DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA EMPRESA ESTATAL

IGNACIO M. DE LA RIVA
(DIRECTOR)

AUTORES:
Andrés Ascárate | Miguel Cáceres | Eduardo Calvo | Ignacio M. de la Riva | Agustín Duffy | Gerardo Fiol | Juan José Galeano | Javier Guiridlian Larosa | Bastiana Locurscio | Tomás M. Mendy | Lucas Piaggio | Daniel Reimundes | Juan Antonio Stupenengo.

Proyecto IUS "Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la economía".

ISBN 978-950-44-0130-8

UCA Pontificia Universidad Católica Argentina | FACULTAD DE DERECHO

Desafíos jurídicos de la empresa estatal / Ignacio M. de la Riva ... [et al.] ; Director Ignacio M.

de la Riva. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad Católica Argentina,

2026.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-44-0130-8

1. Derecho. 2. Derecho Administrativo . 3. Empresas del Estado. I. de la Riva, Ignacio M. II. de la Riva, Ignacio M., dir.

CDD 342

Fundación Universidad Católica Argentina

A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)

Tel. 0810-2200-822 • educa@uca.edu.ar

Buenos Aires, marzo de 2026

ISBN: 978-950-44-0130-8

https://doi.org/10.46553/9789504401308

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723

Hecho en la Argentina

ISBN 978-950-44-0130-8

9 789504 401308

Tabla de contenido

Presentación 11

Capítulo I. Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad – Juan José Galeano 14

1. Introducción 14

2. Cinco consideraciones específicas en la materia 15

2.1. La intervención (o no) del Estado en la economía con la forma de empresa (EE) tiene fundamento último en el principio de subsidiariedad 15

2.2. La EE, como herramienta de política pública, se justifica solo en determinadas circunstancias, por razones empírico-axiológicas, con carácter subsidiario 18

2.3. La valoración técnica y política en torno a la EE supone observar márgenes de ponderación ciertos, objetivos y razonables 21

2.4. La EE, en tanto manifestación de subsidiariedad, requiere de legitimidad formal (en jurisdicción nacional, provincial o municipal) 23

2.5. La subsidiariedad que subyace en la EE es susceptible de debido control político y de juridicidad 24

3. Conclusión 26

Bibliografía 27

Capítulo II. La intervención del Estado a través de sus empresas. Una mirada a la luz de la reforma constitucional de 1994 – Tomás M. Mendy.....30

1. Introducción 30

2. Breve repaso histórico. La transformación del modelo de Estado en la República Argentina y los diferentes escenarios en materia de empresas estatales. 33

2.1. Primera etapa (1853-1930).....33

2.2. Segunda etapa (1930-1975) 35

2.3. Tercera etapa (1975-1989).....39

2.4. Cuarta etapa (1989-2001) 41

2.5. Quinta etapa (2001-2023) (intervalo entre 2016 y 2019) 42

2.6. Contexto actual.....44

2.7. Recapitulando 45

3. Fines y principios que orientaron la reforma constitucional de 199446

4. La adopción implícita del principio de subsidiariedad en la reforma constitucional de 1994. 49

4.1. Incidencia del principio de subsidiariedad en materia de intervención del Estado empresario. La necesaria distinción entre los sectores competitivos y monopólicos de la economía. 52

5. El estándar de razonabilidad y su incidencia en la intervención estatal bajo la modalidad empresaria 62

6. La ley del Congreso como presupuesto de validez de la intervención del Estado bajo la modalidad de la empresa estatal 66

6.1. El espíritu de la reforma constitucional de 1994. Hacia un nuevo equilibrio del sistema de división de poderes 66

6.2. El reparto de competencias de la Constitución Nacional y los poderes atribuidos al Poder Legislativo 69

6.3. La vinculación positiva de la Administración Pública a la ley. 71

6.4. El Congreso de la Nación como ámbito natural de debate público. El supuesto de los Decretos de Necesidad y Urgencia y los Decretos Delegados 73

6.5. Creación de empresa estatal vs transformación societaria: una necesaria distinción 79

7. Igualdad, transparencia y eficiencia como presupuestos de actuación de las empresas estatales 80

8. Conclusión 84

BIBLIOGRAFÍA 85

Capítulo III. La empresa del Estado: un enclave estatal en territorio privado – Ignacio M. de la Riva 90

1. Peculiaridad de la empresa estatal como técnica de intervención ..90

2. Lo público y lo estatal no son conceptos intercambiables 93

3. Configuración del Derecho aplicable al Estado cuando incursiona en ámbitos privados 95

4. El principio de subsidiariedad como fundamento de la actividad empresarial del Estado. Bases constitucionales 97

5. La actividad empresarial (servicio público vs. actividad comercial o industrial): otro elemento decisivo del régimen (público o privado) aplicable 103

6. A modo de conclusión 107

Capítulo IV. Finalidad y sentido de la empresa pública en Argentina. ¿Lucro o interés público? – Andrés Ascárate 109

1. Introducción 110

2. Punto de partida. Contradicciones aparentes de la empresa pública. 110

3. La empresa comercial 112

3.1. Noción de empresa 112

3.2. Empresa mercantil o comercial 113

3.3. Propósito de lucro 115

4. La empresa pública en Argentina 117

4.1 La empresa pública en el texto de la Constitución Nacional. 117

4.2 La empresa pública y su recepción en la doctrina nacional.. 120

4.3 Las empresas públicas en la legislación nacional actual 123

5. El conflicto de fines en la empresa pública 125

5.1. El fin del Estado 125

5.2. Los fines de las empresas públicas 126

5.3. Razonabilidad de la creación de las empresas públicas. Superposición de fines con otros institutos de derecho público. Empresa pública y servicio público 127

5.4. Compatibilidad del lucro con los fines de la empresa pública 130

6. Síntesis 133

7. Conclusiones 135

Bibliografía 135

Capítulo V. Sociedades anónimas controladas por el Estado: apuntes desde el derecho societario – Eduardo J. Calvo 139

1. Introducción 140

2. Los principios del derecho comercial y societario. Sus orígenes... 141

2.1. El comienzo del derecho comercial y de las sociedades comerciales 142

2.2. La estatización del derecho comercial. La irrupción de la sociedad anónima y su concepción como contrato en la 143

2.3. La cuestión en Argentina luego de la sanción del Código Civil y Comercial 145

2.4. Recapitulación 146

3. El marco legal de la sociedad anónima estatal en el Cód. Civ. y Com. y la LGS 146

3.1. La regla general: personas jurídicas de derecho privado. Su principio de actuación 146

3.2. La segunda parte del artículo 149 Cód. Civ. y Com.. Otras aplicaciones del derecho público a las sociedades anónimas controladas por el Estado 152

3.3. La caracterización de la sociedad anónima controlada por el Estado según la CSJN y la PTN. Necesidad de una revisión.....154

3.4. La sociedad: elementos esenciales 156

4. La sociedad como flujo de fondos 163

4.1. El aporte. Constitución del capital y génesis del patrimonio social 163

4.2. Insuficiencia del capital. Consecuencias y reconstitución....166

4.3. Los estados contables como instrumento de la consistencia del flujo de fondos y la publicidad mercantil 166

5. La responsabilidad de los directores.....169

5.1. La actividad del directorio. La organización de la actividad de la sociedad.....169

5.2. El marco jurídico de la gestión y la responsabilidad. La creación de valor. Lealtad. Cumplimiento de la ley 172

6. A modo de conclusión 177

Capítulo VI. Empresa pública y servicio público en el marco del proceso de retirada del sector estatal del campo económico en la República Argentina – Lucas A. Piaggio 179

1. Introducción.....179

2. El servicio público. 181

2.1. Dificultades para su definición. Modelos existentes.....181

2.2. Notas y caracteres principales.....185

3. El "estado empresario": concepto, finalidad y régimen jurídico. ..189

4. La empresa pública y el servicio público en la Constitución Nacional.192

4.1. Constitución histórica (1853/60). 193

4.2. Constitución de 1949.....195

4.3. Reforma constitucional de 1994. 197

5. La empresa pública y el servicio público bajo el nuevo esquema normativo. 207

6. Conclusión. 210

Capítulo VII. Régimen de las empresas estatales que actúan en competencia – Juan Antonio Stupenengo 212

1. Introducción 212

2. Aclaraciones preliminares 213

3. Clasificación de las empresas estatales en virtud de los mercados en los que se desempeñan 214

3.1 Empresas estatales que actúan en mercados no competitivos215

3.2. Empresas estatales que actúan en mercados competitivos.220

4. Principios aplicables a la actividad empresarial estatal en competencia 220

4.1. Principio de subsidiariedad.....221

4.2. Principio de neutralidad competitiva 227

5. Aspectos legales de las empresas estatales pasibles de incidir en su actuación en competencia 232

5.1 El vehículo utilizado para la realización de actividad empresarial estatal en competencia 232

5.2. El régimen jurídico aplicable a la actividad empresarial estatal en competencia 240

6. Conclusiones 254

Capítulo VIII. La responsabilidad extracontractual de las sociedades anónimas integradas total o mayoritariamente por el Estado – Gerardo Fiol ...259

1. Introducción 259

2. Naturaleza y régimen jurídico aplicable. Su importancia en el tema discutido 261

3. El interrogante: ¿qué régimen debe aplicarse frente a los daños ocasionados a terceros por este tipo de sociedades?.....265

3.1 Argumentos a favor de la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado 265

3.2 Argumentos en contra de la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado.....267

4. Tratamiento jurisprudencial 277

5. Conclusión 279

Bibliografía 279

Legislación citada 282

Capítulo IX. El control público de las empresas estatales nacionales en la República Argentina – Daniel Reimundes 285

1. Delimitación conceptual del término "empresa estatal".....285

2. Las distintas tipologías societarias adoptadas por las empresas estatales en la República Argentina.....286

3. El sistema de control público de las empresas estatales en la República Argentina 289

4. El sistema de control corporativo de las empresas estatales adoptado en la República Argentina 293

5. El sub-sistema de control corporativo de los directores designados por el Estado nacional en ciertos perfiles de sociedades anónimas 294

