

# ¿CONTRATOS PÚBLICOS DE LAS SOCIEDADES DEL ESTADO?

GABRIELA A. STORTONI

## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradezco la invitación a participar en estas Jornadas a los Profesores Julio Pablo Comadira y Miriam Ivanega, agradecimiento que extiendo a los organizadores y colaboradores de esta alta casa de estudios, que es la Universidad Austral, de la cual tengo el honor de formar parte, desde la creación de la Maestría en Derecho Administrativo, a la cual llegué por la impronta del Prof. Julio Rodolfo Comadira, quien fuera mi profesor en la Universidad Nacional de La Plata y uno de los padres fundadores de esta Universidad.

## INTRODUCCIÓN

Pasando al tema que nos convoca, me ha sido asignado en esta ocasión responder a una pregunta: “¿contratos públicos de las sociedades del Estado?”

La pregunta lleva ínsita una problemática de impresionante actualidad y polémica, ya que a partir de los últimos años se verifica una vuelta a la gestión estatal de servicios públicos o de actividades de interés público, que en los años noventa se dejaron en manos de los sectores privados con el argumento de la deficiente gestión estatal de mitad de siglo XX, y ahora, en una reeditada visión de necesidad de mayor presencia del Estado en las haciendas productivas. Esta nueva vuelta al Estado Empresario nos lleva necesariamente a analizar qué tipo de sistema jurídico debe ser aplicado a las actividades propias de la actividad comercial o industrial, o de servicio público o de interés público, en general.

Entonces aparece la idea de que el Estado Empresario, al adoptar estructuras jurídicas propias del derecho privado, como son las sociedades anónimas, por ejemplo, las regirá por el derecho privado en sus actos y contratos, del mismo modo.

¿Es esto así? ¿Es así siempre y en todos los casos de los actos y contratos suscriptos por empresas y sociedades del Estado? ¿Entonces por qué hablamos de la categoría de contrato público? ¿Se refiere a un género de contratos suscriptos por una persona jurídica estatal, sin que defina el régimen jurídico? ¿Y para qué sirve esa categoría? ¿O hablaremos de contratos públicos en sociedades del Estado cuando se trate de la aplicación de reglas de derecho público?

Para ello, debemos partir de la base de que la elección de la figura societaria privada es, ex-profeso, con el objeto de lograr una autonomía y operatividad más apropiada para el desarrollo de los negocios y la asociación con capitales privados, una mayor flexibilidad en las estructuras jerárquicas y laborales, la ventaja de aplicar procedimientos de contratación privados más ágiles que los burocráticos, propios del derecho público, todo ello en virtud de que el sistema de derecho público no está pensado para la voragine propia de los mercados industriales o mercantiles.

Esta es al menos la justificación. Pero ¿es un criterio real?

Para poder dar algunas ideas al respecto, analizaremos la evolución de la cuestión a lo largo de la historia, daremos un panorama actual de la situación del “Estado Empresario” y delinearemos los principios básicos en vista a la seguridad jurídica que debe primar en toda contratación, tanto pública como privada.

Nos guiará un idea fuerza: desandar los mitos de la supuesta flexibilidad del derecho privado aplicado a los negocios públicos, así como su contracara: la inaplicabilidad de reglas de derecho público a los negocios privados en manos del Estado.

## **1. EL ESTADO EMPRESARIO: LA REGULACIÓN NORMATIVA EN EL SIGLO PASADO**

En primer lugar, vamos a hacer referencia al recorrido histórico de la construcción del concepto de Estado Empresario, el cual se edifica en torno a diversas normas dictadas al efecto de su consolidación como instituto.

Dice al respecto el Profesor Mata: “[...] el concepto de empresa pública carece de significado jurídico preciso, y a través de él solo puede expresarse que el Estado ha adoptado una política de intervención en el mercado, mediante distintas formas de organización que se asemejan a las de la empresa privada, pero que ofrecen diferentes perfiles jurídicos, en función del grado de intervención en la economía que el Estado se propone”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mata, Ismael, “Empresa y Sociedades Estatales: Pautas de organización y responsabilidad”, en AA VV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 1ª ed., 2008.

Como dice el Profesor Mata, es difícil poder encorsetar el sistema de empresas del Estado a un régimen común, en tanto los ensayos de sociedades y empresas que veremos a continuación trataron de dotar de mayor autonomía a las haciendas públicas productivas, con un sello contradictorio, que fue someter a reglas de potestades públicas o prerrogativas propias de las Administraciones centralizadas a las mismas empresas nacidas al amparo de supuestos flexibles regímenes de derecho privado.

Por el otro lado, la crítica al sistema fue la fuga sistemática al control del derecho público en materia de responsabilidad por el uso de los fondos públicos, aspecto que, como veremos, no es patrimonio exclusivo del derecho público, y poco tiene que ver con la burocracia administrativa; ya que solo se trata de aplicar reglas de ética en la gestión, las cuales no pueden ser vedadas por el mero hecho de elegir un ropaje instrumental de derecho privado.

Por ello, sin pretender agotar el tema<sup>2</sup> vamos a destacar las reglas básicas de estas empresas y sociedades del Estado, en términos genéricos, que fueron creadas por diferentes regímenes legales, lo que veremos a continuación<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Recomendamos la lectura de los artículos de Cassagne, Juan Carlos, “La extensión del régimen del contrato de obra pública a las empresas y sociedades del Estado”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 125:7, Buenos Aires, Ediciones Rap, 1989; y del mismo autor, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1999; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, Buenos Aires, p. 85 y sigs., 1989; Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 1980, pp. 240- 241; Coviello, Pedro J. J., “Los contratos de derecho privado de la Administración”, en AA VV, *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007; Mata, Ismael, “Empresa...”, *op. cit.*, p. 587; del mismo autor, “Los actos de las empresas y sociedades del Estado”, en AA VV, *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 21.

<sup>3</sup> Un punto que no vamos a abordar aquí, ya que excede el tema asignado, es si estas sociedades pueden ser creadas por ley o pueden ser creadas por decreto del Poder Ejecutivo, o en algunos casos actuales mediante la constitución de una sociedad por decisión de otras sociedades estatales preexistentes. La doctrina clásica, con el Profesor Marienhoff, esencialmente, había establecido la posibilidad de optar por una u otra variable de creación, siendo de resorte del PEN la creación de sociedades para objetos propios de la gestión de la Administración, y en ejercicio de su zona de reserva, que no es el caso de estas sociedades por cierto. Posteriormente, con el dictado de la Ley N° 25.125, se estableció que toda creación de organismo descentralizado, empresa pública financiera y no financiera, requerirá del dictado de una ley específica (Artículo 5° inciso a) de la ley). Esta prescripción legal no fue obstante tenida en cuenta con su extensión por la PTN en ocasión de dictaminar sobre la transformación de una sociedad estatal preexistente en sociedad de Estado (*Dictámenes*: 233:148).

### 1.1. Las sociedades de economía mixta

El primer régimen orgánico propio de estas organizaciones fue introducido en el año 1946 mediante el dictado del Decreto Ley N° 15.349<sup>4</sup>, el cual estableció la figura de la sociedad de economía mixta, entendidas por tales aquellas sociedades formadas por personas privadas (físicas o jurídicas) por una parte y el Estado (nacional, provincial o municipal), por la otra, que tengan como objetivo la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, fomento o desarrollo de actividades económicas.

El Artículo 2° establece: “La sociedad de economía mixta puede ser persona de derecho público o de derecho privado, según sea la finalidad que se proponga su constitución”. De esta manera, en caso de perseguir un objeto comercial, deberá adoptar alguno de los tipos societarios previstos en la Ley N° 19.550<sup>5</sup>. Destacamos también que el Estado limita su responsabilidad a sus aportes societarios (Artículo 14, primer párrafo). El mismo artículo a su vez establece que el Estado tampoco responderá por el Presidente, Directores y Síndicos nombrados por él, los cuales deberán responder por sí mismos, según lo establecido en el Código de Comercio.

El aporte estatal en estas sociedades podría ser dado mediante aporte patrimonial *stricto sensu* (dinero en efectivo, valores o títulos públicos); o mediante beneficios, privilegios o exclusividades de explotación (uso exclusivo de tecnología, concesiones, exenciones impositivas, protección fiscal, compensación de riesgos, etc.).

La presidencia, a cargo de un representante del Estado, tenía una gran presencia en las decisiones, pudiendo vetarlas cuando, por ejemplo, pudieran comprometer las conveniencias del Estado.

### 1.2. Empresas del Estado

Tres años más tarde, se sanciona la Ley N° 13.653<sup>6</sup>, la cual establece la figura de la Empresa del Estado. Dicha figura se concibe para llevar a cabo: “Las actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza, que el Estado, por razones de interés público, considere necesario desarrollar”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> BO 25-6-1946.

<sup>5</sup> Por el Art. 389 de la Ley N° 19.550, BO 25-4-1972, se dispone que las disposiciones de dicha ley –sobre sociedades comerciales– se aplicarán a las sociedades de economía mixta en cuanto no sean contrarias a las previsiones del Decreto Ley N° 15.349/1946.

<sup>6</sup> BO 28-3-1955. La Ley N° 13.653 fue modificada por la Ley N° 14.380 (t.o. 1955) y posteriormente por la Ley N° 15.023.

<sup>7</sup> Ley N° 13.653, Artículo 1°.

La ley de Empresas del Estado establece una particularidad en cuanto al régimen jurídico aplicable, distinguiendo que quedan sometidos al derecho privado los actos y contratos propios de su actividad comercial, pero en lo que atañe a sus relaciones con la Administración o al servicio público a su cargo, se entienden sometidos al derecho público.

Es interesante también el mecanismo de control que se estableció sobre estas empresas, el cual era tanto interno como externo. El Poder Ejecutivo nombraba un síndico permanente (por conducto de la Secretaría de Hacienda), el cual tenía la facultad de cuestionar actos de la empresa que entendiera implicaban “una transgresión al ordenamiento legal-financiero de aquéllas”<sup>8</sup>. Si esto ocurría, las empresas no podían dar principio de ejecución a tales actos hasta tanto se hubiera solucionado el planteo correspondiente. En cuanto al control externo, se sometía a tales figuras al control del Tribunal de Cuentas de la Nación<sup>9</sup>.

