

## CAPÍTULO XXIII

### LAS EMPRESAS DEL ESTADO

#### SUMARIO

1. La “empresa pública” en sentido amplio.....	XXIII-1 / 471
2. La “empresa pública” en sentido estricto .....	XXIII-2 / 472
3. Aspectos salientes de las empresas públicas o empresas del Estado .....	XXIII-3 / 473
4. Aplicabilidad de las empresas del Estado en la descentra- lización para el desarrollo.....	XXIII-4 / 474
5. Valoración de conjunto de la empresa del Estado .....	XXIII-6 / 476
6. Régimen legal de las empresas del Estado .....	XXIII-6 / 476
7. Naturaleza y régimen de los actos de las empresas.....	XXIII-8 / 478
8. Los contratos de las empresas del Estado: ¿Administrativos o civiles?.....	XXIII-9 / 479
9. Los privilegios y las limitaciones de las empresas del Estado.....	XXIII-10 / 480
10. La sindicatura en las empresas del Estado.....	XXIII-11 / 481
11. El veto del síndico.....	XXIII-12 / 482
12. El personal de las empresas del Estado .....	XXIII-14 / 484



## Capítulo XXIII

### LAS EMPRESAS DEL ESTADO<sup>1</sup>

#### 1. La “empresa pública” en sentido amplio

La frase “empresa pública” (y sus correlatos en otros idiomas: *Entreprise publique, public enterprise, impresa pubblica, öffentlichen Unternehmung*, etc.) ha ganado una aceptación universal, aunque su significado esté lejos de ser uniforme. Por lo general, es evidente que su uso se realiza de manera indiscriminada para referirse a *toda empresa en sentido económico* (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) *que se encuentra en el sector público* (y no solamente estatal) *de la economía*. En tal sentido amplio, serían empresas públicas:

1º) Las “empresas propias” o explotación “en régie,” que son las empresas sin personalidad jurídica propia ni por lo tanto independencia, administradas directamente por la organización administrativa central, sea en un régimen de centralización o de desconcentración, pero nunca descentralización verdadera;

2º) las sociedades de economía mixta, en que participan capitales estatales y privados;

<sup>1</sup> Además de la bibliografía citada en el capítulo anterior, ampliar y comparar con la siguiente: KAPLAN, MARCOS, *Países en desarrollo y empresa pública*, Buenos Aires, 1965; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, “Las sociedades de economía mixta y las empresas del Estado en la legislación argentina,” en la *Revista de Administración Pública*, n° 3, España, Madrid, 1950, p. 495; VILLAR PALASÍ, J. L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo,” en igual revista, p. 53 y ss.; FUEYO ALVAREZ, J. F., “La nacionalización como instrumento socialista y el sistema de libertades,” en igual revista y número, p. 271; RIVERO, JEAN, *Le régime des nationalisations*, París, 1948; VEDEL, GEORGES, “Las empresas públicas en Francia,” en *Revista de Administración Pública*, n° 12, Argentina, Buenos Aires, 1963, p. 11 y ss.; RODRÍGUEZ ARIAS, JULIO CÉSAR, “El control de las empresas del Estado,” en igual revista, n° 5, p. 154; MONCAYO, GUILLERMO, “La nacionalización de Empresas en Francia,” en *Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Tucumán*, n° 6, Tucumán, 1959, p. 97; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1965, p. 429 y ss.; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1965; nuestra monografía *Empresas del Estado*, *op. cit.*, p. 75 y ss.

3º) las sociedades mercantiles o civiles (en cuanto a su forma: o sea, sociedades anónimas, etc.) cuyo capital se encuentra en manos del Estado;

4º) eventualmente, una figura intermedia entre el “establecimiento público de carácter industrial y las sociedades mercantiles o civiles, en cuanto se trataría de un ente estatal descentralizado, organizado bajo un régimen semi-administrativo, y regido alternativamente por el derecho público o el derecho privado según la naturaleza de sus actos. Este sería el caso de las “empresas del Estado” del derecho argentino y de parte de las “empresas públicas” del derecho francés, y también de sus “establecimientos públicos industriales.”

## 2. La “empresa pública” en sentido estricto

Pareciera evidente que aquel concepto amplio de “empresa pública” no es apto para el estudio del fenómeno que comprende, por cuanto no es posible prescindir de las profundas diferencias existentes entre las figuras que hemos enumerado, las cuales no sólo son de régimen jurídico sino también de organización administrativa y de funcionamiento concreto.

