

LAS EMPRESAS PUBLICAS EN ARGENTINA Y LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Enrique Alberto Peláez

Ponencia

- Es necesario establecer principios de buen gobierno corporativo aplicables a las empresas del sector público en nuestro país.

- La Resolución SIGEN 37/2006 que aprueba las “normas mínimas de control interno para el buen gobierno corporativo en empresas y sociedades del Estado”, no cumple adecuadamente con dicha finalidad, por no adaptarse a las particularidades de la Empresa Pública y resultar una mera copia del decreto 677/2001, que estaba dirigido al sector privado, en el ámbito de la oferta pública.

- Debe dejarse sin efecto la resolución SIGEN 37/2006 y dictarse una nueva norma que la reemplace, la que deberá tener en cuenta las características propias de las Empresas Públicas.

I. Introducción

El gobierno corporativo ya se encuentra instalado desde hace un tiempo entre nosotros⁽¹⁾, y si bien hoy puede discutirse su alcance o forma de implementación, es casi unánime la convicción sobre su bondades, no sólo dentro del ámbito del mercado de capitales, sino también incluso, para sociedades cerradas. En esta onda expansiva

(1) Ejemplo de ello lo es el trabajo de investigación que bajo la dirección de la Dra. María Celia Marsili concluyera con la publicación del libro *Mercado de capitales Régimen de las emisoras*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

de aplicación de los principios del *corporate governance* a distintos ámbitos, la empresa pública, no podía quedar fuera ⁽²⁾.

La empresa pública sigue manteniendo a nivel mundial un papel de gran importancia dentro de la economía, a pesar de los procesos de privatización que se generalizaron en la década del '90 ⁽³⁾. La significación de la Empresa Pública se puede constatar tanto en países desarrollados, como en mayor medida en economías emergentes, en particular en empresas de servicios públicos o infraestructura ⁽⁴⁾.

En nuestro país, a pesar de que muchos creyeron que la empresa pública había dejado de existir en 1992 ⁽⁵⁾ cuando se dictó la ley de reforma del Estado 23.696 y luego del proceso privatizador de la década, lo cierto es que ello no ocurrió, y en la actualidad vivimos un proceso inverso, ya que la actual política económica ha vuelto a la vida a estos entes que estuvieron a punto de desaparecer. Hoy la Empresa Pública en Argentina vuelve a adquirir un papel de privilegio dentro de las políticas de estado y en la economía de nuestro país.

(2) El fenómeno que ha dado tanto a nivel internacional con las iniciativas de la OCDE que analizaremos más adelante, como en el ámbito latinoamericano y europeo.

(3) La corriente privatizadora de los 90 tuvo alcance mundial, si bien no son comparables los procesos de privatización europeos y los latinoamericanos, dado que la diversidad de las condiciones económicas y políticas subyacentes, determinaron objetivos y motivos distintos. García Ruiz, Encarnación, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

(4) Xavier Vives, *El buen gobierno de las empresas públicas*, Occasional Paper, febrero 2007, Universidad de Navarra. IESE Business School, Barcelona, España. El autor destaca la importancia de la Empresa Pública en el contexto Europeo, con empresas como Airbus, y la trascendencia de las empresas públicas en Suecia en que representa una parte sustancial de la capitalización de mercado o con importancia estratégica como en Francia.

(5) Resulta elocuente lo expresado por el administrativista Guillermo Andrés Muñoz, en la ciudad de Montevideo en el marco del Simposio sobre Transformación del Sector Público en el mes de septiembre de 1992, en su conferencia sobre "La Empresa Pública en Argentina", donde inició su alocución señalando que lo único que tenía para decir era que la empresa pública en Argentina no existía más, y que con eso podía dar por terminada su conferencia. Guillermo Andrés Muñoz, Carlos Manuel Grecco, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Cap. VI "La empresa pública en la Argentina", Ad-Hoc, Bs. As., 1999.

Como todos saben, los principios de gobierno corporativo llegaron al mercado de capitales a través del decreto 677 en el año 2001 (B.O., 28/5/2001). Cinco años después, la Sindicatura General de la Nación dicta en mayo de 2006 su resolución N° 37 por la cual aprueba las “Normas Mínimas de Control Interno para el Buen Gobierno Corporativo en Empresas y Sociedades del Estado” que resulta objeto de análisis crítico en la presente ponencia.

