

CAPÍTULO III

EL CONTROL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

SUMARIO

1. Introducción.....	145
1.1. La inestabilidad	145
1.2. El conflicto de descentralización vs control	145
1.3. La centralización política y su efecto sobre el control de la empresa pública	146
1.4. La forma jurídica de la empresa pública y el control formal sobre ella	147
1.5. Aspectos a destacar en el debate.....	147
2. Origen del control: Interno o externo	149
2.1. La autoimposición de controles y limitaciones.....	149
2.2. Psicología administrativa. El temor a ejercer responsabilidad.	150
2.3. Las pautas sociales de control	151
2.4. La racionalidad esperada del directivo de empresa pública.....	152
2.5. Los estatutos de las empresas	153
2.6. Las reglamentaciones de la empresa.....	155
3. Organos de control	158
3.1. Presidente.....	158
3.2. Ministros o Secretarios de Estado	159
3.2.1. Control sobre los actos	159
3.2.2. Control sobre las personas	159
3.2.3. Control de gestión	159
3.2.4. Evaluación global.....	160
3.3. Conducción empresarial pública centralizada	161
3.4. Contralorías, Tribunales de Cuentas y otros organismos aná- logos de fiscalización externa	162
3.5. Organismos de coordinación, planificación y presupuesto.....	162

3.6. Control jurisdiccional	163
3.7. Control parlamentario	164
3.8. Control público independiente.....	165
3.9. La participación como control.....	166

Capítulo III

EL CONTROL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

1. Introducción

1.1. *La inestabilidad*

En casi todos los países de América Latina ha predominado la idea de que el Estado debe tener un sector público importante, el cual se manifiesta a través de múltiples formas de empresas públicas de variante régimen jurídico, sea de Derecho público o privado. En general se observa en tales regímenes una cierta inestabilidad, que se advierte no sólo en la más o menos frecuente reforma de las leyes o reglamentos, sino también en los igualmente frecuentes cambios de determinadas empresas de una a otra calificación o régimen jurídico;¹ ello habría de influir, como es lógico, sobre su control.

1.2. *El conflicto de descentralización vs. control*

A su vez, existe también una dinámica constante: La tendencia de las empresas a actuar con independencia² de los objetivos y pautas del Estado central y del resto del sector público de la economía, y la vocación de los órganos de la administración central a tratar de introducir o hacer funcionar según sea el caso tanto mecanismos de control como de coordinación de las diferentes empresas públicas.³

¹ En Colombia, apunta el fenómeno VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1980, 7ª ed., p. 269 y ss.

Ver los trabajos de JOSÉ R. AROMI, JORGE SILVA CENCÍO, SERGIO FERRAZ, CONSUELO SARRIA, MANUEL URUETA y ALVARO TAFUR CALVIS, en IIDAL, *op. cit.*, pp. 239-408.

² Como recuerda BREWER CARÍAS, *Las empresas públicas en el Derecho comparado*, Caracas, 1967, p. 132, las empresas públicas se crean frecuentemente bajo el argumento de ser necesario evadir el control jerárquico: No ha de extrañar entonces que la tendencia o impulso sea centrípeta.

³ Esta experiencia no se limita al plano interno de los países de América Latina, sino que incluso se presenta a nivel supranacional con los intentos de instituir la Corporación Andina de Fomento. Al respecto, señala KAPLAN, MARCOS, *Corporaciones públicas multinacionales para América Latina*, en el libro *Corporaciones públicas multinacionales para el desarrollo y la integración de la América Latina*, México, 1974, p. 234, que “No es ocioso advertir, finalmente, que la teoría pura y

Ese conflicto entre la tendencia de las empresas públicas a actuar, según parece, con excesiva autonomía, y la vocación del poder central para controlarlas, ha producido una miríada de controles de todo tipo: Por diferentes órganos, con diferentes objetivos y alcances. Desde la clásica obra de BREWER CARÍAS⁴ hasta los recientes trabajos de INTAL, IIDAL y CLAD,⁵ todo indica que en América Latina no ha faltado la preocupación por la existencia de controles efectivos sobre el accionar de las empresas públicas: Ni tampoco ha cejado su tendencia a la libertad en la acción.

1.3. *La centralización política y su efecto sobre el control de la empresa pública*

El problema puede ser vinculado al marco político más amplio: Algunos de nuestros países de sistema federal muestran, al igual que en el resto del mundo, tendencias fuertemente centrífugas.⁶ Los países de sistema unitario, por su parte, mantienen la centralización del poder político en sus rasgos esenciales.

Ocurre así que mientras que la fuerza natural es la centrífuga, tanto en los estados unitarios como federales, y lleva a la concentración creciente de poder en el Estado nacional, en cambio la fuerza administrativa es descentralizante o centrípeta *sin contradecir* aquella centralización política. En efecto, se concentra fuerza política en el Estado nacional y simultáneamente se descentraliza fuerza administrativa y empresarial pública, pero en el mismo ámbito geográfico y político en que se ha concentrado la fuerza política. Casos, que los hay, de búsqueda de traslado de empresas públicas nacionales al interior del país, son siempre la excepción: La regla es que todas las grandes empresas públicas son nacionales y actúan desde la Capital Federal o el Distrito Federal.⁷

la legislación formal, referidas a este tipo de entes, pueden resultar desvirtuadas en la práctica, y en dos direcciones opuestas: La supercentralización burocrática mediante la injerencia excesiva de los gobiernos participantes, o las rivalidades y conflictos entre ellos por el control de la corporación o la autonomía excesiva de éste, generadora de dispersión, de irresponsabilidad y de anarquía." *Mutatis mutandi*, las mismas observaciones valen para el nivel interno e internacional.

⁴ BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Las empresas públicas en el Derecho comparado*, Caracas, 1967.

⁵ CLAD, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Las empresas estatales en América Latina*, Caracas, 1979. INTAL, Instituto para la Integración de América Latina, *El régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional*, Serie Estudios, n° 20, vol. I: *Introducción. Argentina. Brasil. México*, Buenos Aires, 1976; vol. II: *Chile. Paraguay. Uruguay*, Buenos Aires, 1977. IIDAL, *op. cit.*, pp. 239-408; ALAP, *Revista latinoamericana de Administración pública*, n° 8, 9, 10 y 11, México, 1980.

⁶ Es el caso de Argentina, Brasil y México. Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973, p. 91 y ss.; AGULLA, JUAN CARLOS, *Federalismo y centralismo*, Buenos Aires, 1967, p. 151 y ss.

⁷ Como ejemplo nos remitimos a nuestros trabajos *La regionalización administrativa en Venezuela*, Caracas, 1974, informe presentado en las Naciones Unidas; *Sistema nacional de empresas públicas*, Caracas, 1975, ídem. En la Argentina, país constitucionalmente federal, sólo una empresa pública nacional tiene su sede fuera de la Capital Federal: HIDRONOR.

Quizá esta aparente tendencia de las empresas públicas nacionales a actuar con autonomía exagerada, no sea sino una respuesta natural del cuerpo político-administrativo a la igualmente excesiva concentración del poder político. De ser esto así, el problema del control de la empresa pública es interdependiente del problema de la distribución del poder político en la sociedad y el último análisis del grado de participación realmente existente.⁸

1.4. *La forma jurídica de la empresa pública y el control formal sobre ella*

Constituye una observación común de la doctrina latinoamericana, el señalar que el tipo de control sobre la empresa pública varía conforme al tipo jurídico de que estemos tratando: Más controles en las empresas de forma de Derecho público, menos controles en las empresas de forma de Derecho privado, con todas las naturales gradaciones intermedias.⁹ Sin embargo, también la mayor parte de los autores aclaran que las diferencias son más aparentes que reales,¹⁰ e incluso proceden a explicar el sistema de control sobre las empresas públicas sin formular distinciones demasiado tajantes conforme a los distintos regímenes jurídicos particulares de cada una: En la práctica, los controles tienden a funcionar de parecida manera, cualquiera sea el tipo de empresa pública de que se trate.¹¹

1.5. *Aspectos a destacar en el debate*

Resulta de lo expuesto que el análisis formal de los distintos regímenes jurídicos existentes, además de estar ya ampliamente realizado en los trabajos del IIDAL y de BREWER CARÍAS, no necesariamente provee una respuesta al interrogante de la disfuncionalidad de los controles. El libro del CLAD, en esta tesitura, hace caso omiso de las diferentes formas de empresa pública al analizar la evaluación y control de la empresa pública.