6. El sistema de control institucional de las empresas estatales adoptado en la República Argentina a partir de la sanción de la ley 24156....296

6.1 Los alcances de la actividad de control público institucional de las dependencias del sector público nacional a partir de la ley 24156 297

6.2 Las empresas estatales como sujetos expresamente alcanzados por el control público establecido en la ley 24156 298

6.3 La estructura de supervisión de la actividad empresarial del sector público nacional en la República Argentina delineada en la ley 24156 300

7. El control externo que ejerce el Congreso federal a través de la Auditoría General de la Nación.....304

8. El control democrático de la actividad empresarial del Estado.....305

9. El control democrático en las sociedades anónimas sujetas al régimen de oferta pública 307

10. Conclusiones 308

11. Bibliografía 311

Capítulo X. La sujeción tributaria de las Empresas del Estado – Bastiana T. Locurscio 313

1. La pregunta que formulo.....313

2. Aspectos ponderados.....315

2.1 Abordaje doctrinario y jurisprudencial.....315

2.2 Abordaje normativo.....332

3. La respuesta que propongo 348

4. Bibliografía 350

Capítulo XI. Régimen procesal de las empresas estatales: aspectos relevantes – Miguel E. Cáceres y Agustín M. Duffy 352

1. Introducción 352

2. Empresas estatales y organización administrativa 355

3. Aplicación de la LNPA 368

4. Exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa 370

4.1. Los recursos 372

4.2. El reclamo administrativo previo 376

5. Competencia federal 378

6. Mediación prejudicial 389

7. Plazo y forma para el traslado de la demanda 392

8. Comunicación a la PTN 396

9. La aplicación de la LMC 398

10. Procedencia de la acción de lanzamiento 401

11. Régimen de ejecución de sentencias 405

12. Conclusiones 410

Capítulo XII. Empresas Públicas: ¿Para qué? (Una mirada desde el siglo XXI) – Javier D. Guiridlian Larosa 412

1. Introducción 412

2. El Estado y el fin que justifica su existencia 413

3. El rol interventor del Estado 416

4. El Estado y la estructura burocrática que lo secunda 419

5. Empresas públicas, ¿Para qué? 422

6. Algunas consideraciones adicionales 429

7. Los enfoques actuales de la intervención estatal: desde la doctrina social de la iglesia hasta la teoría económica moderna 434

8. Recapitulando: el rol del Estado, y la subsistencia de las técnicas de intervención clásicas (aunque *aggiornadas*) 437

9. Colofón 441

Presentación

Las empresas estatales, tal y como hoy las conocemos, existen hace apenas un siglo atrás.

El fenómeno de la intervención pública en la economía como algo extendido y sistemático llevaba ya, para entonces, más de cien años. La injerencia de los Poderes públicos en la dinámica económica nos resulta hoy algo habitual, casi connatural. Pero las cosas discurrían de otro modo hace un par de centurias, cuando el Estado era un gran ausente en ese campo. Recién a fines del siglo XIX, frente a las consecuencias sociales de la Revolución Industrial, el aparato estatal se vio forzado a asumir una cuota de responsabilidad en la asistencia de la población en estado de necesidad. Y esa vocación por brindar cobertura pública se fue extendiendo, paulatinamente, a lo largo de las décadas. Así fue que el Estado de policía fue mutando hacia el Estado de bienestar, cuya fisonomía se encontrará cabalmente consolidada a mediados del siglo XX.

Como una de las piezas de este nuevo paradigma que reconoce en el Estado un actor protagónico del quehacer económico, la empresa estatal se ha convertido en un instrumento de intervención añadido a aquéllos que componen la trilogía clásica que propuso en su día José Luis Jordana de Pozas, para quien el Estado opera, básicamente, sobre la economía a través de las técnicas del servicio público, la policía y el fomento. Durante un siglo, las empresas estatales se multiplicaron, adoptando diferentes formatos, la más de las veces tomados del régimen de las sociedades comerciales, pero con matices propios para atender a su genética pública. Se trató de un proceso impulsado y condicionado por necesidades coyunturales, sin un plan preconcebido y, por las mismas razones, carente de una lógica jurídica que lo presidiera.

Para complicar más las cosas, su emergencia en la vida económico-social no encajaba con la mirada imperante en el mundo jurídico, acostumbrada a distinguir dos esferas, la pública y la privada, sometida cada una de ellas a su propio sistema de normas y principios. La empresa estatal navega, pues, sobre la confluencia de ambas vertientes, sin que la comunidad jurídica haya acertado a generar, hasta el presente, consensos básicos acerca de cómo definir su pertenencia a uno u otro mundo y, por consiguiente, su primordial sujeción a las reglas correlativas.

A mediados del año 2022 un puñado de profesores y alumnos decidió abocarse al estudio de este confuso panorama. El vehículo escogido para hacerlo fue la presentación de un proyecto de investigación en el marco de la convocatoria al Programa de proyectos de Investigación Ius para el período 2022-2024 realizada por la Dirección de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. La propuesta consistía en indagar sobre los "Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la economía". El equipo, dirigido por quien escribe estas líneas, se integró con los profesores Oscar Aguilar Valdéz, Juan José Galeano, Lucas Piaggio, Jorge Muratorio, Javier Guiridlian Larosa, Ana

Patricia Guglielminetti, Andrés Ascárate, Juan Antonio Stupenengo, Bastiana Locurscio, Juan Carlos Sanguinetti, Andrés Bousquet, Tomás M. Mendy, Daniel Reimundes, Eduardo Calvo y Macarena Alurralde. A ese selecto grupo se sumaron los siguientes alumnos de posgrado Miguel Cáceres, Juliana La Becca, Juan Martín Scarramberg, Gerardo Fiol, Agustín Duffy e Ignacio Ferrari, todos ellos hoy egresados de la Maestría en Derecho Administrativo Económico que se imparte en la misma Facultad.

Bajo un clima de singular cordialidad académica, el equipo investigador se abocó a la tarea de intentar comprender el significado y lugar de esta particular forma de actuación pública. Se trazó, para ello, un plan que iría de lo general a lo particular, como aconseja la clásica epistemología, tomando como punto de partida inexorable la fuente primera de nuestro sistema jurídico, esto es, la Constitución Nacional, con ánimo de desentrañar la ubicación que los Padres Constituyentes, inspirados en las enseñanzas de Juan Bautista Alberdi, le asignaban a los Poderes públicos en la economía en general, para inferir a partir de allí el que pueda caber a las empresas estatales (inexistentes en 1853). Se fue desvelando, de ese modo, el modelo económico de la Constitución (la Constitución económica, para la doctrina especializada), *aggiornado* en 1994 a través de una enmienda que trajo consigo aportes de ineludible consideración para la materia que nos ocupa.

Con ese bagaje de reflexiones en el haber, llegó el turno de encarar la cuestión específica de la empresa estatal. En una primera fase, en procura de intentar delinear tanto cuanto fuera posible sus contornos y elementos definitorios, una labor esquiva, cuyas dificultades se tornan más evidentes según se avanza. ¿Será su titularidad (total o parcialmente) estatal lo decisivo para calificar como pública una empresa? ¿O más bien los fines públicos que inspiraron su creación y han de guiar, por ende, su gestión? ¿Es, acaso, la capacidad del Estado accionista de hacer prevalecer su voluntad a la hora de adoptarse las decisiones, lo verdaderamente relevante? Para intentar esclarecer estas y otras preguntas básicas sobre este singular "animal jurídico" que es la empresa estatal, pudimos contar con el acompañamiento de destacadas figuras del mundo académico local y extranjero que aceptaron nuestro convite a pensar juntos estos temas: José Carlos Laguna de Paz, catedrático de la Universidad de Valladolid; Allan Brewer Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela; Rodolfo Carlos Barra, ex profesor titular de la Pontificia Universidad Católica Argentina; y Héctor Mairal, ex profesor titular de la Universidad de Buenos Aires, entre los más notables.

A estos planteamientos preliminares siguió el análisis de los variados problemas que suscita la actuación cotidiana de las empresas estatales: el control de su gestión, el régimen tributario que les aplica, la normativa procesal que rige sus controversias judiciales, su régimen de responsabilidad, su sujeción al derecho de defensa de la competencia, las reglas que gobiernan sus contrataciones, su actuación en el campo de los servicios públicos. Hubo ocasión de dialogar sobre todo ello con profesionales de vasta trayectoria en distintas empresas del Estado que nos compartieron cuanto han aprendido a través de la praxis, una escuela insustituible cuando se trata de una ciencia práctica como es el derecho. Se

prestaron, generosamente, a ese ejercicio Javier Okseniuk (ex director del Banco de la Nación Argentina), Nicolás Sykes (Director de Asuntos Legales de Aerolíneas Argentinas S.A.), Álvaro Flores (Coordinador General de Contrataciones de Operadora Ferroviaria S.E.), Agustín Pesce (ex director del Banco de la Nación Argentina), Santiago Laurence (Gerente de Control de la Operación de Subterráneos de Buenos Aires), Héctor Pozo Gowland (Síndico de CAMMESA) y Agustín Gerez (ex presidente de ENARSA). No es posible dejar de mencionar, también, la provechosa visita de la Diputada Nacional Paula Omodeo, autora de un proyecto de ley cuyos lineamientos se vieron luego sustancialmente reflejados en la reforma al régimen de las sociedades estatales introducida por los artículos 48 y siguientes del DNU 70/2023.

Ha sido un largo y enriquecedor recorrido que insumió dos años y medio, sazonados con muchas lecturas que se han visto facilitadas gracias a una base documental cuidadosamente seleccionada, que reúne más de ciento setenta artículos de doctrina nacional y extranjera, más de un centenar de precedentes jurisprudenciales y otros tantos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

El resultado más tangible de ese azaroso derrotero es este volumen que queremos ofrecer a la comunidad científica y al público en general, con la esperanza de que pueda contribuir a echar algo de luz sobre un tema que, pese a su trascendencia, se encuentra muy lejos de proporcionar certezas a quienes se arriman a él.

