

21

III

IV CONGRESO DE
DERECHO SOCIETARIO

MENDOZA, 20, 21, 22 Y 23 DE MAYO
DE 1986.

COMISION N°: III; ROL DEL ESTADO EN MATERIA SOCIETARIA.

POENCIA: ROL DEL ESTADO EN MATERIA SOCIETARIA: EMPRESAS PÚBLICAS
Y SOCIEDAD DEL ESTADO.

AUTORES: JORGE CUARTARA Y JAVIER URRUTIGOITY, ABOGADOS.

IV CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO.

COMISION N° 3: Rol del Estado en Materia Societaria.

PONENCIA: Rol del Estado en Materia Societaria: Empresas Públicas y Sociedades del Estado.

AUTORES: Dres. Jorge Cuartara y Javier Urrutigoity.

I) INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.

A) Evolución Histórica.

Este tema de la intervención del Estado en la economía, aunque ha ya tomado relevancia en el presente siglo, a raíz de la gestión empresarial asumida por el Estado Moderno, en realidad es de antigua data.

Conviene fijar la atención de este desarrollo histórico a partir del mercantilismo.

Con la aparición de los estados nacionales en Europa, y el auge / de esta corriente económica, las monarquías asumieron monopólicamente, en forma de "regie" ciertas actividades económicas.

Con el liberalismo, corriente impuesta por la burguesía, que había hecho la revolución al antiguo régimen, se impone la concepción clásica de abstencionismo estatal en materia económica. Es la época del estado gendarme, que concede a los particulares toda la actividad comercial e industrial, reservándose en esta materia un poder de policía o de control, además de la actividad tendiente al cumplimiento de los cometidos políticos del Estado (funciones públicas) y la prestación de los servicios públicos.

A fines del siglo XIX, y más acentuadamente a partir de la primera guerra mundial, "el Estado, como expresa el mensaje del P.E., al remitir el proyecto de la ley de Sociedades del Estado, desborda sus funciones tradicionales e interviene protagónicamente en el aseguramiento del Bien Común". Al decir de José Ignacio Romero (1) "la economía ha pasado a constituirse en una actividad de primordial interés público".

B) Panorama Actual.

Siguiendo el esquema usado por el Dr. Dromi en su obra Derecho // Administrativo Económico, t I, se puede hablar de los distintos modelos de organización económica: 1) Economía privada; donde el Estado actúa / a través del poder de policía. 2) Economía subsidiada; donde el Estado / actúa a través de estímulos en la economía y en donde el instrumento // usado es la subvención. 3) Economía mixta; donde el Estado participa en la economía, ordenándola y regulándola (poder de policía de la prosperi- dad) y a través de la prestación de servicios en materia económica. En este modelo, los instrumentos usados por el Estado son los planes indi- cativos y las empresas públicas. 4) Economía pública; el poder político absorbe las actividades económicas (sustitución e intervención), el ins- trumento usado es la socialización económica y los planes imperativos.

Los sistemas económicos son, en el caso de economía privada, el / de economía liberal (estado gendarme); de economía subsidiada y mixta, de economía capitalista, de mercado o descentralizada, con una interven- ción indirecta y un sistema indicativo; de economía pública, socialista, centralizada o imperativa, con una intervención directa y un sistema // compulsivo.

Las actividades del Estado pueden clasificarse en actividades de / servicios (formales o extraeconómicos), v.gr: seguridad social, salud, vivienda, educación, servicios públicos, etc. Estas actividades son de- sarrolladas por el Estado a través de la administración central, los en- tes descentralizados o de concesionarios de servicios públicos. También en actividades económicas (industria y comercio), que es desarrollada / por el Estado por medio de la administración descentralizada.

C) Fundamentos de la Intervención del Estado en las Actividades Econó- micas.

Este es un tema de filosofía política, donde las soluciones se pue- den esquematizar en tres principales: 1) Postura liberal clásica; en // donde el Estado se abstiene de intervenir en actividades comerciales e industriales, que quedan reservadas a los particulares. 2) Postura so- cialista o colectivista; donde el Estado monopoliza la actividad econó- mica, substrayéndola de la esfera privada. 3) Postura de la Doctrina / Social de la Iglesia; ésta es una solución intermedia entre las dos po

siciones extremas señaladas anteriormente, donde la intervención del // Estado en materia económica está presidida por el principio de subsidiaridad, desarrollado por el Magisterio Pontificio, principalmente, en // las Encíclicas Quadragésimo Anno, Pacem in Terris y Mater et Magistra. Por su parte, el Papa Pío XII, el 19 de setiembre de 1952, en una alocución en la XXV Semana Social de Italia (Turín), sostuvo: "Finalmente, / es clara la doctrina de la Iglesia sobre la relación entre la empresa y el Estado, si la concepción llamada liberal se apoya sobre diversos /// principios equivocados, no menos equivocada y peligrosa es la doctrina que atribuye al Estado una planificación íntegra del mundo económico, / aunque no fuera sino porque de ello se sigue la comprensión y la supresión de fundamentales derechos humanos. 'Que esta esclavitud, como sabiamente lo expresaba Su Santidad, provenga del predominio del capital privado o del poder del Estado, que lo domina todo y regula el campo en tero de la vida pública y privada, invadiendo hasta el terreno de las / ideas, de las convicciones y de la conciencia, esta falta de libertad / puede tener consecuencias aún más graves, según lo manifiesta y lo atestigua la experiencia.' El mundo económico es, en primer lugar, creación de la voluntad libre de los hombres; al Estado le corresponde, pues, // crear las condiciones que concientan a la iniciativa privada, el desarrollarse dentro de los límites del orden moral y del bien colectivo... Pero la Iglesia sostiene también, que al recto orden puede convenir que la empresa de grandes dimensiones - cuando no obsten razones del bien / común- permanezca en el ámbito de la iniciativa privada." (2)

II) LA DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA Y LAS FORMAS JURIDICAS DE GESTION EMPRESARIA ESTATAL.

A) La Empresa Pública y la descentralización administrativa.

La empresa pública (empresa estatal en sentido amplio) es una // forma de descentralización administrativa. En este sentido esta temática se inscribe dentro del Derecho Administrativo, que estudia las diferentes formas de descentralización.