II. La Sindicatura General de la Nación

La Sindicatura General de la Nación (SIGEN) es un organismo creado por ley 24.156 en Septiembre de 1992. La SIGEN es la continuadora, en cuanto a sus funciones, de la Sindicatura General de la Corporación de Empresas Nacionales (Ley 20.558), y de la Sindicatura General de Empresas Públicas (Ley 21.801).

La SIGEN es el órgano de control interno del Poder Ejecutivo y tiene entre otras funciones a su cargo, el ejercicio de la auditoría interna en las Empresas y Sociedades del Estado.

En lo que hace a la presente ponencia, se encuentran bajo control de la SIGEN las Sociedades de Economía Mixta reguladas por DL 15.349/1946 ratificado por Ley 12.962, las Empresas del Estado, creadas por ley 13.653 (B.O., 31/10/1949); las sociedades del Estado de la ley 20.705; las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria incorporadas a la Ley de Sociedades Comerciales (arts. 308 a 314)⁽⁶⁾; y “todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones”.

Según la propia SIGEN⁽⁷⁾, son unas 70 Empresas Públicas las que se encuentran en la actualidad bajo su control⁽⁸⁾. Este universo de control se encuentra compuesto de la siguiente manera:

(6) Los arts. 313 y 314 fueron derogados por la ley de Concursos y Quiebras 24.522.

(7) Ver sitio web de la SIGEN <http://www.SIGEN.gov.ar/main/index.html>

(8) Estas no son todas las empresas públicas que existen en nuestro país, ya que hay una cantidad muy grande de empresas públicas provinciales.

Existen unas 50 empresas en que el Estado Nacional tiene participación mayoritaria y unas 20 en que tiene participación igualitaria o minoritaria. En esas 20 empresas en que tiene participación minoritaria, comparte la participación tanto con otras empresas públicas provinciales como con empresas privadas.

Solo 3 sociedades participadas por el Estado cotizan en bolsa (YPF, Banco Hipotecario y Papel Prensa).

La mayoría de las empresas públicas actuales están en el área de energía (unas 15), donde en el último tiempo de la mano de Enarsa ⁽⁹⁾ se crearon varias sociedades más (Enarsa Aeropuertos, Enarsa Pdvs, Enarsa Servicios y Vientos Patagónicos I y recientemente, también a través de Enarsa se ingresó en la transportadora de Energía Transener, sociedad que cotiza sus acciones en Bolsa ⁽¹⁰⁾). Sigue en importancia el área transporte con unas 10 sociedades principalmente ferroviarias, donde el Estado Nacional tiene participación minoritaria en la mayoría de los casos; la actividad financiera, con unas 10 empresas en su mayoría vinculadas al Banco Nación, completando el espectro algunas empresas del área educativa, tecnológica, comunicaciones, industria aeroespacial y defensa.

Resulta de interés destacar que de este universo que genéricamente denominados Empresas públicas, en su gran mayoría, al rededor de 50 están estructuradas bajo la forma tradicional de simples sociedades anónimas, reguladas por la ley de sociedades comerciales. Bajo la forma de sociedades del Estado sólo existen en la actualidad unas 7 y tan sólo un par de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y otro par de empresas del estado, así como algunas entidades con régimen propio como la Dirección de Fabricaciones Militares, entre otras y alguna sociedad de economía

(9) La Sociedad "Energía Argentina S.A." fue creada por ley 25.043 del 20/10/2004.

(10) Según información periodística del diario La Nación del día 21/7/2007, Enarsa adquirió conjuntamente con una empresa privada Electroingeniería S.A., por partes iguales, el 50 por ciento del paquete accionario de Citelec S.A. propiedad de Petrobrás. Citelec es la accionista mayoritaria de Transener con un 52,67 por ciento del total de acciones.

mixta. En los últimos tres años se han creado unas 10 empresas públicas, todas ellas sociedades anónimas⁽¹¹⁾.

III. La resolución SIGEN 37/2006

Como ya se señalara, en mayo de 2006, la SIGEN, dicta la resolución 37; en sus considerandos se resalta el rol de la SIGEN como órgano normativo del sistema de control interno del Poder Ejecutivo Nacional, dentro de cuyo ámbito de contralor se encuentran las Empresas y Sociedades del Estado ya mencionadas. También se señala la necesidad de instrumentar políticas de gestión y control en el seno de las organizaciones empresariales bajo su órbita, “con el objetivo principal de fomentar la responsabilidad, a fin de optimizar su gestión empresarial en un marco de transparencia en la utilización de los recursos destinados a la explotación y comercialización de bienes y servicios.” Para ello, entiende necesario utilizar herramientas eficaces y transparentes, “a fin de optimizar su administración y obtener una óptima gestión en la explotación de su objeto social por parte de las empresas y sociedades del Estado”.