Pero decir que debe darse un concepto restringido de “empresa pública,” y lograrlo son cosas bien distintas; los ensayos han sido más bien infructuosos pues, o restringen en exceso la definición, por ejemplo limitándola a los entes estatales que realizan una actividad industrial bajo un régimen de derecho público<sup>2</sup> o la mantienen con una amplitud todavía criticable en cuanto a su utilidad, comprendiendo dentro del concepto a la empresa propia, al establecimiento público de carácter industrial, a la sociedad mercantil constituida con capital público, y a la sociedad de economía mixta con participación pública mayoritaria.<sup>3</sup>

Por nuestra parte, creemos que es un error considerar que la “empresa pública” sea un concepto *a priori*, predeterminado por la realidad, y que la doctrina deba necesariamente hallarlo en cuanto única definición correcta de esa realidad: Creemos en cambio que debe prescindirse de un pretendido dogmatismo científico, y dar una clasificación y nomenclatura de esa realidad múltiple, que permita manejarla con alguna precisión, sin importar demasiado el nombre que le demos. Por ello, o sea, por razones prácticas y metodológicas, entendemos que es prudente excluir del escurridizo concepto de “empresa pública” a aquellas formas que tienen una caracterización más o menos segura y clara, *sin que ello signifique, por cierto, excluirlas de su ubicación dentro del sector público de la economía*; excluirémos así a las “empresas propias,” a las sociedades de economía mixta, a las sociedades mercantiles o similares cuyo capital se encuentra en manos del Estado en forma *parcial*, y las sociedades de Estado, en las que este tiene el total

<sup>2</sup> VILLAR PALASÍ, *art. cit.*, pp. 76-7.

<sup>3</sup> Así GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 132 y ss.

del capital accionario; y dejaríamos así comprendidos en el concepto de empresa pública únicamente a aquellos entes caracterizados:

1º) Por ser íntegramente estatales (a diferencia de las sociedades de economía mixta, y de las sociedades mercantiles en las que el Estado tiene sólo parte de las acciones);

2º) por ser expresamente estatales, sin adoptar la forma externa de una sociedad privada (a diferencia de las sociedades de Estado, y a semejanza de las entidades autárquicas o autónomas);

3º) desde luego, por tener personalidad propia;

4º) por dedicarse a una actividad económica (a semejanza de las demás “empresas públicas” en sentido amplio, y a diferencia de las entidades autárquicas o autónomas, por lo general típicamente administrativas);

5º) por no estar sometidas primordialmente al derecho privado, sino alternativamente al derecho público y privado, o incluso principalmente al derecho público. (A diferencia de las sociedades de Estado, que estarían principalmente sometidas al derecho privado, y a semejanza de las entidades autárquicas tradicionales, en las que es dominante el derecho público.)

Este sería, en cierto modo, el concepto que recoge la legislación argentina que regula las “empresas del Estado” o el derecho francés que estatuye sobre parte de las “empresas públicas” y los “establecimientos públicos industriales.”

### *3. Aspectos salientes de las empresas públicas o empresas del Estado*

Lo típico de este tipo de empresas, que ahora denominaremos empresas públicas o empresas del Estado, en sentido restringido, es el constituir una solución intermedia e híbrida entre el tradicional ente autárquico o autónomo (claramente estatal, dotado de prerrogativas de poder público) y la moderna sociedad de Estado (aparentemente sometida al derecho privado): En efecto, estas “empresas estatales” se caracterizan porque no pueden ser declaradas en quiebra, porque sus actos son administrativos, sus directivos superiores son funcionarios públicos, sus títulos tienen fuerza ejecutiva, sus bienes no son embargables cuando están afectados directa o indirectamente al uso público, etc. (elementos propios de los entes autárquicos o autónomos), y porque al mismo tiempo escapan al estricto contralor contable, tienen un régimen propio de contrataciones, pueden realizar cierto número de contratos bajo el derecho privado, son demandadas ante los tribunales ordinarios, sus obreros y empleados se rigen por el derecho laboral o el derecho comercial, etc. (Elementos propios de las sociedades de Estado.)

Este régimen jurídico mixto de derecho público y privado otorga en ciertos casos flexibilidad operativa a la empresa, pero en muchos otros la traba notablemente, trayéndola a los procedimientos y requisitos del derecho público; a la

inversa, esa flexibilidad comercial la deja inerte en algunos casos, por no poder aducir prerrogativas en algunas de sus relaciones con terceros, y la aplicación del derecho público la protege providencialmente en otras, salvándola de la ejecución de sus bienes en casos en que aquélla la llevaría a la paralización o a la quiebra. También, el contar con un régimen privado en materia de obreros y empleados le permite contratarlos fácilmente, sin someterse a requisitos de concurso, publicidad, etc., e incluso bajo sistemas especiales (contratos temporales, trabajo a destajo, etcétera); pero la coloca bajo el peso de la acción gremial de esos obreros, que reclamarán mejoras de salarios o condiciones de trabajo presionando con paros, huelgas, etcétera, que tal vez no hubieran sido admisibles en un ente autárquico o autónomo, en virtud del principio que no admite la huelga en los servicios públicos y en la función pública.

