

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES DEL ESTADO. LAS EMPRESAS ABSORBIDAS POR EL ESTADO

CARLOS F. BALBÍN

Es Abogado y Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Es también Magíster en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Centro de Estudios Constitucionales -Madrid) y Licenciado en Derecho Administrativo y Administración Pública (Universidad de Buenos Aires).

Se desempeña como Juez de la Cámara Apelaciones del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y es Miembro del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex Subsecretario de Justicia y Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

I. INTRODUCCIÓN

A mediados del siglo pasado nuestro país inició un proceso de traspaso de las empresas del sector privado al ámbito público y, consecuentemente, creó distintos regímenes jurídicos, tal es el caso de las empresas del Estado y de las sociedades de economía mixta regidas básicamente por el Derecho público. Posteriormente, en razón de las dificultades de las empresas del Estado para competir con las empresas del sector privado, el Estado creó otros regímenes jurídicos, con el objeto de darles a los entes estatales con forma societaria mayor flexibilidad mediante la aplicación, al menos en parte, de normas del Derecho privado. Así, nacieron las sociedades del Estado y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria.

Luego, durante la década de 1990, el Estado traspasó las empresas y sociedades del estado al sector privado a través de un proceso de privatizaciones previsto fundamentalmente en la Ley N° 23.696. Sin embargo, actualmente es posible advertir claramente la decisión estatal de reasumir ciertas funciones, en particular, con relación a la prestación de ciertos servicios públicos y, en tal contexto, cabe analizar – desde el punto de vista jurídico– las nuevas formas societarias que el Estado utiliza en esta nueva etapa, esto es, las sociedades anónimas que pertenecen exclusivamente al Estado y que están regidas por la Ley de Sociedades Comerciales.¹

¹ Sin embargo el Estado ha dispuesto la creación recientemente de nuevas sociedades del Estado, en los términos de la Ley N° 20.705. Por ejemplo, el Sistema Nacional de Medios Públicos S.E. (Decreto N° 94/2001) que se encuentra en el ámbito de la Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación y Educ.Ar S.E. dentro de la jurisdicción del Ministerio de Educación. La primera de ellas, tiene a su cargo administrar, operar y desarrollar los medios y servicios de radiodifusión sonora y televisiva, periodísticas y de transmisión de contenidos a cargo del Estado Nacional, incorporando a través de una dirección y administración centralizada las funciones y cometidos de las emisoras integrantes del Servicio Oficial de Radiodifusión. Por su parte, Educ.Ar tiene por objeto administrar y desarrollar el portal educativo del Ministerio, siendo responsable de la inclusión, creación, transmisión e intercambio de contenidos para el conjunto del sistema educativo nacional. También se han creado Información Tributaria S.E. y Telam S.E. durante los años 2001 y 2002 respectivamente.

II. LAS FORMAS INSTRUMENTALES ELEGIDAS PARA CUMPLIR CON COMETIDOS ESTATALES. LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE PROPIEDAD ESTATAL

A) LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE PROPIEDAD ESTATAL

Tal como hemos adelantado, las autoridades públicas han creado sociedades anónimas, de conformidad con el régimen previsto en la Ley N° 19.550, estableciendo que la totalidad de sus acciones son de propiedad exclusiva del Estado o de sus entes autárquicos.

Cabe recordar que esta forma societaria ha sido regulada originalmente por el legislador con el fin de establecer una forma instrumental para la actividad económica privada, de manera que los empresarios puedan asociarse para alcanzar un objetivo comercial que no pueden lograr, con igual eficacia, a través de su actuación individual. Para ello, el orden jurídico reconoce a la sociedad anónima una personalidad diferenciada de sus integrantes.

De esta forma, la sociedad anónima constituye entonces el marco jurídico para la realización de prestaciones comerciales que persiguen un fin de lucro y, en consecuencia, está en principio destinada a realizar actividades comerciales de carácter privado que son ajenas a los cometidos estatales.

En este caso, la elección de la forma societaria por parte de las autoridades públicas sin lugar a dudas ha tenido por principal cometido excluir, respecto de tales sociedades, la aplicación de las normas del derecho público, y así se dispuso expresamente en sus actos de creación.²

Cabe citar aquí, a modo de ejemplo, que por medio del Decreto N° 1.540/1994 se creó Nucleoeléctrica S.A., sociedad anónima regida por la Ley N° 19.550 y cuyo paquete accionario fue distribuido entre el Estado Nacional (99%) y Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado (1%). Su objeto social consiste en “desarrollar la actividad de generación nucleoelectrica vinculada a la Central Atucha I, a la Central Nuclear Embalse Río Tercero y la de construcción, puesta en marcha y operación de la Central Nuclear Atucha II” y, a tal efecto se le transfirieron el personal, los recursos presupuestarios y los bienes de propiedad de la Comisión Nacional de Energía Atómica afectados a dichas actividades. Por su parte, el Decreto N° 1.286/1996 creó Dioxitek S.A., sociedad anónima regida por la Ley N° 19.550 y cuyas acciones son de

