

EL DERECHO

JURISPRUDENCIA GENERAL



TOMO

248

BUENOS AIRES

2012

Una (no tan nueva) ley de hidrocarburos para tomar el control de YPF

por ESTELA B. SACRISTÁN(1)

“Aunque las sociedades privadas se den dentro de la sociedad civil y sean como otras tantas partes suyas, hablando en términos generales y de por sí, no está en poder del Estado impedir su existencia, ya que el constituir sociedades privadas es derecho concedido al hombre por la ley natural, y la sociedad civil ha sido instituida para garantizar el derecho natural y no para conculcarlo; y, si prohibiera a los ciudadanos la constitución de sociedades, obraría en abierta pugna consigo misma, puesto que tanto ella como las sociedades privadas nacen del mismo principio: que los hombres son sociables por naturaleza. Pero concurren a veces circunstancias en que es justo que las leyes se opongan a asociaciones de ese tipo; por ejemplo, si se pretendiera como finalidad algo que esté en clara oposición con la honradez, con la justicia o abiertamente dañe a la salud pública. En tales casos, el poder del Estado prohíbe, con justa razón, que se formen, y con igual derecho las disuelve cuando se han formado; pero habrá de proceder con toda cautela, no sea que viole los derechos de los ciudadanos o establezca, bajo apariencia de utilidad pública, algo que la razón no apruebe, ya que las leyes han de ser obedecidas sólo en cuanto estén conformes con la recta razón y con la ley eterna de Dios”. Sumo Pontífice LEÓN XIII, *Carta Encíclica Rerum Novarum*, par. 35.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El reconocimiento del valor llave en la expropiación: una mirada desde el análisis económico del derecho*, por GREGORIO J. LARROCA, ED 221-676; *Aerolíneas Argentinas. Un viaje de ida y vuelta. Trabajo de investigación preparado por los alumnos del curso 2008 de la Cátedra de Derecho Administrativo (UCA) a cargo del profesor Gabriel Jacobo*, ED 230-1165; *Consideraciones acerca del conflicto entre expropiación internacional y regulación estatal*, por IGNACIO J. URESANDI, ED 242-764; *La “utilidad pública” en la expropiación argentina y el public use en los takings norteamericanos. Comparación de su alcance y estándares de revisión en la jurisprudencia*, por SANTIAGO MAQUEDA,

Sumario: I. LA NORMA EN CUESTIÓN, ¿ALGO MÁS QUE UNA EXPROPIACIÓN? – II. LA RAZÓN DEL AUTOABASTECIMIENTO. – III. LA CREACIÓN DEL CONSEJO FEDERAL DE HIDROCARBUROS. – IV. LA EXPROPIACIÓN DE LAS ACCIONES DE REPSOL S.A. EN YPF. A) LOS FALLOS “DEVOTO”. B) FALLO “LAS PALMAS DEL CHACO AUSTRAL”. – V. LOS VERDADEROS FINES DE LA EXPROPIACIÓN. – VI. REFLEXIÓN FINAL.

La norma en cuestión, ¿algo más que una expropiación?

Por medio del art. 7º de la ley 26.741(2), el Estado Nacional ha declarado “...de utilidad pública y sujeto a expropiación el 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. Asimismo, declararse de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de Repsol YPF Gas S.A. representado por el sesenta por ciento (60%) de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a Repsol Butano S.A. sus controlantes o controladas”.

Mas no se trata, solamente, de un acto legislativo que declara la utilidad pública de un bien y lo sujeta a expropiación, “máxima restricción al derecho de propiedad”(3). Sus alcances parecen

EDA, 2011-544; *La inmunidad fiscal de las indemnizaciones por expropiación*, por JIMENA DE LA TORRE, ED, 246-838. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Profesora de Derecho Administrativo (UCA). Profesora visitante (Universidad Austral).

(2) B.O. 7-5-12.

(3) La expresión entrecomillada, que brinda clara imagen del instituto, es de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4ª ed. ampl. y act., Buenos Aires, La Ley, t. 1, pág. 265.

ser mucho más amplios. Es que, con ella, se apunta a redefinir la política hidrocarburífera de nuestro país, presentando a la expropiación de las acciones de propiedad de Repsol S.A. en Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. -YPF- como un medio de cumplir con los fines de dicha política.