⁸ Por tanto, el tema del control de la empresa pública se inscribe dentro del marco más general de la planificación y de la participación, tal como lo hemos explicado en *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973.

⁹ Esta observación es uniforme, y sólo resta ajustarla a las concretas formas jurídicas de empresa pública que cada país tiene. En Chile, ver INTAL, *op. cit.*, vol. II, pp. 62-66; en Colombia, ALVARO TAFUR GALVIS, *Las entidades descentralizadas*, Bogotá, 1977, p. 227 y ss.; en Argentina, ver GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1974, cap. XI, y *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966.

¹⁰ En Chile, ver INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 66; en Paraguay, ver INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 154.

¹¹ Por eso en nuestro trabajo sobre la Argentina, incluido en el libro del INTAL mencionado, vol. I, pp. 74-82, analizamos los controles en su conjunto y no clasificados por tipos de empresas públicas; lo mismo hace la exposición del Derecho uruguayo, en el trabajo del INTAL citado, vol. II, p. 328 y ss.; igual situación hallamos en Brasil; Enrique Saravia, en INTAL, *op. cit.*, vol. I, p. 162 y ss., y LUCÍA VALLE FIGUEIREDO, *Empresas públicas e sociedades de economía mixta*, San Pablo, 1978, pp. 49-51; A. B. COTRIM NETO, *Direito administrativo da autarquia*, Río de Janeiro, 1966, p. 311 y ss.; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, San Paulo, 1967, p. 426 y ss.; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Empresas públicas do Brasil*, San Pablo, p. 140 y ss.; SERGIO FERRAZ, *Controles de las empresas públicas*, en IIDAL, *op. cit.*, p. 345 y ss.

Tampoco la tensión o conflicto mencionado en el § 1.2 explica satisfactoriamente el problema del control. Sería excesivamente simplista, en este sentido, pensar que el problema del control y coordinación se reduce a una tensión o antítesis entre tendencias centrífugas de la administración central y centrípetas en las empresas públicas. A su vez, la vinculación de este tema con la centralización política de los Estados latinoamericanos, con el insuficiente grado de participación política en ellos existente, su ubicación en el marco de las relaciones internacionales, etc., si bien aporta elementos de juicio valiosos, no necesariamente explica la dificultad central del problema.

Por ello, y en la inteligencia de intentar promover el debate desde otro ángulo, destacaremos a continuación primero lo relativo a *los controles que las propias empresas públicas buscan y obtienen de la administración central*,¹² y segundo, lo atinente a los diferentes contenidos posibles del control.¹³

Lo atinente a los órganos y procedimientos de control, por lo menos a los órganos y procedimientos clásicos hoy en día, es en alguna medida secundario por conocido y suficientemente evaluado antes de ahora.¹⁴

No se trata entonces de que la administración central quiera controlar y las empresas públicas se opongán. Más bien se trata de que la administración central en los hechos no quiere ocuparse principalmente sino del control de algunos actos concretos antes que de la coordinación y concordancia de la conducta empresarial pública en general, con los objetivos de la planificación nacional donde ella exista. En otras palabras, de hecho el control trata de enfatizar el detalle, y en cambio pierde de vista, en parte, el panorama general del sector público de la economía. La perspectiva es puntual y coyuntural, y, por lo tanto, insuficiente.

Dicho de otra manera, a veces los funcionarios que tienen en los ministerios centrales atribuciones de control son administradores frustrados, que gustarían en verdad de encontrarse al frente de las empresas públicas, y entonces, so pretexto de ejercer control en verdad, procuran intervenir en actos concretos de administración: Se produce así una verdadera transferencia o al menos una suerte de cogestión entre la empresa pública y los órganos de control.¹⁵

¹² *Infra*, § 2.

¹³ A saber, control de legitimidad en sentido amplio o restringido; control de oportunidad en sentido amplio o control de la grave inoportunidad; control de gestión; el control como acción correctora; la tutela política. Ver *infra*, cap. IV.

¹⁴ Nos remitimos nuevamente a los parámetros latinoamericanos en la materia, las obras de BREWER CARÍAS en 1967, del INTAL en 1976-1977, del IIDAL en 1978 y del CLAD en 1979.

¹⁵ El fenómeno, que lo observó hace mucho RIVERO ("*Le fonctionnement des entreprises nationalisées*," en *Droit Social*, 1955, p. 533 y ss., p. 537), suscita iguales observaciones en América Latina. En Brasil comparte la afirmación ALBERTO VENANCIO FILHO, *A intervencao do Estado no dominio económico*, Río de Janeiro, 1968, p. 441. Igual observación formula BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 135; CLAD, *op. cit.*, p. 185.

Por su parte, los directivos de las empresas públicas concurren al problema formulando de hecho objetivos propio,¹⁶ carentes de efectiva coordinación con los del resto del sector público de la economía, pero simultáneamente llevando espontáneamente al control de la administración central aquellas decisiones que son críticas para su responsabilidad personal como funcionarios, pero no necesariamente las que son críticas para la conducción de la empresa.

Ese doble juego de actitudes puede permitir afirmar a la vez que existe exceso de control y exceso de autonomía: Se ha puesto el énfasis del control donde no se debe, y el énfasis de la autonomía también donde no era pertinente. Con lo cual puede comenzarse señalando que sobra y falta, simultáneamente, tanto control como autonomía: Sobra mal control y mala autonomía, falta buen control y buena autonomía.

2. Origen del control: Interno o externo

2.1. La autoimposición de controles y limitaciones

A los efectos de los controles formales, tiene mucha importancia la forma jurídica de la empresa pública, porque mayores y más intensos son los controles de las empresas públicas de formas próximas al Derecho público y menores los de aquellas que adoptan formas mercantiles o civiles. En cambio el fenómeno social y administrativo del autocontrol o de la autolimitación es a nuestro juicio similar en América Latina, cualquiera sea el régimen jurídico formal de la empresa pública: Se autocontrolan tanto las empresas de régimen público como las de régimen más cercano al Derecho privado.

Las empresas públicas han vivido y viven permanentemente en el conflicto de cambiantes pero siempre existentes controles administrativos, pues ellas mismas, directa o indirectamente, se acercan al Derecho público cuyos controles luego cuestionan.

Es ésta una cuestión, por un lado, derivada de la psicología administrativa y, por otro, de una estricta interpretación jurídica de los estatutos y reglamentos que las *empresas mismas se dictan o propician*, o sea, que el origen del problema del control a menudo puede remontarse a la propia empresa.

¹⁶ A veces esto responde al vacío de no existir objetivos nacionales suficientemente definidos que le sirvan de pauta. Como dice BONEO: "Cuanto más indefinida es la función de preferencias del gobierno central y menor la capacidad de la administración pública en general y del sistema de planificación en particular para la definición de objetivos operacionales, mayor será el rol de las propias empresas públicas en la definición de éstos." BONEO, HORACIO, "Las relaciones entre gobierno central y empresas públicas. Planteamiento del problema," en CLAD, *Las empresas públicas y sus relaciones con el gobierno central*, Seminario Internacional, Caracas, 1974, p. 42.