² Al respecto, Morel Ocaña ha sostenido, en relación con las sociedades anónimas de propiedad estatal en España: “la creación de entes con arreglo al Derecho privado, concretamente al ordenamiento de las Sociedades Comerciales, constituye en la actualidad una alternativa organizatoria frente a la clásica descentralización por servicios”. Así, el referido autor afirma: “la cuestión se inscribe en el marco de las alternativas organizatorias y no es un mero problema de administración de bienes patrimoniales: desplegando su derecho de propiedad, por sí sola o con otros propietarios, la Administración crea estructuras dispuestas para la consecución de los fines de interés general; estructuras cuya sumisión al Derecho privado resulta, precisamente, más idónea para la consecución de los fines propuestos”. (Morel Ocaña, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Pamplona, Aranzadi, 4° edición, p. 637).

propiedad del Estado Nacional (38%), Nuclear Mendoza Sociedad del Estado (1%), Comisión Nacional de Energía Atómica (51%) y los empleados mediante un programa de propiedad participada (10%). Su objeto social consiste en proveer el suministro de dióxido de uranio para la fabricación de elementos combustibles destinados a las centrales nucleoelectricas y reactores de investigación. A su vez, a través del Decreto N° 616/1997 se dispuso la constitución de Emprendimientos Energéticos Binacionales S.A., que tiene a su cargo la comercialización de energía eléctrica proveniente de los aprovechamientos binacionales e interconexiones internacionales. La referida sociedad se rige por la Ley N° 19.550 y, en cuanto a su paquete accionario, el 99% pertenece a la Secretaría de Energía mientras que el 1% es propiedad de Nucleoelectrica S.A.

B) LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS TRANSITORIAMENTE UBICADAS EN LA ÓRBITA ESTATAL

Sin embargo, más recientemente, ha habido casos en los cuales la intervención estatal en el ámbito económico a través de la creación de sociedades pertenecientes al Estado se justificó en la necesidad de preservar ciertas actividades comerciales que el Ejecutivo consideró socialmente relevantes y, respecto de las cuales, la práctica ha demostrado que la iniciativa privada ha resultado insuficiente o defectuosa.

Por su parte, también es posible identificar un supuesto en el cual la vinculación estatal en la gestión empresarial se debió a la necesidad de reasumir actividades comerciales que constituyen un servicio público y que, si bien habían sido objeto de privatización, los incumplimientos evidenciados por los concesionarios respecto de las obligaciones a su cargo justificaron la rescisión del contrato y, en consecuencia, el retiro de la concesión.

III. ALGUNOS EJEMPLOS DE EMPRESAS PRIVADAS QUE EN LA ACTUALIDAD SON TRANSITORIAMENTE DEL ESTADO

A) CASOS EN LOS QUE SE PRETENDIÓ PRESERVAR UN INTERÉS PÚBLICO RELEVANTE. BANCOS BISEL, SUQUÍA Y DE ENTRE RÍOS

En relación con el primero de los supuestos enunciados –la preservación de una actividad comercial que evidencia un interés público relevante–, el Estado ha recurrido a la creación de sociedades anónimas de acuerdo al régimen previsto en la Ley de Sociedades Comerciales –cuyas acciones pertenecen íntegramente al Estado o a sus entes autárquicos– a las cuales se les asignó la totalidad de los activos y pasivos correspondientes a aquellas empresas que se encontraban atravesando dificultades económicas y que, por una decisión de naturaleza política, las autoridades consideraron conveniente preservar como una unidad económica en funcionamiento.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con los bancos Bisel S.A., Suquía S.A. y Bersa (luego denominado Banco de Entre Ríos). En efecto, ante el proceso de iliquidez que tales entidades financieras privadas atravesaron y, a consecuencia de la posibi-

lidad cierta de su quiebra, el Poder Ejecutivo Nacional decidió crear tres nuevas sociedades anónimas, cuyo capital social sería suscripto en un 99% por el Banco de la Nación Argentina y en un 1% por la Fundación Banco de la Nación Argentina, a las cuales se transfirieron todos los activos y pasivos de dichos entes privados en situación de iliquidez transitoria.³

En cuanto a los fundamentos para tal decisión, se expresó que tal curso de acción se justificaba por “la retracción actual de la inversión privada en el sector financiero, junto a la necesidad de evitar efectos negativos que el cumplimiento tendría sobre las plazas en las que actúan y en el resto de la economía nacional”.⁴

Por su parte, en el decreto de creación de tales sociedades se estableció expresamente que el Banco de la Nación debía realizar todos los trámites necesarios para lograr, en el menor tiempo posible, la venta de su participación accionaria, ello a fin de “reestablecer la participación del capital privado en las economías regionales”.

