadano, N., 2006).

Así, nuestra YPF siguió descapitalizada y no pudo satisfacer la demanda de combustible. A esto se sumó la falta de divisas y el aumento de importación de crudo, que arrojaron como consecuencia, medidas de racionamiento. Esto limitó las posibilidades de negociación (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

Para 1950, el petróleo ocupaba un lugar central en la agenda política. Desde la Nación se dio paso a la inversión privada que incluyó al capital extranjero. El petróleo siguió siendo de YPF, pero el hallazgo y extracción estuvo a cargo de las compañías privadas.

En el año 1953 Perón negocia con Estados Unidos el financiamiento de la producción. Quería atraer inversión externa para que ingresaran dólares al país. Fue una época contradictoria. No debe olvidarse que si bien Perón impulsó el nacionalismo de los hidrocarburos, con un dominio absoluto del Estado Federal y un monopolio sobre los recursos, se vio en la necesidad de buscar otra alternativa, que sumara a las empresas extranjeras, cuyas concesiones tenían prohibidas. Así, incorporó capital extranjero, a través de contratos directamente entre éstas y la empresa YPF (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

Tal como explicó Nicolás Gadano, et.al. (2008), el lema fue el autoabastecimiento como prioridad nacional, sea con capital extranjero o no, lo que contrastó fuertemente con su política nacionalista.

En 1955 se firma finalmente un acuerdo con la Standard Oil, que no se llevó a cabo por el fuerte rechazo de la oposición, que contó con el apoyo de los partidos Unión Cívica Radical, el Partido Socialista, el comunista e incluso algún sector del peronismo (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

¹⁶Art. 40 Constitución Nacional de 1949, Derogada por Proclama del 27 de abril de 1956 (ADLA, T.XVI-A, pág.1).

Más tarde Perón fue depuesto y asumió la presidencia Eduardo Lonardi, quien fue reemplazado a los dos meses por Pedro Aramburu.

En ese entonces, la economía argentina sufrió dos grandes problemas: un estrangulamiento externo y una fuerte inflación. Así se firmó el primer acuerdo con el Fondo Monetario Internacional para conseguir financiamiento. Por otra parte, la convención constituyente derogó la constitución de 1949 y además se otorgó el derecho sobre el subsuelo a las Provincias entregando la propiedad sobre áreas de explotación de hidrocarburos, a YPF(Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

1.1.e. A. Frondizi, la Ley de Hidrocarburos y los sucesivos gobiernos militares.

Bajo el gobierno de Arturo Frondizi se impulsó la Ley Nacional de Hidrocarburos¹⁷. Mediante ella, la propiedad del petróleo pertenecía al Estado Nacional¹⁸ y los contratos no eran concesiones, recordemos prohibidas, sino contratos de servicios. Por ello imperó un programa de incorporación masiva de empresas privadas nacionales y extranjeras a la industria local, que autorizaron a las empresas a introducir todo el material necesario para la explotación petrolera sin pagar impuestos. Se buscó el autoabastecimiento pero, con el aporte de capitales privados, lo cual marcaba también, una contradicción por lo dicho en sus discursos netamente estatistas. Por primera vez se había alcanzado la meta del autoabastecimiento. La política social, laboral y petrolera del país durante su mandato estuvo fuertemente cuestionada y su gobierno sufrió grandes manifestaciones y huelgas(Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

La carga impositiva fue abonada por YPF, y el reintegro de las inversiones y las ganancias de las empresas, fueron girados al exterior con absoluta libertad. YPF, por su parte, se había comprometido a comprarles todo el petróleo que extrajeran. El convenio aumentó notablemente el déficit¹⁹.

¹⁷ Ley 14.733 de Hidrocarburos. B.O. 13.11.58, Modificada por Ley 17.319, B.O. 23.06.67.

¹⁸ Art. 1 Ley 14.733 de Hidrocarburos. B.O. 13.11.58, sustituido por Art. 1 de la Ley 17.319, B.O. 23.06.67.

¹⁹ PIGNA, F. (s.f.) Arturo Frondizi, El historiador. Recuperado el 08.03.2014 de: <http://www.elhistoriador.com.ar/biografias/f/frondizi.php>.

En 1962, Frondizi fue depuesto por un golpe militar. Bajo el nuevo mandato de José María Guido, se reflejó un gran deterioro de YPF y un predominio de capitales extranjeros.

En 1963 asume la presidencia Arturo Illia. En materia petrolera anuló los contratos celebrados durante el gobierno de Frondizi. Prima la autonomía por sobre el abastecimiento. El gobierno celebra acuerdos extrajudiciales con las empresas extranjeras para que se retiren del país. Esto generó que la producción se estanque. Durante su gobierno la actividad petrolera cayó notablemente. Illia fue derrocado también, por un golpe militar (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

En 1966, asume Juan Carlos Onganía. En el año 1967, se sancionó la Ley 17.319, en la cual se reconocieron los yacimientos de hidrocarburos, como pertenecientes al Estado Nacional²⁰. Sin embargo se pagaban regalías a las provincias y se otorgaban permisos al sector privado en materia de exploración y explotación, lo que generó una ola de corrupción entre estas empresas. Durante este gobierno se produce una gran caída de las reservas.

En el año 1970 Onganía fue depuesto. Tomó la presidencia Roberto Levingston. Fue un corto año, con una política petrolera nacionalista, en la cual YPF tuvo el monopolio de la importación de hidrocarburos. Levingston fue depuesto por Alejandro Lanusse en el año 1971.

En 1973, asume Héctor José Cámpora, reemplazado a los pocos meses por Raúl Alberto Lastiri.

Ese mismo año asume la presidencia nuevamente Juan Domingo Perón. Con él se inicia un plan de estabilización. En un contexto de recesión global, aumentó el precio de importación, por lo cual se había generado una crisis energética a nivel mundial.

En el año 1974 muere Perón y asume la presidencia María Estela Martínez de Perón. Isabelita decretó la nacionalización de las bocas de expendio de combustible, otorgando el monopolio a YPF, aunque la competencia, Shell y Esso, vendían su producción a

²⁰Art. 1 Ley N° 17.319, modificado por Ley 24.145, modificada por Ley 26.197 B.O. 03.01.2007.

YPF, por lo que fue un cambio de carteles en las estaciones de servicio. Con una fuerte devaluación y una inflación imparable, llega una mala etapa para la empresa estatal. Disminuyó la perforación de pozos, en el marco de una empresa con muchos empleados y mucha corrupción (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

En 1976 un nuevo golpe militar liderado por Jorge Rafael Videla termina con el gobierno de Isabelita. En materia petrolera se favorecieron las empresas de capital extranjero a las cuales se devolvió el control sobre las refinerías y estaciones de servicios. Se consolida un periodo de desnacionalización. Se firmaron contratos con empresas extranjeras y nacionales. El sector energético estaba en crisis nuevamente.

En 1977 convierten a YPF en sociedad del Estado. Su objetivo fue lograr mayor independencia comercial y financiera para que pudiera competir con las privadas. Pese a esto YPF se descapitalizaba y el Banco Central de la República Argentina obligó a YPF y a Gas del Estado, a endeudarse en moneda extranjera. El gobierno de ese entonces utilizó a YPF para endeudarse en el exterior, ingresar dólares al país y aumentar las reservas. En la práctica, ese préstamo nunca llegó a dichas empresas, ya que fue utilizado por el entonces Ministro de Economía Martínez de Hoz para insertarlo en el mercado. Estas medidas marcaron también, una época de corrupción, donde YPF fue nuevamente utilizada para conseguir divisas y financiamiento externo, pero para beneficio exclusivo del gobierno de ese entonces.

En 1981 Videla fue sucedido por Roberto E. Viola. La gran crisis económica y las fuertes devaluaciones destruyeron la situación patrimonial de YPF. Viola fue reemplazado el año siguiente por Leopoldo F. Galtieri. En un contexto de guerra, (Malvinas), YPF fue el proveedor de combustible. La compañía sufrió nuevos deterioros y padeció un fuerte déficit operativo. Tras la derrota, Galtieri renuncia y asume Reynaldo B. Bignone.

1.1.f. Retorno de la democracia: Proceso de salvataje y recapitalización de YPF.

Luego de los sucesivos gobiernos de facto, en 1983 vuelve la democracia a la Argentina, en manos de Raúl R. Alfonsín. Durante su gobierno se renegociaron contratos hechos en la dictadura. Se inició un proceso de salvataje y recapitalización de

la empresa YPF, a través de un sistema de desregulación del mercado en materia petrolera. En ese intento, en los años posteriores el gobierno incorporó una serie de planes como, el plan Houston, Austral o el Petroplan, para conseguir capital privado extranjero y atraer inversiones. Estos planes si bien parecían exitosos, no pudieron llevarse a cabo debido al fuerte rechazo de la oposición y la crisis económica que atravesaba el país (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

1.1.g. Carlos Menem y las privatizaciones: Transformación de YPF en Sociedad Anónima.

A partir de la llegada al gobierno del presidente Carlos S. Menem, en 1989, se inició una época de cambios radicales en la política petrolera. Tal como relata Félix Herrero²¹, en una entrevista otorgada al canal encuentro, el período de empresas hidrocarburíferas del estado y de políticas nacionalistas en su mayoría, se transformaron en el no respeto del petróleo como bien esencial, ni estratégico del Estado y en el no respeto a la soberanía que durante tantos años se le había otorgado. Este cambio de escenario no fue nada fácil, ya que contradecía la concepción estatal de hidrocarburos mantenida prácticamente desde sus orígenes.

En medio de una crisis inflacionaria se dieron grandes reformas tales como, privatizaciones, desregulación en las políticas petroleras, fomento a la participación de empresas privadas en el país, levantamiento de barreras arancelarias y la apertura de los mercados de bienes y servicios. En el Congreso se sancionaron leyes de emergencia económica y la posterior reforma del Estado impactó directamente en la industria del petróleo.

Tal como relata Félix Herrero et.al. (2008), comenzó a gestarse la idea de desprenderse de activos públicos bajo el argumento de que YPF era ineficiente y que era la única empresa petrolera que daba pérdidas. Esto no era así, tenía una inversión social importantísima como todas las petroleras del mundo. Así, se sucedieron tres etapas a diferenciarse.

²¹Entrevista realizada a Félix Herrero, por Dario Grandinetti, para el documental “Historia del Petróleo Argentino” (Canal ENCUESTRO), en 2008.

En la primera, se dejó avanzar al sector privado. Por decreto el presidente de entonces convierte a la YPF estatal de tantos años, en una Sociedad Anónima²².

En la segunda, se dividieron y privatizaron algunos de los grandes yacimientos de YPF, a través una ley, que cambió definitivamente la política petrolera y el funcionamiento de la empresa YPF. La Ley 24.145²³ provincializó los recursos hidrocarburíferos y privatizó los activos y acciones de YPF S.A. También se otorgaron concesiones en el marco de la ley 17.319 a la empresa privada Repsol –YPF S.A., a través de un contrato entre dicha compañía y el Estado Nacional. La nueva empresa pasó a cotizar en bolsa. Aquí los contratos de servicio de épocas anteriores, comenzaron a convertirse en contratos de explotación. La renegociación se realizó fuera de Y.P.F., sólo entre funcionarios del gobierno y representantes de las empresas privadas. Todo el proceso estuvo salpicado de sospechas de corrupción y favoritismos (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008). En tal sentido, la ley referida estableció expresamente, “los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan”²⁴. Al transferirse el dominio a las provincias, se restó poder sobre los hidrocarburos al Estado Nacional. Tema que no tardó en hacer eco, debido a su gran poder en la economía.

Y en la tercera, se privatizó el total de la empresa YPF. En el año 1997 la mayoría de la producción se exportaba. Las inversiones de las empresas privadas giraban en torno a las exportaciones y no a la exploración de nuevas áreas o de cuidado de las reservas. El control del estado en esta época fue pobre. En ese contexto, el Estado Nacional decidió vender las acciones que tenía de YPF. El único oferente fue Repsol, que pasó a convertirse prácticamente en la única accionista. “A fines de los ‘90, la industria petrolera argentina estaba completamente privatizada y en manos extranjeras” (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

Por su parte, otra gran empresa del Estado Nacional fue alcanzada por esta ola de privatizaciones, “Gas del Estado”, luego de una bochornosa sesión en la legislatura nacional, cuyo proyecto se aprobó por el voto de un diputado trucho. Dicha

²²Art. 1, Decreto 2778. Modifica el estatuto de YPF S.A., B.O. 31/12/1990

²³Art. 1 Ley N° 24.145, modificada por Ley 26.197 B.O. 03/01/2007.

²⁴Art. 6 Ley N° 17.319 modificada por Ley 24.145, modificada por Ley 26.197 B.O. 03/01/2007.

privatización fue considerada por muchos autores y doctrinarios como inconstitucional, pero la historia nos muestra que nunca se decretó, ni se juzgó, habiendo sido una transgresión a las normas, las garantías y los procesos preestablecidos. En este proceso primaron los intereses privados de la época por sobre el respeto a la ley suprema. “Con el ciclo de estas privatizaciones, el Estado argentino entregó el control de sus recursos energéticos. Esta política ocasionó graves consecuencias a la economía nacional” (Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro, 2008).

1.1.h. Crisis del 2001, y el posterior periodo de estabilización.

En el año 1999 asume la presidencia del país Fernando De La Rúa. Sin grandes cambios en materia petrolera, la Argentina fue golpeada por una de las peores crisis de su historia. Renuncia De La Rúa, se suceden una serie de presidentes (Ramón Puerta, Adolfo Rodríguez Saa, Eduardo Camaño), hasta que finalmente asume Eduardo Duhalde, en el 2002, quien concluyó su mandato en el 2003. Durante el gobierno de Néstor Kirchner(2003-2007) la legislación en materia de hidrocarburos tampoco tuvo modificaciones. Aunque vale destacar, que se creó la empresa ENARSA (Energía Argentina Sociedad Anónima). Su misión es la “exploración y explotación de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, continentales y costa afuera, así como su transporte, almacenaje, distribución, comercialización e industrialización de estos productos y sus derivados”²⁵. Es la empresa que negocia con Bolivia la importación de gas, todo pasa por allí.

1.1.i. Cristina Fernández de Kirchner: Expropiación del 51% de las acciones de YPF.

Debido a los problemas de abastecimiento que comenzaron a notarse en nuestro país, el 5 de Enero del año 2007, se sancionó la Ley 26.197, que reafirmó la pertenencia de los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, situados en la República Argentina y su plataforma continental, al patrimonio del Estado Nacional y al de los Estados Provinciales, según el ámbito territorial en el que se encontraran²⁶.

Ese mismo año asume la presidencia Cristina Fernández de Kirchner. En esta época, comenzó un período de problemas energéticos y de falta de autoabastecimiento. Por

²⁵Recuperado el 28.09.13 de <http://www.enarsa.com.ar>.

²⁶Art. 1, Ley 26.197, Sustituyó el artículo 1 de la Ley 17.319, modificado por el artículo 1 de la Ley 24.145.B.O. 03/01/07

estas razones, el Estado Nacional decidió de manera indefectible, recuperar el control sobre la explotación de los hidrocarburos, en manos hasta entonces, de empresas privadas, buscando consensos para recuperar aquella YPF nacional, creada en Argentina por argentinos. Implicaría otro cambio radical en la historia del petróleo argentino.

Así fue como finalmente, el 03 de Mayo de 2012 se aprobó en el Congreso de la Nación la Ley 26.741²⁷, que declaró de Interés Público Nacional el logro del autoabastecimiento de Hidrocarburos; y de utilidad pública, y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF S.A. y Repsol- YPF Gas S.A.

La nueva YPF, en Julio de 2013, celebró un acuerdo con la empresa estadounidense Chevron, para explotar el Yacimiento descubierto por Repsol-YPF en 2011, llamado Vaca Muerta. Si bien el discurso fue nacionalista, como en otros períodos, también comenzaron a perfilarse contratos con empresas extranjeras para operar en nuestro país.

²⁷Ley N° 26.741.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. B.O. 07/05/2012.

Capítulo 2: La Expropiación en el Derecho Argentino.





2.1. Concepto. Marco regulatorio.

La expropiación es la “privación singular y de carácter permanente de la propiedad por razones de interés público, mediante el pago de una indemnización. Afecta el derecho de propiedad y el de igualdad porque la expropiación es un sacrificio individual y no general”²⁸.

Se encuentra amparada en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, y en el artículo 2.511 del Código Civil.

A su vez, el proceso de expropiación, está regulado en la Ley de Expropiaciones N° 21.499. Estos tres cuerpos legales, parten de la premisa que la expropiación debe llevarse a cabo por una ley que declare como causa la utilidad pública, previa desposesión y una justa indemnización.

A partir de ello se desarrollarán a continuación, los aspectos primordiales de cada uno de ellos.

2.2. Requisitos en el marco de la Constitución Nacional y del Código Civil.

Los requisitos para llevar adelante una expropiación son, la declaración por ley de utilidad pública y el pago de una indemnización previa y justa.

Se encuentran plasmados en la Constitución Nacional. La misma refiere a que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de usar y disponer su propiedad (Art. 14 Constitución Nacional). A su vez, se establece como límite a la inviolabilidad de la propiedad, la expropiación por causa de utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada (Art. 17 Constitución Nacional).

También, encuentra recepción como mencionáramos, en el Código Civil. El mismo establece que: “Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización. Se entiende por justa

²⁸BALBIN, F. (2011), “La protección de las inversiones extranjeras y la expropiación de Aerolíneas Argentinas S.A”. *Ámbito Jurídico*. Recuperado el 28.09.13 de http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14142&revista_caderno=16.

indemnización, no solo el pago del valor real de la cosa, sino también el perjuicio directo que le venga de la privación de su propiedad“(Art. 2.511, Código Civil).

2.3. Ley Nacional de Expropiaciones (N°21.499)

En esta sección, el fin no es hacer una descripción minuciosa de toda la ley, sino explicar los aspectos más importantes y señalar, cuales son las etapas que deben suscitarse en los procesos de expropiación, en nuestro país. De este modo, en los capítulos siguientes podremos analizar y contrastar, la conducta del Estado, con la forma y los procedimientos preestablecidos.

Dando comienzo, podemos apreciar que, el proceso de expropiación se encuentra regulado por la Ley de Expropiaciones N° 21.499. La misma establece el mecanismo para declarar dicho instituto y sus requisitos.

En su artículo primero califica a la utilidad pública como el fundamento legal para la expropiación, comprendiendo todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual²⁹.

En cuanto a la legitimación activa, están facultados a expropiar, el Estado Nacional, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, las entidades autárquicas nacionales, las empresas del Estado Nacional, expresamente facultadas para ello por sus respectivas leyes orgánicas o por leyes especiales y los particulares, cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley³⁰.

Y podrá promoverse contra cualquier clase de persona, ya sea de carácter público o privado (Legitimación Pasiva)³¹.

En cuanto a los objetos expropiables, se encuentran todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la “utilidad pública”, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado y sean cosas o no³².

Por la importancia de su contenido, respecto a los bienes que pueden ser susceptibles de expropiarse, transcribiremos el artículo 5 a continuación:

²⁹Art. 1 Ley N° 21.499, B.O. 21.01.1977.

³⁰Art. 2 Ley N° 21.499, B.O. 21.01.1977.

³¹Art. 3 Ley N° 21.499, B.O. 21.01.1977.

³²Art. 4 Ley N° 21.499, B.O. 21.01.1977.

