

LA FUNCIÓN COMO DIRIMENTE ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS Y LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS

Juan Ignacio Dobson

SUMARIO:

Tradicionalmente las personas jurídicas se clasifican en públicas y privadas. No obstante, existe una marcada tendencia en el ámbito público por la utilización de formas jurídicas privadas para el desarrollo de actividades de interés general. La ley expresa que la participación del Estado en estas formas privadas no altera el carácter de éstas. No obstante, es dable apreciar en nuestra jurisprudencia que el interés público comprometido en la actividad social a desarrollar por esta persona jurídica privada puede modificar el régimen jurídico aplicable a dicha persona jurídica, lo que resulta de mayor importancia al momento de resolver un conflicto de intereses societarios. La presente ponencia tiene como objetivo clarificar cómo y de qué manera el interés público comprometido en la actividad societaria logra alterar el régimen jurídico aplicable a la persona jurídica privada.

CONCLUSIÓN:

Las personas jurídicas privadas, en donde el interés público aparezca como fin preponderante de su actuación, serán consideradas personas jurídicas públicas, independientemente del régimen jurídico que corresponda aplicar al conflicto.



1. Introducción

Vélez Sarsfield, en el primitivo texto del art. 33 del Código Civil de la Nación (C.C.N.), siguiendo a Freitas en su Esboco, art. 273, clasificaba a las personas jurídicas en personas de existencia necesaria y personas de existencia posible. La reforma del C.C.N. efectuada por la ley 17.711 introdujo una nueva

clasificación de las personas jurídicas en públicas y privadas, clasificación que se mantiene en el nuevo Código Civil y Comercial (C.C. y C.) en su art. 145.

Asimismo, el C.C. y C. menciona de manera enunciativa algunas personas jurídicas públicas y algunas personas jurídicas privadas, sin que esta enunciación pueda entenderse como taxativa. Ejemplos de ello en el C.C. y C., el art.146, inciso a, que señala como personas jurídicas públicas a “demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter”, y el art.148, inciso i, que indica como persona jurídica privada a “toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”.

Sin embargo, el C.C. y C. no establece cuál es el criterio delimitador entre estas categorías de personas jurídicas, aunque esta distinción resulta de gran importancia e interés práctico. La ubicación de la persona jurídica en una u otra categoría reviste vital importancia en relación al régimen a aplicarle, el que varía fundamentalmente de una a otra clase de personas jurídicas, ya sean públicas o privadas.

Así, la doctrina ha utilizado distintos criterios de distinción, entre los que pueden citarse el origen de la entidad, el interés público o privado que tiene como objeto, la presencia o no del imperio, la finalidad del que la creó, el campo donde actúa, entre otros ¹. Dromi, por su parte, entiende que son personas jurídicas públicas aquellas que son titulares de poderes o prerrogativas públicas, y son personas jurídicas privadas las que no lo poseen².

En virtud de ello, las personas jurídicas públicas se encuentran sujetas, en principio, a las leyes del Derecho Público, las que establecen a su favor prerrogativas o potestades de carácter público, sujetándolas a normas de procedimiento y proceso especial y estableciendo una fiscalización estatal directa o indirecta sobre la actividad que desarrollen ³. Por su parte, las personas jurídicas privadas se rigen, en principio, por las normas del Derecho Privado, entre las que se encuentran el C.C. y C., la Ley General de Sociedades, la Ley de Concursos y Quiebras, la Ley de Contrato de Trabajo para sus empleados, sus órganos celebran actos jurídicos y contratos civiles o comerciales ordinarios, y sus litigios deben resolverse ante la justicia ordinaria ⁴.

¹ Véase por todos LLAMBIAS, Jorge Joaquín: *Tratado de derecho civil*. Parte general, t. II, N° 1097, p. 39 y ss.

² DROMI, Roberto: *Derecho administrativo económico*, t. I, N° 31, p.29. En contra: Borda, Guillermo: *Tratado de derecho civil argentino*. Parte general, t. I, N° 624, p. 571.

³ DROMI, Roberto, op. cit., N° 34, p.33.

⁴ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, N° 99, p. 354.

Las sociedades son consideradas como personas jurídicas de derecho privado, conforme al art.148, inciso a, C.C. y C.