De la misma manera, en sus relaciones frente a los usuarios del servicio que preste, el régimen de derecho público la protege dándole prerrogativas especiales y limitando las reclamaciones de ellos (lo que, dicho sea de paso, no está bien), aunque al mismo tiempo perjudica a la empresa cuando llega el momento de establecer las tarifas que les cobrará, ya que los poderes públicos no siempre estarán prontos a aumentarlas en la medida requerida para hacer rentable al servicio, afrontando la impopularidad consiguiente; la empresa estatal puede encontrarse así forzada al déficit por tarifas insuficientes, ante costos o sueldos crecientes, o programas de inversión necesarios, y estos déficits no siempre serán cubiertos pronta y eficazmente por el Estado central, afectado él también por problemas financieros.

#### *4. Aplicabilidad de las empresas del Estado en la descentralización para el desarrollo*

Como hemos visto, el sistema mixto de las empresas del Estado presenta tantas ventajas como desventajas: ¿Significa ello que no debe utilizarse de este medio de descentralización cuando se realiza un plan de desarrollo?

a) A nuestro juicio la respuesta depende, como ya vimos al hablar de la nacionalización, del tipo de actividad que se considere. Si lo que se quiere hacer es “nacionalizar-sin-estatizar,” en el sentido de incorporar al sector estatal una actividad comercial o industrial, manteniéndola bajo un régimen de derecho privado, entonces nuestra respuesta será categórica: El sistema de las empresas del Estado es totalmente inadecuado para ello, porque *desemboca en demasiados elementos de derecho público como para mantener la plena agilidad de la empresa.*

Esto significa que hay que excluir de este tipo de descentralización a toda intervención del Estado que intente regular la economía a través de su acción y su mera presencia, por ejemplo, como empresa líder en determinada rama del comercio o de la industria.

b) También hay que excluir, en nuestro concepto, aquellos servicios públicos de carácter técnico que se prestan directamente a la colectividad, tales como teléfonos, correos, transportes, porque la eficiencia técnica continuada y permanente de los mismos se resiente notablemente con las marchas y contramarchas del régimen jurídico de derecho público y privado; con las constantes antítesis de flexibilidad y rigidez, de privilegio y sometimiento a condiciones iguales que los particulares. Creemos que el régimen de la empresa que preste esos servicios debe tratar de ser inequívoco: O derecho público —entonces, un típico ente autárquico o autónomo (Obras Sanitarias de la Nación, Vialidad Nacional)—, o derecho privado (luego, una sociedad de Estado: SEGBA); no mixturas de derecho público y privado que lo único que logran es sembrar el desconcierto y la duda en la empresa, respecto a qué es lo que puede legalmente hacerse o no.

c) En cambio, cuando se trata de ciertas actividades que hacen a la infraestructura del país pero al mismo tiempo tienen un cierto carácter industrial o comercial —siderurgia, petróleo—, entonces creemos que puede ser de utilidad el sistema de las empresas del Estado, si es que no se ha utilizado ya con éxito otro sistema, caso en el cual no tendría sentido innovar. (P. ej.: SEGBA.)

En efecto, en tales casos es ineludible un cierto grado de privilegio y protección estatal porque se afecta una actividad sumamente vital para el desarrollo del país, pero al mismo tiempo se requiere algún grado de flexibilidad operativa para poder canalizar hacia el mercado el resultado de esa actividad. (O sea, para la venta del petróleo o del producto terminado.)

En tales casos, nos parece adecuado por ejemplo que la extracción del petróleo esté a cargo —básicamente, lo que no quiere decir exclusivamente— de YPF (que es empresa del Estado), para tener en ese aspecto la protección del derecho público, pero que luego, cuando se trate de comercializar los productos derivados del petróleo, tales como la nafta, aceite, etcétera, pueda hacerlo bajo un régimen de derecho privado. De la misma manera, nos parece adecuado que la extracción del gas natural esté a cargo de Gas del Estado (también bajo el régimen de las empresas del Estado), sometida entonces en ese aspecto al derecho público, pero que luego, en lo que se refiere a la venta de gas licuado, pueda venderle a los distribuidores bajo un régimen ágil del derecho comercial.

Con todo, no creemos que la forma de la empresa del Estado sea el único tipo de descentralización admisible para este tipo de actividades económicas de infraestructura, pues nos parece, según se verá luego, que la sociedad de economía mixta puede también rendir iguales o mejores frutos en este aspecto, si se utiliza con un régimen adecuado.

d) A la inversa y según ya lo expresamos, creemos que el sistema de la empresa de Estado es inadecuado para los servicios técnicos que implican una prestación continuada al público (ENTel —teléfonos—, EFA —ferrocarriles—), pues esas

tensiones de régimen jurídico atentan contra la eficiencia del servicio, sin ser estrictamente necesaria, como en el caso anterior c), la duplicidad de régimen.

### 5. *Valoración de conjunto de la empresa del Estado*

De lo antedicho se desprende que la utilización del sistema de descentralizar por empresas del Estado debe ser más bien excepcional, y que este medio no puede en modo alguno constituir la regla para toda descentralización que se desee encarar. En la situación argentina en particular, se advierte cómo ha crecido desorbitadamente el número de empresas del Estado, a pesar de que en la mayoría de los casos ella no era el instituto adecuado para lograr el fin que se pretendía obtener.