La expropiación se referirá específicamente a bienes determinados. También podrá referirse genéricamente a los bienes que sean necesarios para la construcción de una obra o la ejecución de un plan o proyecto; en tal caso la declaración de utilidad pública se hará en base a informes técnicos referidos a planos descriptivos, análisis de costos u otros elementos que fundamenten los planes y programas a concretarse, mediante la expropiación de los bienes de que se trate, debiendo surgir la directa vinculación o conexión de los bienes a expropiar con la obra, plan o proyecto a realizar. En caso de que la declaración genérica de utilidad pública se refiriese a inmuebles, deberán determinarse, además, las distintas zonas, de modo que a falta de individualización de cada propiedad queden especificadas las áreas afectadas por la expresada declaración³³.

En cuanto a la indemnización, es importante conocer qué aspectos la componen, de acuerdo a los objetos expropiables. Según la Ley de expropiaciones:

Sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización, el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses³⁴.

En cuanto a la forma de pagarse, la ley es muy clara al establecer que se hará en dinero en efectivo, salvo conformidad del expropiado para que dicho pago se efectúe en otra especie de valor (Art. 12, Ley 21.499, B.O. 21.01.1977).

También establece que una vez declarada la utilidad pública de un bien:

El expropiante podrá adquirirlo directamente del propietario, dentro de los valores máximos que estimen a ese efecto el Tribunal de

³³Art. 5, Ley N° 21.499, B.O. 21.01.1977.

³⁴Art. 10, Ley 21.499, B.O. 21.01.1977.

Tasaciones de la Nación para los bienes inmuebles, o las oficinas técnicas competentes que en cada caso se designarán, para los bienes que no sean inmuebles. Tratándose de inmuebles el valor máximo estimado será incrementado automáticamente y por todo concepto, en un diez por ciento”³⁵.

También se prescribe que, en caso de no llegarse a un avenimiento, la cuestión debe suscitarse en instancia judicial, promoviendo el sujeto expropiante, la acción judicial de expropiación³⁶.

En la ley se prevé la acción de expropiación irregular que ocurre cuando existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización, o cuando una cosa mueble o inmueble resulta indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales, o cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad.

Por último explicaremos el instituto de la ocupación temporánea, que será de gran utilidad a lo largo del presente trabajo. Dicho instituto puede aplicarse cuando por razones de utilidad pública fuese necesario el uso transitorio de un bien o cosa determinados, o de una universalidad de ellos³⁷.

Las causas pueden responder a una necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita, o a una necesidad normal no inminente.

La anormal, “puede ser dispuesta directamente por la autoridad administrativa, y no dará lugar a indemnización alguna, salvo la reparación de los daños o deterioros que se causaren a la cosa o el pago de daños y perjuicios debidos por el uso posterior de la cosa en menesteres ajenos a los que estrictamente determinaron su ocupación(Art. 59 Ley N° 21.499, B.O. 21.01.1977). El máximo es de 2 años.

³⁵Art. 13 Ley N° 21.499 B.O. 21.01.1977.

³⁶Art. 18 Ley N° 21.499, B.O. 21.01.1977.

³⁷Art. 57 Ley N° 21.499, B.O. 21.01.1977.

La normal previa declaración legal de utilidad pública, “podrá establecerse por avenimiento; de lo contrario deberá ser dispuesta por la autoridad judicial a requerimiento de la Administración Pública”(Art. 61 Ley N° 21.499 B.O. 21.01.1977).Esta si trae aparejada la indemnización.

Es importante destacar que en todos los casos el bien ocupado no podrá tener otro destino del cual se derivó su ocupación(Art. 63 Ley N° 21.499 B.O. 21.01.1977).

2.4. Los actos discrecionales del Estado y su control judicial.

La finalidad esencial de la Administración es la de “constituir una actividad servicial o vicarial para la realización del interés público o bien común (DELPIAZZO, Carlos E, 2001, p. 42, 75 y ss. y 88 y ss.).

En base a ello, uno de los principios generales del derecho refiere a que “toda privación de la propiedad solo puede llevarse a cabo mediante ley declarativa de utilidad pública” (CASSAGNE. J.C., 2007, Pág. 166). Estos principios son medios de protección tendientes a impedir las arbitrariedades de los poderes públicos y además “operan como límites al poder reglamentario por parte de la administración, pues integran el bloque de legitimidad que forma parte del orden público administrativo” (CASSAGNE. J.C., 2007, Pág. 163). No debemos olvidar que se afecta la propiedad de un determinado bien o bienes, cuyo derecho antes de la expropiación era perpetuo para el sujeto expropiado.

Para comprender lo antedicho, es necesario aclarar que la Administración Pública, a través de sus órganos, tiene la facultad de expropiar, mediante los llamados actos discrecionales o soberanos del Estado. Por ello, la utilidad pública justifica la expropiación, y sirve como garantía a la propiedad privada, que solo puede restringirse por el bienestar general. Pero, dicho proceso, debe llevarse a cabo mediante el estricto cumplimiento de las formas y procedimientos, rigurosamente establecidos en nuestra legislación, en base a las facultades reglamentadas de la Administración.No se discute entonces, el carácter legal de la expropiación.

A pesar de lo antedicho, la utilización de estos mecanismos en muchas ocasiones ha sido pasible de conductas arbitrarias y discriminatorias por parte del Estado. Conductas,

no amparadas por ningún sistema jurídico del mundo. Por ello es importante conocer las posiciones doctrinarias acerca de si tales actos pueden ser revisados judicialmente. Así encontramos la postura de Juan Carlos Cassagne, quien establece que:

En la mayor parte de los sistemas americanos se prescribe la supremacía de la Constitución en un marco de equilibrio de poderes sin prevalencia de unos sobre otros, lo cual ha hecho posible el desarrollo tanto de las potestades discrecionales de la Administración como del control judicial sobre la razonabilidad de su ejercicio. De ese modo, el sistema jurídico, apoyado en un basamento constitucional superior, adquiere una mayor estabilidad.

Pero, para evitar abusos y mantener el equilibrio de frenos y contrapesos que entraña la división de poderes, ha de haber un poder (en sentido orgánico) que controle el ejercicio de la actividad administrativa, ya sea que se exprese a través de una declaración de cognición o volitiva, de opinión o juicio³⁸.

En nuestro sistema constitucional, “esa función no la puede cumplir, en el orden federal, otro poder que no sea un poder judicial independiente cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia, verdadero poder de naturaleza política” (VANOSSI, Jorge Reinaldo, 1976, ps. 84-86).

En el derecho argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite que los jueces evalúen y valoren los medios con que cuenta el administrador para adoptar una decisión. Esa función de juzgar a la Administración, que compete a los jueces:

Es plena en el sentido de que no puede haber actos de la Administración que escapen a su control, aún los de naturaleza política. De lo contrario, la balanza de poderes se inclinaría a favor del Ejecutivo al ejercer una porción del poder con franquía absoluta, exenta de control judicial. Resulta evidente, por cierto, que una

³⁸ CASSAGNE, J.C. (03.09.2008), “La Discrecionalidad Administrativa”. [Versión Electrónica]. Recuperado el 10.05.2014, de <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>.

posición institucional de tal naturaleza no enfrentaría obstáculo alguno para dictar actos arbitrarios en detrimento de la libertad y demás derechos de los ciudadanos.

El ejercicio de esta potestad se encuentra limitado por principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico, en particular, por la prohibición de arbitrariedad (que comprende la irrazonabilidad en sentido estricto), y por los demás principios generales del derecho. Los poderes discrecionales de la Administración no se hallan fuera de la ley ni del derecho ni tampoco están exentos del control judicial.

La prohibición o interdicción de la arbitrariedad actúa como límite negativo, racional y objetivo que acota el ejercicio de los poderes discrecionales. Los principios que derivan de la división de poderes y de la tutela judicial efectiva reclaman que cuando se transgreda la prohibición de arbitrariedad, los jueces poseen competencia para enjuiciar el respectivo acto, contrato o reglamento administrativo.

De ese modo, la facultad de elección en que básicamente radica la discrecionalidad opera siempre dentro de la Constitución y de los principios que la nutren, cuya esencia radica en no transgredir la prohibición de arbitrariedad o irracionalidad.

El ejercicio del poder discrecional se encuentra condicionado a su compatibilidad con las garantías, derechos y principios constitucionales³⁹.

Si bien esas decisiones las adopta la Administración al ejercer la actividad discrecional, deberán ser siempre razonables.

La razonabilidad, como estándar de control, es una exigencia que debe cumplir el acto administrativo con fundamento en el art. 28 de la C.N. y en el art. 7 de la L.N.P.A.

³⁹ CASSAGNE, J.C. (03.09.2008), “La Discrecionalidad Administrativa”. [Versión Electrónica]. Recuperado el 10.05.2014, de <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>.

Siguiendo a GELLI, María Angélica, (“El caso Smith”, L.L., 2002-B-790), en nuestro sistema jurídico se utilizan dos mecanismos de control de la razonabilidad: el control de adecuación entre medios y fines (que sea idóneo para el cumplimiento de la finalidad). Y el control de proporcionalidad, el cual evalúa que entre el contenido del acto y su finalidad exista dicha relación verificando, que el medio elegido por la autoridad no exceda al fin público perseguido y que no vulnere derechos y garantías constitucionales. Exige la verificación en el caso concreto de que no haya existido para la administración pública la posibilidad de adoptar una medida menos gravosa para los derechos del administrado y que tal decisión, haya sido necesaria para lograr la referida finalidad. Este control es pasible de ser ejercido sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia, locual será analizado específicamente en el Capítulo III.

En ese sentido, también encontramos la postura del Dr. Héctor Pozo Gowlandpara quien:

El derecho administrativo tiene como objeto regular la actividad de la administración pública. Su preocupación es crear mecanismos que permitan una actuación eficiente para satisfacer el interés público, sometida a un sistema de control que equilibre el ejercicio del poder público con la vigencia de los derechos de los administrados. En este contexto el interés público no debe ser un concepto abstracto, carente de contenido concreto; por el contrario, en cada momento debe ser cierto, determinado y reconocible, ya que es el fin que debe guiar la actividad de la administración⁴⁰.

Para este autor, “el Derecho Administrativo se ocupa de especificar las modalidades del ejercicio del poder público a través de la función administrativa y las posibles formas de control, que permitan la vigencia efectiva de los principios constitucionales”⁴¹. Estas decisiones deberán siempre respetar el principio de legalidad

⁴⁰ POZO GOWLAND, H. (2004) “Estudios de Homenaje al Profesor Jesús González Pérez”, autor del capítulo: “Proceso administrativo y control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Recuperado el 30.08.2013 de: http://www.pozogowlandabogados.com.ar/pozo-gowland/id/pt/notas/_21072011055411/155/

⁴¹ POZO GOWLAND, H. (2004) “Estudios de Homenaje al Profesor Jesús González Pérez”, autor del capítulo: “Proceso administrativo y control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Recuperado el

el cual, “brinda el marco y las reglas dentro de las cuales actúa el estado y legitima sus actuaciones⁴²”.

Es importante mencionar también, la opinión de Héctor González Pérez, citado por el autor Pozo Gowland, et.al. (2004), para quien “el procedimiento administrativo (...) es, garantía de que la actuación de la administración va a dirigirse hacia el interés público, y es garantía de un comportamiento ético.

Es por ello que, tal como lo establece Juan Carlos Cassagne,

La prohibición de arbitrariedad configura un límite para el ejercicio de la potestad discrecional, que implica una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta del control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades y en someter a la Administración al derecho. Por ese motivo, la revisión judicial ha de ser amplia y comprender tanto el análisis de las entrañas de los hechos como las cuestiones jurídicas o de derecho⁴³.

Con respecto a ello, en materia de control y manejo de los hidrocarburos en nuestro país, debe mencionarse que luego de dos décadas desde de la decisión del Estado argentino de privatizar YPF, la argentina ha sufrido consecuencias desfavorables en materia de producción, de inversión, de autoabastecimiento, así como también la caída de las reservas de hidrocarburos, en manos de empresas privadas extranjeras. No obstante ello, fue el mismo Estado nacional, responsable de las políticas de control y de permisos y concesiones, otorgadas a dichas empresas, y quien a través de la Ley 26.741⁴⁴ en el año 2012, decidió expropiarsolo el 51% de las acciones de la entonces YPF S.A y Repsol – YPF Gas S.A., por la cual se declaró de Interés Publico Nacional el logro del autoabastecimiento de Hidrocarburos.

30.08.2013 de: http://www.pozogowlandabogados.com.ar/pozo-gowland/id/pt/notas/_21072011055411/155/

⁴²POZO GOWLAND, H. (2004) “Estudios de Homenaje al Profesor Jesús González Pérez”, autor del capítulo: “Proceso administrativo y control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Recuperado el 30.08.2013 de: http://www.pozogowlandabogados.com.ar/pozo-gowland/id/pt/notas/_21072011055411/155/

⁴³ CASSAGNE, J.C., Publicación “*La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*” [Versión Electrónica] (10/09/2008).

⁴⁴ Ley N° 26.741 Yacimientos Petrolíferos Fiscales. B.O. 07/05/2012.

Si bien la decisión de que el autoabastecimiento, la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos vuelvan al patrimonio del Estado, era una deuda pendiente para con todos los argentinos, y la misma es aceptada por la mayoría en forma unánime, su modo, procedimiento y formas de realización han dado lugar a numerosas críticas y cuestionamientos, tanto a nivel nacional como internacional.

Por ello debemos analizar si se han articulado, por un lado, las políticas de control sobre la empresas privada extranjera Repsol, mientras operaba en nuestro país, y las relaciones que en ese entonces mantenía el gobierno con dicha empresa, con los fundamentos luego expuestos para proceder, primero a su intervención, y luego a la expropiación y su modo de llevarlo a cabo.

Capítulo 3: Etapas del Proceso de Expropiación del 51% de las acciones de YPF





3.1. Intervención de la empresa YPF a través del Decreto 530/12.

3.1.a. Concepto y requisitos.

Uno de los principios fundamentales que rige en nuestro ordenamiento jurídico es el de división de poderes. Así encontramos, el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Tales poderes “se frenan entre sí, y en su juego armónico se da una garantía contra el abuso de la autoridad”⁴⁵.

Este principio es muy importante ya que, "cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en una misma persona no hay libertad"(MONTESQUIEU, C. L., 1977, Pág. 104).

En tal sentido, el artículo 29 de la Constitución Nacional establece que: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas Provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público"⁴⁶.

Como contrapartida, fueron introducidos con la reforma constitucional de 1994, los Decretos de Necesidad y Urgencia, (en adelante DNU). En el artículo 99 inc. 3, se establece que:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

⁴⁵ BORELLO, R. (2013, Abril), Los Decretos de Necesidad y Urgencia: Requisitos constitucionales y control judicial. Recuperado el 19 de Febrero de 2014 de <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/derechoconstitucional/files/2013/04/Fichas-decretos-necesidad-y-urg.doc>.

⁴⁶ Art. 29 de la Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada. (Ampliada y actualizada). (Ed. 4ª) - Buenos Aires: La Ley, 2008. Tomo I.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (Art. 99, inc. 3, Constitución Nacional).

Conforme lo ha expresado Juan Carlos Cassagne, los requisitos para su validez son:

A. Deben darse circunstancias excepcionales: para que existan razones que justifiquen el dictado de los DNU, deben darse simultáneamente estas situaciones:

a.- Una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis ó situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado o de grave riesgo social. En tal sentido la emisión del acto ha de ser inevitable e imprescindible, y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, sino imposible reparación ulterior.

b.- Una proporción adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento.

c.- La premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios⁴⁷.

B. Que exista imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. “En razón de la restricción con que debe

⁴⁷GONZALEZ UELTZEN, G.M., “*Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma Constitucional de 1994*”, [Versión Electrónica], (1999). Revista Justiniano. Recuperado el 20.11.13, de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/decretos_de_necesidad_y_urgencia.htm.

interpretarse este instituto, ha de tratarse de una imposibilidad funcional. En modo alguno configura esta hipótesis la existencia de razones políticas⁴⁸.

C. En ningún caso los decretos de necesidad y urgencia pueden estar referidos a materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

D. También deben reunirse una serie de requisitos formales.

a.- Los decretos de necesidad y urgencia deben surgir de un acuerdo general de ministros.

b.- Los ministros deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

c.- El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral permanente.

d.- Esta Comisión (en el plazo de 10 días) debe elevarlo al plenario de cada Cámara.

e.- Finalmente, las Cámaras habrán de considerar el despacho de manera inmediata⁴⁹.

Cabe concluir que en el marco de las facultades otorgadas por la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo, éste puede en circunstancias excepcionales, dictar Decretos de Necesidad y Urgencia para emitir disposiciones de carácter legislativo. Sin embargo, esta potestad encuentra su límite en la arbitrariedad. Es allí donde aparece el control judicial sobre dichos actos.

3.1.b.Fundamentos de la Intervención.

⁴⁸GONZALEZ UELTZEN, G.M, “*Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma Constitucional de 1994*”, [Versión Electrónica], (1999). Revista Justiniano. Recuperado el 20.11.13, de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/decretos_de_necesidad_y_urgencia.htm.

⁴⁹GONZALEZ UELTZEN, G.M, “*Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma Constitucional de 1994*”, [Versión Electrónica], (1999). Revista Justiniano. Recuperado el 20.11.13, de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/decretos_de_necesidad_y_urgencia.htm.

El 10 Mayo de 2011, la presidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, anunció públicamente el descubrimiento por parte de la empresa Repsol-YPF, de la Formación Petrolífera Vaca Muerta, situada en Neuquén y Rio Negro. En dicho anuncio, felicitó a la empresa por el hallazgo y por el alto nivel de inversión operado en nuestro país. En su discurso dijo que:

Este petróleo va a permitir seguir sustentando, sosteniendo y promoviendo aún más el desarrollo de los argentinos. Este hallazgo significa un incremento de las reservas de YPF del 28% y de las reservas generales de la Argentina en materia de crudo de un 6% (...) Apuntala el crecimiento de la Argentina y permite entonces que una de las claves en todo proceso de crecimiento que es la inversión (...), tenga precisamente sustento y pueda seguir generando esto que estamos viviendo todos los argentinos. El gran desafío es seguir haciendo hallazgos (...), que deberán ser de carácter de una construcción institucional entre empresarios, trabajadores, con el auspicio del Estado, para que este modelo de crecimiento sea sustentable. A los empresarios les pido que sigan invirtiendo, que sigan apostando por el país, que vamos a seguir sosteniendo las variables macroeconómicas, que vamos a seguir sosteniendo la demanda agregada, que tanto ha impactado⁵⁰.

En Febrero de 2012, la estimación de reservas fue elevada a 22.500 millones de barriles"⁵¹. Vaca Muerta, es uno de los repertorios más grandes del mundo de hidrocarburos no convencionales (significa que para su explotación se requiere de prácticas y tecnologías diferentes a las que se utilizan para la extracción convencional).

Este descubrimiento, despertó el interés del Estado Nacional en recuperar el control de la explotación debido a su gran potencial económico, sin considerar cómo, cuándo, de qué forma, ni lo que se hubiera dicho antes. El argumento fue que traería

⁵⁰ Cristina Fernández de Kirchner, (Abril, 2011). Cadena Nacional. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

⁵¹ PAZOS, P. (2012.07.06), Petróleo en Agua Fresca. Geología, Noticias exactas de la UBA, Recuperado el 08.02.2014, de <http://www.noticias.exactad.uba.ar/el-petroleo-de-agua-fresca>.

independencia energética al país, que se lograría el autoabastecimiento y se atraerían inversiones extranjeras. Así comenzó a perfilarse la idea de re-nacionalización de la empresa YPF.