2. La participación del Estado en personas jurídicas privadas.

El C.C. y C. establece en el art.149 que “la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el *interés público comprometido* en dicha participación”.⁵

Ahora bien, resulta importante determinar entonces qué entiende la normativa jurídica por ‘interés público comprometido’, a los fines de poder discernir de qué manera afecta dicho interés el régimen jurídico aplicable a la persona jurídica privada en donde aquél se encuentre comprometido de alguna manera.

3. El principio jurídico del ‘interés público’.

Los principios de derecho positivo han sido definidos como “criterios teleológicos-objetivos de interpretación, los que pueden ser calificados como pautas directivas de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar resoluciones jurídicas”⁶. Estos principios requieren de una llamada “concretización ulterior”⁷. Consisten solamente en una idea jurídica general. Constituyen de esta forma, “mandatos de optimización”⁸. Pueden ser considerados como reglas de derecho que ordenan que algo se realice en la medida posible, según posibilidades fácticas y jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio estarán determinadas principalmente por los principios opuestos. Esto significa que requieren “ponderación”⁹.

⁵ La norma en análisis no hace más que reglar lo que ya había sido regulado por la jurisprudencia durante los años anteriores a la reforma, en la necesidad de coordinar el interés privado con el público, y los derechos individuales con el interés de la sociedad en general. Véase al respecto CSJN, “Alfredo Portillo”, Fallos 312:496 (1989), donde se señala: “la reglamentación legislativa debe ser razonable, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público”.

⁶ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 465.

⁷ LARENZ, Karl, op. cit., p.167.

⁸ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, p. 162.

⁹ ALEXY, Robert, op. loc. cit.

El ‘interés público’ goza de estas características que definen a todo principio jurídico. Se erige así en un principio jurídico que tiene como objeto la protección integral de los diversos intereses de los miembros que confluyen en una comunidad o nación determinada. No debe confundirse con el interés de un grupo mayoritario de individuos, ya que debe contemplar al mismo tiempo la protección de las minorías. Resulta así una directriz de conducta dirigida hacia toda la comunidad. Se confunde así con el interés general de la comunidad.¹⁰

Sin embargo, y como todo principio jurídico, su carácter indeterminado requiere ser de alguna manera ‘concretizado’, a fin de impedir que mediante su mera invocación general se vean perjudicados otros intereses de otros miembros de la comunidad.¹¹ Consecuentemente, el interés público debe ser justificado desde un punto de vista teleológico, evitando la vaga idea de ‘favorecer el bienestar general’, frecuentemente determinado por apreciaciones subjetivas de aquellos que detentan circunstancialmente el poder.¹²

Como todo principio jurídico, el interés público resulta dinámico, cambiando con gran rapidez. Por dicha razón, su aplicación no resulta automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría.¹³ Por ello, los jueces deben balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. Desarrollan así un trabajo de ‘ponderación de principios’. Esta ponderación podrá tener lugar entre diversos intereses públicos¹⁴; o entre el interés público y el interés de los particulares.¹⁵ Conforme a ello, la Corte de

¹⁰ Véase DUPRAT, Diego, *Estructura normativa del sistema societario*, en Tratado de los conflictos societarios, t .1, p. 50.

¹¹ Véase en este sentido, CSJSF, “*Salvia, Francisco Víctor y otros contra Municipalidad de Rosario -R.C.A.P.J.- sobre Inc. Suspensión Medida Administrativa*”, nov.17-1993, A. y S., t. 104, ps. 49-61.

¹² JELLINEK, Georg: *Teoría General del Estado*, p. 181, para quien “el bienestar general, como fin supremo del Estado significa, prácticamente, sancionar el poderío ilimitado de las mayorías, produciendo el aniquilamiento de la libertad”

¹³ Véase Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, p.147.

¹⁴ Conf. C. Apel. La Plata, Sala III, “*Ind. Cerámicas Lourdes SA c/ Estado Nacional s/ Amparo*”, 21-03-05, R.S. III, T.90, p.168/174, en donde se encuentran en pugna el mantenimiento de la industria y conservación de fuentes de trabajo con el interés de los consumidores considerados colectivamente.