Dentro de la descentralización administrativa hay distintos tipos: En primer lugar la descentralización propiamente dicha, que impli-

ca la existencia de una persona jurídica nueva a la que se transfieren ciertas competencias de la administración. Se diferencia ésta, de la / llamada descentralización mínima, burocrática o desconcentración.

Otro criterio de clasificación de la descentralización, es por el alcance de la competencia, y así ésta puede ser territorial o institucional.

Otra pauta de clasificación es por el carácter de los entes /// descentralizados, pudiendo ser éstos estatales o no estatales.

Una forma más de distinguir la descentralización es en adminis-
trativa o de gestión de servicio público, y en comercial e industrial
o de gestión de empresa pública, siendo el criterio clasificador la ac
tividad que desarrolla el ente descentralizado.

Por último, teniendo en cuenta el régimen jurídico, la descen-
tralización puede ser de derecho público predominante o de derecho pri
vado predominante. (3)

La empresa pública es una forma de descentralización, que asume
el Estado por razones de interés público, interviniendo en actividades
comerciales e industriales.

La doctrina ha dado distintos criterios para determinar la dife-
rencia entre personas públicas y privadas, siendo los principales los
siguientes: 1) Criterio del origen (Borda). Persona pública, es para /
este autor, la creada por una ley especial, y privada la que nace de /
la voluntad de sus miembros o del fundador. 2) Criterio del control ad
ministrativo; según el cual persona pública es la sometida al contra-
lor administrativo, tutela o vigilancia de la administración pública;
en tanto que las personas privadas no. 3) Criterio de la potestad de /
imperio; afirma que las entidades de derecho público tienen necesaria-
mente, poder de imperio del que carecen las personas privadas. 4) Cri-
terio del servicio público; para el cual persona pública es la que ///
presta un servicio público, no así las personas privadas. 5) Criterio
del fin público; afirma que las personas públicas son las destinadas a
satisfacer intereses públicos, que coinciden con los intereses del Es-

tado, esto no ocurre con las personas privadas. 6) Criterio del régimen jurídico; para el cual persona pública es la que se encuentra regida / por el derecho público en una medida importante. Este último es el más aceptado por los autores. (4)

En la doctrina se observan dos criterios para diferenciar un ente estatal de uno no estatal. Para Gordillo y Sarmiento García, un ente es estatal cuando su capital es totalmente del Estado, o con una // participación insignificante de los particulares. Dromi, por su parte, sostiene que basta que el capital sea mayoritariamente estatal para // que una persona pública reúna la condición de tal. (5)

B) Las distintas formas jurídicas que asumen las empresas estatales.

El Estado en su accionar en el campo de la economía asume diferentes formas jurídicas. Como dice el mensaje del P.E., enviando el // proyecto de ley de Sociedades del Estado: "pueden contarse actualmente, las siguientes formas institucionales mediante las cuales el Estado de semvuelve actividades de índole empresaria: 1) entidades autárquicas, dotadas de régimen propio. 2) empresas del estado (aquí el término se usa en sentido restringido), ley 13653 y sus modificaciones. 3) sociedades de economía mixta, dec.-ley 15349/46, ratificado por la ley //// 12962. 4) sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, / sección VI de la ley 19550. 5) sociedades anónimas, cap. V de la ley / 19550. A éstas hay que agregar, a partir de la sanción de la ley 20705, las sociedades del estado. (6)

C) La empresa pública y el derecho mercantil.

Como dice Gordillo, ya en el Cód. de Comercio se prevocía el caso de sociedades anónimas mixtas, donde el Estado simplemente adquiere, por cualquier título, parte de las acciones de una sociedad anónima privada, actuando como un simple accionista más. (7)

Actualmente la ley 19550 (sociedades comerciales), regula una / forma jurídica que puede asumir la empresa pública, y que es la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria; así mismo otra forma jurídica de empresa pública, la sociedad del estado, se encuentra / regida, en una medida importante, por las normas de la sociedad anóni-

ma previstas en la ley de sociedades.

Por otra parte tenemos, aquellas sociedades privadas, que por / distintas razones, el Estado las ha adquirido (caso de las leyes 17057 y 18832), personas privadas no estatales, en las cuales el Estado participa por razones de interés público y para asegurar la paz social.(8)

Un problema que presenta a la doctrina, este conjunto de normas incluídas en el código de comercio y sus leyes complementarias, es determinar su naturaleza jurídica. Es decir, si estas normas son de derecho comercial, o por el contrario, de derecho administrativo. En nuestra opinión siendo las empresas públicas personas estatales (9), parece claro que son una forma de descentralización administrativa. Como / es sabido, ésta es una temática que forma parte del derecho público.

Además, si se tiene en cuenta que la empresa estatal persigue intereses públicos, la realización del Bien Común, parece claro que // las normas que regulan su constitución y extinción deberán ser normas de derecho público. (10)

D) Necesidad de una ley general que regule las distintas formas jurídicas de gestión empresaria estatal.

La enumeración que hemos hecho supra de las distintas formas // jurídicas de las empresas públicas en la Argentina, demuestra que éstas han sido reguladas en diferentes normas legales, sancionadas a lo largo del tiempo, para responder a determinados requerimientos de la / época. Esto señala la existencia de una serie de normas, no coordinadas entre sí, al punto tal de constituir un panorama legal caótico /// (v.gr: ley 13653 y sus modificaciones, ley 19550, ley 20705, dec-ley / 15349/46, etc.). Esto señala la necesidad de sancionar una ley general que regule las empresas públicas en forma unitaria. (11)

La sanción de esta ley, sin embargo, no significa unificar todas las posibles formas jurídicas de empresas públicas, tarea esta imposible e inconveniente. Lo que se procura, es que haya una ley marco, que establezca los principios generales que gobiernan la gestión empresaria del Estado, presentando en sucesivos capítulos las diferentes // formas jurídicas que ésta puede asumir. (12)

III) SOCIEDADES DEL ESTADO.

A) Naturaleza jurídica.

La historia muestra, la paradoja de que fue una administración inspirada en una política económica muy distinta a la del gobierno que sancionó la ley 20705, la que produjo el traspaso de las empresas esta tales más importantes al régimen de esta ley.