2.2. *Psicología administrativa. El temor a ejercer responsabilidad*

Con mucha frecuencia los directivos de empresas estatales han adoptado comportamientos propios de funcionarios públicos, en lo que esto puede tener de negativo, y no de directivos de empresa privada: Una de ellas es lo que BONEO llama el “temor a ejercer la responsabilidad.” Como dice este autor, en las empresas públicas, “la tendencia es ajustarse estrictamente a las disposiciones vigentes, más allá de toda consideración de eficiencia, y a pasar los problemas a niveles más altos, aunque sea para obtener un simple aval que libre al funcionario de responsabilidad al respecto... Así, por ejemplo, la mayor parte de las empresas tienen quejas sobre los penosos efectos que tienen sobre su economía los reglamentos de contrataciones. Sin embargo, analizando muchos de ellos, vemos que no son esencialmente diferentes a los de la mayoría de empresas privadas y que contienen razonables causas de excepción al régimen general. Pero un funcionario, que sabe que en un caso marginal, recurriendo a la contratación directa obtendrá economías para la empresa en relación a la usual licitación pública, recurrirá a pesar de ello a esta última. Sabe que nadie pedirá cuentas por el mayor costo para la empresa de esa actitud suya; y sabe también que si recurre a la contratación directa deberá afrontar sospechas sobre su honestidad y probablemente un juicio de responsabilidad y que, aun cuando a la larga podrá demostrar la adecuación de su acción, siempre quedará una sombra de dudas sobre su persona. No es difícil adivinar su probable actitud.”¹⁷

Asimismo, es usual encontrar que aunque los estatutos de la empresa la facultan para decidir algo en por sí, de todos modos lo eleva a Decreto del Poder Ejecutivo, para cubrir precisamente la responsabilidad por la decisión. Esto se encuentra muy a menudo en materia de contrataciones por montos más o menos importantes, y su explicación es siempre la misma. No hace mucho que las autoridades de Ferrocarriles Argentinos, entidad que tiene las más amplias atribuciones legales para actuar por sí, cuya ley de creación la somete expresamente al Código Civil, que tiene atribuciones de contratación sumamente importantes, de todos modos pedían audiencia al entonces Presidente de la República y hacían reuniones con el Ministro del ramo, para conseguir aprobación para una contratación de doscientos millones de dólares. No la necesitaban de acuerdo a la carta orgánica, excesiva y extraordinariamente amplia: Pero la necesitaban *psicológicamente* para no asumir por sí solos tamaña responsabilidad. Por ello,

¹⁷ BONEO, HORACIO, “Problemas de dirección en las empresas públicas,” en *Análisis*, n° 228, 19 de julio de 1965, pp. 1788-1795. En sentido similar señala KAPLAN, MARCOS, *Países en desarrollo y empresas públicas*, Buenos Aires, 1965, p. 73, que “El Estado y el sector público pierden los buenos agentes, y no atraen a elementos aptos de la empresa privada. Tienden en gran medida a retener un personal de bajo nivel técnico y laboral, que vive en permanente inseguridad; teme innovar y asumir responsabilidad; se desinteresa de todo perfeccionamiento propio o del servicio; vegeta en la apatía, la rutina y la negligencia.”

muchas de las limitaciones de las empresas del Estado no son sino trabas mentales que ellas mismas tienen y que las impulsan constantemente a buscar la autorización y aprobación de sus actos, las necesiten o no legalmente.

2.3. *Las pautas sociales de control*

¿Es esto solamente una cuestión de dirigentes timoratos? Obviamente no: los directivos de las empresas públicas, en cualquier país de América Latina, suelen percibir con claridad cuáles son las pautas sociales existentes para su juzgamiento: la sospecha de la honestidad de su conducta es el punto de partida;¹⁸ el análisis puntual de su acto, con prescindencia del contexto, es otra constante de enfoque. Si a ello sumamos que todavía hoy importa más a la opinión pública juzgar de la alegada ilegalidad o incluso irreglamentaridad del directivo de la empresa pública, y que nadie exculpará normalmente un acto ilegal o antirreglamentario por razones de eficacia, bien se comprende que *la propia sociedad indica al dirigente de empresa pública que se cuide antes de ser eficaz*.¹⁹

Entonces, si bien por lo general no existen cuestionamientos diarios a la conducta del dirigente de empresa pública, y el criterio general es de aparente laxitud y generosidad en el juicio que formulan los diversos órganos de control, existe un hilo conductor, subyacente, de severa y extrema dureza. Todo directivo de empresa pública tiene, en algún momento, su hora de recibir improperios, calumnias, acusaciones penales: Esta espada de Damocles no funciona como buen elemento de control de sus actos, sino como elemento de desviación de su comportamiento. No le hace administrar bien, le hace administrar mal; le hace anteponer la cautela ante eventuales Catones, el cuidado frente a la calumnia, antes que su propio juicio sobre lo que más conviene a la empresa pública. Aquí el control social opera negativamente.

Un caso en el Perú puede ejemplificar el funcionamiento de este criterio social: Una empresa estatal tenía tantos reparos y observaciones formulados por la Contraloría que la cuestión llegó a la justicia criminal, dictándose prisión preventiva a una gran cantidad de funcionarios, no sólo de esa administración,

¹⁸ Así ha podido sostenerse que “la hipótesis del fraude debe entrar en el examen normal de las cuentas públicas.” REGODESEBES, JOSÉ RAFAEL, “El proceso de control,” en la *Revista Control Público*, n° 1, Buenos Aires, 1978, p. 71. El mismo autor analiza a continuación la forma de obtener pruebas para detectar los posibles delitos cometidos.

¹⁹ La pauta social imperante es que no debe el funcionario violar el orden jurídico; no existe una pauta social equivalente que le exija ser eficaz. Por ello, la regla que realmente juzgará su conducta es la regla de la legalidad. Como ejemplo de esta mentalidad podemos mencionar que al tratarse el tema de la responsabilidad de los directivos, se suele considerar todo menos su responsabilidad por ser mal directivo: ineficiente, poco creativo, torpe, nada de eso parece generar responsabilidad. En esta línea de pensamiento puede verse CHAPMAN, WILLIAM LESLIE, *Responsabilidad del profesional en Ciencias económicas*, Buenos Aires, 1979. Hemos tratado de enfatizar lo contrario en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1975, cap. XXI, § 5 y 8.

Sobre este mismo punto, ver también lo que decimos *infra*, § 1 y 2 del cap. IV.

sino también de administraciones anteriores. Pero “a la postre, resultó que gran parte de los reparos correspondían a típicas infracciones «administrativas» y que las cuestiones realmente dolosas eran una mínima parte del total de acciones observadas. La mayor parte de los inculpados fueron puestos en libertad y en poco tiempo todo el problema se silenció. *Pero tuvo profundas consecuencias en la moral de los gerentes estatales*: Muchos de ellos consideraron que los riesgos asumidos eran demasiado grandes y se retiraron de la función pública, otros *optaron por conductas cautelosas que probablemente resultaron en desempeños menos eficientes.*”²⁰ El ejemplo peruano es común a cualquier país de América Latina, y la conclusión que de allí se obtiene también.

A veces la legislación es la responsable de enfatizar la cuestión de la responsabilidad del directivo de la empresa pública: Es el supuesto del llamado “control automático” del Uruguay, en el cual diversas leyes orgánicas establecen que los directores son personalmente responsables por las resoluciones adoptadas, excepto cuando estén ausentes en la sesión en que se adopta la decisión, o cuando estando presentes hacen constar su disenso, caso en el cual el Directorio debe enviar copia del acta al Poder Ejecutivo. (De allí la expresión “control automático.”)²¹ La enfatización legislativa sobre las responsabilidades de los directivos lo único que produce es un fortalecimiento de las reglamentaciones y de los controles formales, en detrimento de los criterios de eficacia y resultado: Ésa es la pauta legislativa que el empresario público recibe, y es entonces explicable que ajuste su conducta a ella.