Por su parte y en materia de responsabilidad, el Artículo 8° de la ley comentada estableció: “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. Exceptúanse de la norma general que antecede los casos en que medien perjuicios derivados de la utilización de los bienes o de la prestación de los servicios como consecuencia de la gestión propia y específica de la explotación a cargo de la empresa, pero las autoridades competentes en cada entidad

<sup>8</sup> Ley N° 13.653, Artículo 3°, modif. por Ley N° 15.023 (BO 17-12-1959).

<sup>9</sup> Ley N° 13.653. Artículo 6°.- “El Tribunal de Cuentas de la Nación ejercerá el control de los organismos a que se refiere la presente ley, mediante el procedimiento de auditoría contable, en todos los aspectos relacionados con su desenvolvimiento legal, económico, financiero y patrimonial, a cuyo efecto deberá: a) Fiscalizar el desarrollo del presupuesto integral sobre la base de la correspondiente contabilidad financiera que será llevada conforme a las normas que determine el Tribunal de Cuentas; b) Verificar el movimiento y la gestión del patrimonio, así como los resultados de la explotación; y c) Observar todo acto u omisión que contravenga las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias a que deban ajustarse las empresas, así como también a los procedimientos acordados por las mismas en oposición a la técnica contable que sea de aplicación.

Las observaciones serán comunicadas por el Tribunal de Cuentas a la empresa. Si dentro de los 15 días desde la comunicación el acto o procedimiento observado no hubiera sido regularizado, el Tribunal de Cuentas pondrá en conocimiento del Poder Ejecutivo, por conducto del ministerio o secretaría jurisdiccional, los antecedentes respectivos.

Transcurridos 60 días desde la comunicación que antecede y no habiéndose expedido el Poder Ejecutivo sobre la cuestión, dentro de su competencia, el Tribunal de Cuentas procederá sin más trámite a iniciar las acciones legales que corresponda contra los responsables, de acuerdo y a los fines prescriptos por la presente ley y la ley de contabilidad”.

deberán proceder al juzgamiento interno de los hechos y a la determinación de las sanciones que correspondan como consecuencia de los daños producidos, iniciando las acciones legales que sean procedentes [...]”<sup>10</sup>.

Finalmente, estas Empresas del Estado no pueden ser declaradas en quiebra, siendo el Estado responsable del pago del pasivo no cubierto que resulte de la liquidación de la misma (Artículo 11 de la ley). A la llegada del proceso de privatizaciones iniciado en la década de los noventa, el espectro de estas empresas era variado, así que vamos a encontrar Empresas del Estado cuyo objeto se orientaba al desarrollo industrial (siderurgia, combustible); vinculadas al ámbito de la defensa (empresas militares); o a la prestación de servicios públicos (Gas del Estado, Obras Sanitarias de la Nación, Agua y Energía Eléctrica).

Esta figura ya deslinda claramente la naturaleza de los actos y contratos, entendiéndose que en todo lo relacionado con la Administración o un servicio público es materia a ser regulada por el derecho público y, por ende, a las mismas reglas se somete la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Compartimos con el Profesor Cassagne: “[...] como se trata de una empresa pública estatal, el acto o contrato nunca tendrá un régimen íntegro de derecho privado, pues la competencia del órgano o ente que lo celebre se juzgará conforme a las reglas que proporciona el derecho administrativo. Por esta razón es que se habla de acto o contrato mixto o de objeto privado, ya que este último elemento (es decir, lo que el acto dispone), si se trata de un acto unilateral en su formación, o los derechos y obligaciones de las partes (si el acto constituye un contrato), aparecerá regulado por el derecho civil o comercial”<sup>11</sup>.

Ahora bien, ¿en la práctica, está tan claramente definido este límite?

Cuando se trata del ejercicio de la competencia en manejo de fondos públicos por parte de estas sociedades para el cumplimiento del objeto comercial *strictu sensu*, ¿a qué regla debe estarse? Si estamos por los términos de la ley, ¿sería el derecho privado y, por ende, las reglas de control de fondos públicos, transparencia en contrataciones y rendición de cuentas no serían aplicables?

<sup>10</sup> Ley N° 13.653, Artículo 8°.- “[...] Independientemente de las sanciones administrativas que correspondan en relación con la naturaleza de la infracción cometida, cuya ponderación y aplicación estará a cargo del Poder Ejecutivo, por conducto del ministerio o secretaría de Estado jurisdiccional, las autoridades responsables se harán pasibles de multas de hasta cincuenta mil pesos moneda nacional m\$N. 50.000 que serán aplicadas por el Tribunal de Cuentas de la Nación y que regulará en función de la gravedad e importancia que revista el caso, ajustándose en cuanto a su cobro al procedimiento previsto por la ley de contabilidad. La determinación de la responsabilidad personal estará a cargo del Tribunal de Cuentas de la Nación, sobre la base de la relación que exista entre la competencia legal-estatutaria o reglamentaria asignada al agente y la acción u omisión que configure la transgresión. Cuando la sanción pecuniaria deba ejercerse contra dos o más responsables, su cumplimiento tendrá carácter solidario por parte de los mismos [...]”.

<sup>11</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, 6ª edición, p. 392.

### 1.3. Régimen de Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria

La Ley de Sociedades Comerciales<sup>12</sup> recibió en su articulado la figura de las Sociedades de Propiedad Estatal Mayoritaria (SAPEM), regulada en la Sección VI, Artículos 308 a 312.

El proyecto de ley, destacado por el Profesor Mata<sup>13</sup>, que me resulta interesante rescatar, expresa que la incorporación de esta figura tiene por finalidad declarada “[...] adaptar la sociedad anónima a los requerimientos propios de la actividad económica estatal [...]” a través de “[...] un sistema que permita armonizar la flexibilidad y fluidez operativa, que son características de las empresas comerciales con el adecuado control que exigen los intereses del Estado”, permitiendo “[...] el aprovechamiento de las positivas modalidades de la iniciativa privada en la conducción de la empresa, facilitando su acceso a los mercados financieros. Tan importantes objetivos actuarán, sin embargo, dentro de una estructura jurídica que garantice la participación prevalente del Estado en sus órganos de administración y control”.

Allí se establece que quedarán comprendidas en ese régimen las sociedades que “se constituyan cuando el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, o las sociedades anónimas sujetas a este régimen sean propietarios en forma individual o conjunta de acciones que representen por lo menos el 51 % del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias”<sup>14</sup>.

La SAPEM constituye, entonces, una sociedad regida fundamentalmente por el derecho privado e integra una especie de sociedad mixta al concurrir el Estado y los particulares en su participación tanto patrimonial como política<sup>15</sup>.

Algunas reglas esenciales de estas sociedades son:

1.- La decisión asamblearia está en cabeza del accionista estatal, por su mayoría accionaria; mayoría que incluso se puede blindar con mecanismos de participación estatal estatutaria, de modo de no licuar, por aumentos de capital del socio privado, su participación.

2.- Los directores por el Estado son funcionarios públicos y se rigen por las responsabilidades atinentes a aquellos.

<sup>12</sup> Ley N° 19.550, BO 25-4-1972.

<sup>13</sup> Mata, Ismael, *op. cit.*, p. 41.

<sup>14</sup> Ley N° 19.550, Artículo 308.

<sup>15</sup> Quedan a su vez comprendidas en el régimen legal específico aquellas sociedades donde la participación mayoritaria del Estado se produce con posterioridad al contrato de constitución. Para tal caso, se requerirá que una asamblea especialmente convocada a ese efecto así lo determine, y que no medie oposición de ninguno de los accionistas.

3.- Los actos y contratos son en principio sujetos al derecho privado, no obstante respecto a los primeros ha establecido tanto la PTN<sup>16</sup> como la CSJN<sup>17</sup> que proceden contra las decisiones societarias los recursos administrativos ante la Administración centralizada, generando una discusión sobre la naturaleza entonces de actos administrativos; y respecto a los contratos, la adopción de reglas de contrataciones administrativas por vía analógica o reglamentaria de la sociedad, trocando el régimen privado en público.

4.- El control interno está a cargo de la Sindicatura General de la Nación, la cual designa síndicos en la proporción correspondiente a la participación societaria.

5.- Originalmente no se sometían a las reglas de quiebras y concurso, y estaban sujetas a las reglas de liquidación de las demás sociedades estatales, hasta lo establecido por la Ley N° 24.522, que iguala el sistema para todo tipo de sociedades, sean públicas o privadas.

#### **1.4. Las Sociedades del Estado**

Las denominadas Sociedades del Estado, conforme la Ley N° 20.705<sup>18</sup> del año 1974, son aquellas constituidas por el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por la ley, con exclusión de toda participación de capitales privados<sup>19</sup>.

La ley permite, por primera vez, a través de una ficción legal, poder establecer sociedades de un solo socio, cuando este socio es el Estado. En otras palabras, se trata de sociedades anónimas con capital totalmente integrado por fondos públicos, con la prohibición incluso de transformación de tales sociedades en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, “ni admitir, bajo cualquier modalidad, la incorporación de capitales privados”<sup>20</sup>.

Al igual que otras normas que iban alejando al Estado Empresario del régimen de derecho público, la ley va a reiterar en su Artículo 6° la inaplicabilidad de las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos<sup>21</sup>.

Estas Sociedades del Estado no van a estar constituidas por acciones, sino por “certificados nominativos” que solo pueden ser negociados por personas de carácter estatal, por lo cual no pueden cotizar en bolsa y no permiten el acceso de capitales privados a futuro.

<sup>16</sup> PTN, *Dictámenes*: 166:39; 170:262.

<sup>17</sup> *Fallos*: 311:750.

<sup>18</sup> Ley N° 20.705, *BO* 26-8-1974.

<sup>19</sup> Ley N° 20.705, Artículo 1°.

<sup>20</sup> Ley N° 20.705, Artículo 3°.

<sup>21</sup> Este principio veremos que no fue interpretado de manera tan categórica por la jurisprudencia.



### 1.5. Las Sociedades Anónimas del Estado

Finalmente, como variante extrema del régimen de la Ley N° 19.550 –que vimos para las SAPEM, pero sin participación privada, al menos en el acto de creación–, vamos a encontrar las Sociedades Anónimas del Estado, las cuales se han creado ya por decreto o por ley, ya mediante escisión de otras sociedades estatales o de otros organismos, e incluso órganos del Estado.