B) CASOS EN LOS QUE SE INTENTÓ PRESERVAR LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO. LÍNEAS AÉREAS FEDERALES S.A. Y CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A.

En relación con el segundo supuesto mencionado –la preservación de la prestación de un servicio público ante la imposibilidad del concesionario de continuar con su prestación–, es posible referirse al curso de acción del Poder Ejecutivo ante la virtual cesación de actividad de las empresas Líneas Aéreas Privadas Argentinas S.A. (LAPA) y Dinar Líneas Aéreas S.A. También en esta oportunidad, el Estado Nacional consideró oportuno crear una empresa de transporte aéreo, organizada bajo la forma de una sociedad anónima regida por la Ley N° 19.550, cuyo capital social pertenecería inicialmente en un 20% a Intercargo Sociedad Anónima Comercial, en un 40% al Ministerio de Economía y Producción y en un 40% al Ministerio de Planificación Federal (Artículo 2°) y que es titular de todos los activos y pasivos de las empresas privadas antes mencionadas.⁵

La referida sociedad anónima, que fue denominada Líneas Aéreas Federales S.A. (Lafsa) tiene por objeto la explotación del servicio público de transporte aéreo de pasajeros, correo y carga en el orden interno e internacional, con más las actividades complementarias y subsidiarias que resulten convenientes a la actividad aerocomercial (Artículo 1°).

En cuanto a las razones que sustentan la decisión adoptada, el Poder Ejecutivo ha señalado que con la creación de dicha sociedad anónima se pretende “asegurar la continuidad de la prestación de los servicios a los usuarios, manteniendo el nivel de los mismos a efectos de asegurar la cobertura de la demanda, tanto en aquellos

³ Decreto N° 838/2002 del 21-05-2002.

⁴ Considerando 9°.

⁵ Decreto N° 1.238/2003 del 21/05/2003.

destinos que resulten rentables como en aquellos que no cumplan tal condición, conservando las fuentes de empleo afectadas”.⁶

Asimismo, el Poder Administrador expresó que la empresa de transporte aéreo se encontraría en la órbita estatal en forma transitoria y hasta su privatización (considerando 4°).

Un curso de acción análogo ocurrió en relación con la reasunción por parte del Estado Nacional, también con carácter transitorio, de la operación del servicio oficial de correo –el cual es caracterizado por el propio Estado en los considerandos del acto como un “servicio público de carácter esencial”–, a consecuencia de la rescisión por culpa del concesionario del contrato suscripto con el prestador privado, Correo Argentino S.A.⁷

De esta forma, a fin de prestar temporalmente todos los servicios postales, monetarios y de telegrafía vinculados, hasta tanto se vuelvan a privatizar, las autoridades decidieron en un primer período crear una Unidad Administrativa, con carácter de órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Comunicaciones, que se encargaría de poner en práctica todas los cursos de acción para cumplir con tales cometidos (Artículo 5°).

Es evidente que, en esta etapa preliminar, el Estado optó por no recurrir a la forma societaria como técnica organizativa para cumplir con las actividades empresariales propias de la prestación del servicio de correo, sino que creó, a tal efecto, un órgano desconcentrado al que invistió de las competencias necesarias para prestar tales servicios.

Ninguna duda cabe de que, durante ese período inicial de reasunción inmediata de la prestación del servicio de correo, el Estado consideró que, para cumplir con los objetivos comerciales propios del servicio postal, no era necesario crear un ente con personalidad jurídica, sino que era suficiente a esos efectos contar con un órgano desconcentrado cuyo ámbito de autonomía es sustancialmente más restringido en razón de la relación jerárquica que lo vincula con la Secretaría de Comunicación.

Sin embargo, poco tiempo después, a través del Decreto N° 721/2004⁸ se dispuso la creación de Correo Oficial de la República Argentina S.A. a la que se le encargó la prestación del servicio oficial de correo, incluyendo todos los servicios postales, monetarios y de telegrafía (Artículo 1°).

La referida sociedad fue creada “bajo el régimen de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales” (Artículo 1°) y su paquete accionario pertenece en un 99% al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y en un 1% al Ministerio de Economía (Artículo 2°). Como consecuencia de la creación de esta nueva sociedad, se suprimió la Unidad Administrativa que había creado el Decreto N° 1.075/03 (Artículo 14).

⁶ Considerando 3°.

⁷ Decreto N° 1.075/2003 del 19-11-2003.

⁸ BO del 14-06-2004.

Como sustento de esta decisión se señaló: “habiéndose dado cumplimiento a la primera etapa de ese proceso, resulta oportuno disponer la creación de un ente jurídico que tenga bajo su responsabilidad la operación del servicio oficial del correo, hasta tanto se lleve a cabo su privatización. Que a tal efecto se considera que la sociedad anónima es la figura jurídica más apropiada para asegurar la fluidez operativa del servicio, a fin de que el mismo actúe en concordancia con el entorno ampliamente competitivo del mercado postal, garantizando la continuidad y regularidad de la prestación”.