2.4. *La racionalidad esperada del directivo de empresa pública*

Hemos mencionado ya el temor a ejercer responsabilidad y las pautas sociales de control como elementos que llevan a la autoimposición de limitaciones de Derecho público incluso donde ellas no existen constitucional ni legalmente. Todavía corresponde agregar que impera una clara percepción en América Latina de que la racionalidad esperada del directivo de una empresa pública, y aquella con la cual será en consecuencia juzgada su acción y deslindada su responsabilidad, no es comparable a la de un ejecutivo de empresa privada.

Por de pronto, “la maximización de beneficios no es uno de los factores principales en el proceso de decisión,”²² a lo que cabe señalar el manejo de los conceptos de “racionalidad pública” y “racionalidad privada.”^{22bis} En el concepto de racio-

²⁰ CLAD, *op. cit.*, p. 180.

²¹ Como señala JOSÉ KORZENIAK, *Las empresas públicas en Uruguay*, Montevideo, 1974, cap. XII, punto c), reproducido en INTAL, *op. cit.*, t. 20, vol. II, p. 332, esta exención de responsabilidad tiene el doble alcance de que “cubre” a los directores frente al Poder Ejecutivo y terceros. Normas parecidas se encuentran en las leyes de UTE, ANCAP, PLUNA, ANP, SOYP, AFE, etc.

²² BONEO, HORACIO, *Las relaciones entre gobierno central y empresas públicas: Planteamiento del problema*, Caracas, 1974, documento presentado al Seminario Latinoamericano *Las empresas públicas y sus relaciones con el gobierno central*, organizado por el CLAD, en igual sentido y del

nalidad pública, que suele ser el dominante en el pensamiento latinoamericano, juegan factores sociales (distribución del ingreso, mejoramiento a sectores menos beneficiados de la sociedad, etc.), económicos (empleo de tecnologías de mano de obra intensiva para lograr un aumento de la ocupación), políticos (diversas formas de interpretar el fortalecimiento de la soberanía nacional, etc.), que hacen que una decisión que sería irracional en la empresa privada adquiera para muchos caracteres de racionalidad en la empresa pública. Pero en la medida en que la racionalidad privada se advierte en el resultado económico del ejercicio, la racionalidad pública depende de innúmeros criterios sociales, económicos y políticos y poco o nada tendría que ver con el resultado liso y llano del ejercicio: Las posibilidades de cuestionar un comportamiento determinado son así mucho mayores, y entonces la necesidad psicológica de obtener mayor número de reaseguros, también. Todo ello lleva necesariamente a la imposición y autoimposición de pautas regladas, o al menos a la obtención de mecanismos de aprobación o autorización que permitan llevar el problema a un nivel de decisión político y no empresario público.

En tanto tales criterios de racionalidad pública existan y sean operantes en la empresa pública latinoamericana, subsistirá el problema de la tendencia a los autocontroles y autolimitaciones, a la búsqueda de ratificaciones y autorizaciones innecesarias o superfluas desde el punto de vista jurídico.

2.5. *Los estatutos de las empresas*

Todo lo antes expuesto explica por qué hay muchas normas y reglamentos y donde no los hay son las propias empresas las que los crean o propugnan.

Si bien no pretenderemos que todas las limitaciones que afectan a la libertad de acción de las empresas del Estado provienen de sus propios estatutos y reglamentos, de todos modos es evidente que esas normas las llevan hacia el Derecho público y sus controles y limitaciones, sin que la Ley las haya obligado a ello.

En esto las culpas, si las hay, quedan compartidas entre las empresas, que no suelen proyectar estatutos típicos de Derecho privado, sino que se acercan al Derecho público o por lo menos no lo evitan, y el propio Poder Ejecutivo: Este último, sea en el estatuto o en reglamentaciones generales posteriores, no tiende, por lo general, a liberar de trabas y limitaciones a las empresas, sino, por el contrario, a creárselas y darles siempre nuevas reglas e instrucciones. No se trata

mismo autor: *Las empresas públicas industriales y comerciales en el Uruguay*, Nueva York, Naciones Unidas, DP-SF-UN-75, 1972. Ver más adelante lo referido a la "tutela política," cap. IV, § 7.

^{22bis} WHITE, EDUARDO, "Estudio sobre el régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional," *Revista Derecho de la integración*, n° 14, Buenos Aires, 1973, p. 149 y ss., p. 155. En la racionalidad privada, la economicidad de la gestión es un indicador; en la racionalidad publicista "es un buen indicador la no economicidad de la gestión. (Ausencia de propósitos de lucro, precios o tarifas políticas, subsidios, etc.)" (*Op. cit.*, p. 155.)

aquí, por ahora, de juzgar si esto es correcto o incorrecto, pero sí procede señalar objetivamente al hecho desnudo de que tales limitaciones muy frecuentemente *provienen no de la Ley, sino del propio estatuto de la empresa.*

Ocurre, en efecto, que aunque la Ley establezca un régimen de escasos controles para la empresa pública, siempre queda la posibilidad de introducir normas limitativas en el estatuto de la propia empresa, y es por esta segunda vía por donde se introducen frecuentemente restricciones que el legislador no estableció.

Un primer ejemplo de esto lo encontramos en Brasil, donde el art. 27 del Decreto-ley 200/1967 dispone que “Se asegurará a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, condiciones de funcionamiento idénticas a las del sector privado,” con la sola limitación de “ajustarse al plan general del Gobierno” “bajo la supervisión ministerial.”²³ No obstante la disposición referida, los estatutos y leyes de creación establecen, por lo general, una serie de limitaciones y controles propios del Derecho público.²⁴

En algunas empresas, el estatuto básico es amplio y no establece limitaciones propias del Derecho público,²⁵ pero en la práctica son entonces los reglamentos de la empresa los que reproducen el mismo resultado.²⁶

En Costa Rica se acepta como parte de la autonomía la potestad reglamentaria propia del ente, con la consecuencia de excluir en tal caso las reglamentaciones del Poder Ejecutivo:²⁷ Pero también se reconoce una potestad constitucional propia de éste, de ejercer control de tutela amplio, aun sin necesidad de texto expreso.²⁸ En estas ambivalencias de régimen, lógico es que los estatutos de las empresas busquen acercarse a las pautas del Derecho público, aunque no estén obligadas a ello por la Ley.

²³ Las primeras interpretaciones de estas normas señalaban que el espíritu del artículo era instituir como criterio principal de control el de la evaluación de los resultados, excluyendo “otras formas rígidas de control:” CAMINHA MUÑOZ, ALVARO A., *A empresa pública no direito brasileiro*, Río de Janeiro, 1972, p. 66. Ver, sin embargo, lo que señalamos a continuación en el texto y la siguiente nota.

²⁴ INTAL, *El régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional*, vol. I, Buenos Aires, 1978, p. 164. Como señala entonces VALLE FIGUEIREDO, LUCIA, *Empresas públicas e sociedades de economía mixta*, San Pablo, 1978, pp. 52-53, la calificación formal que se les da como entidades de Derecho privado no se ajusta a la realidad del régimen jurídico, que les impone típicos controles de Derecho público.

²⁵ En el libro de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Empresas públicas no Brasil*, San Pablo, 1975, p. 39 y ss., se pueden consultar los principales estatutos de empresas públicas instituidas con posterioridad al Decreto-ley 200.

²⁶ En este aspecto, la situación también se presenta en la Argentina, como se explica más abajo, § 2.6.

²⁷ ORTIZ, EDUARDO, *La autonomía administrativa costarricense*, San José, 1967, p. 172 y ss., cap. III, punto g).

²⁸ ORTIZ, *op. cit.*, cap. VI, punto f).