Según Juan Carlos Cassagne, la nacionalización es "el proceso por el cual el estado toma a su cargo la explotación y los bienes de una empresa privada, asumiendo su titularidad, ya sea por su adquisición o compra del paquete mayoritario de acciones o bien, a través del procedimiento de la expropiación" (CASSAGNE, J.C. 2007, Pág. 362).

En ese marco, Cristina Fernández de Kirchner, ordenó la intervención de la empresa YPF, por treinta (30) días, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 530/12. Los fines fueron, asegurar la continuidad de la empresa, la preservación de sus activos, y de su patrimonio, el abastecimiento de combustibles y garantizar las coberturas de las necesidades del país⁵². Los principales argumentos de dicha intervención fueron:

* Que el país "tenía como una de sus premisas el autoabastecimiento en materia de combustibles"⁵³. El comportamiento de Repsol-YPF implicó para Argentina un fuerte deterioro en términos de la capacidad de autoabastecimiento en dicha materia⁵⁴.

* Que el accionar de Y.P.F. S.A. en los últimos años de su gestión (en manos de Repsol) había disminuido las inversiones, que había caído la producción y se había reducido el horizonte de reservas, comprometiendo la soberanía energética del país. Que el proceder de la empresa se tradujo en el vaciamiento progresivo de la principal empresa de nuestro país⁵⁵.

* Que desde el Estado, se diseñaron programas para incentivar al sector pero que aun así, la oferta de hidrocarburos continuaba con una tendencia decreciente.

⁵² Decreto 530. Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A., apartado n°1.

⁵³ Decreto 530. Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A., apartado n°3.

⁵⁴ Decreto 530. Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A., apartado n°24.

⁵⁵ Decreto 530. Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A., apartado n°7.

* Que la falta de inversiones condujo a una reducción del horizonte de reservas de petróleo y gas. De este último se derivó la obligación de importar dicho combustible, con la consecuente necesidad de financiar esas compras con divisas⁵⁶.

*Que la creciente demanda de importaciones de combustibles implicaba una mayor vulnerabilidad externa y minaba las bases del proceso de crecimiento con inclusión social. Y que las cantidades importadas superaron a partir de mediados de 2010 a las exportadas⁵⁷.

* Que la política de Repsol-YPF implicó que, Argentina experimentara un saldo comercial deficitario en materia de combustibles. Que en consecuencia resultaba imperioso asegurar el abastecimiento para garantizar la cobertura de las necesidades del país⁵⁸.

* Que distintos Gobiernos Provinciales habían presentado caducidades respecto de concesiones otorgadas a YPF S.A., principalmente por no haber cumplido con las inversiones a su cargo⁵⁹.

* Que ante la gravedad de la situación planteada, el Gobierno Nacional remitía al Honorable Congreso de la Nación un proyecto de Ley que propiciaba la declaración de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la declaración de utilidad pública y sujeto a expropiación del CINCUENTA Y UN POR CIENTO (51%) del patrimonio de YPF Sociedad Anónima⁶⁰.

* Por último se estableció que, para asegurar el cumplimiento de dichas medidas resultaba imperioso el dictado de un acto de esta naturaleza, y que resultaba imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, por lo que se dispuso la intervención transitoria de YPF S.A.

⁵⁶ Decreto 530. Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A., apartado n°23.

⁵⁷ Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A., apartado n°24.

⁵⁸ Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A., apartados n°28, 29 y 30.

⁵⁹ Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A., apartado n°31.

⁶⁰ Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A., apartado n°38.

Puede observarse que lo dicho en el discurso oficial luego del hallazgo de la formación Vaca Muerta, no coincide con las razones dadas por la propia presidente en su decreto de intervención. Esta situación será analizada en el apartado 3.1.d.

3.1.c.Control Judicial sobre Decretos de Necesidad y Urgencia.

Los decretos de necesidad y urgencia pueden ser objeto de control parlamentario, pero también de control judicial, especialmente en cuanto a su constitucionalidad.

Con respecto a este último, en un principio la Corte Suprema sostuvo que se trataba de una cuestión política no judicial. Tal postura fue sostenida en el fallo "Rodríguez"⁶¹, donde se había llamado por decreto a licitación para concesionar la explotación de los Aeropuertos, hasta ese entonces administrados por el Estado. La misma resolvió, basándose en la falta de agravio concreto, no realizar un control de constitucionalidad del decreto cuestionado, sosteniendo que es el Congreso, el órgano depositario de la soberanía popular, a quien la Constitución Nacional atribuye una excluyente intervención en lo que hace al control de los decretos de necesidad y urgencia, entendiéndose que tal medida no puede ser interferida por el Poder Judicial⁶². Además expresó que:

En caso de inmiscuirse en la oportunidad y conveniencia del dictado del decreto se corría el riesgo de que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial, que es en el fondo, un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esa función⁶³.

Posteriormente, la Corte sostuvo una postura distinta. Fue en el caso "Verrocchi", donde estableció en relación a los decretos, que se trataba de una cuestión judicial. Las razones fueron que en el caso existía el derecho de un particular concretamente lesionado, ya que se pretendía invalidar un decreto de necesidad y urgencia que vulneraba el derecho a percibir asignaciones familiares. Procedió entonces, a ejercer el

⁶¹Fallo "Rodríguez, Jorge, Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia", CS, diciembre 17-1997.

⁶²Fallo "Rodríguez, Jorge, Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia", CS, diciembre 17-1997.

⁶³Fallo "Rodríguez, Jorge, Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia", CS, diciembre 17-1997.

control de constitucionalidad. En este fallo además se señaló que es atribución del tribunal evaluar el presupuesto fáctico que justifique la adopción de decretos de necesidad y urgencia, no limitándose al control sobre meras cuestiones de forma⁶⁴.

Así fue como en el caso "Risolia de Ocampo"⁶⁵, la Corte (siguiendo la línea trazada en "Verrocchi"), sienta el precedente de ejercer un real y efectivo control de constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia en orden a merituar si el mismo se ajusta a los términos del art. 99 inc. 3 de la Constitución. En el caso se discutió la validez del Decreto 260/97, que (invocando una crisis del sector del transporte de pasajeros) dispuso el pago de indemnizaciones en cuotas⁶⁶. Entre algunos de los argumentos, sobre los que se asentó la declaración de inconstitucionalidad fueron:

a.- En el marco del sistema de separación de las funciones de gobierno (contenido esencial de la forma republicana de gobierno prevista en el art. 1 de la Constitución Nacional) el inc. 3 del art. 99° de la Ley Fundamental prevé el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo bajo condiciones excepcionales y con sujeción a exigencias materiales y formales, correspondiendo al Poder Judicial el control de constitucionalidad de tales condiciones.

b.- La mera existencia de una crisis económica sectorial no justifica el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, si los fundamentos de la norma (tales como la falta de liquidez de las empresas aseguradoras) no configuran las circunstancias excepcionales que determinan la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes.

c.- Tal crisis económica (invocada por el decreto de necesidad y urgencia) podría haber sido conjurada a través de resortes y recursos

⁶⁴GONZALEZ UELTZEN, G.M., "*Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma Constitucional de 1994*", (1999). Revista Justiniano. Recuperado el 20.11.13, de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/decretos_de_necesidad_y_urgencia.htm.

⁶⁵Fallo "Risolia de Ocampo, María J. c/ Rojas, Julio C. y otros" -CS-2 de agosto de 2000; LA LEY 2000-D- pág. 593.

⁶⁶GONZALEZ UELTZEN, G.M., "*Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma Constitucional de 1994*", (1999). Revista Justiniano. Recuperado el 20.11.13, de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/decretos_de_necesidad_y_urgencia.htm.

usuales que dispone el Estado frente a estos casos de exclusivo carácter sectorial.

d.- Uno de los requisitos indispensables para la validez de un decreto de necesidad y urgencia es que tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos.

e.- Corresponde declarar la inconstitucionalidad del Decreto 260/97, pues no cumple con los requisitos de validez exigidos, apartándose de la doctrina establecida con respecto a los decretos de del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional⁶⁷.

Con un criterio establecido del alcance del control judicial sobre los decretos, debemos comprender que la necesidad y urgencia:

Configura lo que en términos de teoría se señalan como conceptos jurídicos indeterminados. Esta teoría, reduce la discrecionalidad administrativa eliminando la arbitrariedad, mediante el sometimiento a control judicial de todo aquello que debe ser juzgado en términos de legalidad o de justicia.

La constitución formal, viene a autorizar los decretos de necesidad y urgencia pero a limitar rigurosamente su aplicación. Habrá pues un proceso subsuntivo al momento del dictado del decreto (...), y por lo tanto el mismo será susceptible de revisión jurisdiccional. Sostener la tesis contraria, (...) implicaría una potestad discrecional del Poder Ejecutivo, que por tanto deviene irrevisable judicialmente. Esto es absurdo y contrario al Estado de Derecho.

El peligroso uso abusivo de los decretos de necesidad y urgencia y la reciente y complaciente orientación jurisprudencial, nos mueve a exigir un enérgico control y freno a su uso, asumiendo tanto el Poder

⁶⁷GONZALEZ UELTZEN, G.M, “*Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma Constitucional de 1994*”, (1999). Revista Justiniano. Recuperado el 20.11.13, de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/decretos_de_necesidad_y_urgencia.htm.

Legislativo el protagonismo constitucionalmente atribuido, como el Poder Judicial, su rol de tribunal de garantías constitucionales⁶⁸.

Según autores como Bidart Campos ó Quiroga Lavié, citados por R. Borello, et.al. (2013), ese control por parte de la Corte, debe ser “amplio y pleno”. Es decir, no solo referirse a aspectos formales, sino abarcar los aspectos que hacen a meritar, si se dieron circunstancias excepcionales, si existió proporción entre el remedio y los males que se pretendían evitar, si fue imposible seguir los trámites ordinarios, si no refiere a normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos y si se ha seguido el trámite formal que exige la Constitución. Esta revisión, opera como límite a las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo.

Recordemos lo expuesto en el Capítulo II, sobre el control judicial sobre los actos discrecionales del Estado, el cual aplica a los decretos. Aclaradas estas cuestiones, en el punto siguiente, se analizará la conducta del Poder Ejecutivo en cuanto al Decreto de intervención de la empresa Repsol-YPF S.A., para comprobar si la misma se adecuó a lo que prescribe nuestra constitución.

3.1.d. Análisis sobre la conducta del Poder Ejecutivo.

El proceso de expropiación, comienza con la intervención a la empresa REPSOL-YPF, mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia⁶⁹, emitido por el Poder Ejecutivo Nacional.

En este proceso, lo que se cuestionó, fue si la intervención a la empresa YPF podía considerarse arbitraria e incluso inconstitucional. Para resolverlo, debemos subsumir dentro de los requisitos explicados ut supra, la conducta del Ejecutivo en dicho proceso, en base a los fundamentos utilizados en el decreto 530/12.

En base a ello, se advierte que:

a) Según nuestra legislación, la intervención al órgano de administración de una empresa, es una facultad que compete a los jueces.

⁶⁸GONZALEZ UELTZEN, G.M, “*Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma Constitucional de 1994*”, (1999). Revista Justiniano. Recuperado el 20.11.13, de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/decretos_de_necesidad_y_urgencia.htm.

⁶⁹ Decreto N° 530. Yacimientos Petrolíferos Fiscales. B.O. 16.04.12.

Es una medida precautoria de carácter grave y excepcional (...) Es concebida como una medida cautelar, regida por la ley 19.550 que va dirigida a la protección de los intereses de la sociedad y los derechos del socio mediante la intromisión o control de un órgano jurisdiccional dentro del órgano social, por un auxiliar del juez (interventor, coadministrador o veedor) restringiendo así el derecho a la libre gestión patrimonial. Su determinación debe resolverse “inaudita parte”, sin que ello implique vedar el derecho de la bilateralidad y, siempre que se comprueben los extremos exigidos para su procedencia⁷⁰.

No obstante, la Constitución Nacional prevé la utilización de los llamados Decretos de Necesidad y Urgencia para situaciones graves y excepcionales (expresado en el apartado 3.1.a.), que le permiten emitir disposiciones de carácter legislativo (Art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional). Tal como mencionáramos en el punto anterior, estos decretos, encuentran su límite en el control judicial por causa de arbitrariedad.

Para el constitucionalista Daniel Sabsay, en una nota al diario Clarín, que ordenar la intervención implicó una “inconstitucionalidad, tanto porque el DNU no puede regular un situación particular, de una empresa, sino también porque sustituye una decisión que debería ser tomada por un juez”⁷¹.

b) El fin fue intervenir la empresa por treinta (30) días. Esto ha generado diferentes posturas.

Para autores como Arístides Corti y Liliana Constante (2012), dicha intervención se amparó en los artículos 2512 del Código Civil, y en la Ley de Expropiaciones (Título IX, arts. 57 y ss.) que regulan el instituto de la ocupación temporánea.

La misma refiere a una “potestad a la autoridad administrativa, por

⁷⁰GRIGONI, R. P. (s.f.), “La intervención judicial de la administración de las sociedades comerciales como recurso de defensa del interés social”, Recuperado el 12 de Marzo de 2014, de <http://www.estudioton.com.ar/congresos/comision%20202/grigoni-intervencion%20judicial.doc>

⁷¹SABSAY, D. (2012.04.18), “Es inconstitucional expropiar sin pago previo, advierten juristas”. Diario La Nación, Recuperado el 04.05.14, de http://www.clarin.com/politica/inconstitucional-expropiar-previo-advierten-juristas_0_684531586.html.

causa de utilidad pública, en caso de necesidad, de ocupar o usar transitoriamente un bien o cosas determinadas, muebles o inmuebles, o bien una universalidad determinada de ellos”, de suerte tal que “este derecho encuentra su justificación en una causa de interés público y se constituye a favor de la autoridad administrativa; por estas razones, el encuadre jurídico correcto es el que corresponde a un derecho real de uso de naturaleza administrativa⁷².

Pero en realidad, esta figura no fue utilizada de acuerdo a la interpretación que nace de la ley. El fundamento radica en que, ocupar temporáneamente significa que el fin sea el uso transitorio de un bien o bienes, y no la adquisición, a través de una expropiación. En este caso, el decreto fue claramente un medio abusivo de ganar tiempo, cuyo fin no era ocupar temporáneamente la empresa Repsol-YPF, sino expropiarla. Esto se susceptible de probarse con el proyecto enviado conjuntamente al congreso, con fines de expropiación, y no de uso transitorio. Esta situación se encuentra expresamente establecida en el Decreto N°530, en su apartado 38⁷³.

c) El decreto no refirió a materia penal, tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos. Por lo tanto, este aspecto no es materia de mayor análisis.

d) En cuanto a las formalidades exigidas, el decreto N°530/12, fue emitido con el acuerdo general de ministros. Posteriormente la Cámara de Diputados de la Nación declaró la validez del mismo, el 23 de Mayo de 2012 y finalmente la Cámara de

⁷²CORTI, A. y CONSTANTE, L. (24/04/12). “Los Aspectos Legales de la expropiación”, Diario Página 12. Recuperado el 13 de Marzo de 2014, de <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-192532-2012-04-24.html>.

⁷³Apartado 38: Que en esta instancia, ante la gravedad de la situación planteada y para solucionar tal problema, el Gobierno Nacional ha dispuesto la remisión al Honorable Congreso de la Nación de un Proyecto de Ley que propicia la declaración de interés público nacional y como objetivo prioritario de la REPUBLICA ARGENTINA el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la 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; así como la declaración de utilidad pública y sujeto a expropiación del CINCUENTA Y UN POR CIENTO (51%) del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa pertenecientes a Repsol YPF S.A., sus controlantes o controladas en forma directa o indirecta.

Senadores también lo validó, el 30 de Mayo, del mismo año. Estas cuestiones tampoco merecen un mayor análisis.

e) Otra cuestión controvertida refiera los requisitos respecto a las circunstancias excepcionales para emitir un DNU y, la imposibilidad funcional de seguir con los trámites ordinarios.

*Conrelación al primero, encunto a la intervención a dicha empresa, no surgen con claridad del decreto, las circunstancias excepcionales exigidas por la Constitución Nacional, en base a que fuera una necesidad que colocara al gobernante ante la decisión extrema de emitir una norma para superar una grave crisis o situación, que afectara la subsistencia y continuidad del estado, o que ocasionare un grave riesgo social. El logro del autoabastecimiento, no puede justificar una situación de estas características, ya que ha sido el mismo anhelo de todos los gobiernos desde el descubrimiento del petróleo y no una situación especial.

Respecto a la disminución de las inversiones y caída del horizonte de reservas, debemos recordar, que Repsol, operó en nuestro país por más de 20 años, incluso durante el primer mandato del gobierno de Cristina Fernández, quién primero asintió a las decisiones y galardonó sus inversiones, (como se explica en la conferencia mencionada en el punto 3.1.b) y que luego intervino, acusándolo de “falta” de inversiones en el país. La situación de YPF, debería haberse discutido en el Congreso de la Nación, debido a que, “la mayoría de las empresas petroleras que operan en la Argentina disminuyeron sus inversiones (...), esto es consecuencia directa de la política energética adoptada por el gobierno desde 2003”⁷⁴ y no por culpa exclusiva de Repsol, como para justificar tal intervención. Si fuera por esas razones, no habría por que discriminar entre una empresa u otra para aplicar dichas medidas. Por ello, encuadrar esta decisión, dentro de las “situaciones excepcionales” exigidas por la ley, con fundamento en evitar una grave crisis o la propia subsistencia del Estado resulta inapropiado.

Vale recordar que el gobierno debía aprobar cada año los balances de YPF, con la opción de hacer las salvedades que fueran necesarias con respecto a ellos, en el marco de controlar su actuación en nuestro país. Sin embargo, fue el propio gobierno quien por

⁷⁴(s.d.), “YPF una confiscación, no una expropiación” (Abril 2012). Diario La Nación. Recuperado el 12 de Abril de 2014, de <http://www.lanacion.com.ar/1466963-cont-ypf-confiscacion-y-no-expropiacion>.

ejemplo, en 2009 y 2010, aprobó los balances anuales de YPF, exigidos por la ley⁷⁵, en los que se decidió la remisión de utilidades del 255 y del 140%, respectivamente, sin ninguna objeción⁷⁶.

La Senadora Estenssoro el 17 de Abril de 2012, en el plenario de comisiones de Asuntos Constitucionales, de Presupuesto y Hacienda y de Minería, Energía y Combustible, que trataba la expropiación, expresó que “los funcionarios argentinos, avalaron ese vaciamiento y que deberían dar explicaciones ante la justicia (...) En la misma línea, el Senador Ernesto Sanz, durante el mismo plenario, se preguntó si la presidenta sabía o ignoraba de ese vaciamiento”⁷⁷.

Por lo tanto sí, el Estado acusa a Repsol de vaciar las reservas y de una fuga excesiva de divisas, necesariamente debería haber reconocido su responsabilidad por la falta de control sobre la misma durante esos años, actuando en su consecuencia. Quedando en evidencia el incumplimiento del fin último de sus actos, cual es el bien común, y de sus deberes como sujeto controlante de la empresa. Esto refleja una gran contradicción en sus actos, y una arbitrariedad manifiesta, no correspondiendo justificar haber intervenido la empresa, en base a hechos avalados por el propio Estado.

Si bien el Poder Ejecutivo, puede como mencionáramos, en circunstancias excepcionales ejercer funciones legislativas, ello no justifica que todas las situaciones políticas convenientes a un gobierno, puedan ser consideradas excepcionales para poder así, emitir los denominados DNU. Según Gastón González Ueltzen:

Ponerle reglas a una situación de excepción significa no otra cosa que limitarla (...). La Constitución Material, hoy nos coloca ante una utilización indiscriminada del decreto o reglamento de necesidad y urgencia, proyectando una imagen desfavorable del mismo. A ello, se

⁷⁵ Decreto 2778/90, Estatuto de YPF, S.A. Título VIII, ARTÍCULO 26. El Ejercicio Social comenzará el 1º de enero de cada año y concluirá el 31 de diciembre del mismo año, a cuya fecha debe confeccionarse el Inventario, el Balance General y la Cuenta de Ganancias y Pérdidas conforme las disposiciones legales en vigencia y normas técnicas en la materia.