En realidad, tal como se verá en los párrafos que siguen, la ley 26.741 no resulta ser tan novedosa: apelando a la imagen del autoabastecimiento, y como pretexto de ella, el gobierno toma el control accionario de la principal empresa hidrocarburífera del país. Y, al hacer así, nos lleva al pasado, para luego traernos de regreso al futuro, incluso incurriendo en alguna autocontradicción. Veamos.

II La razón del autoabastecimiento

Según el art. 1º de la ley, constituye "un objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones". Así, la ley 26.741 coloca al autoabastecimiento en el centro de la arena política sobre hidrocarburos.

Ciertamente, esta idea no es tan nueva en nuestro país. En su momento, la ley 14.773(4), de 1958, en su art. 8º declaró de urgente necesidad nacional "el aumento de la producción de hidrocarburos (...) a los fines del autoabastecimiento del país...". Asimismo, la Ley de Hidrocarburos 17.319(5) de 1967, vigente en la actualidad, si bien no establece la finalidad de autoabastecimiento expresamente en su articulado, lo lleva implícito en sus propósitos, tal como lo demuestran numerosos párrafos de la respectiva Nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley(6).

(4) B.O. 21-11-58, ADLA, XVIII-A (1958), págs. 272/275, esp. pág. 275.

(5) B.O. 30-6-67, ADLA, XXVII-B (1967), págs. 1486/1527.

(6) Publicada en ADLA, XXVII-B, cit., págs. 1486/1518, esp. págs. 1486, 1501, 1505, 1508, 1514 y 1518.

La intención o finalidad expresa de la ley se complementa con las precisiones del legislador en materia de medios: "El Poder Ejecutivo nacional, en su calidad de autoridad a cargo de la fijación de la política en la materia, arbitrará las medidas conducentes al cumplimiento de los fines de la presente con el concurso de los Estados provinciales y del capital público y privado, nacional e internacional", conf. art. 2º, ley 26.741.

Este enunciado se completa con el art. 3º, inc. c), que prescribe: "Establécense como principios

donde lucen estos párrafos, suscriptos, entre otros, por el entonces ministro de Economía del gobierno de facto de Juan Carlos Onganía, Adalbert Krieger Vasena:

"La Revolución Argentina ha definido como objetivo de su política económica (...) un autosostenido desarrollo...".

"Los principios adoptados por este proyecto de ley destinado al autoabastecimiento petrolero, no responden a especulaciones teóricas sino a las conclusiones de un objetivo examen de la realidad económica financiera de la República y de las circunstancias de hecho que, en lo interno y en lo internacional, condicionan la explotación de los yacimientos de hidrocarburos. Asimismo, se ha valorado desprejuiciadamente la experiencia que, tanto en el país como en el extranjero, han dejado los distintos sistemas legales en que dicha explotación ha sido encuadrada...".

"Consecuentemente, mientras no se alcance el autoabastecimiento de hidrocarburos líquidos, al empleo de todas las disponibilidades de crudo de origen nacional será obligatorio, a no ser que probados motivos técnicos lo hicieren inconveniente, a juicio de la autoridad estatal. Se exige, igualmente, que las destilerías que se construyan en el futuro permitan la racional utilización de los crudos nacionales...".

"La importación de los hidrocarburos y sus derivados será regulada sobre la base del objetivo de autoabastecimiento y de la consecuente obligación de consumir todos los hidrocarburos disponibles y producidos en el país. Como es obvio se ha tratado de evitar consignar un criterio rígido dado que las variaciones que se produzcan en el mercado indicarán las normas más convenientes para lograr la racional utilización de las instalaciones y del petróleo nacional en las condiciones mejores para el país...".

"El tratamiento diferencial que reciben las inversiones realizadas durante el primer periodo del plazo básico del permiso de exploración, obedece a la finalidad de acelerar las tareas de búsqueda de hidrocarburos, presupuesto ineludible de una dinámica activa que busca un autoabastecimiento permanente, relacionado con la creciente demanda...".

"El Título XI -normas transitorias- contiene la atribución conferida al Poder Ejecutivo, a objeto de promover y esclarecer el autoabastecimiento en materia de hidrocarburos, de reducir hasta en 8 puntos el porcentaje del impuesto especial a la renta que se instituye durante los diez años siguientes a la adjudicación del permiso de exploración o concesión de explotación en beneficio de las empresas que dentro de los 18 meses de vigencia del proyecto, resulten adjudicatarias del respectivo derecho minero...".

de la política hidrocarburífera de la República Argentina los siguientes: (...) c) La integración del capital público y privado, nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos convencionales y no convencionales".