También en Uruguay se admite que pueden crearse otros procedimientos de contralor además de los previstos constitucionalmente.²⁹

En la Argentina, la ley de empresas del Estado establece un claro orden de prelación normativa:

- a) “La presente ley.”
- b) “Los estatutos específicos de cada empresa.”
- c) “Las reglamentaciones pertinentes.”
- d) “La ley de Contabilidad y la de obras públicas.”

En dicho orden jerárquico de normas, el estatuto de cada empresa *precede* a las reglamentaciones de índole general que dicte el Poder Ejecutivo para ellas; en otras palabras, tanto las normas reglamentarias anteriores o posteriores del Poder Ejecutivo sobre empresas del Estado, quedan, en principio, subordinadas a lo que disponga cada estatuto en particular. En este aspecto, la Ley invierte el orden usual de las normas administrativas, según el cual la norma individual —en el caso el estatuto— no puede apartarse de la norma general —en el caso las reglamentaciones que se dicten—, y establece en su lugar el mismo criterio existente en materia legislativa: “*Lex specialis derogat generalis*,” y “la ley posterior general no deroga a la ley anterior especial.” En este aspecto no habría problema alguno, no lo hay jurídicamente, para que el estatuto tenga un régimen que se aparte de las reglamentaciones generales de la administración, incluso aunque hubieren sido dictadas también para las empresas del Estado, y siempre, desde luego, que la norma especial del estatuto sea suficientemente clara y precisa en cuanto a su apartamiento de la reglamentación preexistente.

Sin embargo, no hay que olvidar que lo mismo ya ocurrió antes, y que en muchas ocasiones el Poder Ejecutivo, entendiéndolo, con acierto o sin él, que determinadas normas de racionalización, ordenamiento, etcétera, debían también ser aplicadas a las empresas públicas, dispuso expresamente en normas generales dictadas al efecto, que ellas también eran aplicables a tales empresas. En este caso, ante la mención expresa de la norma general, se vuelve al punto de partida, y todo lo que el estatuto específico pueda haber avanzado, puede hacerlo retroceder la reglamentación ulterior que expresamente incluya a las empresas del Estado.

2.6. *Las reglamentaciones de la empresa*

Una cuestión estrictamente jurídica que los directivos y letrados de las empresas del Estado no siempre han visto con entera claridad es la siguiente: No existe la posibilidad, científica de aunar simultáneamente un régimen de Derecho público

²⁹ PRAT, JULIO A., *Los entes autónomos en la descentralización funcional uruguaya*, Montevideo, 1971, p. 112 y ss.

en materia de potestades y privilegios de la empresa frente a terceros, con un régimen de Derecho privado en materia de ausencia de limitaciones y controles de la administración central sobre la actividad a la cual se ha investido de potestades y privilegios. En otras palabras, se trata de dos posibilidades mutuamente excluyentes: Si se desea tener ausencia de limitaciones administrativas, entonces debe contratarse sin potestades administrativas y en un pie de igualdad relativa con los terceros; si se desea tener potestades con los terceros —por ejemplo, contratistas y proveedores de la empresa, uno de los más usuales reclamos de ésta en cuanto a “falta de libertad de acción”—, entonces debe necesariamente admitirse como inevitable que dichos terceros puedan reclamar la protección que les confiere el Derecho público, y que consiste precisamente en controles y limitaciones sobre la actividad que afecta sus derechos.

En efecto, en materia de contratos, por ejemplo, una mera definición legal o reglamentaria que los ubique en el plano de Derecho privado, no suele ser suficiente *si el régimen de los contratos no es verdaderamente igual al de los contratos de Derecho privado*. (O sea, si la empresa se reserva poderes inusuales en el Derecho común, de aplicar penalidades y hacerlas cumplir por sí misma; de no incurrir en responsabilidad por falta de pago; de poder rescindir unilateralmente el contrato por razones de conveniencia sin indemnizar el lucro cesante, etc.)

Se ha dicho así en casos concretos que sus contratos son administrativos, y que “No altera esta conclusión el hecho de que Gas del Estado se halle bajo el régimen de las empresas del Estado, y que la ley vigente al momento de contratación, la núm. 13.653, excluyera a dichas empresas de la aplicación de las leyes de obras públicas y de contabilidad, pues dicha exclusión, aun tomada al pie de la letra (cosa que no corresponde, pues aquellas leyes de todos modos se aplicaron supletoriamente, de acuerdo a la interpretación que posteriormente vino a recoger la Ley 15.023), no quita al contrato considerado su carácter de contrato administrativo. En efecto, sabido es que *un contrato puede tener carácter administrativo*, y estar regido, en consecuencia, por el Derecho público, no sólo por disposición expresa o implícita de la Ley, sino también por voluntad expresa o implícita de las partes, o *por contener cláusulas así llamadas «exorbitantes» al Derecho común*. (En este sentido, LAUBADÉRE, ANDRÉ DE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, París, 1956, p. 76 y ss.; VEDEL, GEORGES, *Droit Administratif*, París, 1961, p. 642 y ss., etc.) *El contrato aquí considerado, como la gran mayoría de los contratos celebrados por entidades autárquicas, empresas del Estado, y la Nación misma, es un contrato administrativo por contener todo un régimen de cláusulas exorbitantes al Derecho común...*”³⁰

Se concluye de lo que antecede que si la empresa pública no resiste a la tentación de protegerse más adecuadamente que por el Derecho privado, y de incluir

³⁰ PTN, dictamen del 22 de enero de 1965; la bastardilla es nuestra.

disposiciones propias típicas del Derecho público (irresponsabilidad, rescisión unilateral, penalidades aplicadas ejecutoriamente al particular contratante, etcétera), *inevitablemente habrá llevado su contrato íntegramente al campo del Derecho público*: Y allí tendrá la contraparte de las ventajas y privilegios anteriores, pues deberá entonces someterse al requisito de la licitación pública, publicidad, selección adecuada, resolución de los recursos y reclamaciones presentados, sometimiento a la revisión del Tribunal de Cuentas de la Nación, contralor en recurso de alzada por el Poder Ejecutivo, etc.

Ubicada así la empresa a medias como una entidad pública, se produce luego una permanente tensión y conflicto entre dicha naturaleza pública y el régimen privado que parcialmente se le quiere dar, ya que en la casi totalidad de sus actos y contratos se planteará la duda acerca de si ellos son en el caso de Derecho público o de Derecho privado, y si están, por lo tanto, sometidos a los requisitos de la ley de contabilidad, ley de obras públicas, etc., o se realizan dentro de la amplitud y liberalidad de las normas del Código Civil.

Esas dudas son, por lo general, imposibles de solucionar de antemano, aunque algunas veces los estatutos orgánicos de las empresas, o sus regímenes internos de contrataciones, tratan de preverlos con sentido uniforme, diciendo, por ejemplo, que todos sus contratos se regirán única y exclusivamente *por el Derecho privado*. Esta autodefinición es casi siempre totalmente insuficiente para lograr la finalidad que se propone, porque el régimen de los actos dependerá de su verdadera naturaleza intrínseca, y no de una mera y vacía definición legal o reglamentaria. *Si el contenido del régimen que se da y aplica a sus actos es de Derecho público (por ejemplo, potestades y privilegios), de nada sirve que se lo defina como de Derecho privado, porque público seguirá siendo a pesar de ello.*³¹

Así, entonces, cuando alguna disposición aislada quiere torcer la naturaleza predominantemente pública del ente, pero *sin variar el contenido público del régimen que lo regula*, es obvio que estará destinada al fracaso, y se dirá de ella, por ejemplo, que debe ser objeto de una readecuación interpretativa, teniendo para ello en cuenta los citados elementos predominantes de Derecho público: Esa readecuación interpretativa tendrá por objeto prescindir de la errada calificación legal y atenerse al verdadero régimen de la empresa.