⁷⁶ Juzg. Criminal y Correccional Federal N°4, Causa 3518/06, ampliada 13.03.2014. Recuperado el 12 de Marzo de http://elisacarro.org/Elisa/docs/2014/Presentaciones/20140313_Denuncia_Tasacion_YPF.php.

⁷⁷ Sued, G., (2012.04.18), Kicillof: No vamos a pagarles lo que dicen. [*Versión Electrónica*], La Nación. Recuperado el 15 de Abril de 2014, de <http://www.lanacion.com.ar/1465945-kicillof-no-vamos-a-pagarles-lo-que-dicen>.

suma la ausencia de un marco normativo concreto que asegure el control parlamentario pertinente. Bien señala Germán Bidart Campos cuando dice que es la manía del ‘decretismo’ síntoma de una tendencia autoritaria que refuerza con desmesura al sistema presidencialista, y frustra los intentos que con la reforma se hicieron para modelarlo y matizarlo (GONZALEZ UELTZEN, G.M, 1999).

El Poder Ejecutivo, entonces, debe ser muy cuidadoso al respecto, ya que estas disposiciones corresponden al Poder Legislativo, en el marco del proceso de sanción de las leyes, y luego de un amplio debate. La justificación de estos decretos, debe hacerse de manera seria, en protección a uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, cual es el de división de poderes, y su independencia como tales, en equilibrio a la forma democrática y republicana garantizada en nuestra carta magna. Justamente el “Estado de Derecho” exige que a los decretos:

Se los limite a situaciones excepcionales y que tengan su origen en causas ajenas a quienes ostentan el poder, además de someterlos a un estricto control parlamentario y en casos concretos, judicial (...) Quiere decir, la regla es la prohibición bajo nulidad absoluta e insanable. Los decretos de necesidad y urgencia, son una excepción, y como tal la interpretación de la norma, deberá ser restrictiva (...). Las circunstancias excepcionales deben serlo de manera objetiva y realmente tales, de modo de evitar que los decretos de necesidad y urgencia sean excepcionales por el mero voluntarismo del presidente o por su urgencia personal o intereses políticos o conveniencia partidaria (GONZALEZ UELTZEN, G.M, 1999).

* Con relación a la segunda cuestión planteada, la constitución Nacional y la reglamentación legal, dejan abierta la cuestión de determinar cuándo se presenta realmente esa circunstancia excepcional, que torne imposible someter una norma al trámite ordinario de sanción de las leyes y así sustituirlo por un DNU. En base a esto:

El texto es claro y elocuente, a la excepcionalidad, agrega palabras que no toleran tergiversaciones, cuando exige que las circunstancias

hicieran imposible observar el procedimiento legislativo, lo que hace interpretar que esta imposibilidad no debe representar una mera inconveniencia, ni habilita para escoger discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la elaboración más rápida de un decreto (Sansinena Patricia, “El contrato de trabajo”, Pág.11).

La norma establece que sólo en base a una imposibilidad funcional, por parte del congreso para desempeñarse como tal, “se puede utilizar este instrumento de excepción, pero no en el caso de una imposibilidad política por parte del Ejecutivo, de conseguir votos de los representantes del pueblo a favor de una iniciativa legislativa suya” (Sansinena Patricia, “El contrato de trabajo”, Pág.9).

En el presente caso, las razones manifestadas en el decreto por las que se justificó la imposibilidad funcional de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, no fueron concluyentes, ya que los fundamentos de la norma, no configuran circunstancias excepcionales que así lo justifiquen. El proyecto de expropiación fue enviado al congreso y rápidamente aprobado por ambas cámaras. Nada obstaba a solicitar la intervención judicial de la empresa, de ser procedente, y luego expropiar por causa de utilidad pública mediante ley del congreso. Si fuera por esas razones, no habría por qué discriminar entre una empresa u otra para aplicar dichas medidas. Repsol-YPF, no presentaba irregularidades en su funcionamiento, cumplía con sus balances, operaba en el marco de sus atribuciones otorgadas por ley en el marco de las privatizaciones y el contrato celebrado con el Estado Nacional, no había problemas de abastecimiento de combustibles, ni crisis sectorial (la Corte misma establece que ni si quiera tal característica, justifica la necesidad y urgencia de un decreto), ni la importación de gas era causa suficiente, ya que aún a pesar de la expropiación, se sigue importando y de manera creciente. Por lo cual no hay argumento que sostenga tal decisión y encuadrarla dentro de las “situaciones excepcionales” exigidas por la ley, con fundamento en evitar una grave crisis o la propia subsistencia del Estado, resulta inapropiado.

En ese marco, según una nota de la Editorial de la Nación, la decisión anunciada por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, “no sólo violó las formas, sino que fue

ilegal. Semejante medida no debería ni siquiera haber sido defendida por aquellos que estaban a favor de que YPF sea propiedad del Estado argentino”⁷⁸. Tras el anuncio del proyecto expropiador:

Funcionarios de su gobierno se hicieron presentes en la sede de YPF y obligaron a todos los ejecutivos españoles a retirarse del edificio, sin orden judicial. La intervención de la empresa, realizada con antelación al tratamiento parlamentario, es un brutal atropello a los derechos de los accionistas de YPF⁷⁹.

Hay cuestiones de fondo que hacen que esta forma de actuación por parte del Estado “sea incompatible con la seguridad jurídica y la supervivencia de un régimen republicano. Las contradicciones están a la vista. Se duda acerca de que los recursos en manos ahora del Estado, puedan ser administrados correctamente.

Para los ojos del mundo,

Tenemos un gobierno arbitrario y autoritario. La forma (...) ha dañado seriamente la imagen del país, ha reforzado la noción de que, quienes nos gobiernan no respetan la ley (...), y ha aumentado significativamente el costo de financiamiento para cualquier proyecto de inversión en la Argentina⁸⁰.

f) Por último, es importante remarcar, que el problema de los recursos hidrocarburíferos en Argentina, no sólo surgió de la conducta particular del Estado en materia del proceso de expropiación de YPF, sino también en general, por la política energética abordada en nuestro país. Según Nicolás Gadano, especializado en la industria de hidrocarburos, ex economista senior de YPF y autor de Historia del petróleo en la Argentina (presentado en 2006 y reeditado recientemente), en una conversación con El Cronista WE, reflexionó sobre las urgencias del sector energético:

⁷⁸(s.d.), (Abril, 2012), YPF una confiscación, no una expropiación. Diario La Nación. Recuperado el 12 de Abril de 2014, de <http://www.lanacion.com.ar/1466963-cont-y-pf-confiscacion-y-no-expropiacion>.

⁷⁹(s.d.), (Abril, 2012), YPF una confiscación, no una expropiación. Diario La Nación. Recuperado el 12 de Abril de 2014, de <http://www.lanacion.com.ar/1466963-cont-y-pf-confiscacion-y-no-expropiacion>.

⁸⁰(s.d.), (Abril, 2012), YPF una confiscación, no una expropiación. Diario La Nación. Recuperado el 12 de Abril de 2014, de <http://www.lanacion.com.ar/1466963-cont-y-pf-confiscacion-y-no-expropiacion>.

El problema de la Argentina es la política energética y no tanto la propiedad de YPF o cómo se manejó el tema. Se le pone a YPF una gran carga al pedirle que revierta el deterioro de los principales indicadores del sector de hidrocarburos: caída de reservas y producción. La discusión se debería haber dado en un marco global sobre la política energética.

Temo que, el arranque expropiatorio haya sido una respuesta de coyuntura frente a una situación macro complicada, de déficit de dólares y fiscal y la preocupación del Gobierno es el impacto de la energía en esas variables. La energía es un sector deficitario. YPF no puede resolverlo sola y menos si no cambian las condiciones en las que se desenvuelve (...) Quizá hubo una sobreestimación de la capacidad de reacción de YPF en materia productiva bajo otra conducción o se creyó que tenía tantos recursos que podía atender los problemas de déficit por la importación de gasoil. Pero YPF no está en esas condiciones.

Si la idea era hacerse de una participación importante de YPF, se podía negociar con los dueños. El Gobierno eligió la vía más conflictiva y las consecuencias no se pueden eludir. Una acción tan violenta pone a YPF en el concierto internacional del mercado petrolero con algunas dificultades porque puede haber problemas con los proveedores de insumos, combustibles, financiamiento.

El Gobierno presiona para que se resuelva el abastecimiento y es complicado por los precios (...) se debería pagar lo que el combustible vale. Puede ser una solución coyuntural con costos (...) YPF no tiene por qué dedicar fondos y recursos a cubrir el déficit de refinación argentino⁸¹.

⁸¹ GADANO, N. (2012), Diario El Cronista. Recuperado el 10.03.2014 de: <http://www.cronista.com/we/Necesitamos-petroleras-que-inviertan-porque-YPF-no-tiene-capital-20120720-0026.html>.

Más allá de todos los fundamentos expresados en el decreto por el que se decidió intervenir la empresa y luego expropiarla por ley, podemos observar que la conducta del Estado ha sido contradictoria, e incluso arbitraria. Lo más grave institucionalmente es que no se ha dado una discusión exhaustiva, debido a que lo que se pretendía era un cambio drástico y trascendental en materia de hidrocarburos. Luego de dos años de haberse expropiado la empresa, aún no se ha avanzado en forma concreta hacia el logro de los objetivos mencionados en el mismo, como para haberse justificado su utilización, ni tampoco se probaron las circunstancias graves y excepcionales que exige la ley.

Con esta situación, sumada a la continuación de la política energética adoptada, el autoabastecimiento de hidrocarburos y la independencia energética, pareciera una utopía⁸². Esperamos que no siga imperando un uso indiscriminado de los decretos y que realmente tanto el Parlamento, como el Poder Judicial ejerzan los mecanismos de control que nuestro ordenamiento pone a su disposición, ya que esta forma de actuar no protege los intereses de la sociedad, sino que los daña, al no garantizar un pilar básico como es la seguridad jurídica, quebrantada en el ámbito de actuación de la propia Administración Pública.

3.2. La expropiación en el marco de la Ley 26.741.

3.2.a. Análisis sobre el no pago de la indemnización previa y sobre el posterior acuerdo entre Estado Argentino y la empresa Repsol.

La expropiación del 51% de las acciones de YPF, se llevó a cabo mediante la sanción de la Ley N° 26.741. Esta ley generó un conflicto entre la empresa española expropiada, y el Estado Argentino expropiante, principalmente en cuanto al pago y monto de la indemnización.

La primera de las partes, reclamó que la expropiación no había sido llevada a cabo en cumplimiento de la ley argentina de expropiaciones. Debido a ello, el pago de la indemnización correspondiente.

Por otra parte, el Estado Argentino, aseguró haber cumplido estrictamente con lo que prescribe la ley y reconoció competencia absoluta en la materia, a los tribunales

⁸²(s.d.), (Abril, 2012), YPF una confiscación, no una expropiación. Diario La Nación. Recuperado el 12 de Abril de 2014, de <http://www.lanacion.com.ar/1466963-cont-ypf-confiscacion-y-no-expropiacion>.

federales según los artículos 27 y 116 de la C.N., en caso de juicio por la expropiación. Sin embargo, ello no fue necesario, ya que se celebró un acuerdo amigable entre el Estado Argentino y la empresa Repsol.

En este contexto, debemos analizar dos situaciones diferentes. Por un lado, el no pago de la indemnización previa al producirse la expropiación y, por el otro, el mencionado acuerdo celebrado en concepto de una compensación. Ambas cuestiones serán desarrolladas a continuación.

No pago de la indemnización previa

Cuando el Estado ocasiona un daño en el uso de sus facultades de poder de policía, debe “indemnizar el perjuicio ocasionado al particular afectado, cuando se ve vulnerado su derecho de propiedad y con las limitaciones allí expresadas. Ese particular no deberá cargar sobre sus espaldas individual y exclusivamente lo que debe ser materia de asunción colectiva” (LIBRIZZI, F. “Responsabilidad del Estado”, Pág. 58). La corte ha interpretado que esta solución se funda en el derecho de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

En base a ello, para afectar el derecho individual de propiedad, el artículo 17 de la Constitución nacional, establece la necesidad de una indemnización previa, como uno de los requisitos fundamentales para expropiar un bien o bienes.

Así, declarada la utilidad pública, el Tribunal de Tasaciones de la Nación, (en adelante, TTN), debe emitir una valuación del bien sujeto a expropiación. Lo hace a través de su Sala A, Sala B, o Sala Ad Hoc, creada al efecto. A su vez, existen dos vías para el cobro de la indemnización. La primera es por avenimiento de las partes, según los valores que estima la correspondiente sala del TTN. Aquí, el expropiado puede aceptar el avenimiento y el expropiante tomar la posesión, o puede no aceptarlo, dando lugar a la segunda vía, que es a través del juicio de expropiación. Para tomar la posesión, el expropiante debe consignar el importe de la valuación del TTN. Luego, para determinarse el valor de la expropiación, el juez envía el expediente al TTN, para que dictamine sobre el valor a proponer. Una vez realizado, es enviado al juez junto con el acta de sesión plenaria y el juez constituye el dictamen. Así, la fecha del valor es fijada por la sentencia y la fecha de la posesión es otorgada por el juez. La expropiación

queda perfeccionada cuando se transfiere el dominio por sentencia firme (en caso de que existan inmuebles), se toma posesión y se paga la indemnización⁸³.

Lo complejo al momento de indemnizar, tiene que ver con la determinación del quantum. Sabemos que la indemnización sólo comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación, excluyendo de manera expresa, entre otros rubros, las ganancias hipotéticas y el lucro cesante (Art. 10 Ley 21.499B.O. 13.04.1977).

Sobre el monto que corresponde pagar por una expropiación, la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sido diferente. Actualmente, el criterio sostenido fue el expresado en el fallo, caratulado como “El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional”, en el que el tribunal resolvió con un criterio amplio lo relativo a la extensión del resarcimiento. El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá S.A. de la explotación de una frecuencia radioeléctrica. La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación, “afirmó que no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”⁸⁴.

Este criterio fue seguido en casos similares, que también suscitaron “el deber del Estado de reparar los daños causados por comportamientos legítimos en el ámbito extracontractual, en los cuales se dispuso indemnizar el lucro cesante”⁸⁵.

Aunque la cuestión continúa debatiéndose, interesa señalar que la indemnización abonada, debe dejar el patrimonio del expropiado en la situación que tenía antes de la

⁸³ Anexo II, Ley 21.499, Facultad de Ingeniería, de la Universidad de Buenos Aires, Recuperado el 05.05.2014, de

<http://materias.fi.uba.ar/7018/Anexo%20II%20LEY%2021499%20DE%20EXPROIACI%D3N.pdf>.

⁸⁴ Punto 7°, CSJN, “El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional”, Fallo: 28/07/2005.

⁸⁵ CASSAGNE, J.C., (11.11.2009), Publicación “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, Recuperado el 26.09.2013 de

<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Perrino/La%20responsabilidad%20estatal%20I%C3%ADcita%20y%20la%20indemnizaci%C3%B3n%20del%20lucro%20cesante.pdf>.

expropiación. Y que “el resarcimiento de estos dos valores, que constituyen lo que comúnmente se denomina “valor de empresa en marcha”, no significa reconocer o pagar lucro cesante, sino resarcir el valor con respecto a un derecho adquirido y menoscabado”(MARIENHOFF, M.S. 2011, Pág. 93).

Habiendo comprendido cual es la postura mayoritaria de la Corte acerca del monto de las indemnizaciones, debemos mencionar que más allá del valor de los bienes expropiados, y los criterios establecidos para su determinación, los cuales deberían haberse tenido en cuenta al momento de la expropiación, la indemnización previa no se efectivizó. Esta conducta encuadra dentro de lo que la ley llama “expropiación irregular”, ya que, se declaró la utilidad pública, pero la indemnización no fue abonada. Para estos casos, correspondería al sujeto expropiado iniciar el juicio por expropiación, dentro de un plazo de 5 años. Acaecido esto, el sujeto expropiante, puede obtener la toma de posesión, mediante sentencia judicial. Respecto a las indemnizaciones, se establece que en los juicios por expropiación irregular, “los valores indemnizables serán fijados en la misma forma prevista para el juicio de expropiación regular, contemplada en el artículo 10 y siguientes de la presente ley” (Artículo 54, Ley 21.499).

La ley es clara, entonces, al exigir como requisito para expropiar, la declaración de utilidad pública, y una previa indemnización, antes de la desposesión. Aun tratándose de una expropiación irregular, ésta implicó una conducta arbitraria y discriminatoria por parte del Estado, en tanto que la empresa definitivamente fue expropiada, desposeída y la indemnización no fue abonada. Es decir, producida la expropiación, no se llegó a un avenimiento en base a un monto consignado previamente por el TTN, ni tampoco el TTN tasó provisoriamente, para que el Estado depositara y luego tomara posesión, ni tampoco se inició un juicio expropiatorio, por el cual un juez ordenara la posesión y se pagara la indemnización. Ninguna de estas opciones contempladas en la ley fueron llevadas a cabo.

Pero, ¿cómo se ha expresado la Corte ante situaciones análogas? Su postura es rigurosa con respecto a la demora en el pago de la indemnización. Como ejemplo de ello citamos el fallo “Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca "Las Pavas" s/ expropiación” en el cual

sostuvo que, "es inconstitucional el régimen de la ley 23.982 en su aplicación al pago de la indemnización por expropiación, pues un sistema que comporte una demora en el cobro de la indemnización es inconciliable con la exigencia constitucional del pago previo debido al expropiado y, por tanto, resulta violatorio de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley Fundamental"⁸⁶.

Prestigiosos juristas se han pronunciado al respecto. Así encontramos la postura del ex juez de la Corte Suprema, Augusto Belluscio, quien en una nota al diario Clarín, expresó que:

Lo normal en un proceso de expropiación es el pago previo, no tomar la posesión 'manu militari'; además, no sé si en este caso hay fundamentos para la intervención de la empresa". La disputa de siempre (que ya está saldada) ha sido si la posesión del bien expropiado tiene que ser posterior al proceso judicial, que puede llevar años. Por eso se hace un tasación provisoria (del Tribunal de Tasaciones de la Nación), se deposita el dinero y luego se toma posesión⁸⁷.

En la misma nota, encontramos la opinión del jurista y ex decano de la Facultad de Derecho de la UBA, Atilio Alterini, para quien:

No se puede tomar posesión del bien sin haber pagado el monto que por lo menos indica el Tribunal de Tasación. Cuando ese tribunal fija una cifra, diez pesos por ejemplo, el expropiante debe depositar los 10 pesos para tomar posesión. Es decir, habría que pagar antes. La ley permite que se deposite una cifra cercana al valor que está en

⁸⁶ CSJN, "Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca "Las Pavas" s/ expropiación" 05/04/1995 T. 318, P. 445.

⁸⁷BELLUSCIO, A., (2012.04.18), "Es inconstitucional expropiar sin pago previo, advierten juristas". Diario La Nación, Recuperado el 04.05.14 de: http://www.clarin.com/politica/inconstitucional-expropiar-previo-advierten-juristas_0_684531586.html.

discusión, pero gratis no se puede tomar posesión. Para ser dueño hay que pagar, para tomar posesión hay que depositar⁸⁸.