Cabe destacar que el mencionado decreto estableció expresamente que la sociedad creada se regirá por el Derecho privado, de manera que no le resultan aplicables la Ley N° 19.549, el Decreto N° 1.023/2001 y la Ley N° 13.064, “sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley N° 24.156”.

También en este caso la realización de las actividades comerciales es transitoria por parte del Estado, es decir, hasta la nueva privatización del servicio.⁹

IV. DIFERENCIAS ENTRE LOS TIPOS SOCIETARIOS ESTATALES

Vemos así que, en diferentes supuestos en los que el Estado ha debido asumir directamente la realización de actividades de carácter comercial o industrial –ya sea por considerarlas propias de la gestión estatal, o bien por deficiencias del mercado–, ha optado por recurrir a la constitución de sociedades con objeto comercial, aunque de acuerdo con tres subtipos, esto es: sociedades del Estado regidas por la Ley N° 20.705, sociedades anónimas regidas por la Ley N° 19.550 y, finalmente, sociedades anónimas también reguladas por la Ley N° 19.550 pero cuya pertenencia a la organización pública es transitoria, hasta su posterior privatización.

Así, respecto de este último supuesto detallado, su pertenencia a la esfera estatal es solamente transitoria y accidental y se justifica en razones de coyuntura política y económica que han sustentado en forma excepcional su incorporación a la organización del Estado. En efecto, respecto de las sociedades antes analizadas –esto es, los bancos Suquía, Bisel y de Entre Ríos y Lafsa–, el Poder Ejecutivo ha manifestado en sus respectivos actos de creación que existe una clara voluntad política de proceder a su transferencia al sector privado en el menor tiempo posible.

Esta circunstancia marca una diferencia sustancial con las otras formas societarias de propiedad estatal que existen en la actualidad –esto es, las sociedades del Estado y las sociedades anónimas cuyo capital pertenece íntegramente al estado o a sus entes descentralizados–, por cuanto éstas no han sido creadas para incorporarse a la

⁹ Cabe citar aquí, como ejemplo, las sociedades del Estado que, a través del proceso de privatizaciones, fueron transformadas en sociedades anónimas, antes del traspaso al ámbito privado. Por caso la Ley N° 24.855 dispuso: “El Poder Ejecutivo Nacional procederá a transformar al Banco Hipotecario Nacional S.A., quien continuará con los derechos y obligaciones de su predecesor, salvo lo expresamente derogado por la presente norma”. Y, a su vez, el Artículo 15 de la norma declaró al Banco Hipotecario “sujeto a privatización en los términos de la Ley N° 23.696”.

órbita estatal en forma transitoria, sino que los fines que el Estado persigue con su actuación son considerados como propios y relevantes para el bien común, razón por la cual su integración a la estructura estatal es permanente.

En este contexto, consideramos especialmente útil analizar cuál es el régimen jurídico que rige la actuación de las empresas que transitoriamente pertenecen a la órbita estatal, a fin de determinar si les resulta de aplicación: a) el régimen jurídico que corresponde a las sociedades del Estado, b) el régimen propio de las sociedades anónimas con capital íntegramente estatal, o bien c) un régimen jurídico diferenciado en razón de su pertenencia transitoria al sector público.

V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PERTENECIENTES AL ESTADO NACIONAL

Ahora bien, en lo que respecta al régimen jurídico que se aplica a las sociedades anónimas pertenecientes en forma permanente al Estado y que han sido constituidas bajo las previsiones de la Ley N° 19.550, consideramos imprescindible tener en cuenta que **existe una evidente contradicción entre, por un lado, la forma instrumental elegida y, por el otro, la finalidad que tales entidades persiguen.**

En relación con algunas de las sociedades anónimas que el Estado ha creado en los últimos años, a pesar de su pertenencia a la esfera estatal, **se dispuso en sus respectivos actos de creación que les resultaba de aplicación parcialmente la Ley N° 19.550 (Capítulo II, Sección V).**¹⁰

En este contexto, la definición del régimen jurídico de aplicación en relación con estas sociedades anónimas se torna especialmente relevante, toda vez que ello permitirá determinar cuál es el alcance de las competencias que pueden legítimamente ejercer que, lógicamente, será diferente según corresponda aplicar las normas del Derecho público o privado. A su vez, **dicha determinación también permitirá, en su caso, establecer cuál es el bloque normativo que les resulta de aplicación (v. gr. contrataciones, procedimientos, régimen de responsabilidad y de personal), para el caso de que se produzcan indeterminaciones normativas que requieran una labor integradora a través de la aplicación de los principios u otras normas del régimen que les resulta de aplicación.**