Es, por lo demás, un camino inacabado. En septiembre de 2025 la Universidad Católica Argentina aprobó un nuevo tramo del proyecto de investigación, más enfocado en la coyuntura, bajo el título "La reconfiguración de la empresa estatal ante el nuevo rol económico del Estado argentino post 2023". Confiamos en poder compartirles sus frutos dentro de un par de años.

No quiero terminar estas líneas sin un agradecimiento especial a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, en particular en las personas de Pablo Garat (Decano durante el período abarcado por el proyecto de investigación que permitió gestar este libro) y Nicolás Lafferriere (Director de Investigación Jurídica Aplicada). En ambos hemos encontrado un apoyo, consejo y aliento constantes. Ojalá los resultados alcanzados respondan, en alguna medida, a la confianza depositada.

Ignacio M. de la Riva

Director

Proyecto IUS "Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la economía" (Facultad de Derecho – Universidad Católica Argentina – 2022-2024)

Capítulo I. Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad – Juan José Galeano

Autor: Juan José Galeano*

El presente trabajo integra la obra colectiva Cuestiones de regulación económica, servicios públicos, policía, fomento y control judicial de la actividad interventora estatal, Buenos Aires, Cathedra, en prensa, a partir de exposición realizada en las XXVI Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (2023).

Resumen: En el presente trabajo se desarrollan cinco consideraciones específicas que, a la luz del principio de subsidiariedad, se estiman relevantes para favorecer la reflexión en torno el diseño, la instrumentación y el control de políticas públicas en materia de empresas estatales, como herramienta de intervención del estado en la economía, al servicio del bien común. con el alcance propuesto, el referido principio comporta un punto de partida y marco de referencia permanente para descubrir y elaborar, con realismo, verdad y sentido práctico, las respuestas que los gobiernos y la sociedad toda deben encontrar para la mejor atención de las necesidades públicas, disímiles y complejas, de cada tiempo y lugar.

Palabras clave: empresa estatal – principio – subsidiariedad – políticas públicas – control

1. Introducción

En esta oportunidad, encuentro propicio reflexionar en torno al fenómeno de la empresa estatal (en adelante, EE) como herramienta de intervención del Estado en la economía a la luz del principio de subsidiariedad, como un aporte útil para el diseño, la instrumentación y el control de políticas públicas en la materia[1].

Con ese propósito, consciente del enfoque interdisciplinario que el examen de la cuestión requiere, en el presente trabajo me detendré en cinco consideraciones específicas que, a la luz del principio de subsidiariedad, resultan –en mi criterio– relevantes en torno a la justificación o no de la EE como una herramienta de políticas públicas al servicio del bien común[2].

* Profesor pro-titular de derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral.

[1] Esta ponencia es resultado de estudios preliminares sobre el tema, realizados en el marco del Proyecto de Investigación Jurídica, titulado "Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la economía" – Proyecto IUS, 2022-2024, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

[2] Utilizo en forma genérica el vocablo "empresa estatal" (EE) y no "empresa pública" dado que, en mi criterio, el adjetivo "estatal" refleja en mejor modo el fenómeno de la intervención del Estado en la economía a través de la forma de empresa, con prescindencia de si lo hace bajo un régimen de derecho

En particular, pondré de relieve que: 1) la intervención (o no) del Estado en la economía con la forma de empresa tiene fundamento último en el *principio de subsidiariedad*; 2) la EE, como herramienta de política pública, se justifica solo en determinadas circunstancias, por razones *empírico-axiológicas*, con carácter *subsidiario*; 3) la valoración técnica y política en torno a la EE supone observar márgenes de ponderación *ciertos, objetivos y razonables*; 4) la EE, en tanto manifestación de subsidiariedad, requiere de *legitimidad formal* (en jurisdicción nacional, provincial o municipal); y 5) la subsidiariedad estatal que subyace en la EE es susceptible de debido control *político* y de *juridicidad*[3]. Por último, formularé una reflexión final a modo de conclusión.

2. Cinco consideraciones específicas en la materia

2.1. La intervención (o no) del Estado en la economía con la forma de empresa (EE) tiene fundamento último en el principio de subsidiariedad

Al abordar el fenómeno de la EE subyace un primer interrogante: ¿cuál es el título jurídico que, en el plano de su justificación última, habilita o no al Estado a intervenir en la economía con la forma de empresa para realizar una actividad comercial, industrial o de producción de bienes y servicios? La pregunta y su respuesta son particularmente relevantes para nuestro país, donde la Constitución Nacional no contiene una disposición que, en forma expresa, obligue o prohíba hacerlo[4].

Comienzo con una referencia, cuanto menos introductoria, sobre la empresa en general[5]. Entendida como organización, la empresa no se concibe sin la persona y su sociabilidad natural. En ella confluyen, con el lenguaje que reconoce el texto de la Constitución Nacional, el ejercicio de los derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar, de usar y disponer de su propiedad y de

---

preponderantemente público o mayormente regido por el derecho privado (más todavía, la experiencia nacional, provincial y municipal pone en evidencia que lo último ocurre en una gran cantidad de supuestos, de modo que, en tales casos, aludir a "empresa pública" genera una mayor confusión conceptual).

[3] Con posterioridad a la exposición oral de este trabajo (el 6 de noviembre de 2023), las nuevas autoridades a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, que asumieran el 10 de diciembre pasado, han propuesto una serie de reformas sustanciales del Estado Nacional con el objeto de alcanzar un importante cambio de rumbo que permita, en lo pertinente, reducir fuertemente el déficit fiscal, bajar la alta inflación y generar condiciones adecuadas que permitan dinamizar el desarrollo productivo del sector privado. Para ello, entre otras medidas, se propone reducir fuertemente la actividad empresarial del Estado (*cf.* decreto 70/2023, y proyecto de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos). Este trabajo no aborda el examen específico de la propuesta.

[4] La Constitución Nacional Argentina sí contiene, en el Preámbulo y en muchos de sus artículos, directrices claras sobre la primacía de la dignidad del hombre y el reconocimiento de sus derechos y obligaciones, así como de los fines de la autoridad política (federal, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) (*cf.* parte dogmática y parte orgánica de la Constitución). Si bien tales prescripciones no serán aquí objeto de especial tratamiento, en todos los casos traslucen, receptan y especifican, según la especie, el reconocimiento de aquella primacía fundamental y la finalidad de bien común que persigue la comunidad política que se conforma.

[5] En el diccionario de la Real Academia Española se define "empresa", en su segunda acepción, como la "unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos".

asociarse con fines útiles (*cf*. art. 14 y concordantes)[6]. La empresa, en tal sentido, pertenece al ámbito de realización propio de las personas, como un pilar fundamental de la vida social y comunitaria[7].

Me ocupo ahora del Estado. Desde la filosofía moral, toda referencia al Estado y al alcance de su actuación exige partir, también, de la persona humana y su naturaleza social. Para abordar el punto, me valgo aquí de la explicación del profesor Ángel Rodríguez Luño, quien recuerda que: "[l]a sociedad política tiene su origen en la naturaleza social del hombre, es decir, en el hecho de que la naturaleza humana necesita de la cooperación social para llevar a término las tareas que gravan la responsabilidad moral de la persona"[8].

Sigue Rodríguez Luño: "El bien común, fruto de la cooperación social, tendrá necesariamente un carácter subsidiario, de ayuda o servicio a la persona, porque su perfección no puede venirle a ésta desde fuera, ha de adquirirla ella como término de su autodesarrollo, de su libre actuación. Por consiguiente, *el bien común podrá ser una realidad si el Estado facilita, coordina, impulsa y completa; pero no si el Estado anula o inhibe la actividad de las personas y los grupos sociales".*

Aparece así la formulación del llamado "principio de subsidiariedad"[9], según el cual -siguiendo al mismo autor- "el Estado no debe hacer lo que pueden y deben

---

[6] La Doctrina Social de la Iglesia pone en evidencia esa realidad. En la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* (Sobre la Iglesia en el Mundo Actual) se afirma: "En las empresas económicas son personas las que se asocian, es decir, hombres libres y autónomos, creados a imagen de Dios. Por ello, teniendo en cuanta las funciones de cada uno, propietarios, administradores, técnicos, trabajadores, y quedando a salvo la unidad necesaria en la dirección, se ha de promover la activa participación de todos en la gestión de la empresa, según formas que habrá que determinar con acierto" (punto 68).

[7] Robert P. George, profesor de derecho de la Universidad de Princeton, no duda en afirmar, y argumentar, que la empresa comporta uno de los pilares fundamentales de lo que identifica como una sociedad decente y dinámica (*cf*. "La empresa en una sociedad decente y dinámica", en *Moral Pública, Debates Actuales*, Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago de Chile, 2009, págs. 149-161). Para ello, entre otras consideraciones, destaca: a) que "[l]a empresa es una misión, se podría decir, casi una vocación. Por supuesto que es una forma de ganarse el sustento, y a veces un muy buen sustento, pero también es una forma de servir" (p. 149); b) que "[t]al como la familia posee un interés en la empresa, la cual, a la larga, es la que proporciona empleo, compensación, generando prosperidad económica y, por ende, movilidad social, la empresa posee un interés en la familia. Esto se hace evidente, pienso, si adoptamos la visión panorámica de largo plazo y practicamos […] la lógica del servicio" (pág. 161); y c) que "[l]a empresa opera en el contexto mayor de una sociedad. Le afecta lo que sucede en otras dimensiones de la sociedad, y a la vez afecta dichos hechos. Claramente, la sociedad tiene un gran interés en lo que sucede en la empresa y la empresa tiene un gran interés en lo que sucede en la sociedad. Para prosperar, la empresa depende de cosas que no puede producir. Tales cosas son producidas, si es que son factibles de ser producidas, por otras instituciones sociales. Por consiguiente, la empresa tiene un interés en la salud y en el florecimiento de tales instituciones" (pág. 150).