Por su parte, el constitucionalista Daniel Sabsay señaló que, “la indemnización previa es un requisito fundamental para acceder a la propiedad expropiada. En resumen, la indemnización debería ser previa”⁸⁹.

Por lo tanto, debido a que en el proceso de expropiación de YPF, luego de la declaración de utilidad pública, se toma la posesión de la empresa sin haberse llegado a un avenimiento, sin haberse iniciado juicio por expropiación, ni haberse consignado previamente el valor, y al no haberse efectuado el pago de la correspondiente indemnización previa, se presenta una irregularidad en el proceso, en base a que no se han respetado las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a este requisito.

Acuerdo amigable celebrado entre el Estado Argentino y la empresa Repsol.

Sobre el acuerdo celebrado entre Argentina y Repsol, se han suscitado una serie de cuestionamientos.

* El primer problema surgió cuando, debido a decisiones de los gobiernos petroleros provinciales, de retirarle concesiones a la entonces Repsol–YPF, se provocó una pérdida de valor en las acciones, y en ese momento se sancionó la ley por la que se expropió el 51% de ellas.

Para el jurista Español Carlos Jiménez Piernas, fue injusto el modo de operar de la Argentina. Expresó que:

Desde diciembre de 2011, tras la reelección y toma de posesión de la presidente argentina, se ha orquestado una campaña de acoso en varios frentes contra YPF, protagonizada por los gobiernos provinciales, que le han venido retirando concesiones de explotación

⁸⁸ALTERINI, A. (2012.04.18), “Es inconstitucional expropiar sin pago previo, advierten juristas”. Nota: Diario La Nación, Recuperado el 04.05.14 de: http://www.clarin.com/politica/inconstitucional-expropiar-previo-advierten-juristas_0_684531586.html.

⁸⁹SABSAY, D. (2012.04.18), “Es inconstitucional expropiar sin pago previo, advierten juristas”. Nota: Diario La Nación, Recuperado el 04.05.14, de http://www.clarin.com/politica/inconstitucional-expropiar-previo-advierten-juristas_0_684531586.html.

en las últimas semanas, creando un ambiente interno hostil a la empresa, provocando de paso una apreciable pérdida del valor en bolsa de Repsol-YPF y conduciendo finalmente a la expropiación de la misma; (...)preparando así el terreno para una valoración de las acciones expropiadas que sea muy favorable al gobierno argentino, y que será llevada a cabo en un primer momento por un órgano interno (el Tribunal de Tasaciones). Se aducen ahora, por parte argentina, la falta de inversiones y la reducción de la producción⁹⁰.

Por su parte, tanto el gobierno de la Nación como los Gobiernos Provinciales, fundamentaron el retiro de las concesiones, en el no cumplimiento de los recaudos bajo los cuales se había concedido el derecho a explotación y en la urgencia de lograr el autoabastecimiento de hidrocarburos⁹¹. Situación que ya ha sido analizada ut supra.

A pesar de las diferentes valoraciones realizadas en cuanto a si tal medida perjudicó o no a la empresa expropiada, lo cierto es que el retiro de las concesiones existió, y se encuentra establecido en el apartado 31 y ss. del Decreto 530/12. También es cierta la caída de las acciones en ese momento. Estas situaciones deben tenerse en cuenta, ya que influyen al determinarse el valor de las indemnizaciones y representan el parámetro dentro de los cuales se debe resolver el monto definitivo de las mismas, en los casos de avenimiento entre las partes. Por lo tanto, estos modos de proceder, sin duda alguna perjudican al Estado en cuanto a sus relaciones comerciales y bilaterales con el resto de los países del mundo, debido a la falta de seriedad y transparencia de sus actos, siendo conductas consideradas arbitrarias, que solo consiguen que los inversores se alejen del país.

* Por otra parte, como mencionáramos, luego de producirse la expropiación de una parte de las acciones de la empresa YPF y tomada la posesión de la misma, no se efectuó el pago de la indemnización previa. En ese contexto, el Viceministro Ministro de Economía Axel Kicillof, el 17 de Abril de 2012, en el Congreso de la Nación,

⁹⁰ JIMENEZ PIERNAS, C. (2012.04.24), “La expropiación de YPF, Análisis desde el Derecho Internacional”, Real Instituto Elcano.

⁹¹ Apartado 30, Decreto 530/12.

anunció públicamente que “no iban a pagarle en concepto de indemnización a Repsol lo que ellos querían, (...) y que debía descontarse el daño ambiental”⁹².

Se argumentó que Repsol cometió el vaciamiento de YPF, sin advertir que el propio Estado fue quien debió ejercer el control sobre la empresa mientras se producía ese vaciamiento. El Ministro Julio De Vido y el secretario de Energía, Daniel Cameron, fueron quienes ejercieron esa función durante los últimos nueve años (2003-2012), anteriores a la expropiación, siendo el propio Estado quien luego de la misma, reprochara a Repsol por ese "vaciamiento"⁹³.

No obstante estas declaraciones, el 25 de Febrero de 2014, dos años más tarde, el Ministro de Economía, Axel Kicillof, anunció un acuerdo entre el Gobierno Argentino y la empresa española Repsol, llamado "Convenio de solución amigable y avenimiento de expropiación". El motivo de este acuerdo fue establecer una compensación por haber expropiado el 51% de las acciones de YPF, y la renuncia de ambas partes a toda acción o reclamo legal recíproco como consecuencia de dicho proceso (Carrió, E., 2014, Pág. 4). Prevé que el estado argentino le pagará la suma de al menos USD 5.000 millones, mas intereses, pagada en bonos, mas USD 1.000 como garantía de pago (Carrió, E., 2014, Pág. 4).

Según nuestra ley, para establecerse el monto de estas indemnizaciones por expropiación, debe tenerse en cuenta el artículo 10 de la Ley de Expropiaciones, antes desarrollado, juntamente con el criterio amplio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero, quien debe efectuarlo, como mencionáramos, es el TTN, luego de un exhaustivo y detallado informe, de los bienes expropiados, en cumplimiento de las exigencias que establecen las resoluciones 9/13 y 10.2. Conociendo entonces que debe hacerse, analizaremos lo que efectivamente se hizo, y que aspectos comprendieron la compensación acordada.

⁹² SUED, G., (2012.04.18), “Kicillof: No vamos a pagarles lo que dicen”. Diario La Nación. Recuperado el 15 de Abril de 2014, de <http://www.lanacion.com.ar/1465945-kicillof-no-vamos-a-pagarles-lo-que-dicen>.

⁹³ OBARRIO, M. (2012.04.23), El Gobierno planea no pagarle nada a Repsol. Diario La Nación. Recuperado el 03.03.2014 de <http://www.lanacion.com.ar/1467398-el-gobierno-planea-no-pagarle-nada-a-repsol>.

La propia ley de expropiaciones, “prevé en los artículos 13, 15 y 22, la intervención obligatoria del TTN, a los efectos de la fijación de los valores del avenimiento y/o indemnización con motivo de expropiación por causa de utilidad pública”⁹⁴, establecida en función del artículo 17 de la Constitución Nacional.

En ese sentido “mediante la resolución TTN 9/13, se creó una sala ad Hoc, encargada de tasar los bienes expropiados a Repsol”⁹⁵. Este tribunal tiene el deber de emitir un informe en el que se encuentre la tasación de los bienes sujetos a expropiación. Hasta tanto esto no ocurra:

El Poder Ejecutivo no podrá indemnizar al sujeto expropiado y, en consecuencia, la expropiación no se podrá concretar. Ello así, pues, para poder pagar la correspondiente indemnización resulta necesario que los bienes se encuentren tasados por el órgano a quien la ley 21.499 le encomendó dicha tarea⁹⁶.

Recordemos que igualmente, ya se expropió, se tomó posesión de la empresa en su totalidad, y no se indemnizó previamente. El TTN, a pesar de no haber emitido el informe inmediatamente, de no haberse consignado en sede judicial el monto, y de proponerse un monto, pero no por mencionado tribunal, un año más tarde emitió un informe, en el cual se encuentra acreditado que no cumple con los requisitos que exige la ley, y que:

Solo se realizaron a la fecha del acuerdo, entre Repsol y el Gobierno Argentino por parte del TTN, valuaciones parciales de algunos de los activos de la compañía, que por otro lado, están muy lejos de alcanzar el valor del monto del acuerdo (Carrió, E., 2014 Pág. 3).

⁹⁴ Juzg. Criminal y Correccional Federal N°4, Causa 3518/06, ampliada 13.03.2014. Recuperado el 12 de Marzo de http://elisacarrio.org/Elisa/docs/2014/Presentaciones/20140313_Denuncia_Tasacion_YPF.php

⁹⁵ Juzg. Criminal y Correccional Federal N°4, Causa 3518/06, ampliada 13.03.2014. Recuperado el 12 de Marzo de http://elisacarrio.org/Elisa/docs/2014/Presentaciones/20140313_Denuncia_Tasacion_YPF.php

⁹⁶ Juzg. Criminal y Correccional Federal N°4, Causa 3518/06, ampliada 13.03.2014. Recuperado el 12 de Marzo de http://elisacarrio.org/Elisa/docs/2014/Presentaciones/20140313_Denuncia_Tasacion_YPF.php

Así mismo, no consta que el tribunal haya valuado el pasivo de la empresa al momento de la expropiación, menos aún el pasivo ambiental, (tal como había anunciado el gobierno en un principio, y que no se incluyó), ni las deudas contingentes (Carrió, E. 2014 Pág. 4).

Estas situaciones fueron denunciadas en la causa 3518/06, ampliada en 2014, que tramita ante el juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 4.

Para comprobar la omisión en dicho informe, mencionáramos la resolución del TTN N10.2, la cual establece una serie de requisitos para efectuar la tasación. Uno de los más importantes es que "toda valuación implica la verificación del estado de conservación, los aspectos funcionales o la existencia de eventuales degradaciones físicas, estructurales, etcétera que puedan comprometer el interés público y en consecuencia afecten el valor del bien de que se trate" (Carrió, E., 2014 Pág. 7). Se exige una "identificación física del bien, mediante inspección ocular, con comprobación de su superficie según plano u otra documentación obrante y de su estado de conservación o construcción"(Carrió, E., 2014 Pág. 7). También se deberá emitir toda otra información de importancia.

Lejos de ofrecer estos datos, al momento de valuarse las acciones, según la información precedente, el informe solo se limitó a decir que la indemnización era justa y razonable y que resultaba consistente con los principios y bases de valoración aplicados por el tribunal, emitiendo así un avalúo de bienes que no llega a cubrir de manera clara lo anunciado en el acuerdo (Carrió, E., 2014 Pág. 5). Se advierte que del informe no surge que:

El tribunal haya intervenido en forma previa y que haya producido una tasación objetiva e independiente del 51% de las acciones. Asimismo, tampoco contiene ninguna memoria de cálculo que justifique el monto acordado, ni referencias de que hayan existido requerimientos específicos de tasación (Carrió, E., 2014 Pág. 8).

Esto hizo que no fuera posible determinar el valor de las acciones expropiadas, incluso en ningún párrafo detalla cual era el valor de la empresa al momento

expropiarse. Dicha situación viola de manera manifiesta las leyes 26.741 (Yacimientos Petrolíferos Fiscales) y 21.499 (Ley Expropiaciones), que expresamente prevén su intervención en dicho procedimiento (Carrió, E., 2014 Pág. 7).

Para la Diputada, Elisa Carrió este acuerdo constituye "la culminación del proceso de vaciamiento de YPF por parte de Repsol, con la imprescindible complicidad del Gobierno argentino"⁹⁷. Fue evidente la ausencia de control por parte del Estado Argentino, frente a las maniobras de descapitalización de la empresa llevadas a cabo por Repsol-YPF. Las reservas de la república argentina "sufrieron una importante disminución, sin que esto responda a ningún parámetro objetivo que lo justifique y sin que los representantes del Estado argentino hayan tomado medidas al respecto"⁹⁸.

Según el Proyecto de Ley N°1332-D-2014, es importante que el Honorable Congreso de la Nación Argentina indague y se comprometa a determinar si Repsol realizó, en complicidad con el Ejecutivo Nacional, maniobras tendientes a vaciar y descapitalizar YPF, perjudicando de esta manera al Estado Argentino⁹⁹.

Más allá de las discusiones políticas que pueda generar el acuerdo, en cuanto a si el monto es justo o no, o si emitir deuda que pagaran futuros gobiernos es perjudicial para el país o no, o si la tasa de interés es alta o no, podemos advertir una desobediencia a las formas y procedimientos establecidos en nuestro sistema legal. Es de suma importancia comprender la gravedad de estos actos y la necesidad de que la justicia investigue, controle y actúe. La irregularidad en el proceso refiere al no pago de la indemnización previa, y también al no tener en cuenta efectivamente los recaudos exigidos para valuar el monto establecido en la ley de expropiaciones, es decir, el no cumplimiento por parte del TTN de la emisión del informe con la correcta valuación detallada del valor de la empresa expropiada, al celebrar el acuerdo con Repsol.

Es importante destacar la opinión de Carlos Jiménez Piernas, quien sostiene que:

El Derecho Internacional no prohíbe las expropiaciones y las

⁹⁷ Juzg. Criminal y Correccional Federal N°4, Causa 3518/06, ampliada 13.03.2014. Recuperado el 12 de Marzo de http://elisacarrio.org/Elisa/docs/2014/Presentaciones/20140313_Denuncia_Tasacion_YPF.php

⁹⁸ Juzg. Criminal y Correccional Federal N°4, Causa 3518/06, ampliada 13.03.2014. Recuperado el 12 de Marzo de http://elisacarrio.org/Elisa/docs/2014/Presentaciones/20140313_Denuncia_Tasacion_YPF.php

⁹⁹ Proyecto de Ley N°1332-D-2014, Fundamentos, apartado 9.

nacionalizaciones. Son actos que los Estados pueden adoptar en el ejercicio de su soberanía sin incurrir en una violación de dicho ordenamiento siempre que cumplan ciertas condiciones, sobre todo que atiendan a una utilidad pública, no sean discriminatorios y se indemnice adecuadamente¹⁰⁰.

En la misma línea, se expone que:

La expropiación está aceptada por el derecho público en todas las democracias modernas. Se trata de un derecho que han ejercido incluso gobiernos de países avanzados. Pero casi siempre lo han hecho en situaciones extraordinarias y conforme a derecho. Para no ser una confiscación lisa y llana, algo más propio de un régimen totalitario que de una democracia, quien es expropiado tiene derecho a recibir una indemnización equivalente al valor económico del objeto expropiado¹⁰¹.

Este capítulo, nos invita a reflexionar sobre dos cuestiones fundamentales, por un lado, la expropiación, avalada por nuestro derecho, pero por el otro, las irregularidades suscitadas en el proceso, de ningún modo permitidas por el mismo. Si bien de la información aportada se desprende una especie de “vaciamiento” de nuestras reservas por parte de Repsol, debemos comprender que el mismo se llevó a cabo en todo caso, bajo el control y permiso del gobierno argentino. Nuestros recursos estaban en manos de capitales privados, con intereses privados.

En los fundamentos expresados en el proyecto de ley Número 1332-D-2014, se establece que:

Ante la situación planteada, es posible conjeturar que si la Justicia argentina y nuestro Parlamento hubiesen investigado el vaciamiento denunciado desde 2006, hoy no nos encontraríamos ante el pago

¹⁰⁰JIMENEZ PIERNAS, C. (2012.04.24), “La expropiación de YPF, Análisis desde el Derecho Internacional”, Real Instituto Elcano.

¹⁰¹(s.d.), (Abril 2012), “YPF una confiscación, no una expropiación”. Diario La Nación. Recuperado el 12 de Abril de 2014, de <http://www.lanacion.com.ar/1466963-cont-ypf-confiscacion-y-no-expropiacion>.

millonario con dinero de todos los argentinos a una empresa depredadora de nuestros bienes y recursos.

Bien hubiera sido, detectar con anterioridad dichas maniobras y evitarlas. Pero ese vaciamiento en ningún modo implica que el Estado al momento de actuar, pueda hacerlo al margen de la ley. Tal como lo establece la Constitución Nacional, en su artículo 17: "La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley"¹⁰².

3.3.Comparación entre los gobiernos anteriores más importantes y el actual, en relación a contratos con empresas extranjeras.

En un artículo publicado en 2010 en el libro "The National Resources Trap", Nicolas Gadano buscó identificar los rasgos característicos de tres intentos de incorporación de capital privado en la industria petrolera argentina: Perón, a mediados de los 50; Frondizi, entre 1958 y 1962, y Menem, en los 90¹⁰³.

Pero además en los tres casos, encontró dos elementos esenciales repetidos: urgencia y traición.

Urgencia porque las reformas no fueron el resultado de una discusión amplia y profunda en relación con la industria de los hidrocarburos, sino que fueron disparadas por una situación macroeconómica crítica y apremiante.

Traición, porque las medidas favorables a la inversión petrolera privada no formaban parte de los programas electorales y las posiciones previas de los dirigentes que las llevaron adelante.

Este carácter "urgente y traicionero" de las reformas condicionó la forma en la que fueron instrumentadas, y explica en gran medida su corta vida. La fragilidad del entramado institucional es una constante en las tres iniciativas. Perón y Frondizi firmaron acuerdos que, de

¹⁰² Art. 17, Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada. (Ampliada y actualizada). (Ed. 4ª) - Buenos Aires: La Ley, 2008. Tomo I.

¹⁰³ GADANO, N. (2013), "Petróleo: Urgencia y Traición", Diario LA NACION. Recuperado el 20 de Marzo de 2014 de, <http://www.lanacion.com.ar/1602400-petroleo-urgencia-y-traicion>.

hecho, eran concesiones de exploración y explotación, pero debieron encuadrarlos bajo el formato de contratos con YPF para mitigar las críticas y adecuarse al rígido marco constitucional y legal que ellos mismos habían promovido.

Tanto Frondizi como Menem apelaron a los decretos para implementar sus iniciativas, que por su alcance debían ser tratadas por el Congreso. En los tres casos, los rasgos de opacidad en las negociaciones de los acuerdos dispararon denuncias de corrupción, que con el tiempo pasaron a formar parte del imaginario popular, deslegitimando a las reformas (GADANO, N. 2012, La Nación).

Tanto el contrato celebrado por el gobierno con Chevron, (para operar en el Yacimiento Vaca Muerta) como otros celebrados con empresas extranjeras, pueden subsumirse bajo el mismo título que los anteriores. Recordemos que el primero fue celebrado gracias a un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, por el cual se habilitó a las empresas YPF y Chevron a firmarlo. Situación que está siendo investigada en la Sala II de la Cámara Federal Penal de la ciudad de Buenos Aires¹⁰⁴. Esto se explica a razón de que en solo un año, el oficialismo bajó las banderas nacionalistas y las intercambió por un modelo de contrato impuesto por la necesidad¹⁰⁵. Fue impulsado por una gestión que “previamente sostuvo posiciones antagónicas a las empresas privadas y que sólo un año atrás desplazó a la principal multinacional petrolera operando en la Argentina, con un proceso de expropiación de sus acciones en YPF, polémico”¹⁰⁶ y cuestionado.

Del "Informe Mosconi", elaborado en 2012 por el Ejecutivo para justificar la expropiación, se pueden “verificar las contradicciones entre el discurso oficial de entonces y el proyecto actual para atraer a las grandes petroleras”¹⁰⁷. Lamentablemente:

¹⁰⁴BODART, A. y VIALE, E. (14.05.14), “La justicia investigará a Cristina por el acuerdo entre YPF y Chevron”, Diario Clarín, recuperado el 15.05.14, de http://www.clarin.com/politica/Justicia-investigara-Cristina-YPF-Chevron_0_1138086193.html.