Su objeto es asumir actividades, otrora en manos de privados o propias de estos en el mercado o en materia de servicios públicos. El Profesor Balbín<sup>22</sup> ha señalado cuatro caracteres principales de estas Sociedades Anónimas de propiedad estatal: 1) participación accionaria exclusiva del Estado, 2) patrimonio estatal, 3) el control de las sociedades por el órgano de control exclusivo y 4) la sociedad es parte de las estructuras del Poder Ejecutivo<sup>23</sup>.

Ahora bien, la adopción de esta figura, aún en su mayor estatalidad, y en un remarcado y declarado régimen de derecho privado, puede dar lugar a dudas interpretativas sobre el régimen de sus contratos y actos, en particular los primeros, lo que analizaremos en profundidad en los casos de los regímenes de las actuales empresas del Estado.

### 1.6. El Régimen de Control del Estado Empresario

Ahora bien, finalizado el comentario genérico de las formas societarias del Estado, en la evolución legislativa, debo destacar que el estudio tiene que completarse con las reglas que fueron introducidas por la Ley N° 24.156<sup>24</sup> de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, en tanto sometió a todas las sociedades y empresas estatales a su régimen de control.

<sup>22</sup> Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, 1ª edición, p. 235.

<sup>23</sup> Más recientemente, con prólogo del Profesor Balbín, el Profesor Carbajales aborda la problemática en su estudio *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal – SABIE – ¿El regreso del “Estado empresario” a través de una nueva modalidad de empresa pública? Legitimidad y límites constitucionales. Esbozo de régimen jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012 y las define como “sociedades comerciales regidas por la legislación común a todas las sociedades anónimas, pero que, además de su forma privada, tienen –de hecho– fuertes atributos de carácter público, sea en lo que se refiere a su forma de creación o a la propiedad de su capital, como a su finalidad o al control al que están sometidas”, las que denomina SABIE o Sociedades Anónimas Bajo Injerencia Estatal. La denominación SABIE, si bien impactante, no puede ser fuente de creación de derecho por su sola sinonimia, más allá de las prácticas a las cuales se las someta, por lo cual la mayor injerencia estatal nos estará poniendo nuevamente frente a las formas de gestión ya aplicadas en el pasado y que la jurisprudencia, como veremos, sometió al régimen de derecho público.

<sup>24</sup> Ley N° 24.156, BO 29-10-1992.

En efecto, el Artículo 8° de la ley citada establece el ámbito de aplicación de sus disposiciones, entendiendo por “Sector Público Nacional”:

a) La Administración nacional, conformada por la Administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social.

b) Las Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

c) Los entes públicos excluidos expresamente de la Administración nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

d) Fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

La inclusión de las Empresas y Sociedades del Estado en el inciso b), como parte del Sector Público Nacional, se complementa a su vez con otras disposiciones de la misma ley. Así, el inciso d) del Artículo 17 establece la competencia de la Oficina Nacional de Presupuesto para fijar las normas para la formulación de los presupuestos de las Empresas y Sociedades del Estado y, a su vez, la ONP debe analizar el presupuesto proyectado por las empresas y sociedades estatales para el siguiente año del ejercicio, previa aprobación del Poder Ejecutivo para la posibilidad de someterlo a la aprobación final de la asamblea societaria respectiva. Incluso la normativa establece que si la Sociedad no presenta el proyecto de presupuesto antes del plazo establecido, la ONP también está facultada para realizarlo de oficio<sup>25</sup>.

En cuanto a los sistemas de control que la Ley de Administración crea, pone bajo control de la Sindicatura General de la Nación (SiGeN) a las Empresas y Sociedades del Estado<sup>26</sup>. Lo propio hace la ley en el ámbito del control externo, a cargo de la Auditoría General de la Nación (AGN)<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Ley N° 24.156, Capítulo III “Del régimen presupuestario de Empresas Públicas, Fondos Fiduciarios y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional”, Artículos 46 a 54.

<sup>26</sup> Ley N° 24.156, Artículo 98.- “Es materia de su competencia el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica”.

<sup>27</sup> Ley N° 24.156, Artículo 117.- “Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados conta-

A su vez, es menester señalar que, a los fines del control patrimonial, conforme el Artículo 117 de la ley citada, los integrantes del Directorio de las sociedades estatales son considerados funcionarios públicos<sup>28</sup>.

## 2. ¿RÉGIMEN PÚBLICO O PRIVADO PARA LAS SOCIEDADES ESTATALES?

Analizado el marco normativo referido a las sociedades de participación estatal, cabe hacer una referencia a las características típicas de los contratos públicos para poder entender cuándo estamos en presencia de ellos, en la dinámica contractual de las sociedades estatales.

De esta manera, y en forma rápida, veremos que los principales criterios ensayados para la distinción de un contrato administrativo de otro regido por el derecho común, según la doctrina, son:

- 1) la presencia del Estado,
- 2) un objeto contractual de interés público o propio de la Administración,
- 3) la aparición de cláusulas o un régimen exorbitante de manera expresa o implícita<sup>29</sup>,
- 4) el criterio de la jurisdicción.

Como vemos no todos los criterios resultan contundentes ni autónomos *per se* para poder solucionar la discusión, ya que el Estado puede firmar contratos de objeto

---

bles financieros de la Administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos”. (Expresión “y de gestión” vetada por el Art. 2º del Decreto N° 1.957/1992, BO 29-10-1992).

<sup>28</sup> También es importante destacar el Artículo 118 de la Ley N° 24.156, que establece: “En el marco del programa de acción anual de control externo que le fijen las comisiones señaladas en el Artículo 116, la Auditoría General de la Nación tendrá las siguientes funciones: [...] j) Verificar que los órganos de la Administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos. A tal efecto, todo funcionario público con rango de ministro, secretario, subsecretario, director nacional, máxima autoridad de organismos descentralizados o integrante de directorio de empresas y sociedades del Estado, está obligado a presentar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de asumir su cargo o de la sanción de la presente ley una declaración jurada patrimonial, con arreglo a las normas y requisitos que disponga el registro, la que deberá ser actualizada anualmente y al cese de funciones”.

<sup>29</sup> Siguiendo a Balbín, podemos mencionar dentro de estas cláusulas propias y distintivas de los contratos públicos las siguientes potestades en cabeza del Estado: i) la interpretación unilateral, ii) la modificación unilateral del contrato, iii) la dirección del mismo en la ejecución, iv) la aplicación de sanciones al contratista por sus incumplimientos y v) la revocación unilateral por razones de interés público. (Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, 1ª edición).

privado; la presencia de un objeto de interés público debe estar en toda la acción estatal, incluso cuando estamos en presencia de actos o contratos de derecho privado. Por otro lado, la asignación de la jurisdicción es consecuencia de la naturaleza del régimen asignado y no al revés.

Entonces, la categoría esencial y definatoria es la presencia de cláusulas o de un régimen exorbitante del derecho privado. ¿Ello se verifica cuando así lo establezca una norma expresa? ¿Pero qué ocurre cuando tales cláusulas asisten en un contrato de una empresa cuyo régimen jurídico expresamente está a la prohibición de aplicar reglas o caracteres típicos del derecho público? ¿Tornará entonces su inclusión al contrato, *ab initio* de derecho privado, en uno de derecho público?

Esta es la cuestión más compleja a discernir y la que aparecerá en la práctica con más asiduidad.

Por ello, la definición de si estamos o no ante un contrato administrativo no puede ser dogmática, y así lo ha declarado nuestro máximo Tribunal al expresar que “si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el régimen de estos dos tipos es diferente”<sup>30</sup>.

Entonces surge el interrogante de nuevo: ¿cuándo los contratos celebrados por el Estado son de naturaleza jurídica propia del derecho público? Veamos algunas reglas de interpretación.

## 2.1. Reglas de interpretación

### (i) *Presunción de régimen de derecho administrativo*

El Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, establecido por el Decreto N° 1.023/2001<sup>31</sup>, nos indica que toda contratación de la Administración nacional *se presumirá de índole administrativa*, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que esté sometida a un régimen jurídico de derecho privado.

Esta es la primera regla a la que debería estarse, si a su vez se encuentran cláusulas de tipo exorbitantes del derecho privado, insertas en el contrato.

<sup>30</sup> CSJN, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes s/ cobro de pesos”, *Fallos*: 315:158.

<sup>31</sup> *BO* 16-8-2001.

***(ii) Aplicación de regímenes de derecho público a las Empresas y Sociedades del Estado. La evolución jurisprudencial***

Esta presunción va a tener una modulación especial, ya que no va a ser de aplicación obligatoria a las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso b) del Artículo 8º de la Ley N° 24.156<sup>32</sup>. Ahora bien, al respecto ha dicho la CSJN, en el caso “Cooperamet c/ IAPI”<sup>33</sup>: “[...] los contratos celebrados por la Administración pública y por los entes administrativos destinados a cumplir los fines de aquélla, revisten caracteres propios que los sujetan también a los principios de derecho administrativo”.

En ese caso, la CSJN entendió que la función del IAPI (Instituto Argentino de Promoción del Intercambio), en cuanto proveedor de materiales importados, “obedeció a principios de interés público, atinentes al acceso justo y controlado de aquéllos, con independencia de la conveniencia de la institución y del acierto de su gobierno”.

Sin embargo, cinco años más tarde, llegó a conocimiento de la CSJN el caso “Albano”<sup>34</sup>, en el cual abandonó el criterio anterior, por uno de carácter sustantivo o material. Allí estimó: “Aunque los trabajos encomendados al actor Transporte de Buenos Aires tendían a una finalidad de interés general, ello no basta para acordar al contrato celebrado el carácter de obra pública que se invoca a fin de limitar las obligaciones emergentes de la rescisión adoptada por la demandada en forma unilateral y sin culpa del accionante”.

La sustantividad del contrato administrativo se fundará entonces en la finalidad que el Estado persigue con la ejecución del contrato, finalidad que debe estar receptada en el régimen exorbitante regulado.