Entendemos que, para dar respuesta a este interrogante, es conveniente analizar diferentes aspectos que caracterizan a estas sociedades anónimas de pertenencia estatal a la luz de los caracteres típicos de las sociedades del Estado toda vez que, **en mi opinión, éstas integran la Administración pública descentralizada aún cuando no cumplen un fin público específico o típicamente administrativo. Ello es así porque tales sociedades han sido creadas por un acto de autoridad estatal, tienen personali-**

¹⁰ Tal es el caso de Dioxitek S.A. y de Emprendimientos Energéticos Binacionales S.A.

dad propia, poseen un patrimonio estatal y, a su vez, los fines que persiguen suponen el cumplimiento de objetivos de bien común.¹¹

VI. EL FIN PÚBLICO

De conformidad con lo prescripto en la Ley de Sociedades, una de las características que presentan todas las sociedades comerciales que han sido reguladas en el referido cuerpo legal es el fin de lucro, esto es, que a través de su actuación se pretende la obtención de ganancias.

Sin embargo, las sociedades anónimas creadas por el Estado Nacional no persiguen con su actividad la obtención de beneficios de naturaleza económica, tal como lo haría un empresario privado, sino que, tal como se ha visto con los ejemplos antes detallados, dichas formas societarias tienen por objeto desarrollar actividades dirigidas a cumplir con fines de naturaleza pública que, en consecuencia, no persiguen un lucro sino **satisfacer una necesidad de la colectividad**. Al igual que lo que ocurre con las Sociedades del Estado, también en este caso la elección de la forma societaria responde a la necesidad de permitir una mayor flexibilidad y dinamismo a la actividad que la sociedad deberá desarrollar para cumplir con los cometidos que el Estado le encarga y que, en muchos aspectos, resultan equiparables desde un punto de vista fáctico a las actividades que despliega una empresa comercial privada.¹²

Por todo ello consideramos que, en razón de la finalidad de interés general que persiguen, **no es posible considerar que se trata de entes privados, tal como ocurre con las sociedades anónimas cuyos socios son comerciantes y que realizan actividades cuyo objeto es obtener una ganancia.**

V.2. INTEGRACIÓN A LA ORGANIZACIÓN ESTATAL

A lo antes expresado se suma que, al igual que lo que ocurre con las Sociedades del Estado, también estas formas societarias presentan caracteres propios de las entidades descentralizadas. En efecto, se trata de entes que a) **poseen personalidad jurídica**; b) **la participación del Estado es exclusiva**; c) **tienen patrimonio estatal**; d) **están sujetas a mecanismos de control estatal**; y e) **integran la estructura de la Administración pública en forma permanente.**¹³

¹¹ Ver Gordillo, Agustín, *Empresas del Estado*; Barra, Rodolfo, *Principios de Derecho Administrativo*; y Canosa, Armando, *Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales*.

¹² En igual sentido se pronuncia Franco, Horacio J., “El derecho administrativo y las sociedades anónimas con simple participación estatal”, *La Ley*, 1991-E, 1123.

¹³ En sentido concordante, Doncel Jones, Juan Carlos, “Los organismos descentralizados del Estado que actúan como empresas de derecho privado (con especial referencia a CAMMESA)”, *La Ley*, 1997-F, 1070. En sentido contrario, ver los artículos de Curá, José María y Bello Knoll, Susy, “La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (su naturaleza jurídica a la luz de un fallo clarificador)”, *La Ley*, 1991-A, 365.

V.3. EL CARÁCTER PÚBLICO

Cabe recordar que calificar a una sociedad de propiedad estatal como un ente descentralizado o como un sujeto de Derecho privado tiene especiales consecuencias, entre otros aspectos, en relación con la existencia de un régimen exorbitante del Derecho privado. En particular, reviste especial importancia que, si se trata de entes descentralizados, resulta procedente el recurso administrativo de alzada por ante el Ministerio en cuya órbita se encuentra dicho ente, mecanismo de control inaplicable si se trata de un ente privado.¹⁴

No se nos escapa que existen diferentes aspectos de la actuación de estas sociedades que se encuentran sometidos expresamente a las disposiciones del Derecho privado—en general, en lo que hace al objeto específico de actuación y en lo relativo a su organización y gobierno— y, en este sentido, es posible advertir diferencias con el régimen propio de los entes descentralizados. En efecto, el interés público comprometido—en el caso de las sociedades anónimas de propiedad estatal—es de carácter mediato y, en consecuencia, dichas actividades están sujetas a las normas del Derecho privado. Sin embargo, ello no obsta para que, bajo un sistema aparentemente privado, se oculte un régimen de fuerte interés público, cuyas connotaciones típicas de Derecho administrativo se imponen, en caso de duda, por sobre los principios de las sociedades privadas.¹⁵ En consecuencia, su actuación necesariamente debe regirse en caso de indeterminaciones—lagunas, contradicciones, vaguedades—por normas de derecho público¹⁶.