Sin embargo, como ya se mencionara, la resolución se limita a reproducir ciertas partes del D. 677/2001 y de la Resolución General CNV 400 (B.O., 5/4/2002) en lo relativo al deber de lealtad y diligencia de los administradores, al Comité de Auditoria, a los Contratos con Partes Relacionadas y a los Auditores Externos.

Cabe señalar, que la resolución se aplica a todas las empresas y sociedades del Estado que constituyen el universo de control bajo la órbita de la SIGEN, al cual ya nos hemos referido en el punto precedente, pero excluye de la aplicación de la resolución a las Sociedades que hagan Oferta Pública, que ya se encuentra por ello sujetas al decreto 677/2001 y a las entidades financieras bajo control del B.C.R.A.

Por su parte, el artículo 21 de la resolución establece que cuando el Estado tuviera participación igualitaria o minoritaria, la obligación de los Directores en representación del Estado en dichos entes, se

(11) Entre ellas “Aguas y Saneamiento S.A.” (AySA) y el Correo Argentino.

circunscribirá a llevar a cabo todas aquellas gestiones societarias que le sean posibles a fin de que la empresa o sociedad adopte los principios e institutos regulados en la resolución.

III.a. Comité de Auditoria y directores independientes

La Resolución prevé, copiando al D. 677/2001 que las Empresas del Estado deberán tener un Comité de Auditoria compuesto como mínimo por 3 directores, cuya mayoría debe tener el carácter de independiente. Transcribe casi textualmente el artículo 15 del Decreto en lo relativo a las funciones del Comité de Auditoria, vinculadas a la designación de Auditores externos y a velar por su independencia, a menos que dicha función estuviera a cargo de la Auditoria General de la Nación.

La norma de la SIGEN reproduce el art. 4 de la R. CNV 400 en lo que respecta a la determinación del carácter de independiente de los directores integrantes del Comité de Auditoría, con una salvedad de importancia, la independencia se referirá únicamente en relación a los accionistas no estatales titulares de participaciones significativas.

Otra diferencia importante que merece ser resaltada es que la SIGEN ha omitido la exigencia que contiene la R. 400 de exigir a los directores independientes tener versación en temas empresarios, financieros o contables.

III.b. Deber de lealtad y diligencia

Otro aspecto abarcado por la R. SIGEN 37 en sus Artículos 8 y 9 es el deber de lealtad de los administradores⁽¹²⁾. En esta cuestión la Resolución reproduce dos normas del decreto 677/2001 que se refieren ambas al deber de lealtad de los administradores. La norma del art. 8

(12) Compartimos con el Dr. Miguel Araya que las previsiones de dichos artículos reiteran las normas genéricas de la pauta del buen hombre de negocios contenida en el art. 59 de la Ley de Sociedades. Araya, Miguel, "Responsabilidad de los directores" en *Mercado de capitales régimen de las emisoras*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

del decreto 677/2001 (8 de la resolución) se refiere a los administradores, directores y fiscalizadores, en tanto intervinientes en el ámbito de la oferta pública. El contenido de este artículo 8 inc. a), es reproducido textualmente, con excepción de que el decreto imponía a los sujetos comprendidos la obligación de hacer prevalecer el interés social y el interés común de sus socios por sobre cualquier otro interés, incluso el interés del o de los controlantes. La redacción del artículo 8 de la resolución adapta la redacción de la norma, restringiendo el interés que no debe ser privilegiado al interés de los “controlantes privados”.

En cambio, la previsión del art. 9 que reproduce el artículo 77 de la ley 17.811 introducido por el Decreto 677/2001 se refería exclusivamente al régimen de las emisoras. Las obligaciones impuestas a los directores por este artículo se superponen y reiteran con las del artículo que acabamos de mencionar. Inexplicablemente, la resolución incorporó ambas normas cuya inclusión era ya dudosa en el Decreto, pero que podía justificarse en que ambas iban destinadas a distintos sujetos (algunos coincidentes y otros no), pero que en la presente resolución pierden absolutamente su sentido, constituyendo una reiteración innecesaria.