¹⁵ Conf. C.S.J.N., “Francisco Piria v. Provincia de Buenos Aires”, 1939, Fallos 185:105, donde se sostuvo que el interés público debe ser proporcional al interés individual conculcado; ídem, “Sejean, Juan c. Zaks de Sejean, Ana M.”, 1986, L.L.1986-E, 648, donde se establece que el Poder Judicial posee la difícil tarea de armonizar la tensión existente entre el interés público y el privado, en aras de la paz social.

la Nación ha establecido que el interés público debe ser claro¹⁶; suficiente¹⁷; y proporcional a los fines que propende alcanzar.¹⁸ Resulta así que esta tarea judicial de armonización de principios deberá resultar de la investigación fáctica realizada en cada caso.¹⁹

4. La sociedad anónima y el interés público

El interés público cumple un rol preponderante en materia societaria.

Tanto el Código de Comercio de 1862 y de 1890, como la Ley de Sociedades Comerciales, y la actual Ley General de Sociedades (LGS), coinciden en que la SA siempre ha sido, y es, una persona distinta de los socios que la componen, quienes no responden en forma personal por sus obligaciones. Es por esta limitación de responsabilidad que el Código de Comercio de 1890 impuso el régimen de la autorización estatal para la constitución de la anónima. Así, el art.318 *in fine* de dicho cuerpo normativo establecía que “El Poder Ejecutivo acordará la autorización, siempre que la fundación, organización y estatutos de la sociedad sean conformes a las disposiciones de este Código, y su objeto no sea contrario al interés público”.

Por tanto, dicha autorización estatal podía otorgarse siempre que su creación persiguiera el desarrollo de una actividad no contraria al interés público. De allí surgió la denominada ‘*doctrina del ultra vires*’, que limitaba el objeto de actuación de la sociedad a aquellos actos conducentes a los fines de su institución, que no podía conculcar el interés público, y que habían sido tenidos en miras por el Estado al emitir la autorización. De esta forma, el objeto de la sociedad se erigía en límite de actuación del ente societario, y dicha limitación se encontraba impuesta en interés público.

Si bien nuestra Ley de Sociedades del año 1972, se apartó de alguna forma de la citada doctrina del ‘*ultra vires*’, las ideas del interés público continuaron insuflando el ordenamiento societario, y en especial, en lo relativo al funcionamiento de la sociedad anónima,²⁰ cuyas reglas fundamentales se amparan en

¹⁶ CSJN, “Servicios Aéreos Cruzeiro Do Sul Ltda.”, 1949, Fallos 214:547.

¹⁷ CSJN, “El Indio SA Agrícola Ganadera”, 1950, Fallos 216:701.

¹⁸ CSJN, “Alfredo Portillo”, 1989, Fallos 312:496.

¹⁹ CSJN, “Industrias Metalúrgicas Pescarmona c. Agua y Energía Eléctrica Soc. del Estado”, L.L. 1982-B, 176; también, “La Buenos Aires Co. de Seguros SA c. Petroquímica Bahía Blanca SA”, Fallos 311:750.

²⁰ Véase Otaegui, Julio C.: “*La ley de sociedades comerciales, el orden público y el interés público*” en Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Ai-

‘interés público’.²¹ Más aún, puede agregarse a ello que la flexibilidad y fluidez en la gestión operativa que otorga la figura de la sociedad anónima (SA) ha derivado en una utilización frecuente de dicha forma jurídica por el Estado, a fin de llevar adelante actividades con un propósito o fin de interés general.²²

5. Los diferentes intereses en conflicto en la sociedad anónima.

La S.A. resulta una organización jurídica compleja, donde se vislumbran múltiples intereses convergentes, tales como el de los socios, el de los administradores, el de los trabajadores, el de los acreedores, y el interés general mismo.²³ Dentro de este cúmulo de intereses convergentes es dable apreciar la diferencia entre el ‘interés colectivo’ imperante en toda persona jurídica privada, del ‘interés público’ presente en la comunidad²⁴.