VI. CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo antes expresado, entendemos que es posible sostener que la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado y de las sociedades anónimas de propiedad estatal son—en principio— asimilables, es decir, en ambos casos nos encontramos frente a entes descentralizados que forman parte de la estructura estatal.

Sin embargo, el acto de creación de las sociedades anónimas pertenecientes al Estado ha dispuesto expresamente, en determinados casos, que a ciertos ámbitos de su actividad les resultan de aplicación normas del Derecho privado (v. gr. el Ca-

¹⁴ La legislación española ha previsto expresamente, sin embargo, la procedencia del control de tutela respecto de las sociedades anónimas de propiedad estatal (Ley N° 33/2003, Título VII, Capítulo I).

¹⁵ En igual sentido, Bianchi, Alberto, “Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y función administrativa”, *El Derecho*, 129:266. Mantaras, Pablo, “Fundamentos y alcances de la responsabilidad del Estado por la actividad de sus entes descentralizados con organización societario o empresarial”.

¹⁶ Recurriendo al Derecho comparado, vemos que el legislador español ha adoptado un criterio similar respecto de estas formas societarias. Al respecto, La Ley N° 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas dispone: “las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, de forma directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”.

pítulo II de la Ley N° 19.550). Esto es jurídicamente posible, según nuestro criterio, por cuanto no existe ningún principio de la organización administrativa que impida que el legislador establezca que una sociedad anónima estatal se rija por normas del Derecho privado.

Ello permite concluir, entonces, que las sociedades anónimas de propiedad estatal creadas bajo las formas previstas en la Ley N° 19.550 quedan sujetas a un régimen jurídico mixto. En efecto, a tales entes les resultará aplicable, por un lado, el Derecho privado en todos aquellos aspectos de su actuación respecto de los cuales dicha aplicación haya sido expresamente determinada por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, habrá otras cuestiones que al no estar reguladas de modo expreso o implícito en las normas, estarán regidas por el Derecho público.

Este régimen caracterizado por la aplicación del Derecho privado y, sólo en casos de indeterminaciones, por normas del Derecho público, lleva, a su vez, a concluir que respecto de las competencias que legítimamente pueden ejercer, les resulta de aplicación el principio de especialidad o también denominado axioma ontológico de la libertad.

Linares sostuvo según este principio –que a su entender resulta aplicable tanto a las personas públicas como a las privadas–: “una vez constituida la persona ideal [en el caso, la sociedad anónima de propiedad estatal], queda determinada para ella una esfera de especialidad y capacidad, y dentro de ella son aptas para hacer todo lo no prohibido sea por estatuto, sea por leyes”. A su vez, el jurista remite al Artículo 35 del Código Civil, que establece: “las personas jurídicas pueden, para los fines de la institución, adquirir los derechos que este Código establece y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de sus representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido”.¹⁷

Así las cosas, el ámbito de actuación de dichas sociedades estará determinado por todas las actividades vinculadas al objeto o fin para el cual han sido creadas, de manera que podrán ejercer todas las competencias que las normas les atribuyen en forma expresa o implícita –es decir, las que derivan de disposiciones expresas–, más aquellas necesarias para el cumplimiento de los fines y objetivos prescriptos en el acto normativo de creación de la sociedad.¹⁸

¹⁷ Linares, Juan Francisco, “Competencia Administrativa y Prohibiciones implícitas”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 8, abril/junio de 1975, p. 15 y sigs.

¹⁸ En relación con el principio de especialidad, ver también Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, 4° edición, p. 206. También es interesante consultar los fallos de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal “Marengo” (*El Derecho* 67-437) y “Peso” (*El Derecho* 114-236), así como el plenario “Multicambio” (*Jurisprudencia Argentina*, 1986-I, p. 140). Aquí vale citar a título de ejemplo el caso de Dioxitek S.A. cuyo estatuto dispone que la entidad tendrá por objeto, entre otros, “realizar cualquier otra operación complementaria de su actividad industrial o comercial o que resulte necesaria para facilitar la consecución de su objeto”. Por su parte las sociedades anónimas destinatarias de los bancos Bisel S.A., Suquía S.A. y Entre Ríos S.A., tiene por objeto “actuar como banco comercial, para lo cual podrá realizar por cuenta propia de terceros y/o asociada a terceros, dentro o fuera del país, todas las operaciones inherentes a la actividad bancaria, inclusive préstamos hipotecarios, así como los actos y contratos que sean su consecuencia, sin más limitaciones que las determinadas por las leyes, reglamentaciones, disposiciones y demás normas en vigor y el presente estatuto”.