<sup>32</sup> Ley N° 24.156, BO 29-10-1992. Artículo 8º.- “Las disposiciones de esta ley serán de aplicación en todo el sector público nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración nacional, conformada por la Administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes públicos excluidos expresamente de la Administración nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus jurisdicciones o entidades” (artículo sustituido por Art. 8º de la Ley N° 25.827, BO 22-12-2003).

<sup>33</sup> CSJN, “Cooperamet c/ IAPI”, Fallos: 263:510.

<sup>34</sup> CSJN, “Albano, Horacio c/ Transportes de Buenos Aires”, Fallos: 270:446.

Este criterio es sostenido por el Profesor Cassagne: “La concepción sustantiva funda y explica integralmente todos los aspectos involucrados en la teoría del contrato administrativo, aún cuando sean diferentes las nociones que pretenden definir aquella sustantividad, el servicio público, el fin público del Estado o la función administrativa. Esta sustantividad que posee el contrato administrativo, por el hecho de llevar a cabo –por colaboración o atribución– las funciones que le atribuye la Administración para satisfacer las necesidades públicas, se proyecta al régimen jurídico que rige la vida del contrato, no solo para asegurar el cumplimiento de los fines estatales sino de un modo también fundamental, en garantía de los particulares que, por la circunstancia de vincularse contractualmente con la Administración, aparecen sometidos a las prerrogativas del poder público”<sup>35</sup>.

Sigue en esta línea la doctrina enseñada por el derecho administrativo francés, que se ha ido extendiendo a través de la labor pretoriana del Consejo de Estado. Se ha dicho, en ese contexto, que un contrato “puede tornarse administrativo por la presencia de elementos exorbitantes, ajenos a las cláusulas mismas de ese contrato, pero susceptibles de ejercer influencia directa sobre éste”<sup>36</sup>.

De esta manera, se entiende que la incorporación del régimen exorbitante puede ser a través de la adopción expresa del mismo (por ejemplo, adoptando una figura contractual tipificada, como el contrato de obra pública) o por cláusulas de tal naturaleza que se inserten en el plexo contractual.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el contrato administrativo es suscripto por una empresa estatal? ¿Se mantienen los principios destacados?

Siguiendo el criterio sentado en el párrafo anterior, vamos a decir que la naturaleza de estos contratos no se establece por una figura jurídica o definición determinada, sino por el régimen jurídico que se le asigne y la función que se pretende realizar.

Esto lleva a que los contratos que celebra la Administración no estarán totalmente regidos por el derecho privado; la doctrina coincide en que la competencia y la forma están regidas por el derecho administrativo; mientras que el objeto, por el derecho privado<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Cassagne, Juan Carlos, “La extensión del régimen del contrato de obra pública a las empresas y sociedades del Estado”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 125:7, Buenos Aires, Ediciones Rap.

<sup>36</sup> De Laubadère, André, “Las tendencias extensivas del derecho administrativo en Francia según la jurisprudencia”, *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, Vol. II, Homenaje al Profesor Doctor Rafael Bielsa, p. 183.

<sup>37</sup> Gordillo sostiene que “los contratos que celebra la Administración tienen todos un régimen en parte de derecho público, pero que no es uniforme; todos pueden ser *denominados* ‘contratos administrativos’,

En este sentido, la CSJN reconoció la naturaleza jurídica de causa contencioso administrativa a la planteada en relación con el cumplimiento y la interpretación de un contrato suscripto por una empresa estatal cuyo reglamento de contrataciones establecía prerrogativas de interés público, en tanto: “La demanda deducida por Gas del Estado, por la que se persigue el cobro de la penalidad derivada del incumplimiento en que habría incurrido la adjudicataria de la orden de compra emitida por aquella entidad, debe considerarse *prima facie* en las causas contencioso administrativas a que se refiere el Artículo 45, inc. a), de la Ley N° 13.998. Ello así, pues las estipulaciones del Reglamento de Contrataciones de Gas del Estado importan reconocer a la entidad estatal facultades más bien propias de las convenciones de derecho público que las de derecho privado, máxime teniendo en cuenta los objetivos de carácter público que cumple dicha sociedad”<sup>38</sup>.

En otro pronunciamiento simultáneo, relativo a una demanda deducida por Ferrocarriles Argentinos, que perseguía el cobro de una penalidad derivada del incumplimiento en que incurrió la adjudicataria de una orden de venta emitida por aquella entidad, la CSJN también consideró causa contencioso administrativa la sometida a su conocimiento, en virtud de las convenciones de carácter público estipuladas en el Reglamento General de Contrataciones de Ferrocarriles Argentinos<sup>39</sup>.

En el año 1973, en el caso “Livio Dante Porta S.R.L. y Cía. S.I.C. c/ Ferrocarriles Argentinos”<sup>40</sup> se discutía la naturaleza de un contrato celebrado entre la empresa del Estado Ferrocarriles Argentinos y la actora, cuyo objeto era el diseño y la provisión de locomotoras y remodelación de locomotoras existentes. El contrato había sido rescindido por F.A., habiéndose cumplido parcialmente sus obligaciones, frente a lo cual la actora interpuso la demanda por considerar arbitraria la decisión. La

---

pero no tienen igual régimen jurídico entre sí, pues existen gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público”. (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA, 2013, 1ª edición). En la misma línea se sitúa Barra (Barra, Rodolfo, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980). Por otra parte, Cassagne opina que “si en un contrato parcialmente reglado por el derecho privado se introduce una cláusula exorbitante [...] es evidente que habrá una injerencia parcial del derecho administrativo, pero su inserción no convierte de por sí a todo el contrato en administrativo”. A esta categoría de contratos el autor citado le atribuye una naturaleza de contrato mixto o privado de la Administración (Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1999). Para Coviello, esta distinción es puramente nominal y opina que hay coincidencia en que “los contratos que celebra la Administración no estarán totalmente regidos por el derecho privado” (Coviello, Pedro J. J., *op. cit.*, p. 225).

<sup>38</sup> CSJN, “Gas del Estado Sociedad del Estado c/ Lindoro I.C.S.A.”, *Fallos*: 306:328.

<sup>39</sup> CSJN, “Ferrocarriles Argentinos c/ Jorge Papadopoulos”, *Fallos*: 306:333.

<sup>40</sup> CSJN, “Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. S.I.C. S.R.L. c/ Ferrocarriles Argentinos”, *Fallos*: 286:333.

CSJN decidió que al tratarse los autos sobre un contrato de naturaleza administrativa, puede ser rescindido unilateralmente por la Administración por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, fundado en el Artículo 1638 del Código Civil<sup>41</sup>.

Posteriormente, en el fallo “Intecar S.C.A. c/ Ferrocarriles Argentinos”<sup>42</sup> se cuestionó la aplicación del Artículo 41 de la Ley Orgánica de la empresa Ferrocarriles Argentinos, el cual establecía la no aplicación de leyes administrativas.

La pretensión de la actora fue la aplicación a su contrato de provisión de zorras, de las fórmulas de ajustes de precios que establecía la Ley N° 12.910 para los contratos de obra pública. La Corte estimó que no correspondía la aplicación de ese régimen jurídico en tanto la ley orgánica establecía un “[...] régimen privado dentro del cual se prevén las correspondientes facultades de la demandada para contratar obras y servicios [...]”, por lo que no correspondía aplicar la ley de obras públicas ni tampoco su complementaria relativa a los ajustes de precios. El Máximo Tribunal concluyó entonces que “[...] era obligación de la actora el cumplimiento de la contratación por el precio invariable fijado en la orden de compra [...]”.

En el año 1983, llega al Máximo Tribunal el tratamiento de un reclamo de la firma Panedile<sup>43</sup> a Agua y Energía Eléctrica S.E., por reconocimiento de créditos de actualizaciones del precio del contrato de obra pública que habían celebrado. Allí la Corte, considerando “Que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (Art. 1198 del Código Civil), cuyos principios son también aplicables al ámbito de los contratos administrativos”, entendió que la actora debió haber obrado de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en los términos de lo pactado, atento la magnitud de la obra, los intereses en juego y las dificultades económicas, adoptando las previsiones necesarias que exigían las circunstancias. Con esos fundamentos el tribunal rechazó la demanda por todo concepto.

Tres años más tarde, en “Hotel Internacional Iguazú”<sup>44</sup>, la Corte se pronunció por la especialidad del régimen jurídico que rige a los contratos administrativos, al estimar que “en los contratos de la Administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a

<sup>41</sup> Código Civil de la Nación, Artículo 1638.- “El dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia”.

<sup>42</sup> CSJN, “Intecar S.C.A. c/ Ferrocarriles Argentinos”, *Fallos*: 301:525.

<sup>43</sup> CSJN, “Panedile Argentina SAICFI c/ Agua y Energía Eléctrica S.E.”, *Fallos*: 305:1011.

<sup>44</sup> CSJN, “Hotel Internacional Iguazú, S.A. c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 308:618.



la forma y procedimientos de contratación, entre éstos se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél, mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los ofertantes y del adjudicatario”. Por otra parte, sentó la aplicación de la regla que, en caso de duda, la interpretación de los contratos administrativos debe ser a favor del Estado, ya que en materia de franquicias o concesiones a privados, “la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es que el Estado ha acordado solo lo que en términos expresos resulte de ellos (*Fallos*: 149:218 –último considerando–)”.

A fines de la década del ochenta, en el conocido fallo “La Buenos Aires Compañía de Seguros c/ Petroquímica Bahía Blanca”<sup>45</sup>, encontramos un claro pronunciamiento de la Corte sobre la materia, al considerar en autos: “El carácter estatal de una empresa, aún parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno, basado en la responsabilidad de la autoridad pública, una de cuyas consecuencias es la publicidad de sus actos para aguzar el control de la comunidad”. A su vez, indicó el alcance al Artículo 1º de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549<sup>46</sup>, al establecer: “Al referirse el Artículo 1º de la Ley N° 19.549 (Adla, XXII-B, 1752) la Administración descentralizada no descarta la inclusión en este concepto de empresas de propiedad estatal cuyas normas de creación disponen la aplicación preferente del derecho privado”. Para arribar a esta conclusión, el Procurador General (cuyo dictamen hizo propio la Corte) se basó en la reforma introducida por la Ley N° 21.686, la que sustituyó, entre otros, el Artículo 32 de la primera, excluyendo el requisito del reclamo administrativo previo para las demandas dirigidas a diversos entes, siendo uno de los citados en el inc. f) la “sociedad anónima con participación estatal mayoritaria”. El fallo decidió que la negativa a otorgar vista de las actuaciones por parte de una sociedad anónima con participación estatal, como lo era la demandada, constituía un acto ilegítimo, que vulnera derechos constitucionales.

