

## NECESIDAD DE UNA LEY DE EMPRESAS PÚBLICAS

### Comentarios.

En tono con la política de gobierno y, como se sabe, en los últimos años el Poder Ejecutivo, actualmente Órgano Ejecutivo, ha tomado decisiones trascendentales acerca de aquellas empresas que proveen servicios básicos. En el afán de que la cadena productiva energética no esté sujeta exclusivamente a intereses privados, y de recuperar el control, administración y dirección de las empresas estratégicas del Estado, de acuerdo al mandato constitucional que establece que el Estado es responsable, en todos sus niveles de gobierno, de prestar estos servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias, se ha ingresado a un intenso proceso de nacionalización primero de empresas de hidrocarburos y actualmente de empresas del sector eléctrico.

Bajo este contexto y en el caso más reciente, el de las empresas eléctricas, se ha dictado el Decreto Supremo N° 0493 de 1 de mayo de 2010, que es concordante con el Plan Nacional de Desarrollo respecto a la consolidación de la participación del Estado en el desarrollo de la industria con soberanía y equidad social dentro de las políticas y estrategias del Sector Eléctrico. La exposición de motivos del Decreto Supremo, recoge los preceptos constitucionales que facultan al Estado intervenir en toda la cadena productiva de los sectores estratégicos, a fin de garantizar su abastecimiento para preservar la calidad de vida de todos los bolivianos; dirigir la economía y regularla, ejercer la dirección y control de los sectores estratégicos de la economía, participar directamente en la economía mediante el incentivo y la producción de bienes y servicios económicos y sociales, evitando el control oligopólico de la economía y determinando el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública; y finalmente, la facultad privativa en el desarrollo de la cadena productiva energética en las etapas de generación, transporte y distribución, la misma que no puede estar sometida a intereses privados exclusivamente, ni podrá concesionarse.

El citado Decreto Supremo dispone la nacionalización a favor de la Empresa Nacional de Electricidad - ENDE, en representación del Estado Plurinacional de Bolivia, el paquete accionario que poseen: a) las sociedades capitalizadoras INVERSIONES ECONERGY BOLIVIA S.A., CARLSON DIVIDEND FACILITY S.A., en la Empresa CORANI S.A., de THE BOLIVIAN GENERATING GROUP L.L.C. (BGG) en la empresa eléctrica VALLE HERMOSO S.A. y de GUARACACHI AMÉRICA INC en la empresa eléctrica GUARACACHI S.A.; y b) las acciones en propiedad de terceros provenientes de las sociedades capitalizadoras señaladas precedentemente.

En el artículo 7 de la mencionada disposición legal, se señala que las empresas nacionalizadas mediante el Decreto Supremo mantendrán su naturaleza jurídica de sociedades anónimas, regidas por el Código de Comercio hasta que entre en vigencia una normativa específica que regule las empresas del Estado.

No obstante la previsión contenida en este artículo, debe tenerse presente que al asumir ENDE, en representación del Estado Plurinacional de Bolivia, las acciones de las empresas eléctricas nacionalizadas, automáticamente éstas dejaron de ser sociedades de naturaleza privada, convirtiéndose absolutamente en Empresas Públicas. El problema se presenta con el cambio de composición accionaria, en el que se incorpora el componente puramente estatal, lo cual daría lugar a considerar que el ente productivo se estaría convirtiendo en una organización gubernamental y por ende, correspondería su inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley N° 1178 de 20 de julio de 1990, de Administración y Control Gubernamental.

Las corporaciones productivas tienen una regulación particular para sus procesos de fiscalización, no siendo compatibles con las regulaciones generales del control gubernamental, y en el caso de las sociedades anónimas es evidente que la fiscalización más adecuada la realizarán los órganos internos de fiscalización, los auditores externos y las entidades reguladoras. Resulta poco aconsejable, por ende, que la Contraloría General del Estado incluya a las empresas eléctricas nacionalizadas en su rango de fiscalización, pues la auditoría gubernamental es incompatible con la orientación corporativa de estas entidades, no sólo por especialización, sino también por influencia política del sector público, la cual ha demostrado ser esencialmente nociva al buen desempeño de las Empresas Públicas Corporativas.

La gerencia pública en Bolivia es esencialmente formalista, enmarcándose simplemente en el cumplimiento formal de la ley. Es decir que, aunque la ley N° 1178 establezca lo contrario, la fiscalización gubernamental tiene por objetivo principal verificar el cumplimiento y adecuación de las actividades organizacionales a la ley o normativa reglamentaria, por lo que no tendrá en cuenta los resultados y condenará la simple vulneración de la ley, llegando al caso extremo en la responsabilidad administrativa, en la que se sanciona al funcionario por el sólo hecho de haber incumplido formalidades reglamentarias, aunque su conducta no hubiese generado daño.

Esta realidad obliga a que los gerentes públicos establezcan en su gestión el cumplimiento formalista de la norma legal o reglamentaria emanada de los principios del Derecho

Administrativo, realidad incompatible con el gerenciamiento comercial, el cual debe encuadrarse en la competitividad, proactividad, rentabilidad e innovación en el marco de la ley.

En otros términos, la gerencia pública en Bolivia depende de la existencia de una norma legal o reglamentaria que le autorice determinadas actividades a fin de evitar la identificación de indicios de responsabilidad formal por la función pública. Como es evidente en el análisis del derecho, las normas son limitadas y no pueden encontrar soluciones sustitutivas al criterio gerencial, motivo por el cual la gerencia pública se halla restringida en cuanto a la innovación y competitividad.

Es evidente también que las sociedades comerciales se encuentran ampliamente fiscalizadas por los organismos que se mencionó anteriormente, constituyendo, en consecuencia, la fiscalización de la Contraloría General del Estado una duplicidad del trabajo y un exceso de mecanismos de control.

En consecuencia, este modo de fiscalización gubernamental no se presenta como el escenario más recomendable para las Empresas Públicas (actualmente nacionalizadas) y probablemente esta decisión repercutiría en un fenómeno de excesivo control y entronización de la mentalidad de gerenciamiento público en la empresa, lo cual, a su turno, repercutirá negativamente en la gestión de la entidad.

Es por esta razón que existe la imperiosa necesidad de contar a la brevedad posible con una Ley de Empresas Públicas que establezca los lineamientos y directrices bajo las cuales deben actuar estas empresas que prestan servicios públicos y para ratificar que las empresas eléctricas públicas de estructura comercial se encuentran fuera de la competencia de la Contraloría General del Estado, en razón -se reitera- a su orientación corporativa, su sometimiento a la normativa del Código de Comercio y fiscalización por parte de institutos técnicos propios del sector.

Pedro Díaz Romero Pardo

Socio, RCE Abogados

[pdiaz@rce-law.com](mailto:pdiaz@rce-law.com)