En resumen, consideramos que en materia de controles y limitaciones, aquellos autoimpuestos por las empresas públicas tienen por lo menos tanto peso como los impuestos externamente por el Estado, y tienen, por lo general, la nota común de tratar de deslindar responsabilidades y obtener una autorización o aprobación superior que la propia empresa pública estima pertinente, se lo exijan o no las normas legales y reglamentarias vigentes.

³¹ Para el criterio de si un ente es público o privado, ver GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1974, cap. XI, § 5.

3. *Organos de control*

3.1. *Presidente*

Si bien todos los regímenes constitucionales latinoamericanos reconocen potestad indubitable de control al Poder Ejecutivo sobre las empresas públicas, el constante crecimiento de la administración hace que, de hecho, no exista oportunidad material de ejercerlo, al menos por parte del Presidente de la Nación. Puede ocurrir, sin duda, que determinados decretos conteniendo actos de control sean suscriptos por el Presidente, pero ello, en la mayor parte de los casos, será tan sólo un modo de avalar a un nivel superior una decisión que intrínsecamente viene siendo adoptada a nivel ministerial o secretarial.³²

Desde este punto de vista, consideramos que en la práctica no existe en forma sistemática control por parte del Poder Ejecutivo sobre los actos de las empresas públicas. En algunos ordenamientos este concepto ha sido incluso elevado a nivel normativo.³³

No obstante la opinión que antecede, debe señalarse que existen opiniones que interpretan la realidad de manera diversa. Así, por ejemplo, RAMÓN MARTÍN MATEO, entre otros, entiende que cuando existen empresas públicas que se vinculan directamente al Presidente en el organigrama estadual, como ha ocurrido en Venezuela con la Corporación Venezolana de Guayana, estaríamos ante un “modelo presidencial;”³⁴ otro ejemplo sería en la Argentina la Comisión de la Energía Atómica, que también depende directamente de la Presidencia.

A nuestro juicio no son estos u otros casos, ejemplos reales de conducción presidencial: a los efectos presupuestarios, por ejemplo, inevitablemente deberán recurrir estas empresas públicas a los ministerios pertinentes, ya que no será el Presidente quien les solucionará la cuestión de la asignación de recursos. A lo sumo, la adscripción presidencial puede resultar para la empresa pública un mayor grado de autonomía real que el que gozaría si estuviera adscripta a un ministerio determinado: Pero nos encontramos así ante mayor autonomía y menor

³² Es una repetición de la misma situación planteada a nivel de directivos de empresa pública. En el caso de un acto proyectado en la etapa ministerial, suele apreciarse como una ventaja que el acto esté también suscripto por el Presidente bajo la forma de Decreto, porque esto da por terminada la cuestión en el plano de la administración pública y también transfiere la responsabilidad al más alto nivel. Si el acto lo suscribe meramente el Ministro, siempre queda a los terceros abierta la vía de la discusión; con la firma presidencial, el debate administrativo está cerrado y sólo queda el cuestionamiento judicial.

³³ Así en la Argentina, en que los recursos de alzada contra actos de las empresas públicas no son ya resueltos por el Poder Ejecutivo, sino por el ministro del ramo, en forma definitiva.

³⁴ MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Relaciones entre el gobierno y empresa a través de instituciones especializadas*, Caracas, 1974, pp. 8-10, trabajo presentado al Seminario del CLAD antes citado; similar observación parece formular en Paraguay el INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 153, aunque luego el desarrollo del trabajo no sustenta esa primera impresión.

control, ya que no pensamos que pueda propiamente hablarse en estos casos de un control presidencialmente ejercido.

Queda, en todo caso, abierta la discusión sobre cuál interpretación mejor se ajuste a la realidad.

3.2. *Ministros o Secretarios de Estado*

Es éste el nivel orgánico más frecuentemente encargado de ejercer los diversos controles existentes sobre las empresas públicas. A título de ejemplo pueden mencionarse las funciones que cumplen en México la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y la Secretaría de Programación y Presupuesto,³⁵ antes Secretaría del Patrimonio Nacional;³⁶ el Ministerio de Obras y Servicios Públicos en la Argentina, los Ministerios de Hacienda y Economía en casi todos los países.

3.2.1. *Control sobre los actos*

Toda vez que se requiere autorización o aprobación para determinados actos concretos, corresponde a los ministerios de adscripción conferirlos o denegarlos.

También corresponde a los ministerios de adscripción la resolución de los recursos o reclamos que interpongan los particulares contra los actos de las empresas públicas; por ejemplo, recurso de alzada o jerárquico impropio.

3.2.2. *Control sobre las personas*

Todo lo atinente al nombramiento y remoción de los directivos de empresas públicas se canaliza también por medio de estos ministerios.

3.2.3. *Control de gestión*

Cuando existe un control de gestión, suele ser también en los ministerios de adscripción donde se lo ubica administrativamente.

³⁵ Conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se faculta al Presidente a determinar agrupamientos de empresas públicas y se confieren facultades de control a las secretarías mencionadas; a ello cabe agregar la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público de 1976, que regula el gasto público federal incluyendo a las Empresas de Participación Estatal Mayoritaria y los Fideicomisos públicos. Ambas leyes deben vincularse con la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, de 1970. (Que modifica las anteriores de 1966 y 1947 de igual nombre.) Véase ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, 1979, pp. 246-256.

³⁶ MARTÍNEZ SERRATOS, PATRICIA, "La función de la Secretaría del Patrimonio Nacional en materia de control y vigilancia de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal en México," documento reproducido en Río de Janeiro, 1975, para el *Curso de Administración de Empresas Públicas* de la Escuela Interamericana de Administración Pública de la Fundación Getulio Vargas. Como informa MIGUEL ACOSTA ROMERO, *op. cit.*, p. 248, esta Secretaría es hoy en parte la de Programación y Presupuesto y en parte la de Patrimonio y Fomento Industrial.

3.2.4. *Evaluación global*

No obstante todos estos poderes y algunos más que podrían agregarse, la impresión que el observador recoge es que el Ministerio pertinente no logra en América Latina tener una función normalmente importante en el control de la empresa pública. Parte del problema encuentra su explicación en la ambivalencia antes señalada, de que a veces el ministerio tiende, más que a efectuar acciones correctivas, a intentar compartir la gestión de la empresa pública, lo que lo lleva a tener interferencia y hasta cogestión pero no control.

Otra razón que contribuye a explicar el fenómeno es que usualmente los ministerios tienen mucho menos personal calificado, y muchos menos recursos, que las empresas controladas. Según expresión de un viejo funcionario argentino del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, que tiene por función controlar a algunas de las más grandes empresas públicas argentinas, la relación del Ministerio sobre las empresas puede compararse a un grupo de moscas volando encima de una manada de elefantes salvajes...

A su vez, los ministerios centrales están, por lo general, mucho más atados que las empresas públicas por sus sistemas administrativos y contables, como para poder recurrir eficazmente al concurso de personal más calificado que pueda colaborar en el control. También es frecuente el caso en que personal o recursos de las empresas públicas controladas deben ser prestados al Ministerio controlante para que éste pueda realizar algunas actividades elementales. En esta relación de fuerzas administrativas, presupuestarias, contables, se establece una relación política que contradice el esquema de control y lo torna irrealizable.

Incluso llega a tal punto el desequilibrio de fuerzas reales entre el Ministerio pertinente y algunas de las más grandes empresas públicas, que el cargo de presidente de alguna de éstas es equivalente o poco menos al de Ministro, en el concierto de las fuerzas políticas: Y no pocas veces ocurre que un enfrentamiento entre el Ministro del ramo y el presidente de una empresa pública controlada termina, no con el alejamiento del presidente de la empresa pública, que sería el desenlace lógico si la relación de fuerzas estuviera a favor del Ministro, sino con el alejamiento de ambos, y a veces hasta con el solo alejamiento del Ministro. En ese esquema político no puede extrañar que el control de las empresas públicas, por parte de los ministerios o secretarías de adscripción, sea una tarea que en mucho excede las fuerzas reales de que éstos disponen.