<sup>45</sup> CSJN, “La Buenos Aires Compañía de Seguros c/ Petroquímica Bahía Blanca”, *Fallos*: 311:750.

<sup>46</sup> Ley N° 19.549, *BO* 27-4-1992. Artículo 1º. - “Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos [...]”.

Finalmente, arribamos en este recorrido histórico de la doctrina del precedente al fallo “Cinplast”<sup>47</sup>, en el cual se le reclamaba a ENTEL el pago de sumas adeudadas en un contrato de suministro.

La Corte estimó que se presumen regidos en los principios de derecho administrativo los contratos en que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado, retomando así lo decidido en el fallo “Dulcamara”<sup>48</sup>, justificando de esta manera el uso de la potestad de rescisión y rechazando en consecuencia el reclamo.

Es de destacar también la doctrina que sobre el tema ha expedido la Procuración del Tesoro. En oportunidad de definir el alcance de las facultades de Lotería Nacional Sociedad del Estado para contratar abogados para realizar tareas de asesoramiento, conforme dictamen del 13 de mayo de 2002, la PTN dictaminó: “Lotería Nacional es una Sociedad del Estado, de capital íntegramente estatal, que funciona en jurisdicción del Ministerio de Desarrollo Social y que, como tal, constituye una especie de descentralización, entendiéndola a ésta como la forma de hacer efectiva la actividad de la Administración pública a través de un ente separado de la Administración central, con personalidad jurídica propia y constituido por órganos también propios que expresan la voluntad de ese ente”<sup>49</sup>.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a la citada entidad, la PTN estableció: “[...] si bien estas sociedades se encuentran regladas en su funcionamiento por la Ley de Sociedades N° 19.550 (v. Art. 1° del Estatuto Social), también les resultan de aplicación ciertas normas del derecho público”<sup>50</sup>. Para así decidir, entendió: “[...] aún con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado, y cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad”<sup>51</sup>. A su vez, también tomó en cuenta el Artículo 4° del Decreto N° 1.883/1991<sup>52</sup>, modificatorio del Reglamento de Procedimientos aprobado por el Decreto N° 1.759/1972, el cual habilitó un recurso de alzada contra los actos administrativos definitivos o asimi-

<sup>47</sup> CSJN, “Cinplast IAPSA c/ ENTEL s/ ordinario”, sentencia del 2 de marzo de 1993.

<sup>48</sup> CSJN, “Dulcamara S.A. c/ ENTEL s/ cobro de pesos”, Fallos: 312:146.

<sup>49</sup> *Dictámenes*: 241:242.

<sup>50</sup> *Dictámenes*: 241:242.

<sup>51</sup> *Dictámenes*: 241:242; 219:145.

<sup>52</sup> *BO* 24-4-1991.

lables que emanaren del órgano superior de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional, cuando dichos actos no resulten inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión<sup>53</sup>.

Posteriormente, en el año 2007, la Procuración del Tesoro de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema, al entender en el proyecto de un decreto que instruíra al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a adoptar los recaudos necesarios en la contratación tipo llave en mano de unidades generadoras de energía, a través de ENARSA (Energía Argentina Sociedad Anónima, de propiedad estatal), procurando que esta se ajuste a las normas, procedimientos y controles previstos en la Ley N° 13.064. La Procuración resolvió, tras examinar el Estatuto de ENARSA y la Ley de Obras Públicas: “Como consecuencia de las disposiciones examinadas, cabe concluir que ENARSA cuenta con capacidad para asumir la tarea de concretar la contratación que se le encomienda. Asimismo, siendo el MINPLAN quien representa al Estado nacional en el seno de dicha sociedad, en carácter de accionista mayoritario, nada cabe observar a la instrucción que se le imparte. Y tampoco encuentro escollo jurídico en que el Poder Ejecutivo delegue en ENARSA la concreción de las obras destinadas a adquirir e instalar ‘llave en mano’ las siete unidades turbogeneradoras a que se refiere la iniciativa, con fundamento en la atribución contenida en el Artículo 2° de la Ley de Obras Públicas. Por último, encuentro adecuado que a los efectos de llevar a cabo la contratación de que se trata se apliquen las disposiciones, los procedimientos y controles previstos en la Ley N° 13.064”<sup>54</sup>.

Ahora bien, ¿qué sucede con el régimen jurídico aplicable a las nuevas sociedades anónimas de propiedad estatal, donde *ab initio* el régimen se declara íntegramente privado? ¿Existe acaso alguna morigeración de la clara doctrina sentada por la CSJN?

Dice el Profesor Balbín –en forma conteste con el Profesor Bianchi– que “si bien en el caso de las sociedades anónimas de propiedad estatal el interés público es alcanzado mediante objetos privados y reglas propias de derecho privado, tras éstos existe un claro interés colectivo que es contenido y explicitado por el derecho público. Así cuando el legislador dice cuál es el régimen aplicable en términos parciales, éste debe completarse con el derecho público en razón del sujeto (Estado) y el fin colectivo de las sociedades (interés colectivo)”<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Decreto N° 1.883/1991. Artículo 4°.- “Los actos administrativos definitivos o asimilables que emanaren del órgano superior de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional serán recurribles mediante recurso de alzada previsto en el Artículo 94 del régimen aprobado por Decreto N° 1.759 de fecha 3 de abril de 1972. Este recurso no procederá contra los actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión”.

<sup>54</sup> *Dictámenes*: 262:198.

<sup>55</sup> Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, 1ª edición, p. 237. En igual sentido, Bianchi, Alberto, “Anotaciones sobre los conceptos de Administración pública y función administrativa”, *ED*, 128-266.

Este régimen entonces se integra con:

- 1) La norma de creación y el estatuto social, que es siempre de derecho público;
- 2) La Ley de Sociedades Comerciales, en lo que es aplicable al giro de la sociedad que será predominantemente de derecho privado a excepción de las relaciones de los directores estatales con la Administración centralizada a título de funcionario público;
- 3) El régimen de contrataciones de la empresa, que será privado, siempre y cuando no se incluyan reglas de derecho público en materia de ejecución y control de la contratación;
- 4) Las normas de derecho público aplicables a la formación de la voluntad administrativa en materia de selección de un sujeto privado, transparencia de las decisiones y control de fondos públicos;
- 5) El derecho público y sus principios para la resolución de dudas y conflictos, cuando se trate de actos o contratos sujetos a regímenes o cláusulas exorbitantes del derecho privado.

Y entonces, los contratos de empresas públicas, ya sociedades anónimas del Estado, SAPEM, SEM o SE, serán *prima facie* contratos mixtos, debiéndose estar a su naturaleza pública en relación a las reglas procedimentales de transparencia en el manejo del erario público, ya directa o indirectamente estatal (tarifas, por ejemplo) y de naturaleza privada respecto a la sustantividad del contrato de que se trate.

Por otra parte, se teñirán de públicos si en su concepción sustantiva no se respeta a ultranza la vigencia efectiva de las reglas de derecho privado, aún cuando existan grabadas en letras de molde –ya en sus estatutos o incluso en sus normas de creación–, la aplicación exclusiva del régimen de derecho privado e incluso se prohíba la aplicación de regímenes de derecho público.

### **3. EL NUEVO ESTADO EMPRESARIO: LOS CASOS YPF, ENARSA, ADIF Y AEROLÍNEAS ARGENTINAS**

Como una nueva ola, frente a las privatizaciones de los noventa, se levanta desde el año 2002 la variable de estatización de las actividades de alto impacto en la sociedad, ya en aras de sostener la continuidad del servicio o simplemente garantizar su supervivencia, luego de la crisis del año 2002 y el fracaso del sector empresario que se incorporó en los servicios y actividades otrora en manos del Estado.

Por ello, vamos a comentar algunas de las empresas estatales que actualmente desempeñan un rol preponderante en el giro de la actividad comercial o de los servicios públicos<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Entre otras empresas estatales actualmente en funcionamiento, podemos mencionar a Agua y Saneamientos Argentinos S.A. – AySA, Casa de la Moneda S.E., Banco de la Nación Argentina S.A., Banco Hipotecario S.A., Correo Oficial de la República Argentina S.A., Dioxitek S.A., Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. – ARSAT, Lotería Nacional S.E., Nucleoeléctrica Argentina S.A., Operadora Ferroviaria S.E. - SOF, Télam S.E., Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio - YMAD, etc.

### 3.1. Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF)

YPF es la principal productora de hidrocarburos del país; supera el 35 % de participación en el mercado nacional. Por lo demás, no solo ocupa un lugar preponderante en la industria local, sino también en el corazón de muchos argentinos debido a sus más de noventa años de historia.

Habiendo nacido estatal<sup>57</sup>, fue parte del acervo sujeto a privatización de los años noventa, hasta que recientemente, por imperio de la Ley de Soberanía Hidrocarburífera<sup>58</sup>, se procede a recuperar la hacienda productiva como parte del acervo público.