Así en este momento, la importancia que ha asumido esta forma jurídica de gestión empresaria, se destaca sobre todas las demás, si / se tiene en cuenta, que las empresas más grandes del país, por volumen de facturación, han asumido esta forma jurídica (v.gr, en el orden nacional YPF, Gas del Estado, HIDRONOR, ASTRASUD, Aerolíneas Argentinas; y en el orden provincial, EMSE, Obras Sanitarias Mendoza, Nuclear Mendoza, etc.).

Esto permite llegar a la conclusión, de que la sociedad del es tado se ha convertido en la "vedette" de todas las formas jurídicas de gestión empresaria estatal.

Dada la importancia que asume en la actualidad esta figura so cietaria, habremos de fijar nuestra atención en ella.

En primer lugar es necesario analizar su naturaleza jurídica. Aquí la doctrina se muestra dividida. La consideran persona pública: Fanelli Evans (13), Etcheverry (14), Barra (15), Gordillo (16), Dromi (17) y González de Reca (18).

Se enrolan en la postura privatística, en la doctrina, Cassagne (19) y Pugliese en la discusión de la ley 20705, en la Cámara de Se nadores de la Nación.

Quienes consideran a la sociedad del estado como una persona / privada, invocan como argumentos a su favor, el que estos entes están regidos por normas de derecho privado (ley 19550 y 20705). Para estos autores, la ley de sociedades del estado es de derecho común, porque / si no sería inconstitucional, ya que impondría a las provincias una re gulación de fondo sobre derecho público, materia esta reservada a las provincias (art. 5° de la C.N.).

Por su parte Cassagne señala que las sociedades del estado no integran la organización administrativa, y que su personal no pertenece a los cuadros de la administración pública. (20)

Por nuestra parte adherimos a quienes consideran a la sociedad del estado persona pública estatal. En primer lugar la doctrina administrativista mayoritaria dice que todo ente estatal es persona pública, no admitiéndose la existencia de una persona estatal privada. (21)

Además consideramos que la ley 20705, aunque remita supletoriamente a las normas de las sociedades anónimas, tiene naturaleza pública. En efecto, siendo una ley que se refiere a una temática propia del derecho administrativo, cual es la descentralización administrativa, / tiene necesariamente que ser de derecho público.

Por otra parte, siguiendo a Fanelli Evans, consideramos que si aceptamos que la sociedad del estado es persona pública desaparece el reparo de inconstitucionalidad al art. 1º, el cual solo será defectuoso, mas no inconstitucional. Ello es así "puesto que su defecto consistiría en permitir a provincias y municipios crear sociedades del estado.

No les impone crearlas, solo les faculta a ello, lo que es redundante y por tanto defectuoso, no inconstitucional.

Dicho de otra forma las provincias no han delegado en el gobierno federal la facultad de crear entes públicos y por lo tanto la / conservan. El que una norma federal las faculte a ello no añade nada a las facultades que ya tienen, es una norma inocua, de ningún efecto..."(22)

Además, como señala Barra (23), la presencia de notas de exorbitancia de derecho privado en la ley 20705 demuestra su naturaleza pública (v.gr: unipersonalidad de la sociedad del estado, art. 2º; representación del capital por certificados nominativos y no por acciones, art. 4º; no rige el art. 31 de la ley 19550, art. 2º; exclusión de la quiebra, art. 5º; necesidad de autorización legislativa para liquidarlas, art. 5º; exenciones y beneficios impositivos, art. 9º; exclusión de los particulares, art. 3º; etc.).

En cuanto al argumento dado por Cassagne, de que su personal / no pertenece a los cuadros de la administración pública, hay que señalar que es indudable que dicho personal, si es directivo, reviste la / calidad de funcionario o agente público, ya que deben su nombramiento a un acto administrativo del P.E. (art. 86, inc. 10 C.N. y 128, incs. 1 y 10 C.P.M.); y porque integra los cuadros de la administración pública descentralizada.

No empece a este argumento, el que las relaciones de la sociedad del estado con el personal inferior se regule, como ha dicho la // Corte, por las normas del derecho laboral, ya que lo mismo ocurre con el personal subalterno de una empresa del estado (en sentido restringido), y nadie discute que ésta tenga naturaleza pública.

B) Régimen Jurídico.

La ley 20705 señala insuficientemente el régimen jurídico aplicable a las sociedades del estado, en sus artículos 2 y 6. El primero dice: "Las sociedades del estado podrán ser unipersonales y se someterán en su constitución y funcionamiento a las normas que regulan las / sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley, no siendo de aplicación lo previsto en el artículo 31 de la ley 19550." El art. 6 agrega que "no serán de aplicación a las sociedades del estado las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos." Estos artículos han generado la opinión generalizada de que las sociedades del estado serían una // forma jurídica empresaria regida por el derecho privado. A poco que se analice la cuestión, se advierte lo simplista de esta afirmación. En / efecto, si aceptamos la opinión señalada supra, de que la ley 20705 es de derecho público, se advertirá que es una norma de esta naturaleza / la que, en primer lugar, rige las sociedades del estado, y como dice / el art. 2, ya transcripto, se aplican las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles "con las disposiciones de la presente ley" (de derecho público).

Entrando a un análisis más riguroso del problema, tendremos // que estudiar cuáles son las normas de derecho privado que resultan a-

plicables a las sociedades del estado, y cuáles no lo son. Por otro lado está el problema de dilucidar si la no aplicabilidad de las normas de derecho público establecida en el art. 6 de la ley es o no absoluta.

Antes de entrar en detalle en el análisis de la aplicabilidad a este tipo societario de las normas de las sociedades anónimas, de la ley de contabilidad, obras públicas y procedimientos administrativos, adelantaremos nuestra opinión de que lejos de ser cierta la afirmación del régimen privado de este tipo societario, la realidad demuestra que las sociedades del estado se encuentran regidas, en una medida importante, por el derecho público administrativo.

Autores como Dromi (24), señalan que las sociedades del estado se rigen predominantemente por el derecho privado, ya que el derecho público rige su nacimiento y desaparición (no aplicabilidad de la ley de quiebra); en tanto que estaría regido su desarrollo por normas del derecho privado. Ya en la discusión parlamentaria de la ley se reconoció que eran de aplicabilidad a las sociedades del estado las normas que regulaban la Corporación de Empresas Nacionales.