Conforme a ello, cabe señalar que las relaciones internas entre los socios comprometen dicho ‘interés colectivo privado’, mas no comprometen el ‘interés público general’, aun cuando el Estado sea miembro de dicha persona jurídica. De esta forma, en “Estado Nacional c/ Papel Prensa”²⁵ se ha señalado que “el interés público no aparece comprometido en un conflicto que separa a mayorías y minorías en el seno de una sociedad comercial que es estrictamente de índole societaria, y como tal regulado por el derecho privado, con prescindencia de quienes sean los accionistas de esa persona jurídica”. Posteriormente, la Corte

res, Año LII, Nro.45, 2007, p.367.; también, Bussetto, Adalberto: “*Director con interés contrario y con actividad en competencia con la sociedad*”, en Tratado de los Conflictos Societarios, (Duprat, Diego, Director), t.II, p.1926, donde expresa que “el interés social comprensivo de los intereses particulares de los socios es reforzado por normas de interés público pues a la sociedad en su conjunto le interesa que la sociedad cumpla los fines que la crearon y se conserve en el logro de su objeto”.

²¹ Conf. C.N.Com., Sala A, ago.28-1974, “Koch Asociados, Viñedos y Bodegas SA”, en E.D. 60-232.

²² Decreto 304/2006 que dispone la creación de “Agua y Saneamientos Argentinos SA”, señala en sus considerandos que “la sociedad anónima es la figura jurídica más apropiada para asegurar la fluidez operativa del servicio y lograr la adaptación necesaria frente a los cambios o contingencias del caso, garantizándose así la continuidad y regularidad de la prestación”.

²³ C.N.Com., Sala B, “Isabella, Pascual c/ Frymond SA”, set.28-2012, R.S. y C. 2013-2, p.292..

²⁴ Conf. C.S.J.S.F., “Romero, Eusebio Hipólito c/ Municipalidad de El Trébol s/ Recurso contencioso administrativo de ilegitimidad”, mayo 23-2001, en A. y S. t.172, p.189-199.

²⁵ C.N.Com., Sala C, 11/3/11, “Estado Nacional c/ Papel Prensa SAICF y de M.”, en R. S. y C. 2011-5, p.172.

Suprema de la Nación refrendó este pensamiento en “*Aerolíneas Argentinas*”²⁶, rechazando la demanda incoada por los accionistas minoritarios de la sociedad (empleados del programa de propiedad participada) que perseguían la nulidad de la resolución asamblearia que disponía la integración de un aumento de capital social en efectivo, sosteniendo que lo contrario importaría “violiar el principio de intangibilidad del capital, afectando el propio interés social de la compañía”.

Puede afirmarse así que los conflictos que comprometen al ‘interés colectivo’ de la persona jurídica privada serán resueltos por el principio del ‘interés social’, dentro del ámbito del derecho privado, aún cuando el Estado participe del capital de la sociedad.

6. El interés público comprometido en la sociedad anónima.

Por el contrario, cuando el grado de afectación se extiende al interés de la comunidad, en virtud de afectar un determinado ‘interés público comprometido’, la sociedad anónima en donde el Estado tenga participación única o mayoritaria, dejará de ser regulada por las normas del derecho privado, aplicándose el régimen del derecho público. De esta manera, los jueces ponderarán los distintos intereses en pugna, pero considerarán el de mayor peso específico. En estos casos, éste será el interés público dado por el desarrollo de la actividad societaria, de preponderante interés para la comunidad en general. Veamos algunos ejemplos en nuestra jurisprudencia.

En “*Nucleoeléctrica Argentina SA*”²⁷ la Corte de la Nación tuvo en cuenta “*el grado de participación estatal en el capital y en la formación de las decisiones societarias*”, a los fines de rechazar la demanda por entender que la deuda se encontraba alcanzada por las disposiciones relativas a la consolidación de la deuda pública, a pesar de ser la demandada una persona jurídica privada. Cabe destacar que la actividad de *Nucleoeléctrica* consistía en la generación de energía, de eminente interés general.

En “*Giustiniani c/ YPF*”²⁸ la Corte de la Nación sostuvo que la demanda desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, no resultando óbice de ello lo normado en su ley de creación, en cuanto determina que para el desarrollo de dichas activida-

²⁶ C.S.J.N., 6/9/11, “Accionistas del programa de Propiedad Participada de Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ sumario”, L.L.online, AR/JUR/47839/2011.