III.c. Actos o contratos con partes relacionadas

También trata la resolución el tema de los actos o contratos con partes relacionadas que había introducido el decreto 677/2001 a nuestro ordenamiento jurídico, y que la resolución reproduce casi textualmente, inclusive habiendo dejado algunas partes del articulado que parecieran no tener mucho que ver con el régimen de las empresas públicas. La norma regula el concepto de “parte relacionada”; “participación significativa”; y “monto relevante”, así como el procedimiento para la aprobación de actos o contratos con partes relacionadas que requiere la opinión previa del Comité de Auditoría o de dos firmas evaluadoras, la aprobación por el Directorio y la información a los accionistas, que en determinados casos también requiere la aprobación de la Asamblea.

La única diferencia sustancial con el decreto, es que omite el último párrafo del artículo 73 que establece la inversión de la carga de la prueba debiendo acreditar frente al accionista que el acto o contrato no produjo perjuicio a la sociedad o que se ajustó a las

condiciones de mercado. Recordemos que la inversión de la carga de la prueba no opera cuando se hayan cumplido con los recaudos previstos por la norma.

III.d. Auditores externos

Por último, la resolución se ocupa de los auditores externos. Sin embargo, la resolución excluye la aplicación de las normas sobre auditores externos cuando la auditoría externa esté a cargo de la Auditoría General de la Nación, organismo también creado por la ley 24.156 como órgano de Control Externo, dependiente del Congreso. En lo restante, la norma reproduce el decreto y la resolución 400, tanto en lo relativo a designación de auditores externos, criterios de independencia, obligación de los Consejos Profesionales de informar las sanciones aplicadas a los auditores externos, declaraciones juradas que deben presentar los auditores externos, y la opinión que debe emitir el Comité de Auditoría sobre designación de auditor externo. Una diferencia a señalar en cuanto a la regulación de los auditores externos es que la resolución de la SIGEN no incorpora la posibilidad de designación de Auditor Externo a propuesta de accionista minoritario que sí prevé la R. 400.

IV. Análisis crítico de la resolución SIGEN 37/2006

La resolución SIGEN 37/2006 es en nuestra opinión inapropiada e insuficiente⁽¹³⁾, al trasladar en forma parcial y desprolija algunos artículos del decreto 677/2001 y de la Resolución Reglamentaria de la CNV N° 400 al ámbito de las empresas públicas.

El aspecto más criticable de la resolución 37 es que ha injertado una norma que estaba dirigida a los intervinientes en el ámbito de la

(13) También fue calificada de “desafortunada e inverosímil” por Rodolfo Apreda en su artículo “El buen gobierno de las empresas del sector público (A propósito de la resolución 37 de la SIGEN)”, publicado en L.L. Suplemento Actualidad del 9/11/2006 cuya lectura recomendamos.

oferta pública sin realizar el más mínimo esfuerzo en evaluar su aplicación a este sujeto distinto que es la empresa pública, en una acción que parecería más cosmética que tendiente a mejorar el gobierno de las empresas Públicas y transparentar su actuación.

La empresa pública nace en muchos casos como alternativa de solución a fallas del mercado (bienes públicos, externalidades y monopolios naturales), a lo que debe sumarse la implementación de políticas industriales o de desarrollo regional ⁽¹⁴⁾ además de otras motivaciones con mayor tinte ideológico que propiamente económico ⁽¹⁵⁾.

El carácter particular de este sujeto empresario acarrea problemas específicos que deben ser tenidos en cuenta al momento de regularlos, entre los cuales, siguiendo a Xavier Vives ⁽¹⁶⁾, podemos destacar los siguientes:

1) Existencia de objetivos múltiples que comprenden aspectos no comerciales que generan dificultades a la hora de evaluar resultados de la empresa.

2) Existencia de un problema de agencia doble en la Empresa Pública (*management* - propietarios y funcionarios políticos - ciudadanos)

3) Dilución de la responsabilidad del Gestor en una cadena que va desde los administradores, directorios, entidades supervisoras y ministerios.

4) Falta de un mercado que brinde incentivos y que discipline a los administradores de la empresa pública ante la imposibilidad de decretarse su quiebra y a la imposibilidad de una adquisición hostil en caso de comportamiento ineficiente.

De ninguna manera pueden considerarse como equivalentes a la Empresa Pública y a la sociedad que hace Oferta Pública, y si bien los principios generales del Buen Gobierno Corporativo pueden ser aplicados a todo tipo de organización, esto requiere de una necesaria adaptación a las características propias del sujeto destinatario de las mismas ⁽¹⁷⁾. No

(14)Xavier Vives, op. cit.