A su vez, como ya hemos desarrollado, frente a un caso de indeterminación normativa, las normas de Derecho público tienen preeminencia. En efecto, en tal caso, en razón de: a) el fin público que dichas sociedades anónimas persiguen, b) su integración a la organización estatal y c) la ausencia de participación de capitales privados; la laguna deberá salvarse recurriendo a los principios y normas del Derecho público. En el caso de Nucleoeléctrica Argentina S.A., el decreto de creación dispone que se regirá por el Capítulo II, Sección V, Artículos 163 a 307 y concordantes de la Ley N° 19.550. En igual sentido el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1.285/1996 establece igual criterio con respecto a Dioxitek S.A., con la salvedad de que el régimen de contrataciones deberá asegurar la concurrencia de oferentes, y la transparencia y publicidad del procedimiento y el Decreto N° 616/1997 de creación de Emprendimientos Energéticos Binacionales S.A.. Por su parte, las entidades financieras que operan como destinatarias de los bancos Bisel S.A., Suquía S.A. y Entre Ríos S.A. se rigen por la Ley de Entidades Financieras N° 21.526. Un caso especial es el Líneas Aéreas Federales (Decreto N° 1.238/2003) que se rige íntegramente por la Ley de Sociedades Comerciales. Más aún el decreto dispone que resultan aplicables las normas y principios del Derecho privado y que no se aplicarán las normas o principios de Derecho administrativo.

El criterio que proponemos, consistente en considerar como entidades descentralizadas a las sociedades del Estado y a las sociedades anónimas de propiedad estatal, resulta concordante con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. La Corte sostuvo expresamente la integración de las entidades estatales empresariales a la Administración descentralizada en la causa “Martínez Suarez de Tinayre”.¹⁹

En esa oportunidad, el Tribunal consideró en lo pertinente: “si bien (Argentina Televisora Color LS 82 Canal 7 S.A.) debe en principio considerarse sujeta al Derecho privado (Ley de Sociedades) y no comprendida en las leyes de contabilidad, de obras públicas ni de procedimientos administrativos, concurren elementos de innegable carácter estatal, principalmente en lo concerniente a la naturaleza de sus constituyentes y a la imposibilidad de participación de capitales privados (Artículo 1º, Ley N° 20.705) por lo que *más allá del amplio grado de descentralización, integra la organización administrativa del Estado*”.²⁰

Resta analizar, por último, cuál es la naturaleza jurídica que cabe asignar a las sociedades anónimas que han sido constituidas de acuerdo con lo prescripto en la

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Martínez Suarez de Tinayre, Rosa M. J. Y otro c/Argentina Televisora Color LS 82 Canal 7, S.A.”, sentencia del 20-05-1986, *El Derecho*, 119:542. En el presente caso los actores reclamaron una indemnización por daños y perjuicios contra Argentina Televisora Color sociedad propiedad del Estado Nacional por la rescisión unilateral de un contrato. La parte demandada adujo que las medidas adoptadas por el Estado Nacional configuraron un hecho del príncipe y le impidieron cumplir con las obligaciones contractuales. Si bien la acción fue rechazada por el juez de primera instancia, la Cámara consideró que el supuesto fáctico constitutivo de la fuerza mayor, al derivar del propio Estado Nacional, no podía ser invocado por la demandada para sustraerse del cumplimiento del contrato. Por último, la cuestión se planteó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁰ El destacado me pertenece.

Ley N° 19.550 pero, respecto de las cuales, su pertenencia a la órbita estatal es solamente transitoria y responde a circunstancias coyunturales que, una vez superadas, volverán al ámbito privado. Tal es el caso, como ya se dijo, de Lafsa y de los bancos Suquía S.A., Bisel S.A. y Entre Ríos S.A.²¹

No cabe duda, según nuestra opinión, que respecto de tales sociedades se impone otra solución, aun cuando el paquete accionario está integrado exclusivamente por sujetos estatales.²²

Ello es así porque, como ya dijimos, en todos estos supuestos la intervención estatal no ha tenido por objeto crear entes que formen parte de la estructura del Estado Nacional de modo definitivo, sino permitir, a través de la utilización de ciertas técnicas instrumentales, la preservación de empresas privadas en funcionamiento que las autoridades públicas consideraron económicamente viables y socialmente relevantes, de manera que, una vez superada la situación transitoria de dificultad financiera, éstas vuelvan al sector privado a través de una nueva privatización.

En este contexto consideramos que, a efectos de determinar el régimen jurídico de aplicación a dichas sociedades, se impone un tratamiento diferencial, puesto que su pertenencia a la órbita estatal es solamente transitoria y justificada por razones coyunturales de naturaleza política o económica.

Es evidente que, en tales casos, el Estado no ha pretendido satisfacer en forma más eficiente un determinado fin público a través de la creación de un nuevo sujeto, destinado a permanecer en forma definitiva en el sector público –tal como ocurre cuando crea una sociedad del Estado o una sociedad anónima permanentemente integrada a la estructura estatal–. Lo que se ha buscado, en cambio, es paliar los efectos nocivos que tendría sobre la comunidad o un sector de ésta la desaparición de tales entes privados a consecuencia de una gestión ineficiente y, a tal efecto, las autoridades políticas han considerado conveniente y hasta necesaria la intervención estatal, a través de la adquisición temporaria y accidental de los respectivos paquetes accionarios.