Nosotros procuraremos demostrar que si bien es importante el número de normas de derecho privado que se aplican a este tipo societario, no es menos cierto que aún su desarrollo es regido en una medida destacable por normas del derecho público. Dromi y Segal señalan que la creación de una sociedad del estado puede ser hecha por ley, ordenanza o decreto (art. 9, ley 20705), lo que muestra en el origen del ente una norma de derecho público. Haremos ahora un análisis de la normativa que regula su desarrollo.

1) ley de sociedades...

El propio art. 2, que establece la aplicabilidad supletoria de las normas de las sociedades anónimas a las del estado, excluye expresamente al art. 31 de la ley 19550 referido a la prohibición de tomar o mantener participación en otra u otras sociedades.

Ya en la discusión parlamentaria se hizo notar, como una de las tantas falencias que tenía el proyecto, el no abordar pormenorizadamente cuáles normas de la ley de sociedades serían aplicables y cuáles no, y que ello provocaría problemas de interpretación. En este de-

bate, los diputados Musaccho y Ortega Peña señalaron algunos artículos de la ley de sociedades que no resultarían aplicables.

Ellos serían los artículos 168 a 182 (suscripción pública / de capital), arts. 186 a 202 (capital, aumento, etc.), arts. 207 a 226 (porque la sociedad del estado no emite acciones, art. 4 de la ley /// 20705), art. 248 (accionistas con interés contrario al social), algunas disposiciones referentes al régimen de la asamblea y su convocatoria, por ejemplo, arts. 236, 237, 238 y 256, etc.; art. 261 (remuneración en proporción a las utilidades); arts. 275 y 278 (en el supuesto de // quiebra); arts. 280 y cc. (exclusión del consejo de vigilancia); etc.

La doctrina también se ha ocupado de este tema y puede encontrarse un análisis del mismo en los trabajos publicados por José // Ignacio Romero (25) y Rubén Segal (26).

2) ley de contabilidad.

Entre las normas de derecho público excluidas por el art. 6 se encuentra la ley de contabilidad.

Este artículo no figuraba en el proyecto que envió el P.E. al Congreso, sino que fue agregado por las comisiones de Economía, Legislación General e Industria y Minería a fin de dar eficacia a la gestión empresarial del estado. Este artículo ha sido defendido por quienes ven en las normas de marras un obstáculo a la eficiencia de la administración; también ha despertado críticas de parte de autores que / consideran que la exclusión no puede ser total en tanto se trata de // una persona pública estatal. (27)

De admitirse lo establecido en el artículo 6, hay que tener en cuenta que en virtud del principio de reserva (arts. 5, 105 y 106 / C.N.) no rige para las sociedades constituídas por las provincias o mu nicipios. (28)

En el caso de las sociedades del estado, la exclusión de la ley de contabilidad procura evitar el régimen de contrataciones en ella previsto, el juicio de responsabilidad (arts. 55 y ss., 103 y ss., y // 116 y ss.) y la eliminación del Tribunal de Cuentas (arts. 103 y ss.).

Esto ha sido criticado por autores como Barra, quienes consideran peligroso un régimen de contrataciones que no asegure en la selección del cocontratante los principios de justicia distributiva, moralidad administrativa y selección del más apto. Además de que no habría tenido en cuenta la supletoriedad de las disposiciones de la ley de contabilidad en cuanto a su aplicabilidad a las entidades descentralizadas, previstas en el artículo 136 de ese cuerpo normativo.

A pesar de la exclusión del procedimiento de contrataciones previsto en la ley de contabilidad, hay que destacar que en la discusión parlamentaria, el diputado Auyero señaló la aplicabilidad a las sociedades del estado del decreto 809/73 que establecía un régimen de contrataciones para las empresas del estado que integraban la CEN.

Actualmente las sociedades del estado cuentan con reglamentos de contrataciones en los que no siempre se preveen principios similares a los de la ley de contabilidad, para la selección del cocontratista del estado, que asegura en alguna medida la moralidad administrativa, la justicia distributiva y la elección del más apto.

3) leyes de obras públicas.

También por la exclusión del artículo 6 no sería de aplicación a las sociedades del estado, las leyes de obras públicas. Hay que hacer aquí también la reserva del carácter local de estas normas, ya una ley nacional no puede excluir la aplicación de normas de derecho público que estuvieren vigentes por las constituciones y leyes provinciales.

Consideramos acertada la posición de Barra (29), en el sentido de que "se deja de lado la ley de obra pública, que es buena en cuanto las facultades que otorga a la administración. En la práctica / se la reemplaza por un reglamento de contrataciones que no tiene esas ventajas, considerando no obstante que el artículo 6, se aplica analógicamente la ley de obra pública a los contratos de obras de las sociedades del estado porque estos poseen naturaleza jurídica de obra pública."

4) ley de procedimiento administrativo.

Corresponde hacer en este punto la misma reserva, hecha an-

teriormente, en cuanto al carácter del artículo 6.

Ya en el debate parlamentario se dijo que la exclusión de / la ley de procedimiento no podía ser absoluta, ya que rige en las relaciones de los funcionarios con la administración, en cuanto al control y la dirección. (30)

Dromi por su parte (31), considera que rige para las sociedades del estado la intervención administrativa, y en todas las relaciones de ésta con la administración central.

En virtud del decreto 3700/77 que al artículo 98 bis al reglamento de la ley de procedimientos administrativos, rige para las / sociedades del estado el recurso de alzada. Este decreto reconoce su antecedente en el artículo 2 del decreto 9101/72. (32) En el orden // local la ley 3909, en su artículo 183.

Rige además en los conflictos interadministrativos la ley 19983, que establece la competencia del P.E.N. o, según el monto, el de la Procuración del Tesoro de la Nación. (33)

Por su parte Barra considera que la norma del artículo 6 no es absoluta si se tiene en cuenta las facultades de conducción y control que ejercía la CEN sobre este tipo de sociedades (hoy S.G.E.P.), / art. 16 de la ley 21801; que los estatutos, como ya se dijo supra, establecen un régimen de contrataciones, que contiene verdaderas normas de derecho público, tendientes a asegurar, en alguna medida, los intereses de los particulares y del Estado; y que el derecho administrativo rige analógicamente, en caso de silencio o insuficiencia del derecho / privado, y/o en el caso de incompatibilidad de este derecho con la naturaleza pública del ente.