Y aquí es donde se advierte cómo es imprescindible tener una idea de conjunto de cuál es el panorama de los posibles medios y formas de descentralización para el desarrollo, y su evaluación y aplicación concreta, para que la descentralización sea efectivamente un factor de progreso y no una rémora más, y una fuente más de pérdidas injustificadas, por mala explotación económica, que no redunde tampoco en mejores servicios o inversiones con miras al futuro. Pareciera en verdad como si los legisladores o los gobiernos hubieran conocido sólo el tipo de “empresa del Estado” cuando consideraron las posibilidades de descentralización de actividades comerciales o industriales, y se hubieran decidido entonces infaliblemente por el único sistema conocido y por tanto el único aparentemente posible.

Es necesario reestructurar el régimen de todas estas empresas del Estado, transformándolas según corresponda en sociedades de Estado o en típicos entes autárquicos o autónomos, o dándolos a corporaciones públicas, o a sociedades de economía mixta o sociedades comerciales o civiles con participación estatal, etcétera, de acuerdo a la naturaleza de su actividad; qué corresponderá en cada caso habrá de depender de un adecuado conocimiento de 1º) cuáles son las formas de descentralización posibles, y 2º) cuál es la situación y la naturaleza de la actividad que se quiere otorgar a un ente descentralizado.

### 6. *Régimen legal de las empresas del Estado*

Ahora bien, como lo aquí afirmado contraviene la orientación que al parecer ha dominado a los legisladores y gobernantes al decidirlos a crear tantas empresas del Estado en lugar de otros tipos de descentralización, creemos necesario abundar un poco acerca de las dificultades, incongruencias, contradicciones y tensiones que origina el régimen legal de tales empresas; estas observaciones ampliatorias tenderán a advertir cómo este sistema es mucho más complicado de lo que parece, y que debe por lo tanto ser utilizado sólo cuando es estrictamente necesario —como en los casos señalados—; aplicarlo a otros casos implica enfrentar y crear dificultades ciertamente innecesarias. De acuerdo a la ley 13.653 (según

las modificaciones introducidas por las leyes 14.380 y 15.023), “Las empresas del Estado quedan sometidas:

- a) Al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas y,
- b) al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con: La administración o *al servicio público que se hallare a su cargo.*” (Art. 19, el subrayado es nuestro.)

Como se ve, ya la propia ley prevé la duplicidad de régimen, aparentemente basada en una distinción entre las “actividades específicas” de la empresa y el “servicio público que se hallare a su cargo, que se regirían respectivamente por el derecho privado y público; nada dice de la ley para establecer qué se hará cuando la “actividad, específica” de la empresa sea precisamente la prestación de un “servicio público;” ni cuando sea al mismo tiempo un servicio público y una actividad comercial, cómo se las distinguirá; ni, finalmente, qué es un servicio público, atenta la multiplicidad de definiciones existentes.

A esta duplicidad y vaguedad del régimen general, tal como la ley lo ha previsto, cabe agregar luego la inevitable caracterización de la empresa como *entidad pública* estatal (y no como entidad privada) derivada de la señalada superación del principio de la “doble personalidad del Estado.” Ha dicho así por ejemplo la Procuración del Tesoro de la Nación (órgano máximo de asesoramiento del Poder Ejecutivo Nacional, y jefe del Cuerpo de Abogados del Estado), refiriéndose a las entidades autárquicas y también a las empresas del Estado (en un caso, tratándose de YPF; en otro, de Gas del Estado): “...no debe interpretarse... que al actuar en la esfera del derecho privado las entidades autárquicas pierdan, por ello, *su personalidad jurídica de derecho público, que es la única sin desdoblamiento que poseen* y que no les impide en absoluto adquirir derechos y contraer obligaciones que estarán regidos, según corresponda, por el derecho público o por el derecho privado.”<sup>4</sup>

Ubicada así la empresa 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 imposible 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.*

<sup>4</sup> Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 84: 133 y ss.; 90: 169 y ss.

Esta autodefinition 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, de nada sirve que, se lo defina como de derecho privado, porque público seguirá siendo a pesar de ello.

### 7. *Naturaleza y régimen de los actos de las empresas*

En cuanto a la naturaleza y el régimen aplicables a los actos de los entes estatales (sean ellos la administración central, las entidades autárquicas o las empresas del Estado), se ha introducido actualmente en la parte de la práctica administrativa el criterio por nosotros también defendido,<sup>5</sup> en el sentido siguiente: “No negamos la posibilidad de que el derecho privado sea en ciertos casos aplicables a la actuación de los órganos administrativos, pero sostenemos que ello no justifica que se diga en tales casos que los actos de los órganos administrativos sean actos jurídicos de derecho privado y estén excluidos del concepto de acto administrativo.”