Por las razones expuestas, entendemos que la solución no varía en América Latina aunque se ensaya una conducción ministerial centralizada, al estilo del Ministerio de las Participaciones Estatales creado en Italia en 1956. En la Argentina puede considerarse de algún modo próxima a esta idea la centralización

que suele presentar el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, ya mencionado, o en algunas épocas el Ministerio de Economía.

3.3. *Conducción empresarial pública centralizada*

Otra forma de encarar el tema de la coordinación y control de las empresas públicas es la creación de un Sistema Nacional de Empresas Públicas, como fue propuesto para Venezuela en una oportunidad,³⁷ o de una Corporación de Empresas Nacionales, como existió en la Argentina de 1974 a 1978.³⁸ En ambos casos, la idea es similar a la del ENI o IRI italiano, al Statsforetag AG sueco, etc.³⁹

El intento argentino encontró oposición dentro del propio seno del gobierno que promulgó la primera ley; creemos oportuno traer a colación algunas reflexiones públicas que hizo por aquel entonces un autor que fue durante un corto tiempo funcionario gubernamental, y que explican por sí solas las resistencias, ahora de otra índole, provocadas por el proyecto de una corporación de empresas públicas; “Como parte de una actitud general históricamente restrictiva de la intervención del Estado en el manejo del sector y, al propio tiempo, permisiva de la gestión privada del interés público, no existe ningún organismo del Estado responsable de este conjunto de actividades, no sólo en lo que hace a la gestión, sino que ni siquiera existen mecanismos de control, adecuados, que resguardan las inversiones existentes de propiedad pública.”⁴⁰ “Como reflejos obligados de esta situación, no existe información consolidada sobre el sector” (p. 14), “Si se analizara la conformación del conjunto del sector público, incluyendo a todas las empresas que mencionamos, se llegaría fácilmente a la conclusión de que el país registra uno de los índices más altos de estatización de la economía, fuera de los países formalmente socialistas; esta situación, sin embargo, no es suficientemente conocida y comprendida, en parte porque se ha evitado decididamente explicitarla adecuadamente; como consecuencia, el Estado argentino no se ha encontrado organizado y preparado para utilizar el enorme poder de acción sobre el sistema

³⁷ Ver GORDILLO, A., *Sistema nacional de empresas públicas*, Caracas, 1975, documento de Naciones Unidas.

³⁸ Creada por Ley 20.558, derogada por Ley 21.800. La Ley 21.801, por su parte, crea una Sindicatura General de Empresas Públicas.

³⁹ Ver GUNNAR PIHLGREN, *El sector empresarial público en Suecia*, Caracas, 1974, documento de Naciones Unidas. En América Latina hay también ejemplos importantes de sindicación y control de empresas públicas, v. gr. CORDE, Corporación Dominicana de Empresas Estatales, creada por Ley 289 de 1966 y que abarca medio centenar de empresas; en Chile es el caso de CORFO, Corporación de Fomento de la Producción. Deben desde luego diferenciarse las corporaciones de empresas públicas, como esfuerzos de sindicación y fortalecimiento del sector público empresarial, de las corporaciones de desarrollo regional.

⁴⁰ PEDRO ENRIQUE ANDRIEU, *La participación del Estado en la economía a través del sistema empresario: el caso argentino*, Buenos Aires, 1973, CICAP, Centro Interamericano de Capacitación en Administración Pública, pp. 13-14.

económico, del que potencialmente dispone, en el marco de un proyecto desarrollista o reformista, sino que ha tomado una actitud más bien pasiva.” (P. 17.)

En otras palabras, la proposición de un sistema o holding de empresas públicas, si bien por cierto puede mejorar el control de éstas, también las fortifica globalmente de manera considerable, y esto provoca, en cambio, otros cuestionamientos de naturaleza política y económica desde los más diversos sectores, que pueden llevar, finalmente, al abandono del proyecto, o a su consagración de manera sumamente limitada.

En el caso argentino, la creación de la corporación de empresas nacionales sacó precisamente a la luz la dimensión que el sector público de la economía venía adquiriendo imperceptiblemente a lo largo de los años y obligó a una detenida reflexión, producto de la cual, sin duda, ha de ser el esfuerzo luego realizado para transferir a la actividad privada algunas de las actividades empresarias hasta entonces públicas.

La proposición de mejorar el control de las empresas públicas a través de un holding o corporación, es así también inevitablemente la proposición de fortificar internamente el sector público de la economía y como tal plantea interrogantes y dificultades que exceden el tema concreto del control.

3.4. Contralorías, Tribunales de Cuentas y otros organismos análogos de fiscalización externa

Todos los países de América Latina, casi sin excepción, tienen estos sistemas de control, y en todos ellos se los mantiene. El debate acerca de si sacar a las empresas públicas de estos controles, o si, por el contrario, mantenerlas dentro de ellos y además asignarles control de mérito o de gestión, nos parece una auténtica vía muerta de discusión.

Consideramos, en base a la experiencia de nuestros países, que estos controles son inaptos para producir mediante ellos un cambio de mentalidad, de actitudes, de comportamientos y creencias; antes bien, al contrario, pueden estar retroalimentando el sistema, coadyuvando a la creciente reglamentación de la actividad pública, ensalzando la formalidad en desmedro de la eficacia.⁴¹

3.5. Organismos de coordinación, planificación y presupuesto

Estos organismos pueden cumplir funciones útiles para el conocimiento de la actividad empresarial pública, incluso para su coordinación, pero no parece que puedan funcionar como organismos de control, si bajo el término control incluimos la posibilidad de que se realicen acciones de corrección; como dice el CLAD,

⁴¹ Nos remitimos al cap. IV.

“resulta difícil imaginar qué tipo de acciones correctivas puede aplicarse, ni cuál sería su efectividad.”⁴²

Uno de los esfuerzos más notables de coordinación, la creación en Venezuela de la Oficina Central de Coordinación y Planificación (CORDIPLAN), ha llevado a Brewer Carías a decir que “se cayó sucesiva y paulatinamente, y en forma dramática, en la administración por el sistema de comisiones. En una administración desorganizada, para tomar cualquier medida o decisión, es necesario nombrar una Comisión.”⁴³ “Con ello se ha complicado todo el procedimiento administrativo en forma tal que... se agota la administración en el intento de coordinar, y no logra cumplir los objetivos que quiere alcanzar.”⁴⁴

Ante esta situación, relata Brewer Carías que se aplicó el enfoque sistémico: “Con dicho criterio se busca que cada sector de actividad pública tenga un gobernador del sector, es decir, una persona a nivel ministerial que tenga la definición de la política del sector y que sea quien lo conduzca.”⁴⁵ Sin embargo, y como se aprecia, se vuelve con ello a uno de los puntos de partida, el de las agrupaciones de empresas bajo alguna adscripción ministerial, de lo cual el caso argentino del Ministerio de Obras y Servicios Públicos brinda un ejemplo. En otras palabras, estos modos y otros de encarar la coordinación de las emppesas públicas pueden tener utilidad parcial, pero no dan una nítida solución al problema del control.

3.6. *Control jurisdiccional*

Este control existe en todos los países y se pone en movimiento a pedido de parte: Cuando una persona se considera lesionada en sus derechos por los actos o hechos de una empresa pública, tiene abierta la vía jurisdiccional para demandarla.

Se trata generalmente de un control poco real y eficaz, porque los que se relacionan con la empresa pública usualmente prefieren no utilizar este medio de dirimir contiendas. Si se trata de empresas privadas que negocian con la empresa pública, ellas prefieren mantener fluidas relaciones comerciales y temen que la interposición de demandas judiciales puede ser perjudicial a sus intereses globales. Si se trata de particulares o del público en general, pueden, de hecho, tener vedado el acceso a la vía jurisdiccional, sea por carecer de legitimación procesal suficiente, sea por no tener tiempo y dinero suficientes para afrontar un largo pleito frente a una empresa pública.⁴⁶ Parte del problema reside así en

⁴² CLAD, *op. cit.*, p. 183, refiriéndose en particular a los organismos de planificación y presupuesto.