5) régimen jurídico y eficiencia.

Este régimen legal privado con exclusión absoluta de las // normas de derecho público ha perseguido, según el mensaje del P.E. y / los informes de las comisiones (especialmente la de Legislación General de la Cámara de Diputados, que sosotuvo "la conclusión final a que arribó la comisión fue acciomática, bajo la actual organización jurídica, difícilmente puedan funcionar eficazmente las empresas del Estado"), alcanzar eficiencia y mayor flexibilidad en la actividad empresaria del

Estado. Como dice Barra (34) "con una confianza excesiva en los milagros jurídicos", "se parte de suponer, entonces, que la modificación del tipo jurídico de tales entes provocará necesariamente el nacimiento de / la ansiada eficiencia empresarial admitiendo apriorísticamente una suerte de relación de causalidad entre la forma societaria y la buena marcha de la gestión empresarial..." para concluir que "empresa estatal de forma privada=eficiencia, empresa estatal de forma pública=ineficiencia".

Como advierte este autor "en todo esto no hay sino una gran confusión que impide lograr la solución del problema".

Más allá de lo dicho la experiencia muestra que esta intención se ve frustrada en la medida en que para la sociedad del estado / subsiste un régimen de derecho público que se advierte en el régimen // exorbitante de derecho común en la relación de estos entes con terceros (35), y que está exigido por la propia naturaleza jurídica de carácter público de los mismos. (36)

En cuanto al punto que nos ocupa compartimos la opinión de este autor en el sentido de que la eficiencia empresarial se localiza en el elemento dirección y habilidad comercial y no en el régimen jurídico. De lo contrario no se explicaría la quiebra de las empresas privadas.

Se podrá tener la intención, plausible por otro lado, de // flexibilizar el régimen jurídico de las empresas del estado, pero esta intención tiene límites jurídicos que están señalados, como se ha sostenido, por el carácter del ente, que impone en muchos casos su sometimiento a normas de derecho público establecidas para asegurar la defensa de los intereses del Estado y de los particulares.

6) el carácter de los actos y contratos que celebran las entidades estatales.

La doctrina ha sostenido (37) que las sociedades del estado pueden celebrar actos y contratos privados.

Por nuestra parte adherimos a la moderna doctrina administrativa (38) que ya no distingue entre contratos administrativos y privados celebrados en ejercicio de la función administrativa. Creemos //

que existen contratos de la administración celebrados en la función administrativa, y que estos contratos se rigen en mayor o menor grado // por el derecho público y el derecho privado, no existiendo contratos / privados (regidos exclusivamente por el derecho privado) y públicos // (regidos exclusivamente por normas del derecho administrativo) de la / administración, tanto centralizada como descentralizada. Siempre algunos aspectos estarán regidos por el derecho público (v.gr: competencia, voluntad y forma) y por el derecho privado (objeto, y algunas veces la forma).

C) Control del Estado.

En materia de control hay que distinguir, según se trate de sociedades pertenecientes al Estado nacional o provincial. En cuanto a / las primeras, coincidimos con la opinión de Etcheverry (39), considerando que la ley 20705, en virtud de los poderes reservados, no puede excluir los controles establecidos en las constituciones y leyes provinciales para sus entidades descentralizadas (entre las cuales, como hemos dicho, se encuentran las sociedades del estado); en el caso de la provincia de Mendoza, el artículo 177 u ss. de la C.P., establece la fiscalización obligatoria a cargo del Fiscal de Estado. Estas disposiciones constitucionales han sido reglamentadas a través de la ley 728 y 4418.

Además los arts. 181 y ss. de la C.P.M., del año 1916, establece un Tribunal de Cuentas, que ha sido regulado por las leyes 1003 y 4814.

Del análisis pormenorizado de las normas mencionadas, que por razones de brevedad no transcribiremos, se desprende con toda claridad que el control de estas entidades no puede eludirse por la aplicación de la ley 20705.

A fin de clarificar el análisis del mismo, habremos de distinguir los diferentes tipos de control. Así, teniendo en cuenta que el control puede ser interno o externo al ente, la doctrina es unánime en afirmar que este último está a cargo de la sindicatura o comisiones de vigilancia previstas en el art. 199 y cc. de la ley de sociedades. Los autores (40) señalan la insuficiencia de este control interno "atento sus propios alcances legales, ya que como lo han reconocido los autores de la ley en la discusión parlamentaria, resulta imprescindible el control de la administración central, a través de la tutela administrativa exigida por el principio de unidad de acción y por razones obvias de moralidad administrativa en el manejo de los fondos públicos. Así mismo, resulta evidente, que siendo los funcionarios que integran la sindicatura designados en idéntica forma que aquéllos que integran // los órganos de dirección de la sociedad del estado, es necesaria la intervención de algún ente que tenga alguna imparcialidad respecto a /// ella.

Entrando a analizar el tema de las distintas formas de control externo, hay que considerar que éste puede ser: administrativo, parlamentario y judicial. En cuanto al administrativo, tratándose de un ente descentralizado, éste puede ser por vía del recurso de alzada, expresamente contemplado en el agregado que introdujo el art. 98 bis del decreto 1759/72 (reglamentario de la ley 19549), el decreto 3700/77. / Este dice que "el recurso de alzada podrá interponerse contra los actos administrativos definitivos, o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente, emanados del órgano superior... o de una sociedad del estado". En el orden local esta situación resulta aplicable, en virtud de lo establecido por el art. 83 de la ley 3909.

Además, el control de la administración central puede ser extraordinario, en caso de situaciones anómalas, por vía de la intervención administrativa (41), prevista en la ley 3909 (arts. 23 a 27).

El control judicial es ejercido por la jurisdicción federal o provincial, según la determinación establecida en el art. 100 C.N. En el orden local corresponde la competencia, llamada contenciosa administrativa o procesal administrativa, según el art. 43 inc. b) de la ley

3918, cuando interviene un ente descentralizado y la relación jurídica litigiosa se rige por el derecho administrativo. En el orden nacional ocurre lo mismo en virtud de lo previsto en los arts. 25 y 27 de la ley 19549.