[8] Rodríguez Luño, Ángel, *Ética*, Libros de Iniciación Filosófica, Eunsa, quinta edición, mayo de 1991, Pamplona, España, pág. 207-210. En ese sentido, cabe recordar la conocida expresión de Jacques Maritain: "en modo alguno el hombre es para el Estado, sino el Estado para el hombre" (*cf*. *El hombre y el Estado*, Tercera Edición, Colección Vértice, cap. I. "El pueblo y el Estado", V, "El estado", p. 26).

[9] Con fuertes raíces en el pensamiento clásico, el principio de subsidiariedad tuvo su carta de presentación formal con la Encíclica de Pío XI, *Quadragesimo anno*, 1931, y es profundizado en la Doctrina Social de la Iglesia por todos los papas posteriores, hasta la actualidad. En la disciplina jurídica, un importante sector de la doctrina caracteriza al principio de subsidiariedad como verdadero principio de justicia o de derecho. Pueden consultarse, entre otros, Johannes Messner (*Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, Ediciones Rialp, págs. 331-343); John Finnis (*Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000), Capítulo VI.5); Rodolfo C. Barra (*Principios de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980, ps. 35 y ss.); Néstor P. Sagües, ("Principio de subsidiaridad y principio de antisubsidiaridad", JA, T 1980–II, 775-

hacer las personas y los grupos sociales de rango inferior: esta actividad privada, por ser parte esencial del bien común, ha de ser ayudada impulsada y coordinada por el Estado"[10].

Con particular relación a la actividad del Estado, el principio de subsidiariedad tiene un aspecto negativo (o pasivo) y otro positivo (o activo). Lo sintetiza Rodríguez Luño del siguiente modo: "Desde un punto de vista negativo, el bien común no fundamenta en favor del Estado competencias y responsabilidades que pertenecen al legítimo ámbito de autonomía de las personas, de las familias y de las sociedades menores. Las unidades más pequeñas –por su mayor proximidad al individuo– tienen la precedencia sobre las más grandes". Y añade: "El aspecto positivo consiste en que el Estado debe, en la medida que lo requiera el bien común, ayudar, coordinar, enderezar y proteger la iniciativa privada, supliendo las funciones que dicha iniciativa no pueda cubrir. Sobre todo, la autoridad estatal es responsable de que la actividad de los privados respete y contribuya en la manera debida al bien común. De ahí deriva el derecho del Estado a intervenir en la vida social, pero siempre en función del bien común y sin perder de vista el principio de subsidiariedad, según el cual la mejor intervención del poder público es la que más pronto se torna innecesaria"[11].

---

780); Carlos I. Massini ("Acerca del fundamento del principio de subsidiaridad", Revista de Derecho Público, nro. 39/40, Santiago de Chile, ps. 51 y ss.); Juan Carlos Cassagne (*Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo,* Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2015, 241); Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos ("Evolución, alcance y límites del principio de subsidiariedad", en Derecho y Economía – Estudios Institucionales, Quito, Ecuador, 2019, págs. 332-350). Por último, en 2023, se publicó el libro colectivo *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, con trabajos realizados por profesores de derecho administrativo de las Facultades de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Chile y la Pontificia Universidad Católica Argentina, dirigido por José Luis Lara e Ignacio M. de la Riva, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. Por lo demás, un desarrollo amplio del principio de subsidiariedad se presenta en el derecho internacional y comunitario, así como en el derecho comparado de distintos países.

[10] Ob ci.,pág. 208. Messner destaca que se trata de un principio material de justicia. En efecto, sostiene: "el principio de subsidiariedad, por tener su fundamento en el mismo orden del ser y de los fines, atribuye a determinadas unidades menores como a la familia, al pequeño o gran municipio y a la comunidad profesional menor o más amplia, responsabilidades, competencias y derechos perfectamente determinados en su contenido" Ob. Cit., p. 334. El papa Benedicto XVI afirma que la subsidiaridad es una "expresión de la inalienable libertad humana" y "una ayuda a la persona, a través de la autonomía de los cuerpos intermedios" (encíclica *Caritas in veritate*, 29-VI-2009, n. 57).

[11] Rodríguez Luño, a modo de resumen, enumera los "principios éticos sobre la intervención del poder público". La propuesta es la siguiente:

1) "La misión del Estado es coordinar –no reemplazar– la actividad libre de los ciudadanos, de las familias y de los grupos sociales, para que contribuyan al bien común y al perfeccionamiento integral de todos los miembros de la sociedad".

2) "*El Estado debe respetar y promover la iniciativa privada.* Lejos de querer convertirlo todo en actividad pública, ha de espolear a los privados para que asuman la responsabilidad que les corresponde, y habrá de ayudar a esas actividades en la medida que tienen interés social y contribuyan al bien común".

3) "*El Estado puede y debe suplir las deficiencias de la iniciativa privada*, interviniendo en asuntos que los particulares todavía no están en condiciones de asumir. Pero el buen gobernante considera que estas situaciones han de ser provisionales: procurará alentar, formar personas y allegar recursos para que los ciudadanos puedan desempeñar sus actividades propias en el campo de la educación, la información, etc. Esto no excluye que el Estado pueda o deba reservarse algunas actividades de especial importancia, envergadura o peligro: energía atómica, construcción de puertos, etc".

4) "*El Estado debe tener una actitud de vigilancia y custodia del bien común.* No se puede creer, como hacía el liberalismo, que el bien de la sociedad surgiría espontáneamente de la interacción de los intereses individuales. La historia ha desmentido la tesis del liberalismo clásico, y el neoliberalismo actual admite la necesidad de la intervención del Estado. Este deberá tener, pues, una política social y económica, pero que no debe dirigirse primariamente a la intervención directa –que llevaría a hacer del Estado un gran capitalista (capitalismo de Estado) y el propietario de todos los recursos y de todo el poder económico y social–, sino

En el contexto descripto, entonces, considero lógico reconocer que el fundamento último que otorga título jurídico a la intervención (o no) del Estado en la economía, en particular con la forma de empresa, se halla en la determinación concreta del principio de subsidiariedad; sea en su faz positiva (o activa), para su actuación, o en su faz negativa (o pasiva), para su no actuación[12]. Y ello, del modo en que se observará en las consideraciones que realizo más abajo.

Huelga señalar, claro está, que en materia de argumentación jurídica, el principio de subsidiariedad requiere que se lo conjugue con otros tantos principios jurídicos fuertes que conforman el umbral de realización de la justicia (como son los de dignidad humana, razonabilidad, legalidad, eficiencia, verdad material, entre otros), pero cabe reconocer que el aludido principio (de subsidiariedad) es el que aporta el criterio cualitativo determinante en la materia.

Por último, lo indicado precedentemente no es algo meramente teórico o sólo especulativo sino relevante en el plano de la realidad. El principio de subsidiariedad actúa como punto de partida y marco de referencia permanente en el diseño, la implementación y el control de las políticas públicas específicas de cada jurisdicción, en el aquí y ahora de cada tiempo histórico. De allí su importancia y utilidad[13]. Dado que es un principio de orden natural, de los llamados fuertes, no es posible derogarlo o removerlo[14]. Si no se lo observa o respeta, entonces, se lo incumple o transgrede (con el alcance de los apartados siguientes).

2.2. La EE, como herramienta de política pública, se justifica solo en determinadas circunstancias, por razones empírico-axiológicas, con carácter subsidiario

El principio de subsidiariedad es "inamovible" e "inmutable"[15]. Ello es así, claro está, en su formulación como principio, de orden natural, por lo tanto, inderogable. Sin embargo, ello no quita que su aplicación práctica exija siempre

---

que consistirá principalmente en hacer que otros hagan, en lograr que las empresas privadas y los diferentes grupos sociales acepten y pongan en práctica las medidas necesarias para garantizar el bienestar de las clases más débiles. En definitiva, lo que se trata de obtener no es el bienestar de todos como fin en sí mismo, sino el bienestar general que es parte del bien común, y que por tanto ha de ir unido a la libertad, a la justa distribución de competencias y responsabilidades en la sociedad, a un orden moral de convivencia, etc."

[12] Ignacio de la Riva, al referirse a la "[c]entralidad del principio de subsidiariedad" en materia de infraestructura pública, afirma que "en su dimensión sustantiva el citado principio opera como un criterio vertebrador del reparto de incumbencias entre el sector público y el privado, dirigido a reclamar a los poderes públicos que se abstengan de intervenir en aquellos ámbitos y situaciones en los que la iniciativa privada alcanza por sí sola a dar satisfacción a las necesidades propias del bien común, pero exige, al propio tiempo, una presencia estatal activa allí donde los recursos provenientes del ámbito privado resulten insuficientes a tal fin" (cf. *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, pág. 17). La conclusión a la que arribo, entonces, se encuentra lógicamente comprendida en este enunciado.

[13] En una posición distinta, con un criterio opuesto al principio de subsidiariedad o de intensidad menguada, puede consultarse el *Manual de empresas públicas en Argentina (1946-2020)*, coordinado por Juan José Carbajales, Universidad Nacional de José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina, 2021.

[14] Sobre la noción de principios fuertes y su identificación con los provenientes del orden natural, ver: Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Depalma, 2000.

[15] Pío XI, Carta Encíclica *Quadragesimo anno*, punto 79.

valorar circunstancias concretas y específicas, propias de cada tiempo y lugar, únicas e irrepetibles, que en definitiva condicionarán su alcance y modo de determinación[16]. En el caso de la EE, esta nota típica de la subsidiariedad estatal resulta particularmente relevante.