¹⁰⁵DIAZ, J. A. (2013), “Acuerdos y secretos. La Presidenta recibe al CEO de Chevron, John S. Watson. El área concedida fue descubierta por Repsol. Acuerdo con Chevron”. Ed.1908. Revista Noticias. Recuperado el 15.10.2013 de: <http://noticias.perfil.com/2013-07-24-33287-la-re-privatizacion-de-ypf/>.

¹⁰⁶GADANO, N. (2013.07.19), “Petróleo: Urgencia y Traición”, Diario LA NACION. Recuperado el 20 de Marzo de 2014 de, <http://www.lanacion.com.ar/1602400-petroleo-urgencia-y-traicion>.

¹⁰⁷GADANO, N. (2013.07.19), “Petróleo: Urgencia y Traición”, Diario LA NACION. Recuperado el 20.03.2014 de: <http://www.lanacion.com.ar/1602400-petroleo-urgencia-y-traicion>.

Aparece también la debilidad institucional presente en los casos anteriores. Avanzando en facultades que les corresponden al Congreso nacional y a las provincias, el decreto 929 habilita concesiones especiales con plazos prolongados para los proyectos no convencionales, autoriza operaciones de desdoblamiento de concesiones y posibilita la unificación de áreas colindantes, todas modificaciones que merecen una discusión legislativa¹⁰⁸.

En cuanto a la transparencia de las negociaciones, toda sospecha debe ser aventada con la completa publicación y explicación de la documentación pertinente. De esta forma se puede equilibrar el marco discrecional que corresponde al Estado, con las responsabilidades y deberes que emanan de la administración de nuestros recursos hidrocarburíferos, para poder protegerlos más allá del gobierno de turno. Las soluciones a medias, no son soluciones. Desde la debilidad se hicieron entregas que traerán graves consecuencias en el largo plazo. Cuando se le pide a YPF informe sobre dicho acuerdo, responde ser una sociedad anónima, cuando hay que plantear las políticas de estado respecto a los hidrocarburos, es parte interesada, y responsables directa de la misma. Esta comparación, resulta interesante para comprender por un lado, la importancia de una YPF estatal, y por el otro por la necesidad de que no se repita la historia y no se cometan los mismos errores, que siempre ha tenido que soportar y amortiguar nuestra YPF. A pesar de todo, podemos advertir que la forma de actuar del Estado Argentino, en relación a dicha empresa, sigue siendo la misma y poco ha cambiado.

¹⁰⁸GADANO, N. (2013.07.19), “Petróleo: Urgencia y Traición”, Diario LA NACION. Recuperado el 20 de Marzo de 2014 de, <http://www.lanacion.com.ar/1602400-petroleo-urgencia-y-traicion>.



Capítulo 4: Importancia de que YPF sea una Empresa exclusivamente estatal





4.1. Caracterización de Empresa del Estado y de Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria.

Para comprender la naturaleza jurídica actual de YPF, (Sociedad Anónima con mayoría accionaria estatal), y la naturaleza jurídica que consideramos debería tener (Empresa del Estado), debemos desglosar una serie de cuestiones. Entre ellas, establecer las diferencias entre las personas jurídicas públicas y las personas jurídicas privadas del Estado, para poder así caracterizar el régimen legal aplicable a cada una de ellas.

*Con respecto a las primeras (las personas jurídicas públicas), "ineludiblemente han de ser creación estatal, persiguen fines de bien común y, en principio, gozan de ciertas prerrogativas de poder público, además de hallarse sujetas a un control estatal de cierta intensidad"(CASSAGNE, J.C. 2007, Pág.223).

Para Juan Carlos Cassagne, pueden ser "estatales" o "no estatales", según que pertenezcan o no a los cuadros de la Administración Pública, conforme a las normas vigentes sobre organización administrativa. A los efectos de verificar dicho encuadramiento será fundamental analizar la naturaleza de las relaciones o vínculos que ligan a la entidad con la Administración Central y la amplitud de la injerencia o control de ésta sobre aquélla(CASSAGNE, J.C. 2007, Pág.223).

Dentro de las "entidades públicas estatales" (Administración Descentralizada), a su vez, "coexisten tanto las formas jurídicas llamadas puras (con un régimen típico de derecho público), con aquellas entidades descentralizadas que realizan actividades industriales y comerciales, dotadas de un régimen jurídico mixto de derecho público y privado"(CASSAGNE, J.C. 2007, Pág.351). En esta última es donde encontramos a las "Empresas del Estado", reguladas en las leyes 13.653, 14.380 y 15.023. Estas entidades, constituyen un tipo jurídico especial. Sus rasgos característicos son la creación estatal y la pertenencia a la organización administrativa(CASSAGNE, J.C. 2007, Pág.351). La primera de las mencionadas leyes establece que:

Artículo 1º – Las actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza, que el Estado, por razones de interés público, considere necesario desarrollar, podrán

llevarse a cabo por medio de entidades que se denominarán genéricamente "Empresas del Estado".

Las empresas del Estado quedan sometidas: a) al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas; y b) al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo¹⁰⁹.

* Con respecto a las segundas (Personas Jurídicas Privadas del Estado), su condición y régimen jurídico se rigen por el derecho civil o comercial. Acontece cuando “el Estado se somete a figuras jurídicas del derecho privado (formas societarias) dando lugar a la creación de un nuevo ente, dotado de personalidad jurídica propia del derecho privado”(CASSAGNE, J.C, 2007, Pág.223). Así, el Estado actúa a través de empresas de su propiedad o participando en el capital de las mismas.

Si bien la nota común, con las Empresas del Estado, está dada por la aplicabilidad predominante (casi exclusiva) del derecho civil y comercial, la intervención y participación estatal en el campo de gestión económica, genera o ha producido distintas formas jurídicas (CASSAGNE, J.C, 2007, Pág.352). Ellas son:

- a) sociedades del estado;
- b) sociedades de economía mixta;
- c) sociedades anónimas de participación estatal mayoritaria;

Dentro de las sociedades anónimas de participación estatal mayoritaria encuadra la empresa YPF, bajo el régimen de Persona Jurídica Privada del Estado. El nacimiento de esta figura se produjo en el año 1967 al dictarse la ley 17.318, apareciendo más tarde recogida en la ley 19.550 de sociedades (Sección VI), como un tipo específico de "Sociedad Anónima" (CASSAGNE, J.C. Pág. 427).

Conforme a lo preceptuado en el artículo 308 de la ley mencionada ut supra, para que se configure una Sociedad Anónima de Participación Estatal Mayoritaria deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado Nacional, las Provincias, los Municipios, los

¹⁰⁹Ley 13.653, Texto ordenado por Decreto 4053. B.O. 23.03.1955.

organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades anónimas sujetas a este régimen deben ser propietarias, en forma individual o conjunta, de acciones que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento del capital social, y b) dichas acciones tienen que ser suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias. El Estado debe ser titular de por lo menos el 60% del capital social (CASSAGNE, J.C, 2007, Pág.428).

Los propósitos que se tienen en mira al disponer su institución, (...) consisten fundamentalmente en la conveniencia de contar con una estructura societaria típica que permita “fortalecer el fenómeno de la participación mayoritaria del Estado en el seno de la entidad, con prevalencia en las decisiones de las asambleas ordinarias y extraordinarias” (Cassagne, J.C. Pág. 428).

Habiéndose caracterizado jurídicamente la naturaleza jurídica de los distintos tipos de entidades tanto públicas, como privadas del Estado, haremos una breve mención de cuáles son los mecanismos de control aplicables a cada una de ellas.

4.2. Control sobre las Empresas del Estado.

La gran variedad de controles que se ejercita “sobre las entidades descentralizadas y empresas estatales, en general, tanto en cuanto a sus clases como a los órganos que los llevan a cabo, hacen difícil el intento de una sistematización en la materia, al menos en nuestro país” (Cassagne, J. C. Pág. 365).

Si nos atenemos a los órganos que realizan el contralor observamos que existen tres especies de controles de naturaleza administrativa, según que fuera llevado a cabo por:

a) la Administración Central o una entidad descentralizada;

Refiere al “conjunto de órganos y entes estatales estructurados orgánicamente para desempeñar con carácter predominante la función administrativa que conforma la Administración Pública, considerada desde el punto de vista orgánico” (Cassagne, J.C, 2007, Pág.317).

b) el Parlamento;

La Ley Administración Financiera, en adelante (L.A.F.), ha reglamentado también un control parlamentario que será ejercido por la Comisión Mixta Revisora de Cuentas (art. 98, Ley Administración Financiera).

El artículo 129 de esta ley, le impone a dicha Comisión una serie de deberes bajo la fórmula de atribuciones funcionales. En cuanto estos deberes, podemos mencionar algunos referidos al control, a saber: Aprobar juntamente con las Comisiones de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras el programa de acción anual de control externo a desarrollar por la Auditoría General de la Nación. También encomendar a ésta, la realización de estudios, investigaciones y dictámenes especiales sobre materias de su competencia, fijando los plazos para su realización, entre otras(CASSAGNE, J.C, 2007, Pág.346).

Así, conforme a lo que prescribe el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos:

Cuando la entidad descentralizada hubiere sido creada por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales propias (v.gr. Universidades) sólo procede el control de legitimidad, salvo que la ley autorice un control amplio. En cambio, cuando la entidad fuera creada en ejercicio de una facultad concurrente por el Congreso o por el Poder Ejecutivo, el control puede versar también sobre la oportunidad, mérito o conveniencia(CASSAGNE, J.C, 2007, Pág.366).

c) Y por último, los órganos especializados de fiscalización. Dentro de esta categoría debemos diferenciar el control interno del control externo.

* Interno: De acuerdo a los preceptos contenidos en la Ley Administración Financiera, la Sindicatura General de la Nación ha sido creada como órgano rector de control interno del Poder Ejecutivo Nacional (arts. 70 y 96 de, la L.A.F.), quien constitucionalmente ejerce la jefatura de la Administración Pública Nacional y tiene a su cargo la administración general del país (art. 99, inc. 7º, Const. Nacional).Este órgano se encuentra a cargo de un funcionario denominado Síndico General de la Nación.

A su vez, las autoridades superiores que ejerzan la dirección de las unidades de auditoría interna son responsables del mantenimiento de un adecuado sistema de control que incluye los instrumentos de "control previo y posterior", dado que se considera que "las fallas de control interno son evidencias de defectuosa administración", cuyas consecuencias se imputan siempre a las autoridades superiores (CASSAGNE, J.C, 2007, Pág.342).

En lo que concierne al alcance del control interno, la L.A.F. considera fiscalizable tanto los aspectos legales (contables y financieros) como los de mérito o de gestión, e incluye "la evaluación de programas, proyectos y operaciones". Se trata de un control integral que (como lo prescribe la propia ley) ha de fundarse en criterios de "economía, eficiencia y eficacia" (Art. 102, de la Ley de Administración Financiera). La legalidad, en consecuencia, no es la única condición para la habilitación de la potestad fiscalizadora.

La Sindicatura General de la Nación, no se encuentra facultada para observar los actos de los organismos sobre los que advierta incumplimiento de las normas y criterios que rigen el control interno. Su función se circunscribe a informar las correspondientes transgresiones al Poder Ejecutivo Nacional y a la Auditoría General de la Nación, lo que se prescribe en forma imperativa, junto al deber de informar, periódicamente, a la opinión pública (Art. 107, Ley Administración Financiera).

*Externo: En cuanto a la organización del control, "como toda persona jurídica que posee un patrimonio, el Estado, para poder cumplir con sus funciones, necesita llevar una contabilidad de esos bienes que le permita registrar las diversas operaciones que efectúa" (CASSAGNE, J.C., 2007, Pág. 339).

La reforma constitucional de 1994 prescribe que el control externo del sector público nacional (en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos) constituye una atribución propia del Poder Legislativo, quien debe ejercerla con sustento en los dictámenes emanados de la Auditoría General, bajo la dependencia orgánica del primero.

Al tener jerarquía constitucional, circunscribe su competencia "al control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública

centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización y las demás funciones que la ley le otorgue" (Art. 85 de la Constitución Nacional). Estas funciones no pueden extenderse más allá del fin que presupuesta la creación de este órgano de control que está acotado por la actividad de la administración pública (centralizada y descentralizada) por lo que su extensión a personas privadas sería inconstitucional.

La función de esta auditoría, es realizar el control externo de todo el sector público. Empero, esa dependencia no configura una vinculación jerárquica, ya que la propia ley prescribe que se trata de una entidad con personería jurídica propia que posee independencia funcional y financiera (Art. 108, Ley Administración Financiera).

El contenido de este control:

Comprende los aspectos presupuestarios, patrimoniales, económicos, financieros, legales y de gestión. Sin embargo, todo lo que constituya un control de mérito (vgr. control de gestión) constituye una función de colaboración con el Poder Ejecutivo (típica relación interpoderes), por cuanto la fiscalización que, en definitiva, haga el Congreso, se tiene que circunscribir a los aspectos inherentes a la legitimidad (CASSAGNE, J.C., 2007, Pág. 343).

Dentro de las funciones que prescribe la L.A.F. "se destacan tanto la facultad genérica de "fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, la de realizar auditorías financieras, de legalidad y de gestión respecto de órganos y entes estatales" (CASSAGNE, J.C., 2007, Pág. 344).

El Presidente es el órgano que ejerce la representación de la entidad y quien tiene a su cargo la ejecución de sus decisiones, designada a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso (Art. 85 de la Constitución Nacional).

Es importante destacar que todo el "sector público", sin excepción, se encuentra regido por las prescripciones de la Ley de Administración Financiera. Este concepto

jurídico indeterminado se encuentra definido con amplitud en el artículo 80 de la ley 24.156 al prescribir que se integra por:

a) Administración nacional, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social; b) Empresas y sociedades del Estado, que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

En cuanto al régimen de responsabilidad de las autoridades, rige el de responsabilidad de los funcionarios públicos.

4.3. Control sobre Sociedades Anónimas con mayoría accionaria del Estado.

Paralelamente a la realización de actividades de naturaleza industrial o comercial por personas jurídicas de derecho público (Empresas del Estado en Argentina) se utilizan las figuras societarias del derecho mercantil para llevar a cabo tales actividades económicas” (CASSAGNE, J.C., 2007, Pág. 364).

Respecto al régimen jurídico de estas entidades

Resulta claro que, en principio, es de derecho privado, comercial en la especie. Sin embargo, ello no significa que no puedan coexistir conjuntamente algunas relaciones de derecho público que impliquen una derogación o excepción al régimen común que las caracteriza. Tal acontece, por ejemplo, con el acto de designación o revocación del mandato de los miembros del Directorio por el Estado en una sociedad anónima el cual puede regirse por el derecho administrativo (CASSAGNE, J.C., 2007, Pág. 365).

Sobre ellas es aplicable también el control externo mencionado ut supra, a cargo de la Contaduría General de la nación.

El fin de estas formas jurídicas es:

Dotar de una gestión ágil a la empresa, sometiéndola a las leyes y usos mercantiles, escapando de la aplicación del derecho administrativo y otorgándole mayores posibilidades de financiación en cuanto a los créditos de terceros. Se ha juzgado también que uno de los objetivos fundamentales de la recurrencia a figuras jurídicas mercantiles, es la limitación de responsabilidad propia de algunas formas societarias (v.gr. sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada).

Aparte de lo cuestionable que resulta en el plano de nuestro sistema jurídico eliminar (en tales supuestos) la responsabilidad del Estado por los actos de una sociedad mercantil de su propiedad (o que administra), creemos que él, en cuanto asociación perfecta o soberana, no puede guiarse en este aspecto por finalidades propias de quienes privadamente unen sus capitales para la realización de un negocio o negocios mercantiles. Por ello, debe procurar siempre (aun a través de estas formas jurídicas privadas) la concreción del bien común y es evidente que éste no resulta compatible con la limitación de la responsabilidad de sus entidades, cualquiera fuere su condición jurídica (CASSAGNE, J.C., 2007, Pág. 364).

En estas entidades:

No procede, en principio, el llamado control administrativo o de tutela, que rige para las entidades descentralizadas. A pesar de ello, la ley 24.156 prevé una modalidad peculiar de fiscalización a través del control interno de legalidad de gestión y de auditoría a cargo de la Sindicatura General de la Nación (CASSAGNE, J.C. 2007, Pág. 367).

De lo expuesto se deduce que los controles sobre este tipo de sociedades son más escasos que los que se ejercen para las empresas públicas estatales, principalmente en cuanto al control administrativo. No obstante estas aclaraciones, cabe recordar que también existe el control judicial sobre los actos de la administración, cuestión que ha sido abordada anteriormente.

4.4. Conveniencia de transformar YPF en una Empresa del Estado.

La intervención y participación del Estado (mayoritario o minoritario) en “Sociedades Anónimas no se limita a la forma común del Código de Comercio, sino que se acude, también a la estructura de la Sociedad Anónima de Participación Estatal Mayoritaria” (CASSAGNE, J.C., 2007, Pág. 427).

Como principio, “la intromisión del Estado en el campo reservado a la actividad individual debe ajustarse al llamado principio de la suplencia o subsidiariedad, por cuyo mérito la intervención estatal sólo procede ante la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada” (CASSAGNE, J.C., 2007, Pág. 360).

Para ello, el Estado (como señala Guaita) debe estimularla, encauzarla y “sólo cuando ésta carezca de capacidad y decisión necesarias debe ser suplida por la acción directa estatal” (GUAITA, 1965, Pág. 13-14).

En el caso de YPF, podemos apreciar que la caída en las reservas y la creciente necesidad de importar petróleo y gas, hicieron necesaria la participación del Estado en el manejo de sus recursos, aunque como mencionáramos en el capítulo III, lo que se cuestionó fueron las formas y los procedimientos utilizados para lograr dicho objetivo, sosteniendo, los escasos controles que permitieron se llegara a ese estado, sin olvidar las responsabilidades que por ello deberían haberse encausado. Además, a pesar de haberse expropiado la empresa, la forma societaria elegida no ha sido la adecuada, en base al contexto político-institucional del momento, ya que escapa a controles administrativos propios de las empresas del Estado, necesarios por la falta de los mismos sobre nuestros recursos. YPF prácticamente no tiene control público. El congreso controla como mencionáramos en el apartado 4.2, a partir de la Auditoría General de la Nación (control externo), pero a partir de su forma societaria y lo estipulado en la ley de expropiación (Ley 26.741, Art. 15), éste no es aplicable a la empresa, por lo cual viola lo estipulado en la Constitución Nacional. Si lo que se pretende es lograr una soberanía energética, también debe ejercerse una soberanía de control para resguardar al Estado Nacional.

En cuanto a esta intervención del Estado, muy activa en nuestro país, es necesaria la implementación de controles que permitan un desarrollo armónico y eficiente de los recursos, ya que como la historia lo ha demostrado, sin ellos y sin una administración

transparente las empresas se vuelven deficitarias, víctimas de grandes pérdidas, no sólo económicas, sino también sociales.

A pesar de esta actuación del Estado, podemos apreciar un proceso de transformación en diversos países del mundo, por el cual se ha procurado desplazar dicha intervención como ley creciente, ya que solo se justifica de manera subsidiaria (CASSAGNE, J.C., 2007, Pág. 61). Así, en el polo opuesto:

El intervencionismo estatal asfixiante de la economía privada, junto a el flagelo de la inflación (con la consiguiente pérdida del valor de la moneda), el endeudamiento externo, el aumento de la burocracia estatal, la ineficiencia de los servicios y demás actividades que tienen a su cargo las empresas públicas, han conducido a la necesidad imperiosa de formular un replanteo acerca de la dimensión del Estado, su participación en el capital y en la gestión de las empresas públicas, la revisión de las estructuras administrativas y la subsistencia de las diferentes regulaciones y monopolios que traban la libre iniciativa de los particulares y la concurrencia al mercado (CASSAGNE, J.C. Pág. 62).