<sup>57</sup> Yacimientos Petrolíferos Fiscales fue fundada como empresa estatal el 3 de junio de 1922. La primera etapa de la empresa fue marcada por la conducción del general e ingeniero, Enrique Mosconi, quien ocupó la dirección de YPF entre 1922 y 1930, e impulsó la idea de: “La propiedad del subsuelo es un derecho inalienable del país”, dedicando grandes esfuerzos para incrementar la exploración y desarrollo de la extracción de petróleo. De acuerdo con la doctrina del general Mosconi y de Hipólito Yrigoyen, la empresa tuvo el monopolio legal del petróleo durante toda su existencia como empresa del Estado. A partir de la década del treinta, los grandes saltos productivos se dieron en el marco de procesos de desregulación y de incentivo a la mayor participación del sector privado en el negocio del petróleo. En 1947, el presidente Juan Domingo Perón aplica una política desarrollista y nacionalista en YPF. Entre 1940 y 1970 la producción se multiplica siete veces y la de gas, catorce veces. Pese a su postura, en 1955, Perón firma un contrato con la empresa Standard Oil de California para explorar petróleo, pero luego de su derrocamiento el contrato no se cumple. En 1958, el presidente Arturo Frondizi, quien apoyaba el monopolio estatal, inicia un programa de inversiones privadas para extraer crudo para lograr autoabastecimiento. En 1963, el presidente Arturo Illia anula los contratos petroleros por considerarlos lesivos. Durante la última dictadura militar, que desindustrializó el país, predominó el desmantelamiento expreso de YPF a fin de garantizar el costoso endeudamiento externo. Una empresa exhausta, pero todavía potencialmente pródiga, quedaba como última joya de la corona cuando el gobierno de los noventa optó por obviar la importancia económica y estratégica de este recurso natural y no renovable permitiendo la privatización primero y su extranjerización después. La última dictadura dejó sumida a la empresa en una crisis financiera. Como la mayoría de las empresas públicas argentinas, durante el gobierno de Carlos Saúl Menem, YPF fue privatizada. Entre 1989 y 1992 se llevaron a cabo las principales reformas, cuyo primer paso fue el cambio de tipo societario de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (que era una Sociedad del Estado) para convertirse en una Sociedad Anónima (YPF S.A.). En 1998, el sector privado poseía casi el 75 % de las acciones, aunque el Estado mantenía la acción de oro. Finalmente, en 1999, se culminó la privatización al venderse el último 24 % de acciones estatales y provinciales a la española Repsol por un valor de 9.000 millones de dólares. Repsol compró en el mismo año otro 73 % de acciones que pertenecían al sector privado. Poseía el 46 % del mercado de combustibles. En diciembre de 2007, el Grupo Petersen, un conglomerado argentino de empresas al mando de Enrique Eskenazi, compró parte de YPF S.A. y el 4 de mayo de 2011 aumentó su participación accionaria en la compañía. Por bajas inversiones y productividad, YPF perdió concesiones en seis provincias por el 19 % de su producción nacional. El 16 de abril de 2012, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner envió un proyecto de ley al Congreso Nacional para expropiar las acciones de YPF, equivalentes al 51 % de su capital social. A su vez, a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU), dispuso la intervención de la empresa Repsol YPF y declaró de interés público nacional la exploración de hidrocarburos, con el objetivo de lograr autoabastecimiento. La Ley N° 26.741, sancionada el 3 de mayo de 2012 por abrumadora mayoría, declara también de “interés nacional” la recuperación del autoabastecimiento energético.

<sup>58</sup> BO 7-5-2012.

En relación al tema que nos ocupa, el Artículo 15 de la ley citada establece que, para el desarrollo de su actividad, YPF opera conforme el “Capítulo II, Sección V, de la Ley N° 19.550 y normas concordantes, no siéndoles aplicables legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación”.

El artículo se completa con lo previsto en el apartado XI del Artículo 17 de su Estatuto Social<sup>59</sup>, el que establece la facultad del Directorio para “Aprobar el régimen de contrataciones de la sociedad, el que asegurará la concurrencia de oferentes, transparencia y publicidad de procedimientos”.

De lo expuesto resulta que el régimen jurídico ha adoptado la necesaria aplicación de reglas adjetivas –diremos *prima facie* propias del derecho público– que garanticen la debida aplicación de los fondos públicos y éstas son la transparencia y publicidad de los procedimientos de contrataciones.

Debo destacar que he dicho *prima facie* de derecho público, porque las reglas citadas no son patrimonio exclusivo de la función pública, desde que se trata de pautas que hacen a la moralidad de la contratación, aún cuando se trate de fondos privados; son reglas que desde los casos más resonantes de fraude privado han empezado a ser exigidas en el manejo de los fondos de las empresas de particulares.

Ahora bien, cuando en una empresa pública sujeta a nuestro ordenamiento, se hace referencia a estas reglas, ¿es dable sostener que las modalidades de selección pueden ser de libre albedrío para la empresa? ¿O debe sujetarse a las reglas de derecho público? Y en este segundo caso, ¿pueden ser aplicadas adaptándose al mercado de destino, de modo de no frustrar el cumplimiento del objeto societario?

Entendemos que es viable la segunda de las alternativas, ya que estas sociedades se han creado sujetándose sus actos al derecho privado, en el entendimiento de que el giro del negocio –ahora a cargo del Estado– imprime la aplicación de estas reglas para una mejor competencia.

Ahora ello no alcanza para derogar las reglas *ius publicistas* que rigen en materia de formación de la voluntad administrativa de los funcionarios actuantes, en contrataciones que se efectúen, debiendo cumplir con los principios de transparencia y publicidad que recepta el propio Estatuto Social, en su Artículo 17 ya citado<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Aprobado por Decreto N° 1.106/1993.

<sup>60</sup> Reglas que también van a regir la materia presupuestaria de la empresa, conforme el régimen de control de la Ley N° 24.156 ya comentada.

### 3.2. ENARSA

La empresa Energía Argentina Sociedad Anónima fue creada por la Ley N° 25.943<sup>61</sup> dentro del régimen de la sociedad anónima, regulada en la Ley N° 19.550. El objeto de la sociedad, establecido en el Artículo 1° de la ley, es el de “llevar a cabo por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros, el estudio, exploración y explotación de los Yacimientos de Hidrocarburos sólidos, líquidos y/o gaseosos, el transporte, el almacenaje, la distribución, la comercialización e industrialización de estos productos y sus derivados directos e indirectos, así como de la prestación del servicio público de transporte y distribución de gas natural, a cuyo efecto podrá elaborarlos, procesarlos, refinarlos, comprarlos, venderlos, permutarlos, importarlos o exportarlos y realizar cualquier otra operación complementaria de su actividad industrial y comercial o que resulte necesaria para facilitar la consecución de su objeto”.

Asimismo, “la sociedad podrá por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros, generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica. La sociedad podrá realizar actividades de comercio vinculadas con bienes energéticos y desarrollar cualquiera de las actividades previstas en su objeto, tanto en el país como en el extranjero”.

El Artículo 2° de la ley establece que ENARSA es la titular de los permisos de exploración y de las concesiones de explotación sobre la totalidad de las áreas marítimas nacionales que no se encuentran sujetas a tales permisos o concesiones a la fecha de entrada en vigencia de la ley.

A su vez, en el párrafo segundo del mencionado artículo se establece que la empresa deberá “observar mecanismos de transparencia y competencia que respeten lo establecido en la ley de hidrocarburos” en los procesos de asociación que realice.

Entendemos que este principio se extiende a toda contratación que realice la sociedad en tanto el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos fue declarado de interés público y nacional por la Ley N° 26.741.

El Artículo 4° de la ley que comentamos le va a otorgar a ENARSA facultades de intervención en el mercado a fines de evitar “situaciones de abuso de posición dominante originadas en la conformación de monopolios u oligopolios”<sup>62</sup>. La facultad de intervenir en los mercados es propia del poder de policía regulador del Estado, poder que, conforme esta previsión, el Estado podrá ejercer a través de esta sociedad.

<sup>61</sup> BO 3-11-2004.

<sup>62</sup> Ley N° 25.943. Artículo 4°.- “Energía Argentina Sociedad Anónima podrá intervenir en el mercado a efectos de evitar situaciones de abuso de posición dominante originadas en la conformación de monopolios u oligopolios. En su actuación observará las políticas del Estado nacional y bajo ningún procedimiento las modificaciones estatutarias podrán dejar a éste en situación minoritaria”.

Ahora bien, si analizamos los pliegos de contrataciones de ENARSA advertiremos que se aplican los siguientes principios:

- Cumplimiento con la Ley de Compra Argentino<sup>63</sup>;
- Para ser oferente se requiere certificado fiscal para contratar con la Administración pública nacional;
- Necesidad de asociarse con una persona física o jurídica de la República Argentina en caso de ser oferente extranjero, etc.

Estas reglas son típicas reglas adjetivas de derecho público que hacen a la garantía de transparencia en las contrataciones y de defensa del contrato nacional. Por sí solas no implican que el régimen de derecho privado adoptado se tiña de derecho público, si no se incorporan otras reglas exorbitantes del derecho común, como pueden ser las potestades típicas del derecho público, como por ejemplo rescisión por sí y ante sí.

### **3.3. Administración de Infraestructura Ferroviaria Sociedad del Estado - ADIF S.E.**

Nos referiremos ahora a la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (ADIF S.E.), creada junto a la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOF S.E.), por la Ley N° 26.352<sup>64</sup> y bajo la figura de las Sociedades del Estado establecidas por la Ley N° 20.705, que adopta un sistema societario que remite a las disposiciones de la Ley N° 19.550, con algunas excepciones<sup>65</sup>.

En particular, la remisión a la Ley N° 20.705 tiene como objeto someter a la ficción legal de creación de una sociedad de un solo socio, el Estado, una empresa que va a tener por objeto “[...] actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos [...]” en el giro de los negocios ordinarios del mercado, como un agente más, y sometido al régimen común, sin prerrogativas propias del poder público. En consecuencia, el Artículo 6° de la ley citada va a establecer expresamente que “no serán de aplicación a las Sociedades del Estado las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos”.

Volviendo entonces a ADIF, se le asigna como objeto social “la administración ferroviaria actual, la que se construya en el futuro, su mantenimiento y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes”<sup>66</sup> y la actividad se regirá por las normas del derecho común.

<sup>63</sup> Ley N° 25.551.

<sup>64</sup> BO 27-3-2008.

<sup>65</sup> Ver *supra*, I. Marco Normativo.

<sup>66</sup> Ley N° 26.352, Artículo 2°.



Ahora bien, el Artículo 5º de la citada ley establece una regla de importante impacto, en tanto establece que “en el ejercicio de sus funciones, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado deberá tener en cuenta la garantía del interés público, la satisfacción de las necesidades sociales, la seguridad de los usuarios y la eficacia global del sistema ferroviario. Asimismo, adoptará los procedimientos pertinentes que aseguren la transparencia de su gestión”.