En efecto, dado que la empresa como actividad pertenece al ámbito de realización propio de las personas en la vida social, corresponde al Estado respetar y promover esa iniciativa privada y, en todo caso, asegurar la existencia de condiciones adecuadas para que, libremente, las personas puedan desarrollar esa potencialidad. Al mismo tiempo, excepcionalmente, bajo la regla de subsidiariedad, el Estado podrá (y deberá) suplir a las personas en esa actividad cuando razones empírico-axiológicas lo justifiquen, frente a situaciones particulares y concretas que se habrán de verificar en el terreno de lo contingente, pudiendo ser semejantes o distintas, en más o en menos, de un lugar a otro, según la especie[17].

Bajo esta mirada, es posible interpretar, en clave de subsidiariedad, la propuesta de triple agrupación que a modo de resumen realiza, ya en 1979, el profesor Gaspar Ariño Ortiz según el fundamento que ha dado lugar a la existencia de empresas públicas estatales. En efecto, el profesor español, resumiendo una serie de criterios que previamente evalúa, identifica los siguientes tres grupos: 1) por inexistencia o insuficiencia de mercado, es decir, por ausencia o deficiencia de iniciativa privada o de libre competencia (tanto sea por razones de política económica o el carácter estratégico del sector, por la condición de monopolios naturales o la ausencia o inexistencia de iniciativa privada); 2) por razones de equilibrio y reestructuración de la economía nacional, en contextos de reestructuración económica sectorial, incapacidad del sector privado de satisfacer las necesidades del mercado o la búsqueda planificada de un mayor desarrollo productivo; y 3) por motivaciones de política social, para asegurar un mínimo vital a todo ciudadano (para atender problemáticas de empleo, vivienda, salud, abastecimientos mínimos y conflictividad social)[18].

---

[16] La doctrina es conteste en ello. Según Mesnner, "[e]n la realidad de la vida el orden de subsidiariedad lo mismo que el orden justo en general no tomará nunca una forma completa e inquebrantable" (Ob. cit., p. 341). En nuestro país, el profesor Sagüés lo calificó como un principio "genérico", "flexible" y "sumamente dúctil", que "no funciona, precisamente, como un dogma pétreo" (cf. Ob. cit., p. 778); y el profesor Cassagne indica que "el principio de subsidiariedad hay que aplicarlo según las circunstancias de cada caso y de cada momento histórico, con operatividad derivada, ya que en ocasiones se precisa de una actividad previa de la Administración" (cf. "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad", en *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 49).

[17] Lo expuesto supone tener una mirada realista de las cosas, tanto de las necesidades públicas y sectoriales de diversa índole que se tienen, como también de los recursos disponibles con que se cuenta efectivamente, siempre limitados. En estos casos, se trata de lo que Riofrío Martínez-Villalba identifica como aplicación del principio de subsidiariedad fuerte, para delimitar competencias entre sujetos distintos. De todos modos, criterios semejantes o derivados de este principio pueden aplicarse dentro de una empresa u organización. En estos casos, aunque no existan dos (o más) sujetos diferenciados, en el que uno preceda al otro, los postulados de la regla de subsidiariedad pueden resultar también útiles como buenos criterios de gestión (sobre principio de subsidiariedad fuerte y débil o de gestión., ver: Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, "Evolución, alcance y límites del principio de subsidiariedad", cit.).

[18] El profesor Ariño Ortiz resume una serie de criterios observados previamente y que concentra del modo indicado (cf. "La iniciativa pública en la Constitución, Delimitación del sector público y control de su expansión", *Revista de administración Pública 88* (1979), págs. 55-106); y Mendy, Tomás M., "Los principios de legalidad y subsidiariedad en el Estado Constitucional de Derecho Argentino y su incidencia en el rol del

La clasificación propuesta por el profesor español (u otra que pudiera resultar semejante) refleja, con cierto orden, una suerte de fotografía, por grupos, del entramado diverso y complejo que compone el mapa de empresas estatales en un lugar y tiempo dados. Frente a ello, cabe preguntarse: ¿con qué pautas y alcance se habrá de valorar el devenir de esa realidad dinámica que interactúa en la sociedad? ¿cuál habrá de ser el mejor desarrollo o destino respecto de cada EE allí comprendida? ¿y cuál la mejor proyección o alternativa para las que podrían o no llegar a serlo en un futuro? Es allí donde el principio de subsidiariedad brinda un criterio de justicia que, como punto de partida y marco de referencia permanente, nutre de fundamento a la política pública que habrá de implementarse, continuarse o modificarse, según el caso[19].

El Estado cuenta con distintas herramientas para el cumplimiento de sus cometidos. Por ello, bajo la regla de subsidiariedad, antes de intervenir en la economía en forma de empresa habrá de preferirse satisfacer adecuadamente el interés vital (bien público) que se pretende alcanzar o asegurar con herramientas que conlleven menor grado de intervención pública. Así, será prioritario establecer, en caso de ser posible, mejores reglas de competencia en el mercado, o una más adecuada reglamentación de los derechos de los particulares interesados, con el posible complemento de incentivos de fomento o ayudas públicas que favorezcan su consecución[20].

Asimismo, y por igual motivo, con periodicidad razonable según los casos, corresponderá volver a revisar la necesidad o conveniencia de mantener una determinada actividad empresarial del Estado que previamente se hubiera afrontado (o para iniciarla, en caso de que, previamente, se la hubiera descartado). Si se verifican sus presupuestos, la actuación (o no) del Estado como EE seguirá justificada. Si ello no ocurre, entonces habrá perdido su sentido y motivación. Importa volver aquí a la formulación del principio (de subsidiariedad), como punto de partida y marco de referencia permanente. Como antes señalé, con palabras de Rodríguez Luño, "la mejor intervención del poder público es la que más pronto se torna innecesaria"[21].

Estado Empresario", en *El principio de subsidiariedad y el impacto…*, cit., pág. 301-323. En 1997, el profesor Ariño Ortiz se ocupa de los nuevos desafíos que observa con relación al papel del Estado, casi veinte años después (*cf*. "¿Hacia dónde va el Estado? Estado, mercado e iniciativa privada en un mundo en transformación", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Noviembre 1997, págs. 5-13).

[19] La reflexión a la luz del principio de subsidiariedad no comporta adoptar un modelo ideológico o dogmático, preconcebido a la luz de formulaciones doctrinales, sino que posibilita una mirada realista, que tenga en miras, al tiempo de planificar e instrumentar políticas públicas, la consecución del bien común de las personas (finalidad del Estado).

[20] De la Riva, Ignacio, "Límites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad", en *El principio de subsidiariedad y el impacto…*, cit., pág. 288. Sostiene el autor que "[l]as ayudas públicas deben preferirse frente a las restantes modalidades de intervención, en tanto basten para alcanzar el interés público perseguido"; y añade: "En términos de subsidiariedad, y tratándose, entonces, de la forma de intervención (en principio) menos lesiva de la iniciativa privada, ella debe preferirse frente a las restantes modalidades de actuación pública en materia económica, en la medida en que su empleo baste para alcanzar los objetivos de interés público perseguidos".

[21] Rodriguez Luño, Ángel, *Ética*, Libros de Iniciación Filosófica, Eunsa, quinta edición, mayo de 1991, Pamplona, España, pág. 207-210. Messner realiza una consideración semejante, al afirmar que "el derecho a la ampliación de la esfera de actuación del Estado, probado de este modo, no significa de ningún modo algo definitivo, sino que el principio de subsidiariedad postula más bien que la intervención del Estado

Por ello, una vez detectada una necesidad vital (bien público) en torno a una determinada industria o respecto de la producción de un bien o servicio, cabe ante todo la pregunta: ¿puede el sector privado satisfacer la finalidad pretendida mediante mejores reglas de mercado y/o la mejor regulación de los derechos de los interesados? ¿es posible favorecer su consecución mediante medidas de promoción o incentivo? ¿de qué forma, con qué instrumentos? ¿o acaso resulta aquello imposible, inseguro o inconveniente, siendo preferible, para la consecución del fin pretendido, que el Estado afronte su realización en forma directa, con la forma de empresa?[22] Las respuestas a estos interrogantes son, como anticipé, de carácter empírico-axiológico, caso a caso.

Por lo demás, tal circunstancia (es decir, que la respuesta sea para cada caso) no descarta, en mi opinión, el acierto y la utilidad de reconocer que, como regla general, la intervención del Estado en la economía, en particular con la forma de empresa, se justifica con carácter subsidiario[23]. La dificultad que, en la práctica, conlleva afrontar el examen empírico-axiológico sobre la conveniencia o necesidad de que, en algunos supuestos, el Estado pueda (o incluso deba) hacerlo, pone en evidencia, en todo caso, el verdadero sentido y alcance de la aludida intervención.

2.3. La valoración técnica y política en torno a la EE supone observar márgenes de ponderación ciertos, objetivos y razonables

Para la correcta inteligencia y aplicación de lo precedente es necesario explicitar una consideración adicional: la valoración técnica y política que habilite (o no) la actuación del Estado en la economía con la forma de empresa se debe ajustar, según su especie, a márgenes de ponderación ciertos, objetivos y razonables.

En efecto, la evaluación sobre la creación o el mantenimiento de una EE, sea cual fuere el caso, habrá de asentarse sobre el conocimiento real, verdadero y acabado del sector o la materia de que se trate, con identificación clara de la finalidad pública que se busca atender y de los medios a utilizarse, los costos involucrados y su financiamiento, así como las consecuencias que la medida tiene en términos de incentivos y de satisfacción de intereses involucrados.

En cada caso, sobre la base de antecedentes ciertos y circunstanciados, corresponderá evaluar las ventajas y desventajas, los beneficios, riesgos y eventuales perjuicios que acarrearía la concreción, el mantenimiento o la extinción de una EE, en el lugar y el tiempo histórico y determinado, en

---

salvaguarde la subsidiariedad de su actuación, llevándose a cabo de tal modo que se convierta en superflua lo más pronto posible" (cf. ob.cit.. p. 340).