Si bien advertimos entonces, que la intervención del Estado debe utilizarse sólo como una medida subsidiaria, es cierto que en este caso era necesaria su participación, (aunque la forma de realizarse haya sido contradictoria), debido al gran impacto económico que genera la política petrolera. Esto se justifica por la magnitud de la temática, cual refiere, ni más ni menos, que a los recursos naturales del país. Este intervencionismo de ninguna manera puede llevarse a todos los ámbitos de la actividad económica, sino sólo como una medida restrictiva y limitada.

Las razones de velar por una empresa estatal, refiere a la necesidad de que YPF no vuelva a ser víctima de corrupción. No olvidemos cuando Martínez de Oz, ministro de economía, durante la dictadura de Videla, endeudó a la empresa YPF, mientras que ese dinero nunca llegó a ella, sino que fue un mecanismo para traer divisas extranjeras y colocarlas en el Banco Central, para aumentar sus reservas, entre otras situaciones mencionadas en el Capítulo I. Es importante remarcar esta cuestión, debido a

que Argentina por un lado, expropió gran parte de la principal empresa extranjera petrolera que operaba en nuestro territorio y por el otro, firmó un acuerdo con la empresa Estadounidense Chevron, para explotar el yacimiento de Vaca Muerta y nada se ha modificado en cuanto a controles y legislación, materias necesarias para no cometer los mismos errores y lograr un crecimiento sostenido de la empresa.

Por otro lado, el 8 de Abril de 2014, se dieron a conocer los intentos del Ministro actual de Economía, Axel Kicillof, en Estados Unidos de conseguir préstamos para YPF. Buscar financiamiento y contratos, en el exterior es inevitable, para la producción, y desarrollo del petróleo. Esta cuestión nos recuerda a lo ocurrido con Perón y Frondizi. Lo racional sería reconocer esa situación y desarrollar políticas de estado, sobre los hidrocarburos, en base a ello. En ese intento, Argentina tuvo que dotar de transparencia los índices y estadísticas de inflación, para poder establecer, una tasa de interés real, la cual lamentablemente será muy alta. Debemos tomar conciencia acerca de que lo que se negocie, entregue o mal logre hoy, nos condicionará en el futuro. Esto hace preguntarnos: ¿Se repetirá la historia? ¿Otra vez YPF será víctima de deudas asombrosas que la harán deficitaria? ¿Quedará en el olvido aquel anuncio de una YPF con acción social activa, de una YPF que traerá autoabastecimiento, que terminará con la crisis energética y con la importación de gas? Como contrapartida se proponen algunas soluciones para evitar que ello ocurra.

a) Como primera medida, en base a la forma actual de YPF, existen proyectos, que de implementarse, permitirían se amplíen los controles sobre ella, o sean más efectivos. Todo indica que nuevamente se ha puesto en duda, la administración de la actual YPF. Dentro de ellos encontramos el Proyecto N°0288-D-2014, por el que se solicita a la comisión mixta revisora de cuentas de la administración del Honorable Congreso de la Nación, disponga modificar el plan anual de control externo de la auditoría general de la nación, incorporando la realización de una auditoría integral en las empresas YPF S.A. e YPF GAS S.A.; el Proyecto de Ley 0002-D-2014, que refiere a la Ley 26.741, de soberanía hidrocarburífera: modificaciones sobre la tasación e intervención de la auditoría general de la nación y controles internos y externos; el Proyecto de Ley N° 0250-D-2014, por el que se propone la Creación de una Auditoría Integral de recursos Hidrocarburíferos.

b) En cuanto a una posible YPF del Estado, debemos aclarar que respecto a los numerosos actos cuestionados, muchas veces por arbitrarios como hemos advertido, es necesario un estricto control para que se activen y efectivicen, no solo los mecanismos judiciales, sino de toda la administración en su conjunto. Debemos reconocer que a lo largo de su historia, en YPF se cometieron varios errores. Uno de ellos fue “su centralismo y la discrecionalidad en su control por parte de los sucesivos gobiernos”(Proyecto de Ley N° 4834-D-2011). Por eso se propone la creación de Yacimientos Petrolíferos Federales Empresa del Estado, empresa pública federal con participación de las provincias y el Congreso Nacional, cuyo ejercicio implique un gran crecimiento para el país en materia de hidrocarburos y que finalice con la crisis energética en beneficio de toda la sociedad, brindándole una mejor calidad de vida a todos los ciudadanos.

c) Debe haber una solución soberana, estable y constructiva para reconstruir una petrolera estatal. Deberían, como primer paso, auditarse las reservas petroleras de las provincias que son dueñas de los recursos, en asociación con el Estado nacional para que se sepa el estado de los yacimientos y pueda comenzarse a trabajar sobre ello. Porque las reservas son, en definitiva, del pueblo argentino.

d) Es necesario también, el trabajo conjunto de la Administración Pública, (la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General de la Nación, el Congreso de la Nación, los Congresos Provinciales) y la Justicia como órgano controlador para velar por una YPF nacional estatal y asegurar un accionar efectivo, eficiente y transparente, para posicionarse nuevamente como una de las petroleras estatales más fuerte del mundo. Muchos han sido los proyectos por transformar a YPF aunque, en Sociedad del Estado, como el Proyecto N° 4834-D-2011¹¹⁰ (Yacimientos Petrolíferos Federales Sociedad del Estado, creación).

e) En la misma línea, este proyecto (aunque solicite la creación de YPF como Sociedad del Estado), establece que debería tener en su directorio, representantes de las provincias (tanto petroleras como consumidoras), de los trabajadores y de las minorías legislativas. Con esto se busca que ningún gobierno utilice la empresa para su beneficio,

¹¹⁰Proyecto N° 4834-D-2011, “Yacimientos Petrolíferos Federales. Sociedad del Estado. Creación”. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

sino que el gobierno impondrá la búsqueda del bien común por sobre intereses electorales.

f) Se deberían crear dos fondos especiales: el Fondo Solidario de Inversión para financiar la educación, salud, ANSES, Viviendas en todo el país y la Industria Nacional; y el Fondo Hidrocarburífero Solidario que financiará a las provincias y municipios a fin de que mejoren la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial de sus habitantes. Estos fondos se financiarán con parte de las utilidades de la empresa¹¹¹.

g) Entendiendo que el petróleo y el gas son recursos naturales no renovables, y que por tanto se debe utilizar parte de su renta en la adopción de tecnologías propias que permitan el desarrollo de energías renovables y no contaminantes, parte de las ganancias de la empresa también se destinaría a las Universidades Públicas Nacionales y los Organismos de Ciencia y Técnica Nacionales, junto a un Fondo Energético, con el objetivo de financiar la investigación científica y tecnológica en el ámbito de las energías renovables¹¹².

Esto sin duda alguna se refleja en la real importancia que genera para un país democrático, con objetivos de progreso, de inclusión y con efectiva seguridad jurídica e institucional, una administración transparente de la empresa, en el manejo de sus recursos, para poder ser un país serio, tanto para sus propios ciudadanos, como para el resto del mundo.

h) Otra cuestión importante es que, si bien la participación mayoritaria la tiene el Estado, también es cierto que la integran capitales privados, cuyos intereses no son los mismos. El Estado debe velar siempre por el bien común. La historia nos ha mostrado que estos capitales dentro de nuestra YPF, no han generado los mejores resultados para el país. Más aun cuando esa participación privada que se mantiene en la empresa, ha sido fuertemente cuestionada por su forma de incorporación a la misma, por ejemplo, en cuanto las acciones que el grupo Eskenazi adquirió, que se compraron con utilidades futuras de la propia empresa, cuyo respaldo para acceder a ellas consiguió en el

¹¹¹Proyecto N° 4834-D-2011, “Yacimientos Petrolíferos Federales. Sociedad del Estado. Creación”. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

¹¹²Proyecto N° 4834-D-2011, “Yacimientos Petrolíferos Federales. Sociedad del Estado. Creación”. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

exterior, gracias al gobierno argentino. Esto tiene su fundamento, no solo en la opinión pública, cuyo sustento puede considerarse débil, sino en numerosos pedidos de informes solicitados al Poder Ejecutivo Nacional, a las Auditorías, etc., por el propio Congreso de la Nación, pidiendo se aclaren muchos de los actos celebrados en torno a el ingreso del mencionado grupo a YPF, así como también sobre la expropiación de la misma¹¹³, sobre el acuerdo entre la Provincia de Neuquén y la empresa Chevron, y sobre el posterior acuerdo entre Argentina y Repsol¹¹⁴, entre otras cuestiones.

i) Por último, debemos mencionar que la reciente modificación a la ley de hidrocarburos (Aprobada el 30 de Octubre de 2014), en nada modifica lo que a lo largo de este trabajo se ha ido planteando. No incluye regulación ambiental para evitar los eventuales daños atribuidos al fracking, tampoco el método de estimulación hidráulica para la extracción de hidrocarburos no convencionales, y se establece un tope del 12 por ciento en las regalías. También permitirá extensos períodos de concesiones (35 años en algunos casos prorrogables por otros 10) y habilita a un concesionario a extender la explotación de un yacimiento convencional cuando éste se encuentre vinculado a uno de hidrocarburos no convencional. Por lo tanto deberá ser materia de análisis y reflexión acerca de su constitucionalidad, si beneficia al país o no y si nos acerca al autoabastecimiento o no. Pero la realidad nos demuestra que, como en todas las decisiones urgentes, tomadas por problemas coyunturales y sin su amplio debate, no se solucionará el problema energético.

En base a lo expuesto, cabe concluir que es escasa la información que se brinda al respecto, lo cual agrava la situación. No se puede negar la importancia de que el Estado maneje, controle y regule los recursos naturales, especialmente los hidrocarburos, pero tampoco puede negarse el problema que surge con ello, cual es cómo se hace, y quiénes son los responsables de hacerlo. Lo que debe tenerse en cuenta, como fundamento principal de contar con una YPF estatal, es que si el propio Estado no tuvo la capacidad

¹¹³ Proyecto de Ley, expediente N°2755-D-2012. Comisión bicameral de seguimiento y control sobre el proceso expropiatorio de YPF: Creación en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación.

¹¹⁴ Proyecto de Resolución. Expediente N°0618-D-2014. Pedido de informes verbales al jefe de Gabinete de Ministros, Señor Jorge Capitanich, Al Ministro de Economía y Finanzas Públicas, Licenciado Axel Kicillof y al Señor Secretario de Energía, Daniel Cameron, sobre el acuerdo compensatorio alcanzado con la empresa Repsol.

de controlar a la empresa Repsol, a la cual luego le expropia YPF, ¿cómo podrá tener capacidad para administrarla, bajo los mismos lineamientos?

Es por ello, que sostenemos la importancia estratégica de que nuestro país cuente con una real petrolera estatal, con capacidad de intervención y que permita la socialización de la renta petrolera, para el desarrollo económico y social. Debería volverse “a la tradición de una empresa pública fuerte y con sentido social”¹¹⁵. Se busca recuperar la senda de YPF. No olvidemos el alto nivel de inversión que la entonces petrolera estatal tenía antes de ser privatizada, construía escuelas, caminos, hospitales, y muchos otros servicios, para la comunidad.

¹¹⁵Proyecto N° 4834-D-2011, “Yacimientos Petrolíferos Federales. Sociedad del Estado. Creación”. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.



Conclusión



Desde la privatización de la empresa YPF, transcurrieron dos décadas, hasta que en el año 2012, volvió a manos del Estado, a través de un proceso de expropiación, por el cual obtuvieron el 51% de las acciones de la empresa Repsol-YPF.

No puede negarse el entusiasmo de los argentinos por haber recuperado aquella YPF del Estado, por la que tanto se ha luchado desde su creación, a pesar de las adversidades por las que atravesó el país, a lo largo de su existencia. Es valioso el esfuerzo de todos aquellos que día a día trabajan en la empresa, con un sentimiento patriótico de estar trabajando para todos los argentinos.

No obstante, la conducta del Estado en el mencionado proceso, ha originado numerosos cuestionamientos. Si bien la expropiación estuvo basada en una necesidad, (para algunos energética, para otros política, de contar con divisas y controlar la mayor empresa del país), lo que se ha discutido, fueron las formas. Con este aporte, intentamos analizar la expropiación de YPF, desde un enfoque jurídico, respecto a cómo se llevó a cabo dicho proceso, más allá de los debates políticos que se hayan generado al respecto.

En el desarrollo del presente trabajo, pudimos apreciar que YPF, desde sus inicios, estuvo salpicada de corrupción y favoritismos. Cada decisión radical sobre la empresa, derivó en cuestionamientos acerca del accionar del Estado, debido a la preeminencia manifiesta, de los intereses particulares, por sobre el interés común.

El saldo de este proceso de expropiación, fueron denunciarse innumerables pedidos de informes en el Congreso de la Nación, por responsabilidad de los funcionarios públicos, por irregularidades en el proceso, por modificaciones a los organismos de control sobre la nueva YPF, entre otras cuestiones que no deben pasarse por alto. Ello demuestra lo controvertido que ha sido el modo de proceder del Estado, en esta situación, conforme a lo complejo de la temática abordada.

En base a los cuestionamientos generados, pudimos advertir una actuación contradictoria por parte del Poder Ejecutivo Nacional, quién por un lado, defendió con valor las inversiones desarrolladas por YPF-Repsol en nuestro país, y por el otro, intervino acusando a la misma empresa, por falta de inversiones, durante el mismo período. Esto es importante en la medida que el Estado es responsable de controlar la

actuación de una empresa extranjera en su territorio, más aún de la empresa que manejaba los recursos hidrocarburíferos, por lo cual, debería haberlo realizado desde su llegada a la Argentina y con mayor rigor en los años anteriores a la expropiación, para haber evitado así, lo que luego se caracterizó como “el vaciamiento de las reservas de petróleo”. Al ser éstas las razones para justificar su accionar, debería haber respondido primero por qué se permitió, qué se hizo para evitarlo, y en consecuencia, quiénes son los responsables de ello. Una empresa no puede vaciar las reservas de petróleo de un país, sin que el Estado mismo lo permita.

La conducta cuestionada al Ejecutivo Nacional, fue haber intervenido la empresa a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia, siendo en Argentina, competentes para dicha actividad los jueces. A nuestro parecer, el accionar de una empresa privada, no puede justificar la utilización de estos recursos, creados por nuestra Constitución Nacional, para situaciones excepcionales y urgentes. Estas formas son cada vez más utilizadas, abusando de lo que el legislador quiso expresar al reglamentar dichos decretos. A esto debe sumarse la falta de control real sobre los mismos, tanto parlamentario, como judicial, que puedan ponerle freno a su uso indiscriminado. En el decreto de intervención, no se menciona una crisis sectorial que pudiera entenderse como una circunstancia excepcional, ni existió una situación de emergencia como lo exige la constitución y lo ha exigido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue una decisión política, que si bien amparada por la Constitución en el uso de las facultades del Poder Ejecutivo, fue arbitraria, no fue razonable, por lo tanto pasible de control judicial, aunque no se haya realizado.

Esa arbitrariedad encuentra su fundamento en que el logro del autoabastecimiento, (como se plantea en el decreto de intervención), es un objetivo de todos los gobiernos, desde el descubrimiento del petróleo en nuestro territorio, y no una situación excepcional que exigiera premura, por lo que debería haberse realizado según los trámites ordinarios que prescribe nuestra constitución.

Además, el gobierno argentino adjudicó el vaciamiento de las reservas de petróleo exclusivamente a las decisiones adoptadas por la empresa Repsol, sin admitir su propia responsabilidad, por dicho acontecimiento. Esta no es una cuestión que pudiera solucionarse con la expropiación de una empresa, sino que debería acompañarse con un

control públicoefectivosobre todas las empresas en general, pertenecientes a la industria del petróleo,que operan en el país, y con un cambio en la política energética. En definitiva, la producción de YPF continuó bajando, el gas se siguió importando y los precios de las naftas siguieron aumentando, quedando demostrado, que dichas cuestiones no requerían urgencia alguna, que pudiera cambiar radicalmente la situación.Esta cuestión debería haberse sometido a control judicial, en base a que en el caso concreto existía para la administración pública la posibilidad de adoptar una medida menos gravosa para los derechos del administrado y que la intervención, no era necesaria para lograr la referida finalidad.

Nuevamente primaron las necesidades políticas del momento, aunque hayan implicado restricciones a derechos fundamentales e impliquen continuar arrasando con la agonizante seguridad jurídica.

Deben perseguirse entonces, objetivos concretos, a corto y a largo plazo,ya sea para solucionar los problemas de déficit de importación actuales, comotambién, para planificar inversiones futuras. Ello se lograría con políticas de Estado eficientes,que puedan articularse con el desarrollo de energías renovables, generando conciencia y educando a toda la población,a través del fomento del uso racional de los recursos y el ahorro energético. La posibilidad de revertir la producción de petróleo y gas requeriráde mucho esfuerzo. Las aptitudes del petróleo son casi inagotables, no así su disponibilidad. Pero hasta que estos nuevos productos se consoliden, el petróleo seguirásiendo un bien estratégico que marcará la diferencia de los países que lo tienen y los que no. De ahí la necesidad de protegerlos, mediante una efectiva legislación.

Por otra parte,se ha cuestionado que durante el proceso de expropiación, suscitado con la sanción de la Ley 26.741, la indemnización, no fue abonada de manera previa, ni se inició juicio por expropiación que pudiera darle al Estado la toma de posesión de la empresa, ni el tribunal de Tasaciones emitió correctamente el informe con la información de valuación de las acciones expropiadas, en la forma que lo establece la ley. Este modo de proceder, por parte de la Administración Pública,representó una violación a lo estipulado en la Constitución Nacional, en la ley de Expropiaciones y en las Resoluciones del Tribunal de Tasaciones de la Nación.

Debido al alcance de lo que significó la expropiación de YPF, por la cual se devolvió al país el control sobre la producción de los hidrocarburos, (aunque en el marco de innumerables cuestionamientos), merece que todo lo concerniente a ella se resuelva y desarrolle de manera transparente, con una proyección clara de las metas y objetivos, con el respeto riguroso a los procedimientos preestablecidos y con un estricto control por parte de los organismos encargados de ejercerlo. Con una visión aún más amplia, creemos que la cuestión abordada, debería acompañarse con el desarrollo de una política cuyo fin sea la preservación de las relaciones internacionales, en el marco de una economía estable, una moneda confiable y en donde el mercado de inversiones pueda ser atractivo y seguro, ya que las mismas, se vieron afectadas luego del modo de proceder del Estado en el proceso de expropiación, con respecto a la empresa extranjera Repsol.

Pese a ello, la escasez de divisas, la creciente inflación, la caída de las reservas del Banco Central, entre otras cuestiones, obligaron al Estado a buscar financiamiento y acuerdos de inversión, en el exterior. En consecuencia, el Estado a través de YPF, por un decreto habilitante del Poder Ejecutivo Nacional, firmó un contrato en 2013, con la empresa estadounidense Chevron para explotar el yacimiento “Vaca Muerta” (situación que también ha generado numerosos cuestionamientos, incluso investigaciones por parte de la Justicia Federal). Esto se contradujo con lo anunciado por el gobierno en sus inicios, quien manifestó como mencionáramos, una posición nacionalista y que luego tuvo que cambiar. De expulsar a la mayor empresa petrolera extranjera que operaba en el país, se pasó a firmar un acuerdo con otra empresa extranjera, para explotar el petróleo no convencional en nuestro territorio. Acuerdos que son necesarios para la producción de petróleo y gas, pero que deberían celebrarse dentro de un marco legal seguro, que proteja los intereses del país y principalmente a sus recursos naturales. Cambiar de parecer no es malo, siempre y cuando ese cambio, por parte del Estado, sea en beneficio de la sociedad. En relación a ello, sería importante que el contrato celebrado entre Argentina y Chevron, así como todos aquellos celebrados con empresas privadas, sean de público conocimiento y que no cuenten con cláusulas secretas que pongan en duda el accionar del Estado y su fin último. Para poder controlar así, qué se otorga, a cambio de qué, y poder todos defender la segunda reserva de gas y cuarta de petróleo, más grande del mundo. Vaca Muerta es muy rentable, pero debe analizarse el costo, tanto

económico como ambiental, de esa rentabilidad. Indirectamente, se están poniendo en manos privadas extranjeras nuevamente, nuestras reservas, por ejemplo, al no cobrar seguros ambientales u otorgar beneficios de explotación.