De este modo, se introducen tímidamente algunas pautas que nos darán una idea de la posible existencia de contratos que no sean regidos por el derecho común, ya porque el interés público imponga la introducción de reglas de derecho público; o bien cuando se trata de etapas procedimentales de formación de la voluntad contractual, las cuales deberán garantizar la vigencia efectiva del principio de transparencia.

El Artículo 13 de la misma ley ratifica el criterio anterior al establecer que las empresas “[...] deberán garantizar la transparencia en la toma de decisiones, la efectividad de los controles y promover mecanismos de participación de los diversos sectores de la actividad y de la sociedad”.

La normativa comentada debe ser complementada por el régimen de contrataciones adoptado por ADIF, del cual podemos destacar las siguientes características:

- Se establece un procedimiento reglado para obtener la compra de bienes, obras o servicios, la locación o alquileres de inmuebles, introduciéndose incluso la obligación de contar con manuales de gestión a aplicar por los cuadros de la sociedad.

- Las contrataciones podrán ser ampliadas o disminuidas, unilaterales por ADIF, en hasta un 30 % del monto y/o plazo del contrato u orden de compra que se emita. Por encima de esos porcentajes solo será posible una nueva consulta de precios, salvo que se trate de contrataciones menores.

- Se establece la responsabilidad legal –de todos los que intervienen en la contratación, cualquiera sea el cargo– de conformar sus actos a las normas aplicables, así como el cumplimiento de las reglas de ética y anticorrupción.

- Obliga a adoptar sistemas de transparencia, siendo más abierto el sistema de selección en cuanto mayor sea el monto de la futura contratación, de modo de garantizar la mayor concurrencia de oferentes. La contratación directa es de carácter excepcional.

- Establece la necesidad de justificar cada procedimiento de contratación y fundarlo debidamente, como presupuesto básico de inicio de un trámite.

- Los plazos del procedimiento licitatorio son abreviados de modo de garantizar la eficacia para la adquisición de bienes y servicios.

- Este régimen debe ser aplicado a las asociaciones público-privadas que pueda concretar ADIF, atento que deberán tutelarse las reglas de transparencia, concurrencia e igualdad, en la selección del socio particular y el procedimiento de contratación<sup>67</sup>.

En síntesis, el sistema adoptado por la ADIF es *prima facie* un sistema de derecho privado, que ha introducido reglas de transparencia para garantizar la eficacia en los procedimientos de selección del contratante de esa sociedad y asegurar el cumplimiento de reglas de éticas y anticorrupción.

Esto ya no será privativo del derecho público o privado, ya que son reglas que se imponen en la evolución del derecho y la economía en general.

### 3.4. Aerolíneas Argentinas

Para garantizar la continuidad de un servicio que era una insignia para la República Argentina y que, luego de su privatización en los años noventa, entró en un cono de penumbra con déficit en gestión y pérdida de tráfico por falta de clientes, el Estado nacional decide, primero, el “rescate” de las acciones de las empresas Aerolíneas Argentinas<sup>68</sup>, Austral y demás empresas controladas por aquella, mediante la Ley N° 26.412,

<sup>67</sup> Ello conforme la debida interpretación que debe darse al Artículo 4° del Estatuto Social de la empresa aprobado por Decreto N° 752/2008, que establece la facultad de la ADIF de “asociarse con terceros”, pero ello no podrá ser legítimo, sin justificar el procedimiento de formación de la voluntad administrativa, de modo de garantizar los derechos y valores en juego. Cabe destacar que en igual sentido el Artículo 8° de la Ley N° 26.352 le atribuye idéntica potestad a la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado.

<sup>68</sup> Aerolíneas Argentinas fue creada como Empresa del Estado por Decreto N° 26.099 del 7 de diciembre de 1950, en calidad de continuadora de la actividad que hasta entonces desarrollaba la Gerencia General de Aerolíneas Argentinas. Llegó a cubrir el 50 % del transporte aerocomercial a nivel nacional, siendo una destacada empresa en su rubro por su eficiente organización y la calidad de sus servicios. Posteriormente, en el año 1979 la empresa fue convertida en Sociedad del Estado regida por Ley N° 20.705, mediante Decreto N° 808 del 9 de abril de 1979. Bajo esta nueva forma social, obtuvo la concesión del servicio aéreo de pasajeros, correo y carga, instrumentado a través de Decreto N° 612/1989. Luego de la sanción de la Ley N° 23.696 que imponía la privatización de los servicios públicos, se dicta el Decreto N° 1.591/1989, por el cual se dispuso la privatización parcial y su transformación en Sociedad Anónima. El Consorcio Iberia Líneas Aéreas de España S.A. - Cielos del Sur S.A. resultó adjudicatario del paquete mayoritario de la empresa. El Estado Nacional renunció a su derecho de veto en las reuniones de Directorio, lo que implicó la pérdida de control sobre la empresa, la cual entró en crisis y entró en concurso preventivo de acreedores. A fines de 2001, la empresa Marsans S.A. tomó control de la compañía, pero aquello no se tradujo en mejoras de las condiciones en las que se prestaba el servicio. El 17 de julio de 2008 se suscribe un Acta Acuerdo sujeta a aprobación del Congreso Nacional por la cual se pactó la compra de las acciones por el Estado Nacional, a fin de asegurar la continuidad, regularidad y obligatoriedad del servicio así como el resguardo de las fuentes laborales y de los bienes sujetos a la actividad. El 3 de septiembre de ese año se sanciona la Ley N° 26.412, la cual procede al rescate de la sociedad a través de la compra de acciones. La ley pone a cargo del Tribunal de Tasaciones de la Nación la valua-

para luego, ante el saldo negativo del valor de las acciones y el desvalijamiento del parque aeronáutico, el Congreso de la Nación, por conducto de Ley N° 26.466, resolvió estatizar la empresa, mediante la expropiación de sus acciones<sup>69</sup>.

Nuevamente vamos a advertir en esta empresa, otrora en manos del sector privado pero que satisfacía un servicio público, la adopción de un régimen de derecho privado, con notas típicas de derecho público en relación a las garantías de transparencia y control del acervo del Estado y defensa de los derechos de los usuarios del sistema.

Así el Artículo 8° de la Ley N° 26.412 establece, en consecuencia, para garantizar la transparencia del proceso de adquisición primigenio, la activa participación de la Auditoría General de la Nación, visión clara del rol de tutela de la cuestión pública imbricada en la materia. Por su parte el Artículo 9° de la ley citada establecerá una impronta estatal de vocación a futuro, y es la imposibilidad de pérdida del control societario que ahora quedará en manos del Estado, diciendo: “En ningún caso el Estado nacional cederá la mayoría accionaria de la sociedad, la capacidad de decisión estratégica y el derecho de veto en las decisiones de la misma”.

El giro de la empresa es entonces *prima facie* de neto corte privatista, de modo de no afectar la eficiencia de su gestión con trabas burocráticas propias del sistema de derecho público, pero deberá tenerse en cuenta que la presencia marcada del interés público, el servicio público a satisfacer y la reglas de transparencia, ética y anticorrupción en ejercicio de la función encomendada a los ahora funcionarios públicos designados al efecto de desarrollar las acciones de la compañía no deberían estar exentos de las garantías adjetivas aplicables y que se han detallado en los demás casos<sup>70</sup>.

---

ción de Aerolíneas y sus empresas controladas, y sujeto a posterior aprobación del Congreso. Se previó además que en ningún caso el Estado Nacional cederá la mayoría accionaria de la sociedad, así como tampoco su capacidad de decisión estratégica y el derecho de veto. A fines de 2008, el Tribunal establece que el valor de Aerolíneas era negativo por casi 3 millones de pesos. Así las cosas, Marsans rechaza la compra de las acciones. Frente a la imposibilidad de realizar una transacción, es que a través de la Ley N° 26.466 el 17 de diciembre de 2008 se declaran sujetas a expropiación las acciones de la compañía.

<sup>69</sup> Ley N° 26.412, BO 22-9-2008. Artículo 1°.- “Para garantizar el servicio público de transporte aerocomercial de pasajeros, correo y carga, el Estado nacional procederá al rescate de las empresas Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S.A. y de sus empresas controladas (Optar S.A., Jet Paq S.A., Aerohandling S.A.) por compra de sus acciones societarias”. Dicha previsión fue instrumentada mediante Ley N° 24.466, sancionada el 17 de diciembre de 2008, que declaró de utilidad pública y sujeta a expropiación las acciones de las empresas. Para garantizar la continuidad y seguridad del servicio público, el Estado ejerce los derechos correspondientes a dichas acciones desde la vigencia de esta ley.

<sup>70</sup> Al respecto se destaca que el Estatuto de la Sociedad es el mismo pergeñado en los años noventa y no contiene normas más *aggiornadas* en materia de control de fondos, transparencia en contrataciones y reglas que hacen a la satisfacción de las necesidades de los usuarios, las cuales no por estar ausentes resultan inaplicables, sino que todo lo contrario, pero una regulación actualizada podría aventar dislates jurídicos.

**4. DERECHO PÚBLICO O DERECHO PRIVADO: REGLAS PARA UN RÉGIMEN DE INTERPRETACIÓN ESTABLE EN MATERIA DE CONTRATOS DE EMPRESAS DEL ESTADO**

De lo hasta aquí expuesto, podemos advertir que el régimen jurídico de las contrataciones de las empresas públicas que presenta nuestro país es absolutamente casuístico; advirtiéndose una tendencia marcada a la declaración genérica de aplicación de reglas de derecho privado, para luego advertir una presencia ineludible de reglas de control de transparencia, ética y anticorrupción, que siguen al funcionario público que se desempeña en estas sociedades; reglas que imponen procedimientos comunes al sistema de derecho público y que tienen como acreedor principal al contribuyente y/o usuario que sostiene estas actividades de interés general.

Como dicen García de Enterría y Fernández<sup>71</sup>, la Administración puede en ciertos casos optar por la aplicación del derecho privado “[...] siempre que no actúe en su ‘giro o tráfico específico’ y cuando el objeto del contrato no es la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos, la consultoría o asistencia y la prestación de ciertos servicios [...] pero la Administración es una organización pública cuyo proceso de voluntad se rige por un procedimiento (público) tasado”<sup>72</sup>.

Y esta regla que es para la Administración, ¿puede ser tan fácilmente dejada de lado por la adopción de un ropaje de derecho privado? ¿Entonces por ello no importará ahora con quién y qué se contrata, o a qué valores?