[22] El panorama de la realidad es bien diverso en necesidades y problemáticas. Así, sólo como ejemplo, en materia de transporte público ¿es posible favorecer su mejor atención a través de una adecuada regulación de la actividad o de políticas de incentivo al sector privado o debería existir una EE que se ocupe de prestar el servicio?; en supuestos de servicios esenciales en casos de monopolios naturales, ¿es posible segmentar la activad? ¿puede encomendarse al sector privado su prestación bajo figuras como la de concesión o licencia? ¿resulta ello recomendable y eficiente para el sector? ¿o existen razones de índole estratégico, de seguridad u otra índole que hacen preferible que la prestación o actividad sea realizada por el Estado mismo?

[23] En sentido diferente, un sector de la doctrina postula la inconveniencia de reconocer una regla general en la materia (*cf.*, por ejemplo, Alfredo Schclarek Curuchet y Lucas Ariel Torres, "Empresas del Estado: Razones de existencia y propuestas de modernización", en Actualidad Económica, Año XXII, N° 78 – Septiembre/Diciembre 2012).

comparación con los que pudieran provocar la utilización de otras herramientas alternativas de políticas públicas sobre intervención estatal (como sería, por ejemplo, si se fijaran mejores reglas de competencia en el mercado o se asistiera a las empresas del sector privado con medidas de fomento o ayudas públicas para la mejor consecución del bien público pretendido)[24].

Incluso, con frecuencia, la determinación del principio de subsidiariedad, en la materia, podrá ofrecer alternativas distintas, a condición de que lo sea dentro de márgenes adecuados de razonabilidad. Sagües, al ocuparse del mencionado principio, recuerda que "[e]ntra en juego aquí, inevitablemente, la cuota de libertad intelectual que todo intérprete tiene y debe ejercitar"[25]. En sentido semejante, señala Aguilar Valdez: "la aplicación de este principio [de subsidiariedad] presupone un cierto margen de oportunidad en el ejercicio de la prudencia política por parte de los órganos estatales según las circunstancias de cada caso y los concretos requerimientos del bien común"[26]; y, con cita de Messner, añade que "la carga de la prueba sobre la existencia del derecho a la ampliación de los poderes sociales corresponde a la autoridad social que trata de conseguir tal ampliación […] Se ha de probar que los que son competentes y responsables en primer lugar, no son capaces o no están dispuestos a hacer lo que su responsabilidad les exige"[27].

Naturalmente, el margen de ponderación razonable encuentra límites jurídicos que no corresponde transgredir. Al respecto, afirma Sagües que: "hay opciones *legítimas* y opciones *ilegítimas* en la efectivización del postulado de subsidiariedad. Si un grupo de políticos ignora la realidad local y pretende reasignarle inmotivadamente al Estado una función que éste ha desempeñado crónicamente mal, y que los particulares podrían ejecutar mucho mejor, sin violar los demás ingredientes del bien común, tal grupo está ofreciendo una alternativa inapropiada del principio de subsidiariedad. Del mismo modo, si alguien postula el traspaso a particulares de una empresa estatal que funciona correctamente, o que es necesario reservar al manejo del poder público (por razones fundamentales de seguridad nacional, v.gr.), esa proposición, dolosa o

[24] El diseño de políticas públicas y su implementación, en este caso referidas a la EE, se trata de un trabajo colectivo, que debe estar afrontado con realismo, dejando de lado prejuicios ideológicos o intereses solo sectoriales, contrarios al bien común.

[25] Sagües, ob. cit., pág. 779.

[26] Aguilar Valdez, Oscar, "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial…", en *El principio de subsidiariedad y el impacto…*, cit., pág. 162.

[27] Aguilar Valdez, Oscar, Ob. cit., pág. 163. La profesora Rosa Fernanda Gómez González se pronuncia de forma semejante al comentar la realidad chilena. Ella afirma: "resulta admisible siempre que se susciten alternativas diversas en la aplicación de la subsidiariedad". Y añade: "es posible sostener que la subsidiariedad nos permite entregar una pluralidad de opciones, algunas muchas veces contrapuestas entre sí; sin embargo, dicha dinámica permite responder a las necesidades coyunturales de cada sociedad. De ahí que contar con una multiplicidad de opciones no es sinónimo de deficiencia del principio. Esta dinámica ha dado lugar a una relación público-privada llena de matices, un ecosistema de relaciones entre actores estatales y particulares" (cf. "La subsidiariedad del Estado en las actividades empresariales en Chile: ¿mito o realidad?", en *Balance y Desafíos del Estado Regulador, Supervisor, Promotor y Empresario*, XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, T. I, Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 210). La autora continúa el párrafo con algunos ejemplos: "Así, empresas públicas se han convertido en privadas (Soquimich), han coexistido prestadores públicos y privados de servicios (v.gr. empresas sanitarias), o se ha permitido la conversión de servicios públicos en sociedades estatales (Casa de Moneda de Chile)".

negligentemente articulada, implica una malversación del principio de subsidiariedad"[28].

En tal sentido, para evaluar la razonabilidad de la ponderación puede resultar de utilidad, según los casos, prestar atención al desarrollo que la doctrina ha realizado de los llamados tres subprincipios de proporcionalidad[29]. De ese modo, será conveniente observar: a) el subprincipio de "adecuación", con miras en la idoneidad o eficacia para alcanzar el fin de la intervención del Estado en la economía con la forma de empresa, b) el subprincipio de "necesidad", con miras a evaluar la eficiencia que pudiera tener un intervención de ese tipo, y c) el subprincipio de "proporcionalidad en sentido estricto", con miras a propender a un balance entre los beneficios para el bien común que aquélla proporcionaría y las restricciones que impondría a los derechos involucrados[30]. Volveré sobre esto al referirme al control.

2.4. La EE, en tanto manifestación de subsidiariedad, requiere de legitimidad formal (en jurisdicción nacional, provincial o municipal)

El régimen republicano de gobierno, con división de poderes, exige atender al reparto de competencias asignado por el constituyente para el diseño y la instrumentación de las políticas públicas, como presupuesto formal de legitimidad. La EE, como manifestación específica de subsidiariedad en sentido positivo (o activo), no puede ser ajena a tal exigencia, tanto sea a nivel nacional, provincial o municipal.

En efecto, a tenor de nuestra Constitución Nacional, los derechos constitucionales se reglamentan por leyes formales, sancionadas por el Congreso de la Nación (cf. art. 14 y cctes.); asimismo, corresponde a ese poder del Estado intervenir en todo lo relativo a una serie de decisiones relevantes, de distinta índole, entre las que se encuentran la de arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación, fijar anualmente el presupuesto público, legislar sobre el régimen de bienes, proveer en todo lo conducente a la prosperidad del país y el desarrollo humano, crear empleo, entre otras (cf. art. 75, incs. 7, 8, 12, 18, 19, 20, y cctes.).

---

[28] Ob. cit., pág. 779. Siguiendo al profesor Sagües, afirma la profesora trasandina citada: "las dinámicas de este ejercicio pueden calificarse de legítimas e ilegítimas, lo cual tendrá que ser valorado conforme a un análisis riguroso de la realidad local y su proyección futura".

[29] Cf. Aguilar Valdez, Oscar, "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial…", en *El principio de subsidiariedad y el impacto…*, cit., pág. 169 y sigtes.; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

[30] Los estudios técnicos e informes de antecedentes realizados con seriedad y profesionalismo son un marco propicio para profundizar, en general o sectorialmente, sobre el análisis de cada uno de estos subprincipios a la hora de diseñar e implementar las políticas públicas en materia de EE y su comparación con las otras herramientas. La evaluación de parámetros de eficiencia productiva, estructura de costos, financiamiento, de sustentabilidad social, laboral, demográfica, medioambiental, entre otras, exige contemplar miradas necesariamente interdisciplinarias.
Solo a título de ejemplo menciono, con relación a la realidad española, el Documento de Trabajo n° 9723, sobre "Empresa pública y empresa privada: titularidad y eficiencia relativa", a cargo de Isabel Argimón, Concha Artola y José Manuel González-Páramo, realizado por el Banco de España, donde se compara la actuación de las empresas públicas en relación con las privadas en España, con el objetivo de aislar la relación entre titularidad y eficiencia productiva de la empresa (http://www.bde.es).

De ese modo, en tanto las políticas públicas que contemplen la intervención del Estado en la economía con la forma de empresa suponen, en la especie, comprometer materias que atañen al conocimiento del Poder Legislativo, su intervención será recaudo necesario para satisfacer su *legitimidad formal*[31]. Y ello, como adelanté, en los distintos niveles jurisdiccionales del régimen federal.

En efecto, de acuerdo con las disposiciones constitucionales indicadas, lógico es suponer que la decisión primaria sobre el alcance de la subsidiariedad estatal es propia de la política legislativa, reservada al Poder Legislativo, siendo los representantes del pueblo quienes deben decidir, sobre la base de antecedentes ciertos y objetivos, de manera razonable. De ese modo, la intervención de ese poder del Estado es quien dota de legitimidad formal a la política pública específica en la materia. No es tal cosa una suerte de capricho infundado, sino que responde a un postulado central del sistema republicano de gobierno[32].

Lo dicho no excluye, en mi criterio, la posibilidad de que, en determinados casos, el Congreso de la Nación, o los órganos legislativos locales, puedan habilitar mediante una encomienda específica a que el órgano ejecutivo reglamente, complete o delimite una determinada política pública en una materia o sector específico. Ello, claro está, con los límites propios exigidos por el orden constitucional federal (tanto sea el caso de una ley que pudiera ser reglamentada o que, en su caso, delegase facultades legislativas, en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional), o los que fueren exigibles en los ordenamientos locales (según cada jurisdicción)[33].

2.5. La subsidiariedad que subyace en la EE es susceptible de debido control político y de juridicidad

Como corolario de todo lo precedente, si la EE se justifica solo en *determinadas circunstancias*, por razones *empírico-axiológicas*, con carácter *subsidiario*, si la valoración técnica y política en torno a la EE supone observar márgenes de ponderación *ciertos, objetivos y razonables*, y si la EE requiere de *legitimidad formal*; entonces, resulta lógico concluir que el diseño y la implementación de políticas públicas en la materia, con el alcance descripto, es susceptible de debido control político y de juridicidad, según sus formas y alcances[34].