Como se aprecia, la solución a los problemas del petróleo en Argentina, giran en torno a una misma conclusión: deben aumentar los controles y debe cambiarse la política energética, a través de una modificación en la legislación, donde la temática de los hidrocarburos sea regulada de manera segura y eficaz, ya que la ley no se adapta a las nuevas tecnologías, ni a los nuevos contratos. Hoy el dominio corresponde a las provincias, pero la política de hidrocarburos y abastecimiento energético, son responsabilidad del gobierno federal. Para desarrollar un programa que incorpore la inversión privada e incluya la cuestión de los recursos no convencionales, hace falta que el diseño institucional, la discusión política, y la construcción de consensos sean más sólidas que lo que permite la urgencia macroeconómica.

No olvidemos que todo lo relacionado a los hidrocarburos, a la energía y al manejo de nuestros recursos, impacta directamente en la economía macro del país, nos afecta a todos y de su cuidadosa administración depende el éxito de la empresa, y en consecuencia, el logro de una mejor calidad de vida para los argentinos.

La experiencia nos muestra que los caminos cortos y abruptos, sólo han contribuido a profundizar la inestabilidad de nuestra política energética. En este marco, esperamos que YPF, sea administrada eficientemente, con una real transparencia en sus actos, en su desarrollo, para evitar así, que se repita la historia y sea nuevamente víctima de muchos errores o incluso que vuelva a manos privadas. No olvidemos que, en cuanto a su forma jurídica, de ser una empresa estatal, pasó a ser una Sociedad Anónima y de esta última, a ser una Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria. Estas fluctuaciones, han tenido graves consecuencias, no sólo para YPF, que soportó los vaivenes de la política argentina, sino para la sociedad en su conjunto, debido a los escasos controles sobre estas formas societarias, que escapan al control amplio de la Administración Pública. Si lo que se pretende es lograr una soberanía energética, también debe ejercerse una soberanía de control para resguardar al Estado Nacional.

Por ello planteamos la importancia de que YPF sea una empresa pública del Estado, cuya contabilidad y distribución de fondos sean de público conocimiento, y que no pueda alterarse su desarrollo, independientemente del partido político que gobierne. Ello va a depender de la voluntad de los legisladores, de cómo actúe la administración, y de una justicia y órganos de control de los recursos y activos.

Finalmente, es trascendental mencionar que en un mundo civilizado, las formas son tanto o más importantes que las cuestiones de fondo, y deben obedecerse de manera rigurosa, para mantener el Estado de Derecho y evitar que conductas discriminatorias y arbitrarias se sigan sucediendo, en un contexto donde las irregularidades en los procesos, o el no respeto a la ley por parte del Estado, forman parte de lo cotidiano. Esto se agrava como mencionáramos, por la falta de controles y la falta de responsabilidad de quienes las llevan a cabo. Recordemos que el Estado posee responsabilidad también, por sus actos lícitos, y debe reparar el daño ocasionado a quien no debe soportar individualmente, lo que debe ser materia de asunción colectiva. Frente a ello, es la Constitución Nacional, la que rige los principios fundamentales sobre los que se sienta nuestro ordenamiento jurídico, es nuestra ley suprema, y protege el sistema democrático. Por lo cual debe respetarse estrictamente, ya que brinda la seguridad jurídica que todo país necesita. De no revertirse esta situación, las posibilidades de alcanzar un Estado Constitucional de Derecho son cada vez más lejanas.

Pero ¿qué pasará? ¿Serán analizadas estas cuestiones y la justicia resolverá sobre las irregularidades de los actos del Estado, en el proceso de expropiación? ¿Sancionará a quienes sean responsables por ello? ¿Contaremos con una justicia que garantice el respeto a nuestra constitución en materia hidrocarburífera y energética? ¿Se modificará la legislación en dichas materias? ¿Dejaremos realmente de importar gas? Sólo el tiempo nos dará las respuestas.



Bibliografía

1. Legislación

Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada. (Ampliada y actualizada). (Ed. 4ª) - Buenos Aires: La Ley, 2008. Tomo I.

Decreto 2778/90. Estatuto de YPF S.A.

Decreto 530/12.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Dispónese la intervención de YPF S.A. B.O. 16.04.2012.

Decreto 1023/13. Reglamenta Ley N° 26.831.

Ley 13.653, Texto ordenado por Decreto 4.053. B.O. 23.03.1955.

Ley 14.733 de Hidrocarburos. B.O. 13.11.58, Modificada por Ley 17.319, B.O. 23.06.67.

Ley N° 21.499.- Ley de Expropiaciones. B.O. 13.04.1977.

Ley N° 24.156.-Ley de Administración Financiera. (30.09.1992).

Ley N° 17.319 del 23 de Junio de 1967.- Hidrocarburos. Modificada por ley 24.145 y 26.197 B.O 05/01/2007.

Ley 26.761.- Declárase de utilidad pública y sujeta a expropiación a la Compañía de Valores Sudamericana S.A. B. O. 29.08.2012.

Ley N° 24.145.- Federalización de Hidrocarburos. Transformación Empresaria y Privatización del Capital de YPF S.A. Privatización de Activos y Acciones de YPF S.A. Disposiciones Complementarias. B.O. 06/11/2012.

Ley N° 26.741.- Yacimientos Petrolíferos Fiscales. B.O. 07/05/2012.

Proyecto N° 4834-D-2011, “Yacimientos Petrolíferos Federales Sociedad del Estado, creación”. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Ley, expediente N° 2755-D-2012. Comisión bicameral de seguimiento y control sobre el proceso expropiatorio de YPF: Creación en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Ley N°1332-D-2014. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Ley 0002-D-2014: “Ley 26.741, de soberanía hidrocarburífera: modificaciones sobre la tasación e intervención de la auditoría general de la nación y controles internos y externos”. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Ley N° 0250-D-2014, “Creación de una Auditoría Integral de recursos Hidrocarburíferos”. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Resolución, expediente N°0288-D-2014. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Resolución. Expediente N°0618-D-2014. Pedido de informes verbales al jefe de Gabinete de Ministros, Señor Jorge Capitanich, Al Ministro de Economía y Finanzas Públicas, Licenciado Axel Kicillof y al Señor Secretario de Energía, Daniel Cameron, sobre el acuerdo compensatorio alcanzado con la empresa Repsol. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Proyecto de Ley N° 0250-D-2014. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

ZAVALLIA, R. Código Civil Argentino, Ed., 2011, Buenos Aires.

2. Doctrina

ALTERINI, A. (18.04.12), “Es inconstitucional expropiar sin pago previo, advierten juristas”. Nota: Diario La Nación, Recuperado el 04.05.14, de http://www.clarin.com/politica/inconstitucional-expropiar-previo-advierten-juristas_0_684531586.html.

BECCAR VARELLA, estudio jurídico, Publicación diario “El Cronista”, Sección: Economía y Política [Versión Electrónica] (19/04/2012). Recuperado el 28.08.2013.

BELLUSCIO, A., (18.04.12), “Es inconstitucional expropiar sin pago previo, advierten juristas”. Diario La Nación, Recuperado el 04.05.14, de

http://www.clarin.com/politica/inconstitucional-expropiar-previo-advierten-juristas_0_684531586.html.

BIELSA, R., "Derecho Administrativo", Tomo III, El Ateneo, 4a. edición, 1947, n° 659.

BOUNACORE, D. "Diccionario de Bibliotecología". (2 ed.). Buenos Aires, Argentina (1942).

CASSAGNE, J. C. (2007). "Derecho Administrativo". Tomo I. (Eds.) El llamado proceso de las nacionalizaciones. LexisNexis, Abeledo Perrot.

CASSAGNE, Publicaciones, "La Propiedad de los Yacimientos de Hidrocarburos y su relación con las potestades nacionales y Provinciales", JCC, Doctrina, La Ley 2007-C, 1135.

CASSAGNE, J.C., (2008) Publicación "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial" [Versión Electrónica] (10/09/2008). Recuperada el 28.08.2013.

CASSAGNE, J.C. (03.09.2008), "La Discrecionalidad Administrativa". Recuperado el 10.05.2014, de <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>.

CASSAGNE, J.C., (11.11.2009), Publicación "La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante", Recuperado el 26.09.2013 de <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Perrino/La%20responsabilidad%20estatal%20l%C3%ADcita%20y%20la%20indemnizaci%C3%B3n%20del%20lucro%20cesante.pdf>.

DELPIAZZO, Carlos E., Dignidad humana y Derecho, U.M., Montevideo, 2001.

DIAZ, J. A. (2013), "Acuerdos y secretos. La Presidenta recibe al CEO de Chevron, John S. Watson. El área concedida fue descubierta por Repsol. Acuerdo con Chevron". Ed.1908. Revista Noticias. Recuperado el 15.10.2013 de: <http://noticias.perfil.com/2013-07-24-33287-la-re-privatizacion-de-ypf/>.

DIEZ, MANUEL M.: Derecho Administrativo, Tomo IV, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1969.

GADANO, N. "Historia del petróleo en la Argentina". Buenos Aires, Edhasa, 2006.

GELLI, María Angélica, "El caso Smith", L.L., 2002-B-790.

GONZALEZ UELTZEN, G.M, "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma Constitucional de 1994", (1999). Revista Justiniano. Recuperado el 20.11.13, de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/decretos_de_necesidad_y_urgencia.htm.

GUAITA, Aurelio, Derecho Administrativo Especial, t. I., Zaragoza, 1965.

HERNANDEZ SAMPIERI, R. "Metodología de la Investigación", et al (2003).

JIMENEZ PIERNAS, C. (2012.04.24), "La expropiación de YPF: Análisis desde el Derecho Internacional (ARI)", Real Instituto Elcano. Recuperado el 28.08.2013.

LARENZ, K. "Metodología de la ciencia del Derecho", 2010 (Ed. 2da.).

LIBRIZZI, F. (s/f), Derecho de Danos, Título: "Responsabilidad del Estado", Universidad Empresarial Siglo 21.

LONDON, J. "¿Qué es una ciencia descriptiva y una ciencia normativa", [Versión Electrónica], (1997). Recuperado el 03.10.2013.

MARIENHOFF, Miguel S.; Tratado de derecho administrativo, cit., t. IV., 1969 (Ed. 3da.).

MARIENHOFF, Miguel S.; Tratado de derecho administrativo, cit., t. I., 1969 (Ed. 3a.).

MONTESQUIEU, C. L., "El espíritu de las leyes". Editorial Porrúa, S. A. México 1977, Ed. Tercera.

PEREZ SERRANO, G. "Desafíos de la Investigación Cualitativa", 2007.

PERGOLA, Federico; Breve historia del gas en la Argentina; revista Historia; tomo 26, (101).

POZO GOWLAND, H. (2004) “Estudios de Homenaje al Profesor Jesús González Pérez”, autor del capítulo: “Proceso administrativo y control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Recuperado el 30.08.2013, de http://www.pozogowlandabogados.com.ar/pozogowland/id/pt/notas/_21072011055411/155/

SABSAY, D., (2012.04.26). “Constitucionalista Sabsay dijo que se trata de un acto confiscatorio”. Diario: El Día. Recuperado el 28.08.2013 de <http://www.eldia.com.ar/edis/20120426/constitucionalista-sabsay-dijo-trata-acto-confiscatorio-20120426185740.htm>

SABSAY, D, (2012.04.18), “Es inconstitucional expropiar sin pago previo, advierten juristas”. Diario La Nación, Recuperado el 04.05.14, de http://www.clarin.com/politica/inconstitucional-expropiar-previo-advierten-juristas_0_684531586.html.

SANSINENA, PATRICIA, (s/f), Derecho del trabajo y seguridad Social, Título: “El contrato de Trabajo”, Universidad Empresarial Siglo 21.

SCAVONE, GRACIELA M., “Cómo se escribe una Tesis”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002.

TAWIL, GUIDO SANTIAGO, cit. T° II, p. 321, con cita de GARCIA TREVIJANO FOS.

VANOSI, Jorge Reinaldo, Teoría constitucional, T° II, Depalma, Buenos Aires, 1976.

VARGAS BEAL, XAVIER, “Como hacer Investigación Cualitativa”, 2010.

YUNI, JOSE ALBERTO y URBANO, CLAUDIO ARIEL, “Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación” Volumen I, Ed. Brujas, Córdoba, mayo de 2003.

ZAVALIA, R. Código Civil Argentino, Ed., 2011, Buenos Aires.

3. Jurisprudencia

CNCiv, Sala A, 22/3/83, “Corporación Argentina de Productores de Crema S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, ED 107-525, y del mismo tribunal, “Martínez, Víctor c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, ED 107-526.

CSJN, “El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional”, Fallo: 28/07/2005.

CSJN, “Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca "Las Pavas" s/ expropiación” 05/04/1995 T. 318, P. 445.

Fallo “Jucalán”, publicado en JA, nro. 5678 del 27-IV-1990.

Fallo “Rodríguez, Jorge, Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia”, CS, diciembre 17-1997.

Fallo “Risolfía de Ocampo, María J. c/ Rojas, Julio C. y otros” -CS-2 de agosto de 2000; LA LEY 2000-D-.

Juzg. Nac. Com. N° 8, “Ciccone Calcográfica S. A. S/ Concurso Preventivo S/ Incidente Transitorio” (2013).

Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 4. Causa 3518/06, ampliada en 2014. Denuncia penal contra Daniel Eduardo MARTIN, Presidente de la sala Ad Hoc YPF del Tribunal de Tasaciones de la Nación, y Galdino Alberto CATTANEO- Presidente del Tribunal de Tasaciones. Recuperado de http://elisacarro.org/Elisa/docs/2014/Presentaciones/20140313_Denuncia_Tasacion_YPF.php.

4. Otras Fuentes

Anexo II, Ley 21.499, Facultad de Ingeniería, de la Universidad de Buenos Aires, Recuperado el 05.05.2014, de <http://materias.fi.uba.ar/7018/Anexo%20II%20LEY%2021499%20DE%20EXPROPIACION.pdf>.

AZARETTO, R. (2012/08/07). El presidente Justo y el esplendor de YPF. Los Andes. Recuperado el 12.03.2014 de <http://www.losandes.com.ar/notas/2012/8/7/presidente-justo-esplendor-659266.asp>.

BALBIN, F. (2011), “La protección de las inversiones extranjeras y la expropiación de Aerolíneas Argentinas S.A”. *Ámbito Jurídico*. Recuperado el 28.09.13 de http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14142&revista_caderno=16.

BODART, A. y VIALE, E. (14.05.14), “La justicia investigará a Cristina por el acuerdo entre YPF y Chevron”, *Diario Clarin*, recuperado el 15.05.14, de http://www.clarin.com/politica/Justicia-investigara-Cristina-YPF-Chevron_0_1138086193.html.

BORELLO, R. (2013, Abril), *Los Decretos de Necesidad y Urgencia: Requisitos constitucionales y control judicial*. Recuperado el 19 de Febrero de 2014 de <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/derechoconstitucional/files/2013/04/Fichas-decretos-necesidad-y-urg.doc>.

CORTI, A. y CONSTANTE, L. (24/04/12). “Los Aspectos Legales de la expropiación”, *Diario Página 12*. Recuperado el 13 de Marzo de 2014, de <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-192532-2012-04-24.html>.

DE KIRCHNER, C. F., (Abril, 2011). *Cadena Nacional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Documental, “Historia del petróleo argentino”, Canal Encuentro 2008.

HERRERO, F. (2008), entrevista realizada por Dario Grandinetti, para el documental “Historia del Petróleo Argentino” (Canal ENCUESTRO).

GADANO, N. (2008), entrevista realizada por Dario Grandinetti, para el documental “Historia del Petróleo Argentino” (Canal ENCUESTRO).

FUNDACION PENSAR, “Intervención a Ciccone: un precedente peligroso”, Documento de políticas públicas N°28. Recuperado el 30.08.2013, de <http://www.fundacionpensar.org>.

GADANO, N. (2012), Diario El Cronista, Recuperado el 02 de Abril de 2014, de <http://www.cronista.com/we/Necesitamos-petroleras-que-inviertan-porque-YPF-no-tiene-capital-20120720-0026.html>.

GADANO, N. (2013.07.19), “Petróleo: Urgencia y Traición”, Diario LA NACION. Recuperado el 20 de Marzo de 2014 de: <http://www.lanacion.com.ar/1602400-petroleo-urgencia-y-traicion>.

GRIGONI, R. P., “La intervención judicial de la administración de las sociedades comerciales como recurso de defensa del interés social”, Recuperado el 12 de Marzo de 2014, de <http://www.estudioton.com.ar/congresos/comision%202/grigoniintervencion%20judicial.doc>

OBARRIO, M. (2012.04.23), “El Gobierno planea no pagarle nada a Repsol”. Diario La Nación. Recuperado el 03.03.2014 de <http://www.lanacion.com.ar/1467398-el-gobierno-planea-no-pagarle-nada-a-repsol>.

O'DONELL, M. (19 de Abril de 2012), Axel Kicillof, el protagonista, Diario El País, Recuperado el 15 de Abril de 2014, de <http://blogs.elpais.com/radio-buenos-aires/2012/04/akel-kicillof-el-protagonista.html>.

PAZOS, P. (06.07.2012), Petróleo en Agua Fresca. Geología, Noticias exactas de la UBA, Recuperado el 08.02.2014, de <http://www.noticias.exactad.uba.ar/el-petroleo-de-agua-fresca>.

PIGNA, F. (s.f.) Arturo Frondizi. El historiador. Recuperado el 08/03/2014, de: <http://www.elhistoriador.com.ar/biografias/f/frondizi.php>.

Jiménez Piernas, Carlos, (24.04.12) La expropiación de YPF, Análisis desde el Derecho Internacional, Real Instituto Elcano.

SANCHEZ, A. (2010) Ley 7059: El primer marco legal de la explotación de petróleo por el Estado. ADN Sur. Recuperado el 10/03/2014 de: <http://www.adnsur.com.ar/informes/primer-marco-legal/index.php>.

SOLANAS, P. (2010/12/20). Errores de la política petrolera. Diario La Nación.

SUED, G., (2012.04.18), “Kicillof: No vamos a pagarles lo que dicen”. Diario La Nación. Recuperado el 15 de Abril de 2014, de <http://www.lanacion.com.ar/1465945-kicillof-no-vamos-a-pagarles-lo-que-dicen>.



AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

| | |
|--|--|
| Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i> | PEREZ SANTORO MARIA INES |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 31428011 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | LA CONDUCTA DEL ESTADO EN EL PROCESO DE EXPROPIACION DE YPF |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | inesperezsantoro@gmail.com |
| Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i> | Universidad Siglo 21 |
| Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

| | |
|--|----|
| Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i> ^[1] | SI |
| Publicación parcial <i>(informar que capítulos se publicarán)</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta
dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.