²⁷ C.S.J.N., “Compañía Integral de Montaje SA c. Nucleoeléctrica Argentina SA s. proceso de ejecución”, 10/2/04.

²⁸ C.S.J.N., “Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA s/ amparo por mora”, 10/11/2015.

des, YPF operaría bajo la forma de SA, en los términos de la LGS. Asimismo, tuvo en cuenta el rol preponderante del Estado en la participación accionaria del ente. Conforme a ello, hizo lugar al requerimiento de información corporativa a pesar de la negativa de la empresa, en el entendimiento de que los intereses que desarrolla y gestiona resultan públicos.

Algo similar ocurre con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Así, en el antecedente “Caja de Seguridad Social de Abogados c/ Banco de Santa Fe SAPEM”²⁹ la Corte Provincial señaló que le cabían al Banco demandado “la aplicación de normas y principios de derecho público dado la realidad estatal de la propiedad, de su gobierno y dirección, y el marcado interés estatal que subsiste”.

También, en “Banco de Santa Fe SA c/ Caffaratti”³⁰ la Corte Provincial revocó el embargo de fondos ordenado en baja instancia contra fondos del Banco, disponiendo que más allá de la forma jurídica adoptada por la actora, cabe a su respecto la aplicación de normas y principios de derecho público dado el marcado interés estatal que subsiste, correspondiendo al caso la aplicación de las normas y procedimiento que surgen de la ley provincial 12.036 (art.1º, “fondos afectados a la ejecución presupuestaria del sector público provincial, municipal y comunal son inembargables”).

De la misma forma, en “IBM c/ Prov. de Santa Fe y Banco de Santa Fe SA”³¹, la Corte Provincial rechazó la demanda por incumplimiento contractual incoada por la actora ante los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Rosario, afirmando la incompetencia de ese fuero, ya que el contrato celebrado entre la actora y el Banco de Santa Fe S.A. destacaba la existencia de “cláusulas exorbitantes directamente dependientes del interés público propio del objeto de contratación”.

7. La función como dirimente entre la persona jurídica pública y la privada

A los efectos de clarificar la aplicación del derecho público y el derecho privado, podríamos entonces señalar que tanto la Corte Nacional como la Corte

²⁹ C.S.J.S.F., “Caja de Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Santa Fe c/ Banco de Santa Fe SAPEM s/ Apremio s/ Rec. Inconstitucionalidad”, 12/11/2008, A. y S., t.228, ps. 402/408.

³⁰ C.S.J.S.F., “Banco de Santa Fe S.A. c/ Caffaratti, Carlos Tomás y otros s. Ordinario s/ Recurso de Inconstitucionalidad”, 7/5/13, A. y S., t. 249, ps. 371/376.

³¹ C.S.J.S.F., “IBM Argentina SA c/ Prov. de Santa Fe y otros s/ Demanda Ordinaria”, 10/6/2014, A. y S. t. 257, ps. 340/346.

Provincial han determinado que si se trata de un conflicto en donde no se encuentren en discusión las reglas de funcionamiento interno de la persona jurídica privada, sino la posible continuidad y regularidad de la actividad societaria, la persona jurídica privada en la cual el Estado posea mayoría del capital, o mayoría para imponerse en sus decisiones sociales, será considerada como una persona jurídica de derecho público, aunque se hubiere escogido la forma de una persona jurídica privada para su funcionamiento. Esto en virtud del *interés público comprometido* en la actividad societaria a desarrollar.

Puede así válidamente concluirse que las personas jurídicas privadas en donde el interés público aparezca como fin preponderante de su actuación, serán consideradas personas jurídicas públicas, independientemente del régimen jurídico que corresponda aplicar al conflicto. Esta postura se engloba así dentro de la nueva orientación del derecho moderno, que se guía principalmente por la función más que por la forma ³².

³² Véase en este sentido, GAGLIARDO, Mariano: “Sociedad Anónima y ánimo de lucro”, L.L. 1999-E, p. 44; también, MAIRAL, Héctor: “El Estado como empresario”, en Tratado de la Empresa, Ana Piaggi, Directora, tomo II, Abeledo Perrot, 2010, p. 614.