---

[31] En el derecho federal, el art. 5° inciso a) de la ley 25.152, modificado por el art. 48 de la ley 25.565, establece que "toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional, requerirá del dictado de una Ley".

[32] *Cf.* Mendy, Tomas M., "Los principios de legalidad y subsidiariedad en el Estado Constitucional de Derecho Argentino y su incidencia en el rol del Estado Empresario", en *El principio de subsidiariedad y el impacto…*, cit., pág. 301-323.

[33] No parece apropiado, en cambio, que la determinación primaria de la subsidiariedad estatal en materia de EE quedase solo a cargo del Poder Ejecutivo. De ese modo ocurrió, por ejemplo, con la creación de la empresa LAFSA, mediante decreto de necesidad y urgencia 1238/03, modificado por decreto 337/03, de igual carácter, sin que se verificasen, verdaderamente, los recaudos exigidos en el art. el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional ("circunstancias excepcionales que impidan seguir el trámite de sanción de leyes"). De modo semejante, no es adecuado que la Procuración del Tesoro de la Nación, en su dictamen 323/2003, hubiere omitido pronunciarse sobre la existencia del recaudo reglado de procedencia exigido en la Constitución. Esto último, tiene relación con la consideración siguiente.

[34] No soslayo aquí al control que ejerce la propia ciudadanía. Por un lado, lo hace en forma indirecta, a través de sus representantes en el Congreso Nacional, en las legislaturas locales y de la CABA y en los

En el plano institucional, no hay dudas de que los poderes propiamente políticos y de gobierno, como son el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, tienen la potestad (que es un poder pero también es un deber) de ejercer el control que cada uno tiene asignado. En efecto, los controles sobre la subsidiariedad estatal son de distinto tipo y carácter: a) control *ex ante*, previo al diseño y establecimiento de una determinada política pública; o *ex post*, durante el desarrollo de la actividad empresarial del Estado (o su no actuación); b) de valoración preponderantemente técnica o de ponderación mayoritariamente política; c) sobre aspectos de legitimad formal o aspectos de legitimidad sustancial (respecto a este último, incluso, desde la perspectiva de los subprincipios de "adecuación", de "necesidad" y de "proporcionalidad en sentido estricto", ya mencionados)[35].

No es posible soslayar, también, en el orden federal, el control *interno* y el control *externo* que sobre la EE tendrán a su cargo, por un lado, la Sindicatura General de la Nación y las unidades de auditoría interna y, por el otro, la Auditoría General de la Nación (art. 85 de la Const. Nacional y ley 24.156). A ello se añade el control que pudiera instar el Defensor del Pueblo de la Nación y el Ministerio Público Fiscal, en orden a sus atribuciones constitucionales y legales (cf. arts. 86 y 120 de la Const. Nacional, respectivamente). A nivel local, corresponderá atender a las instituciones de control respectivas. Si la EE actúa en un mercado en competencia, también puede ser objeto de ese específico tipo de control.

Asimismo, y según el caso, ejercen debido control los órganos de la administración activa que tuvieren algún tipo de vinculación con la EE, como parte de sus competencias de dirección y control, cuanto menos atenuadas, con el alcance propio de las normas que le son aplicables. Y, de modo complementario, también deben ejercer control los agentes que desempeñan función consultiva, como es el caso de los letrados de los servicios jurídicos permanentes, en tanto que la función de asesoramiento supone, a la vez, la de control[36].

Por último, el control de la subsidiariedad estatal también puede ser ejercido en instancia judicial, por jueces federales y locales, en el marco de las causas que tuvieren sometidas a su decisión, con los límites propios de su jurisdicción y competencia[37]. En tal sentido, y con el alcance debido, el control judicial podrá

---

consejos deliberantes municipales, según cada caso. Pero también, en forma mediata y periódicamente, lo hace a través del voto, al tiempo de seleccionar tales representantes. Ciertamente, este último es un control muy importante, que puede tener, a la postre, directa implicancia en el modo de determinación del principio de subsidiariedad en materia de EE.

[35] En todos los casos, el principio de juridicidad, también de orden natural, inderogable, proporciona criterios adecuados de control en el diseño y la implementación de políticas públicas (cf. Galeano, Juan José, "El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial", en *Derecho Administrativo*, Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, Ad-Hoc, mayo de 2009, pp. 22-49).

[36] Cf. Galeano, Juan José, "La función consultiva. El asesoramiento jurídico y su importancia institucional", en *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Ediciones RAP, 2012, págs. 203-227.

[37] Cf. Santiago, Alfonso y Boulin, Ignacio A., *Derecho constitucional y políticas públicas*, Astrea, 2023, en especial, cap. V., "El poder judicial y el control de las políticas públicas" (págs. 123-161), donde se aborda el estado de la cuestión en la actualidad y consigna una propuesta sobre el papel de los jueces frente a las políticas públicas.

comprender parámetros de legitimidad formal y sustancial (en este último caso, dado que las políticas públicas en la materia deben ser diseñadas e implementadas con ajuste a márgenes de ponderación ciertos, objetivos y razonables, aquél podrá alcanzar su ejercicio -o no ejercicio- gravemente indebido o irrazonable)[38].

3. Conclusión

Las consideraciones vertidas en este trabajo, como anticipé, tienen por objeto realizar un aporte útil para la reflexión, a la luz del principio de subsidiariedad, en torno el diseño, la instrumentación y el control de políticas públicas en materia de EE, como herramienta de intervención del Estado en la economía, al servicio del bien común.

Sin dudas, el mencionado principio no brinda la solución acabada para todos los interrogantes y problemas que en torno a las EE se presentan (no pretende hacerlo, en tanto no responde a una fórmula dogmática ni ideológica). Sin embargo, conforma un punto de partida y marco de referencia permanente para descubrir y elaborar, con realismo, verdad y sentido práctico, las respuestas que los gobiernos y los integrantes de la sociedad deben encontrar para la mejor atención de las necesidades públicas, disímiles y complejas, de cada momento.

La tarea comporta un desafío grande, que requiere del conocimiento cierto y profundo de las reglas propias del sector de que se trate en cada tiempo y lugar, así como también exige despojarse de prejuicios ideológicos o políticos, en ocasiones fundados en intereses solo sectoriales, muchas veces contrarios al bien común. Para ello, las autoridades públicas de los tres poderes de gobierno y los demás actores sociales de los distintos sectores involucrados deberán actuar con sabiduría, humildad y prudencia, para adoptar, con coraje, decisiones justas y adecuadas que el presente y futuro requieren.

[38] En efecto, mediante control judicial podrá revisarse la antijuridicidad en orden a la determinación de la subsidiariedad estatal en sentido positivo (o activo) como sobre la ausencia de una debida intervención, en sentido negativo (o pasivo). Un ejemplo de este último supuesto se puso en evidencia en la causa "Viceconte Mariela c/EN", decidida por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, el 2/06/1998, donde se hizo lugar al recurso de amparo de una mujer que vivía en una zona afectada por el mal de los rastrojos, y se ordenó que se produjeran vacunas para 3,5 millones de personas, para lo cual el Estado Nacional tuvo que montar un laboratorio (es decir, una EE), para cumplir con una manda judicial. Se consideró que la medida sanitaria más efectiva para combatir la enfermedad era el suministro de la vacuna Candid 1 cuya efectividad estaba en el orden del 95% y era avalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Además, se trataba de una vacuna denominada huérfana pues su producción no resultaba rentable para los laboratorios. La Cámara de Apelaciones consideró que las omisiones del Estado en la implementación del proceso de producción de la vacuna constituían una violación del derecho a la salud en los términos del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En consecuencia, estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin demoras con el cronograma que el propio Ministerio de Salud había elaborado al efecto, encomendando al Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cronograma.

Bibliografía

Aguilar Valdez, Oscar, "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", en *El principio de subsidiariedad y el impacto en el derecho administrativo,* obra colectiva dirigida por De la Riva, Ignacio M. y Lara, José Luis, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 141-193.

Ariño Ortiz, Gaspar, "La iniciativa pública en la Constitución, Delimitación del sector público y control de su expansión", *Revista de administración Pública 88* (1979).

Ariño Ortiz, Gaspar, "¿Hacia dónde va el Estado? Estado, mercado e iniciativa privada en un mundo en transformación", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Noviembre 1997, págs. 5-13.

Banco de España, Documento de Trabajo n° 9723, sobre "Empresa pública y empresa privada: titularidad y eficiencia relativa", a cargo de Isabel Argimón, Concha Artola y José Manuel González-Páramo (http://www.bde.es).

Barra, Rodolfo C. *Principios de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980.

Benedicto XVI, Encíclica *Caritas in veritate*, 29-VI-2009.

Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, "Viceconte Mariela c/EN", sentencia del 2/06/1998.

Carbajales, Juan José, *Manual de empresas públicas en Argentina (1946-2020)*, coordinador, Universidad Nacional de José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina, 2021.

Cassagne, Juan Carlos, Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo, Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2015.

Cassagne, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad", en *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 47-51.

Cianciardo, Juan, El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* (Sobre la Iglesia en el Mundo Actual), Roma, en San Pedro, 7 de diciembre de 1965.

De la Riva, Ignacio M., *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018.

De la Riva, Ignacio, "Límites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad", en *El principio de subsidiariedad y el impacto…*, cit., págs. 285-300.

De la Riva, Ignacio M. y Lara, José Luis, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, directores, obra colectiva, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

Galeano, Juan José, "El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial", en *Derecho Administrativo*, Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, Ad-Hoc, mayo de 2009, pp. 22-49.

Galeano, Juan José, "La función consultiva. El asesoramiento jurídico y su importancia institucional", en *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Ediciones RAP, 2012, págs. 203-227.