Obviamente no, ya que como dicen los autores citados, todo esto supone que antes de llegar al contrato y su contenido, por muy privado que este sea, hay que pasar por una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de inequívoco carácter administrativo y rigurosamente regulado por el derecho administrativo: decisión de contratar, autorización del gasto, convocatoria a una licitación pública, adjudicación del contrato, etc.

Por ende, las reglas de derecho administrativo van a ser aplicables a los denominados contratos privados de las empresas públicas, ya que el crecimiento de la aplicación de las normas de derecho privado por establecimiento estatal arropados por formas societarias del derecho común producen un ensanchamiento de lo público, más que su reducción<sup>73</sup>.

En la misma línea, Setuáin Mendía<sup>74</sup> expresa, en relación a la configuración del ADIF español como empresa pública, que este fenómeno, el de la constitución de la

<sup>71</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Thompson - Civitas - La Ley, 2006, 1ª edición, p. 61.

<sup>72</sup> *Op. cit.*, p. 62.

<sup>73</sup> Ver asimismo García de Enterría y Fernández, en *op. cit.*, pp. 701/702.

<sup>74</sup> Setuáin Mendía, Beatriz, *La administración de infraestructuras en el derecho ferroviario español: el régimen jurídico de ADIF*, Madrid, España, Iustel, 2009, 1ª edición, p. 113 y sigs.

nueva entidad<sup>75</sup>, aunque parezca llamativo, no es novedoso; y se funda en la adopción –por pretendidas razones de eficacia– de reglas de derecho privado, mucho más flexible que el rígido ordenamiento jurídico-administrativo y sus exigencias garantistas.

Ahora bien, destaca la autora y comparto que, en ningún caso, puede autorizar a los poderes públicos a liberarse, en gran medida, de los controles y rigideces propios del ordenamiento administrativo que se imponen por el funcionario público que desempeña funciones en aquellas haciendas públicas productivas. Porque será el ámbito del mercado más proclive a las formas de derecho privado, pero la autonomía de la voluntad no rige en el caso y el funcionario deberá dar cuenta de sus acciones, que deben satisfacer siempre el interés general. Y en esto se imponen las reglas del derecho administrativo.

Por ello, en todos los casos la actuación de estas entidades debe sujetarse, en parte, a reglas de derecho público, por “[...] la existencia de unos principios constitucionales a los que debe acomodarse siempre la actuación de los poderes públicos y que les deben ser exigidos en todo momento: la interdicción de la arbitrariedad, objetividad, imparcialidad, igualdad ante la ley, publicidad, transparencia, participación de los interesados en la adopción de decisiones administrativas, etcétera”<sup>76</sup>.

Las reglas que vamos a ver entonces tratan de reconducir este suceso de huida del derecho administrativo a límites precisos, ya que este fenómeno “[...] solo tiene sentido con carácter residual, para adaptarse a las peculiaridades de gestión de algunos servicios, funciones o actividades. En absoluto puede servir de coartada para una actuación jurídico-privada por los entes públicos distorsionando instituciones [...]”<sup>77</sup>.

En España el fenómeno ha sido ordenado mediante la regulación legislativa, dictada a instancias de las directivas de la Unión Europea<sup>78</sup>. Así, mediante el Real

<sup>75</sup> Esta concepción viene acompañada de las formas conocidas ya como “huida del derecho público”, que en la práctica implica la retirada de la aplicación de ciertas formas del derecho público por parte de organizaciones que no están en manos de privados, sino de funcionarios públicos o estatales. En otras palabras, ha dicho Martín Retortillo Baquer que son formas de privatización de la actividad administrativa y deben estar sujetas a precisos límites. Ver del autor citado, “Sentido y formas de la privatización de la Administración pública”, *Revista Andaluza de la Administración Pública*, Nº 39, España, 2000.

<sup>76</sup> *Op. cit.*, p. 120.

<sup>77</sup> Morillo Velarde Pérez, J. L., “La huida del derecho administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones”, en AA VV *Administración instrumental. Homenaje a Clavero Arévalo*, Madrid, Civitas, 1994, p. 1005.

<sup>78</sup> En efecto, España fue condenada en diversas oportunidades por eludir la aplicación de las normas comunitarias por parte de las empresas públicas. Así, por ejemplo, la sentencia “Comisión c/ España”, del año 2003, condena a España, por incumplir el derecho comunitario al excluir a las sociedades del derecho privado creadas por la Administración del cumplimiento de los principios de libre circulación. Al respecto se estableció que cuando de empresas estatales se trata el ropaje de derecho público o privado no permite eludir los controles comunitarios (Directiva 93/37 CEE).

Decreto N° 3/2011<sup>79</sup>, se estableció la diferenciación entre los contratos, *prima facie* por el criterio sustancial, esto es por la presencia de las Administraciones públicas, identificando a las mismas con el derecho administrativo, como regla primaria. Asimismo establece que son contratos de derecho administrativo, y regidos por la ley, los que no tengan como objeto actividades comerciales e industriales.

Por dicha norma, además, se establecerá que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, así como en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, así como algunos de los contratos de servicios que pretendan concertar entes, organismos o entidades que, sin ser Administraciones públicas, tengan la condición de poderes adjudicadores. Por su parte, el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados.

Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta ley que no tengan el carácter de Administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación especial.

En estos términos, la regla de jurisdicción será de utilidad para poder diferenciar las etapas de formación y concreción del contrato, que aun cuando sea privado deberá ser juzgado dentro de las reglas de derecho administrativo y la jurisdicción contencioso administrativa; mientras que la interpretación de la ejecución y conclusión del contrato será regido dentro de las reglas del derecho común, y sujeto a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, estas reglas no están positivadas de nuestro ordenamiento jurídico, y más allá de que su regulación daría carta de defunción a una innumerable cantidad de discusiones académicas y jurídicas sobre el régimen aplicable, es preciso establecer cuáles son las reglas que en todo contrato de la Administración, sea este público o privado, producto de la Administración centralizada, descentralizada bajo régimen de derecho público o de empresa del Estado, debe cumplir:

1. La preparación y adjudicación de los contratos deben sujetarse a normas administrativas que garantizan la transparencia, concurrencia e igualdad de los oferentes.

<sup>79</sup> Real Decreto Legislativo N° 3/2011, del 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. *BOE* 276 del 16 de noviembre de 2011.

2. La decisión de contratar debe estar debidamente planificada y justificada por la empresa, de modo de legitimar el gasto o inversión de que se trate.

3. La adjudicación del contrato a un privado debe seguir las reglas de transparencia en la selección, objetividad, imparcialidad, igualdad ante la ley, publicidad y transparencia.

4. Cuando el objeto de la contratación afecte los derechos de usuarios de servicios públicos o de contribuyentes en general, deberá asegurarse previamente la participación de los interesados en la adopción de la solución a contratar.

5. En los actos de formación de la voluntad de la entidad deberá fundarse la razonabilidad de la medida y, en consecuencia, la interdicción de la arbitrariedad.

6. Establecer procedimientos y manuales de control de fondos estatales, ya directos (fuente presupuestaria) o indirectos (producto de tasas, peajes, tarifas) en su aplicación a los contratos.

7. La ejecución contractual en contratos de la Administración que se desarrolla en base a reglas del derecho privado debe excluir expresamente cláusulas exorbitantes o prerrogativas de orden público.

8. A las mismas reglas deberán someterse las denominadas asociaciones público-privadas que sean acordadas entre empresas públicas y los privados, de modo de mantener incólumes los procedimientos aplicables a la formación de voluntad administrativa y que justifique la selección del socio privado, en base a las reglas de transparencia, concurrencia e igualdad, así como los controles de ética pública y anticorrupción que deben ser extremados en estos casos de uso de vehículos privados.

9. La asignación a la jurisdicción contencioso administrativa de toda causa o controversia que verse sobre la interpretación de los actos relativos a la formación de voluntad administrativa, procedimiento de contratación y adjudicación del contrato.

10. La asignación a la jurisdicción ordinaria o civil de toda cuestión que verse sobre la ejecución y terminación del mismo, siempre que no existan previstas cláusulas exorbitantes del derecho privado, que teñirán todo el contrato de contrato administrativo, y sujeto a la jurisdicción de la materia.

Y todo lo hasta aquí expresado tiene un punto de inflexión y es cuál es el rol que en el siglo XXI se adjudica al ya viejo derecho administrativo: esto es, si el mismo es un conjunto de prerrogativas de la autoridad pública –como lo fuera antaño desde la concepción absolutista y que aún existen presentes resabios– o se trata de un sistema de reglas jurídicas que ordenan la conducta administrativa a la satisfacción de los derechos de los ciudadanos, sometiendo a aquella a los principios que rigen la sociedad que justifica su existencia.

Y obviamente que estoy por la segunda de la posturas, en tanto no puede justificarse ya un derecho administrativo de la opresión ni de la autoridad por sí misma, sino un sistema de gobernanza destinado a garantizar los derechos del pueblo, donde el poder del funcionario es deber de su ejercicio en un marco jurídico determinado, y no más de ese límite.

Por eso, los contratos de las empresas públicas, aun cuando adopten las formas del derecho privado, jamás pueden estar exentos de las reglas tasadas propias del derecho público, ya que en eso va la garantía de vigencia efectiva de los derechos de los particulares.

Será, entonces, que a la pregunta que titula este artículo, “¿contratos públicos de las sociedades del Estado?”, deberá responderse que estos podrán ser públicos o privados en su contenido y ejecución, pero nunca podrán eximirse de las reglas de derecho público en materia de su formación de la voluntad de contratación, procedimiento de contratación y adjudicación del contrato. Lo contrario es la arbitrariedad a través del uso espurio de las instituciones del derecho privado.

Se comparte lo dicho entonces: “[...] que el derecho administrativo no se olvide nunca que es un derecho con una vertiente garantista consustancial a su propia existencia [...] y es precisamente para asegurar que el desenvolvimiento público se adecúa al ordenamiento jurídico y para proteger los intereses generales a cuya consecución debe coadyuvar, por lo que se establecen controles y sistemas tasados de actuación que conforman sus regulaciones propias”<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> *Op. cit.*, p. 121.