Como puede verse, la ley 26.741 proclama una teórica e importante apertura al capital privado, tanto nacional como internacional, convocatoria esta que, ciertamente, no parecería ser coherente con la expropiación de las acciones de una sociedad anónima privada, Repsol.

Tampoco parece innovadora la invitación misma al capital privado que la ley propone. La ley 17.319 establece en su art. 2º que "las actividades relativas a la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos estarán a cargo de empresas estatales, empresas privadas o mixtas, conforme a las disposiciones de esta ley y las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo".

Hoy también se hallan vigentes los decretos 1055/89(7), 1212/89(8) y 1589/89(9), reglamentarios de las leyes 17.319 de hidrocarburos, y 23.696 de reforma del Estado y privatizaciones, decretos dictados en los noventa con el expreso propósito de reactivar la producción de hidrocarburos fomentando la inversión privada nacional y extranjera.

III La creación del Consejo Federal de Hidrocarburos

Menos novedoso aún resulta que la ley cree un regulador para una actividad que ya contaba con su regulador.

El Consejo Federal de Hidrocarburos, nuevo órgano del sistema creado por el art. 4º de la ley 26.741, viene a coexistir con el órgano de la administración centralizada que fija las políticas hidrocarburíferas, la Secretaría de Energía, así como con el órgano federal que aúna a las provincias interesadas en la materia, la Organización Federal de los Estados Productores de Petróleo (OFEPhi)(10). Resulta evidente alguna

(7) B.O. 12-10-89.

(8) B.O. 14-11-89.

(9) B.O. 4-1-90.

(10) Para la ley mendocina de aprobación del respectivo acto de creación, ver <http://www.tribunet.com.ar/> tribu-

superposición de competencias con este último. Tomemos, como ejemplo, las "políticas": su concertación con la Nación está en cabeza de la OFEPhi(11), pero entienden en ellas tanto la Secretaría de Energía(12) como el Consejo Federal de Hidrocarburos(13).

IV La expropiación de las acciones de Repsol S.A. en YPF

El motor que ha empujado la barca de la ley 26.741 ha sido la expropiación de las acciones de Repsol S.A. en YPF.

En punto a ello, la ley presenta dos llamativas notas. Por un lado, dispone la expropiación de acciones, lo cual no es muy frecuente a la luz de la práctica jurisprudencial; por el otro lado, consagra lo que, al momento de escribir estas líneas, es una expropiación parcial.

En punto a la expropiación de acciones, la Ley de Expropiaciones 21.499(14), art. 4º, la permite pues establece como objeto expropiable, y textualmente, "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, sean cosas o no". Mas lo cierto es que las expropiaciones de acciones son por demás infrecuentes.

Es posible detectar, en esta materia, dos precedentes: uno relativo a la historia monetaria argentina, y otro posterior.

[net/ley/5531.htm](http://www.ley/5531.htm); para la ley pampeana a igual fin, ver <http://www.legislatura.lapampa.gov.ar/LabParlament/Digcstos/DigestoMineria/Hidrocarburos/ Ley1283.htm>; para la ley santacruzina, a igual fin, ver <http://www.santacruz.gov.ar/bolctn/05/diciembre05/15dic05.pdf>; entre otras leyes.

(11) Art. 3º, acto citado en n. 10: "En los aspectos atinentes a la política general sobre los hidrocarburos, la Organización deberá concertar la misma con la Nación".

(12) Decreto 27/03, anexo I: "Secretaría de Energía: Objetivos: 1. Entender en la elaboración, propuesta y ejecución de la política nacional en materia de energía, con un amplio criterio de coordinación federal con las jurisdicciones provinciales...".

(13) Ley 26.741, art. 5º, inc. b): "Son funciones del Consejo Federal de Hidrocarburos (...) b) Expedirse sobre (...) la fijación de la política hidrocarburífera de la República Argentina...".

(14) B.O. 21-1-77.

a) Los fallos "Devoto"

El caso "Bartolomé Devoto"⁽¹⁵⁾ fue fallado en punto a una cuestión procesal, pero permite indagar en un proceso de expropiación "consensuada" de acciones de los actores en el antiguo Banco Nacional, cuestión que generó los fallos "Bartolomé Devoto" (II)⁽¹⁶⁾ y (III)⁽¹⁷⁾. Como puede verse, es un caso con características casi únicas, pues hace a un antiguo Banco nacional mixto con administración privada habilitado para emitir moneda⁽¹⁸⁾.