(15)Casagne, Carlos, "Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas", E.D. del 6/8/2007, p. 1.

(16)Xavier Vives, op. cit.

(17)En el mismo sentido Apreada, Rodolfo, op. cit.

podemos perder de vista que la Empresa Pública tiene objetivos de tipo social y que su patrimonio forma parte del patrimonio público⁽¹⁸⁾.

Estas diferencias y problemática propias de la Empresa Pública, fueron tenidas en cuenta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE, que en 2005 publicó su “Guía de Gobierno Corporativo para Empresas de Propiedad Estatal”⁽¹⁹⁾, como complementaria de sus Principios de Gobierno Corporativo que fueron revisados en 2004. La guía se orienta a empresas del Estado que tengan una personalidad jurídica diferenciada y con una actividad comercial, aún cuando persigan además políticas públicas.

Destacaremos algunas de las cuestiones de la Guía que en nuestra opinión no pueden ser obviadas al momento de establecer normas de Gobierno Corporativo para Empresas Públicas:

La necesidad de establecer un marco regulatorio claro y simple para la empresas públicas. Simplificación de su estructura jurídica y aproximación al régimen legal del sector privado. Las empresas públicas no deben estar exentas de la aplicación general de la ley. La Empresa Pública debería enfrentar condiciones de competencia en el acceso a la financiación, y su relación con Bancos y Entidades Financieras del Estado y otros entes estatales debería estar basada en términos puramente comerciales.

Debe distinguirse claramente el rol del Estado como propietario de la Empresa Pública, de su rol como regulador. El Estado debe actuar como un propietario informado y activo. No debe involucrarse en la gestión diaria y debe dar a los funcionarios de la empresa suficiente autonomía de gestión. Debe mejorarse la calidad de los órganos de administración de las empresas públicas. Debe preservarse la objetividad, profesionalidad e independencia de los integrantes de dichos órganos, estableciendo procesos de nombramiento basados en las capacidades profesionales de los candidatos, estableciendo

(18)Rodríguez, Harvey - Gualteros, Omar David, “gobierno corporativo en empresas del Estado”, Boletín N° 69 del Centro Nacional de Gobierno Corporativo de Confecamaras, Colombia. www.gobiernocorporativo.com.co

(19)Se puede acceder a una versión en idioma ingles de la Guía en el sitio de la OCDE <http://www.oecd.org/dataoecd/46/51/34803211.pdf>

mecanismos para evaluar su desempeño⁽²⁰⁾. La guía propone la designación de un organismo único que ejerza la propiedad del estado en todas las empresas (como sería la SEPI en España), y esa entidad u organismo coordinador debe responder frente al Poder Legislativo. La guía exige también un tratamiento equitativo para resto de los accionistas, con un alto grado de transparencia en su información y el respeto de los derechos de todos los interesados (*stakeholders*). La Empresa Pública debe cumplir con altos estándares de transparencia. Para establecer estos estándares se requiere la existencia de procesos eficientes de auditoría interna y su monitoreo por parte del Directorio o el Comité de Auditoría. Las grandes empresas deberían estar sujetas a procesos de auditoría externa.

V. Conclusiones

La empresa pública debe ser el paradigma de la empresa ética⁽²¹⁾. Para ello, es conveniente que las empresas públicas cumplan con principios de buen gobierno y transparencia en su gestión.

La resolución SIGEN 37/2006 no satisface dicha finalidad, por lo que debe ser dejada sin efecto y en su reemplazo debe dictarse una nueva norma que imponga a las empresas públicas el cumplimiento de principios de buen gobierno que tengan en consideración las características propias de este tipo de empresas.

Queda pendiente un análisis profundo sobre la conveniencia de adoptar como forma jurídica de la empresa pública la estructura de la sociedad anónima mercantil, en lugar de las otras figuras específicas que contiene nuestro ordenamiento jurídico, evaluando pro y contras entre la flexibilidad que brinda el tipo S.A., por un lado, y la pérdida de control adecuado de la utilización de fondos públicos, por el otro.

(20)Xavier Vives, op. cit..

(21)La corriente que impulsa el desempeño ético dentro de la empresa privada es hoy incontrovertida. De la mano de la responsabilidad social empresaria, la necesidad de una actuación guiada por la ética se ha convertido en una premisa. Junyent Bas, Francisco, *Sociedad y empresa*, El Derecho - Colección Academia, Universitat, Bs. As., 2006.