“Cabe señalar al efecto que en las hipótesis que la doctrina destaca *el derecho privado se aplica sólo con referencia al objeto del acto dictado por la administración*; y que en todos los casos es invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la *competencia, voluntad y forma*.”<sup>6</sup>

“Esta primera observación basta para señalar el error de considerar que existan «actos de derecho privado» realizados por la administración. A lo sumo podría señalarse que ciertos actos serán mixtos, regidos en parte por el derecho público (competencia, voluntad, forma) y en parte por el derecho privado. (Objeto.)”

“Pero aún más: Entendemos que lo más importante, e incluso lo decisivo, es en estos casos la competencia. El objeto del acto tiene una trascendencia empírica importante, pero la calificación dogmática debe prestar atención al hecho de que, si falta la competencia, cae todo el acto que el derecho privado pueda haber cohonestado. Ello señala sin lugar a dudas la prevalencia que en estos casos tiene el derecho público sobre el derecho privado en la regulación del acto. La competencia se presenta como una condición previa y necesaria para poder hablar de acto; la competencia hace pues a la existencia misma del acto, en tanto que las modalidades que puedan darse en el objeto son contingentes y relativamente accesorias.” ...“Bien es cierto que el objeto constituye un elemento esencial del acto; pero no es menos cierto que, cuando se hace jugar el elemento *competencia* en cuanto dato de derecho público, éste adquiere mayor importancia que el objeto. Si a ello se agrega que también la forma y la voluntad (en lo que hace a su origen,

<sup>5</sup>GORDILLO, AGUSTÍN A., *El acto administrativo (Noción. Nulidades. Vicios. Los actos de gobierno)*, Buenos Aires, 1963, Abeledo-Perrot, pp. 64 y ss.

<sup>6</sup>*Op. cit.*, p. 64.

preparación y formación) en la actuación de los órganos administrativos, se rigen por el derecho público, resulta que es impropio negar a estos actos el carácter de predominantemente administrativos.”

“De lo expuesto se sigue que *ciertos actos administrativos pueden en algunos casos estar regidos*, en punto a su objeto, por el derecho privado; pero que no por ello dejan estos actos de ser actos administrativos para transformarse en actos de derecho privado de la administración.”<sup>7</sup> En resumen, y como ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación con este criterio, “...todos los actos de los entes estatales, aun cuando parcialmente estén regidos por el derecho privado, mantienen no obstante su carácter de actos administrativos regidos primordialmente por el derecho público.”<sup>8</sup>

#### 8. *Los contratos de las empresas del Estado: ¿Administrativos o civiles?*

Igual cosa ocurre con los contratos de las empresas del Estado. Una mera definición legal o reglamentaria, que los ubique en el plano del 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 la contratación, la N° 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 LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, París, 1956, pp. 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

<sup>7</sup> *El acto administrativo, op. cit.*, p. 65.

<sup>8</sup> *Dictámenes*, 22-I-1965.

misma, es un contrato administrativo por contener todo un régimen de normas exorbitantes al derecho común...” (Procuración del Tesoro, dictamen citado.)

Se concluye de lo que antecede que si la empresa del Estado no resiste a la tentación de protegerse más adecuadamente que por el derecho privado, y de incluir disposiciones propias y típicas del derecho público (irresponsabilidad, rescisión unilateral, penalidades aplicadas ejecutoriamente al particular cocontratante, etc.), 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 jerárquico por el Poder Ejecutivo, etc.

Estimamos en conclusión que no es probable ni admisible, y tal vez ni siquiera posible, que la empresa del Estado o cualquier otro ente estatal pueda escoger del derecho público y privado sólo lo que más le convenga para regir sus destinos: Del derecho público, sus potestades, y del derecho privado, su libertad; pues la conjunción de otorgar potestades y libertad a un ente no puede resultar sino en su arbitrariedad y desenfreno. Estamos pues ante una disyuntiva inevitable: O se le dan potestades públicas con sus consiguientes limitaciones, o se le da la libertad de los entes privados *con su consiguiente carencia de potestades públicas*. Esto no significa que no puedan conciliarse en un mismo régimen aspectos de derecho público y privado, sino que no pueden tomarse para ello precisamente los elementos más contrapuestos y más típicamente representativos de cada uno. Para conciliar ambos regímenes, es necesario *suavizar y reducir* los caracteres típicos respectivos, y si se dan potestades públicas, por ejemplo, deben ser muy limitadas, del mismo modo que si se otorga libertad de acción tampoco puede ella ser muy acentuada. De todos modos, esto demuestra la dificultad de hacer funcionar el doble sistema de derecho público y privado, y por lo tanto la inconveniencia de recurrir a él cuando ello no resulta totalmente imprescindible.