Luego de la "segunda convertibilidad" argentina (1881-1885), vigente, otra vez, la inconvertibilidad, y en el marco de la crisis de 1890, se dictó la ley 2841⁽¹⁹⁾, de creación del Banco Nación y liquidación del citado Banco Nacional. Por el art. 35 de esa ley, los accionistas de éste iban a contar con tres meses para brindar conformidad con recibir el 50% del valor nominal de sus acciones en títulos de renta interna al 6% de interés y 1% de amortización, y la liquidación del banco se haría mediante una comisión mixta. Más tarde, la ley 3037⁽²⁰⁾ derogó orgánicamente aquella, ordenando que la liquidación se haría por una comisión con miembros nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado⁽²¹⁾, y su art. 21 privilegiaba, otra vez, el renglón conciliador al prescribir que las acciones del Banco debían ser presentadas al canje en el plazo que fijara el Poder Ejecutivo, y las que no se presentasen serían expropiadas "depositando la Tesorería Nacional su importe en efectivo en el Crédito Público Nacional, para que allí puedan ocurrir los tenedores [de las acciones expropiadas]". Ante el no cobro de las sumas adeudadas, la Corte Suprema se expidió sobre el valor de las acciones, igual al que fijan las cotizaciones de bolsa⁽²²⁾, y, finalmente, afirmó que (i) los

accionistas habían tenido la opción de acogerse a la oferta bajo el art. 35 cit., y que, en defecto de suma líquida, (ii) debía pedirse judicialmente la valuación de las acciones bajo la ley de expropiaciones entonces vigente⁽²³⁾.

A diferencia del caso de YPF, en "Devoto" mediaba oferta de compra de las acciones, y sólo en su defecto operaría la vía expropiatoria con claro cumplimiento del recaudo constitucional de pago previo por mediar depósito en efectivo puesto a disposición, según se vio. Además, en "Devoto" el Banco fue liquidado después de una crisis extranjera (pánico Baring) e interna (sobreemisiones monetarias), lo cual no es el caso de la pujante economía de los últimos diez años en nuestro país. Asimismo, ese Banco fue liquidado cuando, luego de caer en cesación de pagos, se hizo cargo de todos los pasivos de los bancos garantidos, situación bien distinta de la de YPF, pues de ninguna manera es ésta garante de otras empresas similares.

b) Fallo "Las Palmas del Chaco Austral"

En "Nación Argentina c. Las Palmas del Chaco Austral S.A."⁽²⁴⁾ las acciones de la compañía fueron íntegramente expropiadas en 1969 por las leyes *de facto* 18.872 y 18.873 con el objetivo originario de asegurar la continuidad de las actividades de la empresa y el mantenimiento de la fuente de trabajo⁽²⁵⁾.

El caso guarda similitud con el de la expropiación de las acciones de YPF, pues Las Palmas del Chaco Austral S.A. también había sido intervenida y su directorio, sustituido por funcionarios públicos⁽²⁶⁾.

La diferencia entre "Nación Argentina c. Las Palmas..." y la expropiación dispuesta por la ley 24.741 —y aquí reside la segunda de las particularidades de esta ley— consiste en que, en ese fallo, la originaria expropiación de acciones fue total⁽²⁷⁾, no parcial. En cambio, en el caso actual

(22) Ídem n. 16.

(23) Ver Fallos: 73:127 (1898), esp. pág. 137, donde se alude a la ley 189, prom. 13-11-1866, ADLA, 1852-1880, t. 1-1073, págs. 457-458.

(24) Fallos: 291:507 (1975).

(25) Fallos: 291:507 (1975), esp. pág. 509. Cabe aclarar que el Estado luego desistió del juicio expropiatorio (ver consid. 5° y 6°) y desistido lo declaró la Corte en su fallo.

(26) Fallos: 291:507 (1975), esp. págs. 509-510.

(27) Fallos: 291:507 (1975), esp. pág. 509, donde se alude a la "totalidad de las acciones emitidas por la empresa...".

de YPF presenciemos una expropiación parcial, esto es, estamos ante una consecuente "utilidad pública parcial" pues afecta solamente a las acciones clase D, cuyo titular es Repsol S.A. Parecería que no toda YPF es de utilidad pública, sino solamente aquella parte o porción que le corresponde a Repsol S.A. Hubiera sido interesante saber por qué las acciones clase D son de utilidad pública y no lo son las restantes —que también pertenecen a capitales privados— mas la ley no lo aclara.