En consecuencia, toda vez que la propiedad estatal de dichas sociedades anónimas es solamente transitoria y accidental –tal como surge de los respectivos actos de creación, donde se consignó expresamente que se procedería a su privatización en el

²¹ En el caso de Nucleoeléctrica S.A., el decreto de creación dispone, a su vez, de modo expreso la sociedad está “sujeta a privatización total”. El igual sentido el Decreto N° 1.286/1996 dice: “decláranse sujetas a privatización las actividades del área ciclo de combustible que desarrolla la Sociedad constituida según el Artículo 1° del presente (Dioxitek S.A.). El Decreto N° 838/2002 sobre entidades financieras señala que el Banco de la Nación Argentina “deberá realizar lo necesario a fin de administrar, estabilizar y proceder a la venta de su participación accionaria en las sociedades anónimas cuya creación se dispone mediante el presente decreto, en el menor tiempo posible, conforme las disposiciones vigentes en la materia”. En el caso de las líneas aéreas estatales, el decreto de creación establece que se constituirá una sociedad anónima con vocación de transitoriedad en la órbita estatal y hasta tanto se privatice.

²² Ver a título de ejemplo: 1) Nucleoeléctrica S.A.: 99 % Estado Nacional y 1 % Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado; 2) Emprendimientos Energéticos Binacionales S.A.: Secretaría de Energía y Puertos (99 %) y Nucleoeléctrica Argentina S.A. (1%); 3) Entidades financieras: Banco de la Nación Argentina (99 %), Fundación Banco de la Nación Argentina (1%); 4) Líneas Aéreas Federales: Intercargo Sociedad Anónima (20 %), Ministerio de Economía y Producción (40 %), Ministerio de Planificación (40 %).

menor tiempo posible–, entendemos que corresponde que, mientras permanezcan en la estructura estatal, de todas formas se les aplique plenamente el Derecho privado, en razón de que se trata de su régimen de origen y, asimismo, del que se les aplicará una vez transferidas.

A todo ello se suma que, tal como señala la doctrina, la aplicación plena del Derecho público podría eventualmente frustrar el objetivo perseguido por las autoridades públicas que decidieron su estatización transitoria, esto es, preservar la unidad económica privada con dificultades y, luego de saneadas sus deficiencias estructurales o de funcionamiento, proceder a su privatización.²³

Ello es así, por cuanto la aplicación plena e indiscriminada de las normas que rigen el funcionamiento de la Administración central y de sus entes descentralizados (contrataciones del Estado, procedimientos administrativos o empleo público) a entidades organizadas originalmente bajo la forma de una empresa privada, dificultaría sin lugar a dudas su posterior privatización.

La salvedad estará dada, claro está, por la circunstancia de que, tratándose de instituciones que dependen de fondos públicos para su funcionamiento, de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 24.156 se encuentran sometidas a los controles que realizan los órganos de contralor interno y externo del Sector Público Nacional –sin perjuicio del control que igualmente ejercerá la Inspección General de Justicia en razón de que se trata de una sociedad anónima constituida en los términos de la Ley N° 19.550–. Ello es así porque tales controles se aplican a todo ente que reciba aportes estatales, ya sea de carácter público o privado. Cabe destacar, por último, que para llevar a cabo dicha actividad de contralor, los citados organismos no deberán verificar si las referidas sociedades han observado las normas de Derecho público, sino que sólo deberán corroborar si la actividad desarrollada se adecua a las previsiones del Derecho privado que rigen su funcionamiento, así como lo establecido en sus respectivos estatutos.²⁴

²³ Gordillo, Agustín, “Acerca del Régimen Jurídico de los nuevos bancos Bisel, Bersa y Suquía”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP*, N° 289, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 157.

²⁴ En igual sentido se pronuncia Morel Ocaña, cuando señala que la fiscalización de las sociedades anónimas estatales “se realiza, en principio, de acuerdo con el Derecho privado. Es decir, y aquí se trata de una noción más estricta, en la actividad empresarial de la Administración, propiamente dicha, ésta utiliza las facultades y deberes propios de la condición de socio” (Morel Ocaña, Luis, *op. cit.*, p. 638). La Ley N° 24.156 establece: “Las disposiciones de la ley serán de aplicación en todo el sector público nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración nacional, conformada por la Administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de la seguridad social; b) empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”. A su vez, el texto legal agrega: “la administración financiera estará integrada por los siguientes sistemas, que deberán estar interrelacionados entre sí: a) sistema presupuestario, b) sistema de crédito público, c) sistema de tesorería, d) sistema de contabilidad. Cada uno de los sistemas estará a cargo de un órgano rector que dependerá directamente del órgano que ejerza la coordinación de todos ellos”.