### 9. *Los privilegios y las limitaciones de las empresas del Estado*

a) *Privilegios y potestades públicas*. Además de los privilegios que las empresas del Estado se arrogan en sus contratos (y que acabamos de mencionar), o de la potestad pública que ejercen al dictar sus actos (que por el ya mencionado carácter de actos administrativos tendrán la consiguiente *presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad*, etc.), cabe todavía recordar otras ventajas que la legislación vigente les acuerda en contraposición a las empresas del derecho privado: 1º) No pagan varios impuestos, tales como réditos, ganancias eventuales, beneficios extraordinarios, sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes (art. 99 de la ley 13.653, t. o. con las modificaciones posteriores), 2º)

no podrán ser declaradas en quiebra (art. 109 de la citada ley), 3º) el Estado responde por su pasivo (igual artículo) y resarce su déficit (p. ej., ley 16.658), 4º) sus bienes, en cuanto están afectados a la prestación de un servicio público, integran el dominio público del Estado y son en consecuencia inalienables (luego, inembargables, no hipotecables, no ejecutables, etc.) e imprescriptibles.<sup>9</sup>

*b) Controles y limitaciones públicas.* Como contrapartida de tales potestades, las empresas del Estado están sometidas a las siguientes, entre otras, limitaciones del derecho público: 1º) El Poder Ejecutivo designa en cada una de ellas un funcionario con funciones de síndico y facultad de veto (ley 13.653, t. o., art. 39; ley 16.432, art. 27; decreto N° 10.599/61); 2º) deben someter anualmente al Poder Ejecutivo su plan de acción y presupuesto (ley 13.653, art. 4º); 3º) están sometidas al control del Tribunal de Cuentas de la Nación (ley 13.653, arts. 3, 5 y siguientes); 4º) y también al de la Contaduría General de la Nación (decreto 5383/55, arts. 6 y ss.); 5º) se les aplican supletoriamente las leyes de contabilidad y de obras públicas (ley 13.653, art. 11); 6º) sus rentas (?) ingresan al Tesoro nacional (ley 13.653, arts. 9 y 10), etc.

#### 10. *La sindicatura en las empresas del Estado*

A raíz de que la libertad originariamente dada por las leyes 13.653 y 14.380 a las empresas del Estado pareció en cierto momento excesiva, se dictó la ley 15.023, la cual tendió a traerlas más al control del Estado: Ello se intentó por un lado estableciendo claramente su sometimiento a las leyes de contabilidad y de obras públicas, según ya vimos, y del Tribunal de Cuentas de la Nación, y por otro lado facultando al Poder Ejecutivo a designar en cada empresa un síndico encargado de vigilar su desenvolvimiento.

El art. 39 de la ley establece que el síndico será “un funcionario permanente” de la Secretaría de Estado de Hacienda, lo cual señala la primera diferencia entre este síndico y el que tienen, por ejemplo, las sociedades de economía mixta: En estas últimas el síndico es un funcionario de la sociedad, mientras que en las empresas del Estado el síndico es un funcionario ajeno a la empresa, y perteneciente por expreso requerimiento legal a los cuadros de la administración central.

Las atribuciones del síndico son:

“b) Asesorar a la Secretaría de Hacienda acerca de la situación financiera de la empresa, así como también en cuanto concierne a la incidencia que sobre el Tesoro nacional pudiera tener la gestión económica de la misma, y

“c) Verificar los actos acordados por la empresa que directa o indirectamente afecten al Tesoro nacional, que comporten una transgresión al ordenamiento legal-financiero de la misma o cuyas proyecciones en otras órbitas de la administración

<sup>9</sup> Ver MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, 1960, p. 547.

nacional pudieran afectar a las finanzas estatales, informando a la Secretaría de Hacienda cuando a su juicio se adopten resoluciones de ese carácter.”

Como observación general, es de destacar que el síndico, por ser un funcionario de la administración central, está sometido al *poder jerárquico* de ésta, por lo cual tanto el Secretario de Hacienda como el Ministro del ramo o el Poder Ejecutivo pueden darle órdenes o instrucciones acerca de cómo desempeñar sus funciones, e incluso, en nuestro concepto, acerca de cómo proceder en un caso concreto. Por ello, indirectamente, la administración central tiene más atribuciones sobre una empresa del Estado que sobre una entidad autárquica, pues a ésta no le puede dar órdenes concretas, ni están ellas por lo demás sometidas al contralor administrativo de los Ministros o Secretarios de Estado, sino sólo del Poder Ejecutivo.

### 11. *El veto del síndico*

A continuación del inc. e), del art. 3º, la ley agrega: “En ningún caso las empresas podrán dar principio de ejecución a los actos que el síndico hubiere cuestionado, por constancia escrita en el respectivo libro de actas, por entender que los mismos implican una transgresión al ordenamiento legal-financiero de aquéllas, y hasta tanto se solucione el planteamiento en la forma que corresponda.”