El control parlamentario directo de las sociedades del estado, está a cargo de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la administración (ley 14399), según opinión de Dromi.

En cuanto al control delegado en el Tribunal de Cuentas, considera este autor, que resultaría aplicable en virtud de lo establecido en el art. 138 de la ley de contabilidad.

Por su parte Fanelli Evans (42), considera que el control que ejercía la CEN, a través de su sindicatura general, en virtud del art. 15 de la ley 20558, habría pasado, por obra del art. 4 de la ley 21801, y con respecto a las empresas del estado que se encuentran en el ámbito del Ministerio de Economía, y las que expresamente lo requieran a / S.G.E.P., sucesora legal de aquélla.

Por su parte Ismael Mata (43), considera que el control que a través de la sustanciación de los recursos de alzada, tenía la CEN sobre las empresas públicas, en virtud del decreto 1383/74, debiera considerarse ahora a cargo de la S.G.E.P., en virtud de ser éstas "a todos los efectos jurídicos que pudieran corresponder sucesora legal de la Corporación". No obstante ello, cita el autor, un dictamen de la // Procuración del Tesoro donde se sostuvo que el dec. 1383/74 habría quedado implícitamente derogado con la desaparición, de nuestro ordenamiento jurídico, de la ley 20558, el cual en sus arts. 12 inc. b) y 13 incs. a) y b), atribuía a la CEN, para ser ejercido por su sindicatura. Esta Procuración también tiene dicho que el control de legalidad, que en los arts. 12, 13, 14 y 16 de la ley 20558, es el que de modo permante, de oficio y con carácter predominantemente preventivo ejerce el Tribunal de Cuentas, en relación al cumplimiento de la ley de contabilidad, el cual se había transferido gradualmente a la Corporación.

En conclusión, para la Procuración, el sistema de control del dec. 1383/74, a cargo de la CEN, ha quedado derogado y se ha vuelto //

al régimen general del art. 90 del reglamento de la ley 19549, al que remite el art. 98 del mismo; es decir, que el recurso de alzada se interpone ante la autoridad que dictó el acto impugnado y es llevado de inmediato al ministerio en cuya jurisdicción surgió el mismo. Ese recurso de alzada, según hemos señalado, en virtud del art. 98 bis, puede interponerse contra actos de sociedades del estado.

D) La ley 20705.

1) naturaleza.

Es menester comenzar definiendo la naturaleza jurídica de / la ley 20705. Es decir, si es una ley de derecho común o de fondo, integrante del derecho privado, y por tanto, según el art. 67 inc. 11 // C.N., incluido dentro de las facultades legislativas del Congreso, con su ámbito de aplicación nacional; o por el contrario, si se trata de / una norma de derecho público, materia reservada por la C.N. a las provincias, y que por tanto su regulación por el Congreso se limita al ámbito federal.

La primera opinión es sostenida por Dromi (44), quien la califica de norma de derecho común, sancionada por el Congreso en virtud del art. 67 inc. 11 C.N., y aplicable a las sociedades del estado provinciales, sin necesidad de adhesión de éstos.

Por nuestra parte adherimos a la segunda opinión, como lo / hacen Barra (45), Fanelli Evans (46), Gonzalez de Reca (47) y Etcheverry (48). La misma opinión fue sostenida por el senador Cerro, en la / discusión parlamentaria (49).

Fundamos nuestra posición en que la ley regula un tema de / descentralización administrativa, incluido en el derecho público, y // que por tanto no es de aplicación a los entes descentralizados provinciales sin adhesión de las mismas. Ello en virtud del principio de reserva, consagrado en los arts. 5, 104 a 106 de la C.N.

El hecho de que la norma declare aplicable a las sociedades del estado las normas de la ley de sociedades (complementaria del cód. de comercio), no desvirtúa lo dicho, ya que la propia ley aclara que / ello es en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la pre-

sente ley que mantiene su naturaleza pública.

Esto mismo fue sostenido en la discusión parlamentaria, donde se aclaró que el régimen normativo de las sociedades anónimas era / de aplicación supletoria.

Por otro lado lo mismo ocurre en varios campos del derecho público, que sin perder su carácter de tal, se ven regidos supletoriamente por normas del cód. civil o comercial (v.gr: en materia de personas, contratos, obligaciones, etc.).

2) carácter local de los arts. 5, segunda parte; 6 y 9.

De lo sostenido se infiere claramente que estos arts. son / de aplicación a las sociedades del estado nacionales. Lo contrario sería francamente inconstitucional, por las razones ya apuntadas (50).

3) crítica al artículo 1°.

Este art. permite la constitución de sociedades del estado con un objeto social que sea la explotación de servicios públicos. La doctrina nacional más autorizada (51), ha sostenido la improcedencia / de organizar la explotación de servicios públicos bajo el régimen de / empresa estatal. Cualquiera sea la forma jurídica, que a esta se le dé. Sostienen estos autores que lo correcto es que estas actividades se // realicen bajo la forma jurídica de descentralización, comunmente conocida como autarquía o desconcentración burocrática.

4) insuficiencia de la ley.

Otra observación que se puede hacer al texto legal comentado, es que éste resulta francamente insuficiente para regular la compleja situación de las sociedades del estado. Este defecto de la ley / ha sido oportunamente señalado en las discusiones parlamentarias (52), y por algunos autores (53).

Habría sido de desear un análisis más exhaustivo en la sanción de la misma, de modo tal que se evitara la insuficiencia señalada.

Este es un argumento más que avala nuestra posición, en el sentido de que se torna necesaria la sanción de una ley general que // prevea las formas jurídicas de gestión empresarial estatal.

IV) CONCLUSION.

A esta altura de la exposición resulta conveniente, que a modo de conclusión o síntesis resumamos las distintas ponencias, que hemos // ido volcando a lo largo del presente trabajo, señalando en cada caso, también susintamente, los fundamentos principales que los avalan.

1) Consideramos que la temática de la gestión empresarial del Estado bajo sus distintas formas (en particular la de sociedades del estado), debe ser estudiada dentro del capítulo del derecho administrativo del que forma parte, y que es la descentralización administrativa (54).

2) Luego de señalar los criterios de distinción entre personas públicas y privadas, y estatales y no estatales, y sus características, hemos llegado a la conclusión de que las sociedades del estado son personas públicas estatales que realizan una actividad comercial o industrial (gestión empresarial) en miras a un interés general.