Puede apuntarse que, además de ser curiosa, esta circunstancia —parcial utilidad pública— agrava las dificultades para llevar a cabo el cálculo de la indemnización, el cual, en el caso de expropiación de acciones que cotizan en bolsa, es intrínsecamente arduo.

V
Los verdaderos fines de la expropiación

Tal como se adelantara, no obstante el énfasis puesto en la soberanía hidrocarburífera de la República Argentina, la ley 26.741 no rechaza la inversión extranjera sino que la coloca dentro de los medios para obtener sus fines. Recordemos que su art. 2° establece: "El Poder Ejecutivo nacional, en su calidad de autoridad a cargo de la fijación de la política en la materia, arbitrará las medidas conducentes al cumplimiento de los fines de la presente con el concurso de los Estados provinciales y del capital público y privado, nacional e internacional".

Asimismo, y dando pronto cumplimiento a este objetivo, el Poder Ejecutivo ya estaría en la búsqueda de nuevos inversores extranjeros, entre ellos las compañías que posean la tecnología y el capital necesario para explotar los yacimientos de *shale oil* y *shale gas*⁽²⁸⁾.

Cuestión bien distinta será la de quién querría convertirse en socio del Estado argentino. Y anexa sería la cuestión de cómo existirá *affectio societatis* entre los restantes accionistas y el dueño del 51% expropiado.

Todas estas reflexiones indicarían que la aparente nacionalización de YPF es, en la realidad, una toma estatal del porcentaje del paquete accionario necesario para tener el control de una compañía privada para manejarla, lo cual dista mucho del respetado instituto de la expropiación y utilidad pública a ella asociado.

(28) Ver La Nación, 6-5-12, I.1 y I.12.

VI
Reflexión final

La última pincelada de este cuadro, al momento de escribir estas líneas, es la concreción de una expropiación "sin" pago previo alguno, no obstante la clara letra de la Constitución⁽²⁹⁾. Ello, en virtud de la ocupación temporánea de las acciones sujetas a expropiación, que pasan a hallarse en poder del Poder Ejecutivo nacional⁽³⁰⁾.

Dicha ocupación temporánea, a su vez, está concretada en el inmediato ejercicio de los derechos políticos asociado a esas acciones: la voluntad de la porción de accionistas dueños de las acciones declaradas de utilidad pública es, con la mera publicación de la ley 26.741, desplazada, anulada, obliterada por el ejercicio de los derechos políticos societarios del Poder Ejecutivo nacional.

Así las cosas, la intervención estatal ya descrita, sumada a la ocupación temporánea de las acciones, impidiéndose la disposición sobre las mismas, brinda, como resultado, la privación de la propiedad con *bypass* de los más mínimos recaudos constitucionales para ello, en especial sin indemnización previa.

VOCES: EXPROPIACIÓN - DERECHO ADMINISTRATIVO - JURISPRUDENCIA - DERECHO COMPARADO - EMPRESA - EMPRESAS DEL ESTADO - ECONOMÍA - COMRAVENTA - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - MINISTERIOS Y SECRETARÍAS - LEY - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER LEGISLATIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - DERECHO AMBIENTAL - RECURSOS NATURALES

(29) Art. 17, CN: "La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser (...) previamente indemnizada".

La Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 17, fijaba el recaudo de "justa y anterior indemnización". Ampliar en DALLA VÍA, ALBERTO R., *Derecho constitucional económico*, 2° ed., Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2006, pág. 316.

(30) Ver ley 26.741, art. 9°: "...el Poder Ejecutivo Nacional (...) ejercerá los derechos políticos sobre la totalidad de las acciones sujetas a expropiación hasta tanto se perfeccione la cesión de los derechos políticos y económicos correspondientes a ellas a la que se refiere el artículo anterior".

(15) Fallos: 71:306 (1897).

(16) Fallos: 82:432 (1899).

(17) Fallos: 73:127 (1898).

(18) Ampliar en ALEMANN, ROBERTO, *Breve historia de la política económica argentina 1500-1989*, Buenos Aires, Claridad, 1989, pág. 117.

(19) Prom. 16-10-1891, ADLA, 1889-1919, t. 2441-11007, págs. 225/228.

(20) Prom. 18-11-1893, ADLA, 1889-1919, t. 2441-11007, págs. 267/268.

(21) Ampliar en *El Banco de la Nación Argentina en su cincuentenario MCCCXCI - MCMXXI*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1941, fol. 203/208. El Banco Nacional se termina de liquidar hacia 1907.