De esta forma, la observación del síndico se transforma en un auténtico derecho de *veto*, puesto que la empresa no puede ejecutar el acto observado. Este veto se asemeja al que puede producir el presidente del directorio (u otro de los representantes de la administración) en una *sociedad de economía mixta*, en la medida en que ambos impiden la ejecución del acto, el que debe considerarse suspendido; pero se diferencian en varios aspectos:

1º) El veto del síndico en la *empresa del Estado* en principio sólo puede fundarse por razones de legitimidad,<sup>10</sup> puesto que la ley establece que los actos observados deben comportar “una transgresión al ordenamiento legal-financiero;” sólo excepcionalmente puede fundarse en razones de oportunidad, cuando sus “proyecciones en otras órbitas de la administración nacional pudieran afectar a las finanzas estatales.” A su vez, el veto en la *sociedad de economía mixta* es más amplio, pudiéndose fundar indistintamente en razones de legitimidad (“cuando ellas fueren contrarias a esta ley o a la de su creación o a los estatutos de la sociedad”) o de oportunidad (“O puedan comprometer las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad,” artículo 89 del decreto 15.349/46, ratificado por la ley 12.962.) En ambas hipótesis, a su vez, el concepto de “legitimidad” parecería limitarlo únicamente a los casos en que se violen normas que regulen

<sup>10</sup>Sobre el concepto de legitimidad y su relación con las nociones de facultad reglada y discrecional, ver *supra*, cap. VIII, y nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Alvarez, 1964, p. 53 y ss., e *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, p. 71 y ss.; en la 2ª ed., n° 6, Buenos Aires, 1966, cap. X, p. 307 y ss.

directamente el funcionamiento de la entidad; entendemos, sin embargo, que esa sería una restricción irrazonable en la interpretación de la fórmula legal, por cuanto toda norma jurídica, cualquiera sea su procedencia, cuando en determinado momento pueda ser considerada aplicable a la entidad, *pasa con ello a integrar el régimen jurídico de la misma*: En definitiva, consideramos que no debe hacerse restricción alguna en el concepto de legitimidad, para estos casos.

2º) En segundo lugar, el veto del síndico de la empresa del Estado debe ser *fundado*, según lo exige la reglamentación (art. 69 del decreto 10.599/61), al par que nada establece al respecto la ley de sociedades de economía mixta. (Salvo *a contrario sensu*, tal vez, en el art. 8. *in fine*.)

3º) Las autoridades de la empresa del Estado pueden recurrir contra el veto del síndico dentro de los quince días, ante la Secretaría de Estado pertinente; en la sociedad de economía mixta no es necesario que el capital privado interponga recurso administrativo alguno, pues las actuaciones deben elevarse automáticamente a la administración central.<sup>11</sup>

4º) Transcurrido un término de 20 días<sup>12</sup> desde que la administración recibe la comunicación, en el caso de la sociedad de economía mixta, cae el veto y queda firme la resolución vetada;<sup>13</sup> en el caso de la empresa del Estado ese resultado se produce sólo después del transcurso de varios plazos que la reglamentación establece, de manera algo complicada y oscura.<sup>14</sup>

5º) Contra la decisión expresa o tácita del Poder Ejecutivo acerca del veto, la *empresa del Estado* no podría recurrir judicialmente en virtud del principio general de que las entidades descentralizadas del Estado no pueden estar en juicio

<sup>11</sup> Dice el art. 8º de la ley 12.962: “En ese caso se elevarán los antecedentes de la resolución objetada a conocimiento de la autoridad administrativa superior de la administración pública asociada, para que se pronuncie en definitiva sobre la confirmación o revocación correspondiente al veto, quedando entre tanto en suspenso la resolución de que se trata.”

<sup>12</sup> Para el cómputo de los términos administrativos, ver nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos, op. cit.*, p. 147 y ss.

<sup>13</sup> “Si el veto no fuera conformado por dicha autoridad dentro de los veinte días subsiguientes al recibo de la comunicación que dispone este artículo, se tendrá por firme la resolución adoptada por el Directorio o por la asamblea de la sociedad en su caso.”

<sup>14</sup> “El Ministerio o Secretaría jurisdiccional respectivos se pronunciarán dentro de los cinco (5) días improrrogables. Si la decisión fuera contraria al acto impugnado, se devolverá lo actuado a la empresa, quedando sin efecto el acto.

“Vencido el plazo de cinco días sin recaer pronunciamiento, o si la decisión fuere confirmatoria del acto impugnado, a requerimiento del Síndico o de la empresa se elevarán las actuaciones al Ministerio de Economía para su resolución.

“Dentro del término de 10 (diez) días siguientes el Ministerio de Economía, con dictamen fundado del Síndico General sobre la impugnación y la apelación, en reunión conjunta con el ministerio o secretaría jurisdiccional que corresponda resolverá el caso.