3) Hemos demostrado, asimismo, que esta naturaleza pública y estatal del ente tiene una consecuencia práctica trascendental, ya que predetermina su régimen jurídico, mas allá de la afirmación generalizada de que las sociedades del estado tienen un régimen jurídico privado, / hemos señalado que esta regla no es absoluta. Con el aval de la doctrina más autorizada hemos mostrado que el régimen público aparece en su constitución y en su extinción; y en cuanto a su desarrollo, tampoco / es exclusivo el régimen privado. Esto por varias razones: a) la ya señalada de la naturaleza del ente. b) la presencia de fondos públicos. c) de facultades exorbitantes de la administración. d) el fin de interés general que persigue el Estado al asumir actividades empresarias, y que no es el lucro privado. e) el hecho que señala Gordillo (55) "la afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacto hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en / derecho administrativo, respetando su pureza original, por el contrario se las integra con los principios y normas del derecho administrativo, conformándose y remodelándose en consecuencia a éste. El abogado no especializado que en un caso concreto quiera recurrir supletoriamente

te al código civil (en nuestro caso, agregamos nosotros, al art. 2 de la ley 20705), deberá proceder en consecuencia con sumo cuidado, pues la doctrina, la jurisprudencia e incluso la propia práctica administrativa pueden haberle dado un sesgo distinto a la cuestión, precisamente en ese caso concreto, no efectuando una aplicación lisa y llana del código civil."

4) Hemos manifestado que la actividad descentralizada del Estado / puede ser de gestión de servicio público o de gestión de empresa pública. Siguiendo a una importante doctrina, consideramos que para realizar actividades del primer tipo, el Estado debe asumir la forma jurídica / de descentralización administrativa, llamada autarquía; y en el segundo caso, lo técnicamente aconsejable es que asuma cualquiera de las diferentes formas jurídicas de empresa pública que presenta o que ofrece nuestro derecho administrativo; siendo esta última una decisión política que se habrá de tomar por razones prudenciales, teniendo en cuenta el tipo de actividad, etc. (56)

5) El análisis de la ley 20705 nos lleva a la conclusión de que esta es suceptible de importantes críticas, entre las cuales se destaca la de la inconstitucionalidad de los artículos 5, segundo párrafo; 6 y 9, si se interpretan literalmente, en el sentido de que resultarían // aplicables a los entes descentralizados provinciales. Nuestra posición, que ya hemos señalado, es que las normas señaladas tienen carácter local.

Por otro lado es manifiesta la insuficiencia normativa de la ley / para regular la compleja situación de las sociedades del estado (piénsese por ejemplo que la remisión a las normas de las sociedades anónimas, por el carácter del ente, no puede ser absoluta. Que la exclusión de las leyes de contabilidad, obras públicas y procedimiento administrativo tampoco lo es; etc.). Esta insuficiencia provoca dificultades en la interpretación y aplicación de la ley.

6) Por último, sostenemos, con el aval de la doctrina más caracterizada, que el estado actual del régimen normativo de las empresas públicas aparece disperso en diferentes normas sancionadas a lo largo //

- 22 -

del tiempo, lo cual muestra un panorama confuso y caótico de su normativa.

Por ello propiciamos la sanción de una ley marco o general, que regule en sucesivos capítulos todas las formas jurídicas de gestión empresarial del Estado; previendo principios generales y comunes a las // mismas, a la vez que marque sus diferencias específicas. Con ello se / alcanzará, en esta materia, la unidad y coherencia que evite la confusión proveniente de normas dispersas y hasta contradictorias, facilitando el conocimiento y la congruente aplicación de las normas que regulan esta actividad.-

NOTAS:

- (1) José Ignacio Romero, Sociedades del Estado, J.A. doctrina, 1975, /
ps. 631 a 640.
- (2) Encíclicas y Documentos Pontificios, t. II, Pío XII, alocución del
19/09/52, a la XXV Semana Social de Italia (Turín), Ed. Consejo //
Diocesano de Acción Católica, 1964, p. 296.
- (3) José Roberto Dromi, Derecho Administrativo Económico, t. I, Ed. As
trea, Buenos Aires, 1977, ps. 73 y ss.
- (4) Agustín Gordillo, Empresas del Estado, Ed. Macchi, 1966, Buenos Ai
res, ps. 25 y ss.
Jorge Sarmiento García y Guillermo Petra Recabarren, Ley de Procedi
miento Administrativo de Mendoza Concordada y Comentada, Ed. Augus
tus, Mendoza, 1973, ps. 38 y ss.
- (5) Agustín Gordillo, Empresas..., ps. 44/45.
Jorge Sarmiento García, op. cit., ps. 33 y ss.
José Roberto Dromi, op. cit., ps. 36 y ss.
- (6) Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, t. I, Ed. Ma-
cchi, Buenos Aires, 1977, ps. 20 y ss., y Empresas..., ps. 50/54.
José Roberto Dromi, op. cit., ps. 46 y ss.
- (7) Agustín Gordillo, El Estado Actual de los Regímenes Jurídicos de /
Empresas Públicas en la Argentina, L.L., t. 141, ps. 1035 y ss.
- (8) José Roberto Dromi, op. cit., ps. 381 y ss.
- (9) Idem., p. 46.
Agustín Gordillo, Tratado..., ps. VI-20 y ss.
Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abele
do Perrot, Buenos Aires, 1977, ps. 384 y ss.
- (10) José Roberto Dromi, op. cit., p. 307. "Sin embargo, compartimos el
criterio que indica que el nacimiento y la extinción de las socie
dades del estado se rigen por el derecho público. Idem José Igna-
cio Romero, en Sociedades..., ps 631 y ss.
- (11) Agustín Gordillo, El Estado Actual..., p. 1034.
Carlos Barra, Acerca de la Naturaleza Jurídica de las Sociedades
del Estado. E.D. 67-606.
- (12) Agustín Gordillo, El Estado Actual..., ps. 1034 y ss.

Informe de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, al discutirse la ley 20705, orden del día / 358, reunión 13°.