⁴³ BREWER CARÍAS, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Caracas, 1978, p. 127.

⁴⁴ BREWER CARÍAS, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 130. El enfoque sistemático es también el empleado por el INAP, Instituto Nacional de Administración Pública argentino, en su metodología de los últimos años, pero aún no se han podido verificar resultados empíricos.

⁴⁶ Una solución parcial puede ser la comentada *infra*, § 3.8, y cap. V. Cabe así advertir que para el caso de América Latina ni siquiera es suficiente la observación crítica de que sólo tienen acceso

defectos del propio sistema de control judicial, sea de los actos de las empresas públicas o de los actos de la administración central. Las eventuales correcciones necesarias deben, ser tratadas en el ámbito de la reforma del sistema de control jurisdiccional de los actos de los poderes públicos.

La cuestión tampoco depende, a nuestro juicio, de que el control jurisdiccional se realice a través de la jurisdicción ordinaria, o de la jurisdicción contencioso-administrativa u otra específica donde la hay.

A lo sumo podría señalarse, que donde el control jurisdiccional sobre las empresas públicas es efectuado por la jurisdicción civil o comercial ordinaria, existe mayor vigor en el control, al tratar a la empresa al menos como otro comerciante más; en cambio, en cuanto el control queda a cargo de jueces con competencia específica en materia administrativa, tiende a predominar la tendencia a asimilar la empresa pública a la administración pública, concediéndole en forma expresa o implícita algunos de los privilegios y prerrogativas de ésta, en detrimento de su control jurisdiccional.

En suma, todos saben que este control existe en doctrina, pero que no tiene verdadera vigencia real en la práctica. Quizá por ello sea, en parte, que muchos esfuerzos se vuelquen a crear controles sustitutivos de legalidad en un ámbito distinto al jurisdiccional.

3.7. *Control parlamentario*

Este tipo de control, en el estado actual de los sistemas políticos latinoamericanos, en muchos casos no existe y en otros es de todos modos muy reducido.

En todo caso, en cuanto existe es similar en su alcance formal: Creación y supresión de empresas públicas, comisiones parlamentarias, etc. En la práctica, estimamos a nuestro pesar que no es un modo significativo de control de la empresa pública en América Latina, sin perjuicio de que debería tratarse de que lo sea: Pero el tema es ya el del fortalecimiento de la institución parlamentaria, no el de control de la empresa pública; esto último es apenas un subproducto de lo anterior, y en tanto no exista parlamento fuerte no habrá control parlamentario posible de las empresas públicas.

a los medios clásicos de defensa los propietarios o los empresarios, como señala NIETO, ALEJANDRO, "La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo," *Revista de Administración Pública*, n° 76, Madrid, 1975, p. 23, pues como estamos viendo en estos casos, ni aun los mismos empresarios acuden a los remedios tradicionales.

3.8. *Control público independiente*

En los países que tienen parlamentos en normal funcionamiento, la creación de oficinas similares al Ombudsman⁴⁷ nórdico-sajón puede constituir un elemento valioso de control de la empresa pública. Pero también en aquellos países latinoamericanos, que por diversos motivos carecen en su vida política de la presencia estable de parlamentos independientes, puede considerarse la posibilidad de instituir el Ombudsman, en tales casos no ya como un órgano responsable al parlamento, sino como un órgano público independiente. Independiente del Poder Ejecutivo en primer lugar, pero también fuera del marco judicial.⁴⁸

El Ombudsman podría recibir quejas, reclamos y recursos de personas lesionadas en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, e incluso presentaciones de personas titulares de intereses simples, como también actuar de oficio, contra actos, hechos u omisiones de empresas públicas y sus funcionarios o empleados. El Ombudsman tendría facultades para investigar, recomendar acciones correctivas y expedir informes u opinión.⁴⁹

Vemos tres posibilidades sucesivamente reducidas de proponer la creación del Ombudsman en América Latina: *a)* Como una oficina independiente, responsable ante el parlamento, donde éste exista, con actuación frente a toda la administración pública; *b)* como una oficina pública independiente, donde no exista parlamento, con facultades igualmente extensivas a toda la administración pública; *c)* en el mismo caso anterior, como una oficina pública independiente con facultades para actuar solamente frente a las empresas públicas.

La obvia limitación de la tercera alternativa no debe llevar a desecharla sin más. Debe tenerse presente que en muchos países de América Latina, donde puede no existir vocación en el Poder Ejecutivo para establecer mecanismos de revisión, censura o crítica a su propia actividad, sí puede existir vocación para establecerlos respecto de los actos de sus inferiores y en particular de las empresas públicas o prestatarias de servicios dirigidos al público. Aunque limitado, sería de todos modos, en más de un caso, un avance cierto sobre un estado actual de general insuficiencia de los medios de control.

⁴⁷O Comisionado Parlamentario, Comisionado del Congreso, Procurador del Ciudadano, Defensor del Pueblo, Moderador, etc., según las múltiples terminologías existentes. Volvemos sobre el tema en el cap. V.

⁴⁸Para que no adopte, como en el caso argentino de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, una actitud que duplica a algunos órganos jurisdiccionales y no suple el vacío de que se trata.

⁴⁹E incluso, en nuestra opinión, iniciar acciones procesal administrativas, recursos o remedios judiciales o administrativos en defensa del interés público administrativo, de personas o grupos de personas subrepresentados o no representados, etc. En sentido similar, en España se propone que el Defensor del Pueblo esté legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo: GIL ROBLES, ALVARO, *El defensor del pueblo*, Madrid, 1979, p. 157.

3.9. *La participación como control*

Cabe discutir si la participación de la comunidad en la dirección y control de las empresas públicas es un elemento interno o externo de control. A nuestro modo de ver es un control estrictamente exógeno, lo cual explicará, en parte, el porqué de la visible renuencia de las empresas públicas a fomentar o siquiera admitir este tipo de control; pero también es exógeno al gobierno y en consecuencia, tampoco éste se muestra habitualmente entusiasmado con la idea. No es entonces frecuente en América Latina encontrar la participación de los usuarios y de la comunidad en general en la dirección de las empresas públicas, y sólo se conocen algunos casos aislados de participación de los trabajadores de la propia empresa.⁵⁰

Esta cuestión también excede ciertamente el marco del control de las empresas públicas, para insertarse dentro del más amplio problema del control y dirección del propio aparato del Estado: Uno de los síntomas a nuestro juicio visible del insuficiente desarrollo sociopolítico de América Latina es la inexistencia sistemática de mecanismos de participación de los diversos sectores de la comunidad en el manejo de la cosa pública, incluidas las empresas públicas.

Sin embargo, pareciera también que es por las empresas públicas por donde se ha intentado y se puede intentar en primer lugar promover una modificación de los sistemas tradicionales de gobierno y administración.

Ayudaría con ello no sólo al sistema político general, sino también, desde luego y en grado sustancial, al propio problema de crear controles adecuados a las empresas públicas latinoamericanas, como parte del problema de instituir controles eficaces de la administración pública.

⁵⁰ Existen otros casos aislados en América Latina de participación en las empresas públicas, pero suele ser participación de sectores de intereses exclusivamente. Participación de sectores de terceros afectados, de *usuarios* o *destinatarios* del servicio, y de sectores de la comunidad interesados en la cosa pública, pero ajenos a los intereses del sector en que actúa la empresa, no son en cambio frecuentes ni se postula en verdad usualmente su incorporación. Nos remitimos a nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973; *Participation in State and Non-State Public Administration in Latin America*, *op. cit.*, § 5.1.2; *supra*, cap. I, § 4.2.