“Si no fuera posible lograr el acuerdo para dictar resolución conjunta dentro del término fijado, el Ministerio de Economía elevará la apelación y sus antecedentes del caso en el plazo de cinco (5) días al Poder Ejecutivo, que resolverá por decreto. En caso de que dicho decreto no se dictara dentro del plazo de quince (15) días la impugnación quedará sin efecto.” (Decreto 10.599/61, art. 69.)

contra la Nación misma de la cual forman parte<sup>15</sup> en cambio, las sociedades de economía mixta, que no son estatales, pueden desde luego impugnar el acto en cuestión. La ley, injustificadamente a nuestro juicio, limita con todo esta última posibilidad sólo para los casos en que el veto se hubiera *fundado* en razones de legitimidad: “Cuando el veto se fundamentase en la violación de la ley o de los estatutos sociales, el capital privado podrá recurrir ala justicia de la resolución definitiva dictada.” (Art. 8º de la ley 12.962.) Entendemos que esta disposición legal viola la garantía de la defensa en juicio<sup>16</sup> y por ello consideramos que la acción judicial debe ser admitida en forma amplia, prescindiendo de la limitación de la citada ley: El acto podrá ser impugnado por razones de legitimidad (no de oportunidad), sin importar cuál haya sido el fundamento dado al acto por el Poder Ejecutivo.

### 12. *El personal de las empresas del Estado*

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el personal de las empresas del Estado se halla sometido al derecho público cuando cumple funciones *directivas*, y al derecho privado cuando se trata de obreros o empleados;<sup>17</sup> esta solución se ha aplicado incluso en casos en que la empresa tenía un servicio público a su cargo. En este último aspecto, el criterio jurisprudencia) es violatorio de las leyes de empresas del Estado, pues la ley 14.380 dispone expresamente que aquéllas estarán sometidas al derecho público “en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o *al servicio público que se hallare a su cargo*,” lo que obviamente significa que si la empresa presta un servicio público, *todo* el régimen es de derecho público, incluso desde luego el de su personal, jerárquico o no.

Ello no significa, sin embargo, que el juicio de responsabilidad les sea aplicable a todos los agentes de la empresa, pues si bien la anterior ley 14.380 establecía que “todo el personal de las empresas del Estado se halla sujeto a los juicios de responsabilidad, conforme a la ley de contabilidad,” ya la ley 15.023 se encargó de modificar ese criterio, estableciendo, en forma concordante con aquel otro criterio de la jurisprudencia de la Corte, que “las responsabilidades de las autoridades de las empresas del Estado se determinarán según las normas aplicables a los funcionarios públicos, a cuyo efecto quedan sujetos al juicio de responsabilidad que le será aplicado conforme a las disposiciones de la Ley de Contabilidad.” (Art. 8º.)<sup>18</sup>

<sup>15</sup> En este sentido MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 427.

<sup>16</sup> Para un análisis de este artículo ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 18 y ss., y *supra*, cap. IX, n° 14.

<sup>17</sup> *Fallos*, 244: 196; 245: 271; 250: 234; conf. MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 445.

<sup>18</sup> Es la interpretación que daba MARIENHOFF a la anterior norma, en forma concordante con el criterio jurisprudencia) acerca de la naturaleza de la relación que une al personal con la empresa, *op. cit.*, p. 444 y ss.

*Sinopsis*

1/2. La frase “empresa pública” o “empresa del Estado” puede tomarse en sentido amplio, comprendiendo toda ingerencia del Estado en la economía, o en sentido restringido, abarcando sólo a las entidades íntegramente estatales, expresamente estatales (no asumen la forma de una sociedad privada), y sometidas a un régimen mixto de derecho público y privado.

3/5. Ese régimen mixto da lugar a demasiadas confusiones y dificultades en la práctica, por lo que no es recomendable a menos que la índole de la actividad haga de todo punto imprescindible contar con él; ello puede ocurrir en materia de infraestructura.

6. A pesar de que la ley de empresas del Estado expresa que cuando realicen una actividad comercial o industrial se registrarán por el derecho privado, estas empresas son siempre personas jurídicas de derecho público.

7. Sus actos son siempre administrativos, pues se rigen por el derecho público en lo atinente a competencia y voluntad y a veces forma, quedando para la aplicación del derecho privado sólo lo referente al objeto del acto, y aún así no plenamente.

8. Por igual razón, y además porque las empresas siempre incluyen en sus contratos cláusulas típicas del derecho público, éstos son contratos administrativos y no privados.

9. Las empresas del Estado tienen en suma tanto privilegios y potestades públicas, como controles y limitaciones públicas; nunca se logrará, ni es razonable que se lo logre, aplicarle sólo los primeros, pero no los segundos.

10/11. El Poder Ejecutivo puede designar en cada empresa del Estado un síndico con facultades de vetar las resoluciones del directorio, por razones de ilegitimidad o excepcionalmente de inoportunidad. La empresa puede recurrir administrativa, pero no judicialmente, contra el veto.

12. Las autoridades superiores de la empresa son funcionarios públicos, regidos por el derecho público; los obreros y empleados se rigen principalmente por el derecho privado.