- (13) Guillermo Fanelli Evans, Condición y Régimen Jurídico de las Sociedades del Estado, Buenos Aires, 1984, p. 67; y Sociedad del // Estado, RADA N°18, ps. 43 y ss.
- (14) Raúl Etcheverry, Reflexiones sobre las Sociedades del Estado frente al Control Provincial, RADA N° 18, p. 67.
- (15) Carlos Barra, Acerca de la Naturaleza..., p. 606.
- (16) Agustín Gordillo, Empresas..., ps. 40 y 50; Tratado..., t. I, p. XI-21.
- (17) José Roberto Dromi, op. cit., p. 297.
- (18) Florencia González de Reca, La Sociedad del Estado, RADA N° 8, p. 53.
- (19) Juan Carlos Cassagne, RAP N° 10, p. 8, Ed. de Ciencias de la Administración, 1979.
- (20) Idem anterior.
- (21) Agustín Gordillo, Empresas..., p. 41; Tratado..., p. XI-9; José / Roberto Dromi, op. cit., p. 37; Miguel Marienhoff, op. cit., p. / 362.
- (22) Guillermo Fanelli Evans, op. cit., p. 10. Puede verse en este artículo una clara refutación a los argumentos de tipo constitucionalista que invoca la tesis privatista.
- (23) Carlos Barra, Acerca de la Naturaleza..., ps. 604 y 605.
- (24) José R. Dromi, op. cit., ps. 307 y ss.
- (25) José I. Romero, op. cit., p. 631.
- (26) Rubén Segal, Sociedad del Estado, L.L. 156-1428.
- (27) Idem anterior; José I. Romero, op. cit., p. 640; Juan Carlos Cassagne, op. cit., ps. 10 y ss.
- (28) Florencia González de Reca, op. cit., p. 55.
- (29) Carlos Barra, La Gestión Empresarial, E.D. 71-749.
- (30) Diputados Auyero y Garré, Diario de Sesiones..., ps. 1317 y 1332, respectivamente; José R. Dromi, op. cit., p. 322.
- (31) José R. Dromi, op. cit., p. 324.

- (32) Juan C. Cassagne, op. cit., p. 11; Carlos Barra, Gestión Empresaria..., p. 750; Guillermo Fanelli Evans, op. cit., p. 7.
- (33) Carlos Barra, Conflictos Interadministrativos, Competencias del / Poder Judicial y Naturaleza Jurídica de las Sociedades del Estado, E.D. 79-325/327.
- (34) Carlos Barra, Gestión Empresaria..., ps. 745 y ss.
- (35) Caso actual de la Empresa YPF.
- (36) Carlos Barra, Gestión Empresaria..., ps. 145 y ss.
- (37) José R. Dromi, op. cit. pl 321; Juan C. Cassagne, op. cit., p. 11.
- (38) José R. Dromi, Instituciones de Derecho Administrativo, Ed. Astrea, 1983, ps. 362 y ss; Agustín Gordillo, Tratado..., p. VI-4; Jorge Sarmiento García, op. cit., p. 126.
- (39) E.D., 99-861 y ss.
- (40) Diario de Sesiones, discursos de los diputados Auyero, Dey, Ortega Peña, Marino, Zavala Rodriguez y Garré, en la reunión 13, de / la sesión del 24/07/74.
- (41) José R. Dromi, Derecho..., p. 324.
- (42) Guillermo Fanelli Evans, RADA N° 9, p. 77.
- (43) Ismael Mata, RADA N° 9, p. 67.
- (44) José R. Dromi, Derecho..., p. 303.
- (45) Carlos Barra, Acerca de, p. 602.
- (46) Guillermo Fanelli Evans, op. cit., p. 10.
- (47) Florencia González de Reza, op. cit., ps. 55 y ss.
- (48) Raúl Etcheverry, op. cit., ps. 861 y ss.
- (49) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, discurso del senador Cerro, reunión 56, de la sesión del 10/01/74.
- (50) Carlos Barra, Acerca de..., p. 602; Cerro, idem anterior.
- (51) José R. Dromi, Derecho..., ps. 270 y ss; Agustín Gordillo, Empresas..., p. 50 y Miguel Marienhoff, op. cit., p. 251.
- (52) Discursos de los senadores Pugliese y Cerro y de los diputados / Musaccho, Ortega Peña, Day y Marino, en Diario de ...
- (53) Carlos Barra, Acerca..., p. 606.
- (54) José R. Dromi, Derecho..., p. 46; Agustín Gordillo, Tratado..., p. VI-6/20; Miguel Marienhoff, op. cit., ps. 384 y ss.

(55) Agustín Gordillo, Tratado..., t. I, VI-23.

(56) Idem nota anterior, El Estado..., p. 1034 y Carlos Barra, Acerca
p. 606.-

INDICE

I) INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.....	p 1.
A) Evolución Histórica.....	p 1.
B) Panorama Actual.....	p 1.
C) Fundamentos de la Intervención del Estado en las actividades económicas.....	p 2.
II) LA DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA Y LAS FORMAS JURIDICAS DE GESTION EMPRE- SARIA ESTATAL.....	p 3.
A) La Empresa Pública y la Descentra- lización Administrativa.....	p 3.
B) Las Distintas Formas Jurídicas que Asumen las Empresas Estatales.....	p 5.
C) La Empresa Pública y el Derecho Mercantil.....	p 5.
D) Necesidad de una Ley General que Regule las Distintas Formas Jurídicas de Gestión Empresaria Estatal.....	p 6.
III) SOCIEDADES DEL ESTADO.....	p 7.
A) Naturaleza Jurídica.....	p 7.
B) Régimen Jurídico.....	p 9.
1) ley de sociedades.....	p 10.
2) ley de contabilidad.....	p 11.
3) leyes de obras públicas.....	p 12.
4) ley de procedimiento administrativo.....	p 12.
5) régimen jurídico y eficiencia.....	p 13.
6) el carácter de los actos y contra- tos que celebran las entidades estatales.....	p 14.
C) Control del Estado.....	p 15.
D) La Ley 20705.....	p 18.
1) naturaleza.....	p 18.
2) carácter local de los arts. 5, segunda parte; 6 y 9.....	p 19.

3) crítica al art. 1.....	p 19.
4) insuficiencia de la ley.....	p 19.
IV) CONCLUSION.....	p 20.
NOTAS.....	p 23.