George, Robert P., "La empresa en una sociedad decente y dinámica", en *Moral Pública, Debates Actuales, Instituto de Estudios de la Sociedad*, Santiago de Chile, 2009, págs. 149-161.

Gómez González, Rosa Fernanda, "La subsidiariedad del Estado en las actividades empresariales en Chile: ¿mito o realidad?", en *Balance y Desafíos del Estado Regulador, Supervisor, Promotor y Empresario*, XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, T. I, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Tercera Edición, Colección Vértice, Traducción del inglés por Manuel Guerra.

Massini, Carlos I., "Acerca del fundamento del principio de subsidiaridad", Revista de Derecho Público, nro. 39/40, Santiago de Chile.

Mendy, Tomás M., "Los principios de legalidad y subsidiariedad en el Estado Constitucional de Derecho Argentino y su incidencia en el rol del Estado Empresario", en *El principio de subsidiariedad y el impacto…*, cit., pág. 301-323.

Messner, Johannes, Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural, Ediciones Rialp.

Pío XI, Encíclica *Quadragesimo anno*, 1931.

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, "Evolución, alcance y límites del principio de subsidiariedad", en Derecho y Economía – Estudios Institucionales, Quito, Ecuador, 2019, págs. 332-350.

Rodríguez Luño, Ángel. *Ética*, Libros de Iniciación Filosófica, Eunsa, quinta edición, mayo de 1991, Pamplona, España.

Sagües, Néstor P., "Principio de subsidiaridad y principio de antisubsidiaridad", JA, T 1980–II, 775-780.

Santiago, Alfonso y Boulin, Ignacio A., *Derecho constitucional y políticas públicas*, Astrea, 2023, en especial, cap. V., "El poder judicial y el control de las políticas públicas" (págs. 123-161).

Schclarek Curuchet, Alfredo y Torres, Lucas Ariel, "Empresas del Estado: Razones de existencia y propuestas de modernización", en Actualidad Económica, Año XXII, N° 78 – Septiembre/Diciembre 2012.

Vigo, Rodolfo L., Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial, Depalma, 2000.

Capítulo II. La intervención del Estado a través de sus empresas. Una mirada a la luz de la reforma constitucional de 1994 – Tomás M. Mendy

Autor: Tomás M. Mendy[39]

Lugar de publicación: Ediciones Nro. 4 y 5, abril y mayo 2025, de la revista El Derecho, ISSN 1666-8987.[40]

Resumen: El trabajo tiene por objeto estudiar la empresa estatal como una modalidad particular de intervención económica del Estado, diferenciada de las técnicas clásicas de fomento, policía y servicio público. A partir de su carácter controvertido, se analiza su compatibilidad con el orden constitucional argentino y con el régimen jurídico infraconstitucional vigente. Desde la reforma constitucional de 1994, se indagan los recaudos que condicionan la legitimidad de la actuación estatal como empresario, atendiendo especialmente a los principios de subsidiariedad, razonabilidad, legalidad, igualdad, transparencia y eficiencia.

Palabras clave: empresa estatal, intervención del Estado, subsidiariedad, razonabilidad, reforma constitucional 1994.

1. Introducción

Tradicionalmente se ha sostenido que el Estado interviene en la economía a través de alguna de las tres técnicas clásicas: el fomento, la policía y el servicio público. Sin embargo, esta clasificación resulta ser insuficiente para describir otra forma de intervención en la que el Estado incide en la economía de un modo diferente, como ocurre en el caso de las empresas estatales[41].

[39] Abogado, por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo Económico, por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Magíster en Economía y Ciencias Políticas por la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas (ESEADE). Profesor adscripto en las materias "Fundamentos de Derecho Administrativo" e "Instituciones de Derecho Administrativo" (UCA).

[40] Su desarrollo fue producto del proyecto de investigación llamado "Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la Economía", dirigido por el Dr. Ignacio María De la Riva (2022-2024), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina.

[41] Como recuerda De la Riva, "un año después de aparecido el trabajo en el que Jornada de Pozas enunciara su esquema clasificador, Villar Palasi sugirió que de cara a la decidida incursión de la Administración pública en el campo económico tal estructura era insuficiente, y que se hacía imperioso sumar una cuarta categoría a las tres propuestas por aquel autor: la gestión económica administrativa. Esta nueva noción propuesta por Villar venía a aglutinar todas aquellas actividades de índole industrial y comercial desplegadas por la Administración y que a juicio de aquél no resultaban reconducibles a los conceptos de policía, servicio público o fomento" (DE LA RIVA, Ignacio M., *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, CASSAGNE Juan Carlos (dir.) – PERRINO, Pablo E. (coord.), Hammurabi, 1ª edición, 2004, p. 105).

En efecto, la empresa estatal[42] constituye un "instrumento de intervención pública directo"[43] a través del cual el Estado opera como un agente más en el campo de la economía, sea en situación de competencia, sin excluir necesariamente la actividad económica privada, o en sectores monopólicos, donde se excluye la participación privada (v.gr. prestación directa de un servicio público)[44].

Se trata, por cierto, de un instituto controvertido y cuestionado, entre otras razones, porque "no existe una vinculación lógica e inmediata entre los fines propios del Estado, como organización jurídica y policita de la comunidad, y la realización de actividades comerciales e industriales"[45]. De allí, que autores como Ariño Ortiz, hayan planteado que la empresa estatal en una economía de mercado es una contradicción *in terminis*[46].

Pese a esas loables críticas, lo cierto es que en el caso de la República Argentina, no se trata de un instituto necesariamente incompatible con el plexo constitucional. Ya que, si bien la Constitución nacional no autoriza en forma genérica al Estado a recurrir a esta particular forma de intervención, como sí lo hacen otros países[47], en determinados supuestos lo permite (v.gr. Banco nacional y correos)[48].

Por otra parte, hay un universo de normas de carácter *infra* constitucional que regulan la empresa estatal como una realidad inexorable del ordenamiento jurídico argentino (entre otras, Código Civil y Comercial de la Nación[49], Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los sistemas de Control del Sector

[42] A lo largo del presente trabajo, utilizaremos el término "empresa estatal" y no "empresa pública", por entender que resulta más adecuado para referirnos a todos los supuestos en los que el Estado interviene en la economía bajo esa figura, con prescindencia de la forma jurídica adoptada (v.gr. entidad autárquica, sociedad comercial, sociedad del Estado, empresa del Estado propiamente dicha, etc.).

[43] Laguna de Paz define a la empresa estatal como "un instrumento de intervención público directo, que se asienta sobre una organización diferenciada de capital y trabajo, bien de naturaleza pública –con o sin personalidad jurídica propia-, bien privada –pero mediata o inmediatamente bajo dirección pública-, la cual se orienta a la realización de una actividad económica, aplicando para ello con carácter general el derecho privado" (LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "La empresa pública en el derecho comunitario europeo", Revista de Derecho Administrativo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 613-626).

[44] DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/23: la "vexata quaestio" de la intervención directa del Estado en la economía", en *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, CASSAGNE Juan Carlos (Dir.), ABERASTUY, Pedro (Coord.), 1era edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, p. 477.

DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/23: la "vexata quaestio" de la intervención directa del Estado en la economía", en *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, CASSAGNE Juan Carlos (Dir.), ABERASTUY, Pedro (Coord.), 1era edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, p. 478.

[46] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Economía y mercado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 246.

[47] A modo de ejemplo, el art. 19 inc. 21 de la Constitución Política de la República de Chile establece que "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza".

[48] Ver art. 75 incs. 6° y 14 de la Constitución Nacional.

[49] El art. 149 del CCyCN establece que "La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación".

Público Nacional[50], Ley N° 27.742 de Defensa de la Competencia[51], Ley 19.549 de Procedimiento Administrativo[52], etcétera).

Partiendo de esa realidad, el desafío consiste en intentar dilucidar bajo qué recaudos constitucionales resulta admisible que el Estado pueda acudir a la empresa estatal como mecanismo de intervención económica.

Intentaremos responder ese interrogante a la luz de ciertos principios que, a nuestro juicio, adquieren particular relevancia a partir de la reforma constitucional de 1994: subsidiariedad, razonabilidad, legalidad, igualdad, transparencia y eficiencia.

El trabajo será abordado en base a la siguiente estructura:

En primer lugar, a efectos de poder contextualizar y comprender mejor el tema objeto de estudio, hemos considerado importante realizar un breve repaso histórico que refleje cómo ha ido evolucionando el modelo de Estado argentino y su realidad de cara al fenómeno de la empresa estatal (punto 2).

En segundo lugar, intentaremos señalar, de manera sucinta, cuáles han sido los fines y principios que orientaron la reforma constitucional de 1994 (punto 3).

En tercer lugar, relacionado con el punto anterior y, ya introduciéndonos más concretamente en el tema que aquí nos ocupa, expondremos cómo ha sido receptado implícitamente el principio de subsidiariedad en la Constitución reformada en 1994. A partir de allí, analizaremos cuál es su incidencia sobre el rol del Estado en el campo económico, haciendo especial hincapié en los supuestos en los que interviene como "empresario", sea en sectores competitivos o monopólicos (punto 4°).

Seguidamente, nos abocaremos a analizar cómo incide en esta materia el principio de razonabilidad, fundamentalmente en lo atinente a la necesidad de motivar suficientemente la intervención estatal, en orden a su "adecuación", "necesidad" y "proporcionalidad" con el fin perseguido (punto 5°).

---

[50] Su ámbito de aplicación comprende a 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" (art. 8° inc. b).

[51] Esta ley resulta aplicable a las empresas del Estado, en cuanto su ámbito de aplicación comprende a "todas las personas humanas o jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional" (art. 4°).

[52] El art. 1° inc. c) establece que: "La presente ley no se aplicará 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 sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Los entes mencionados en este inciso c), así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional, se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado. El Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá, a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público".

Lo mismo haremos a continuación respecto del principio de legalidad, en este caso, para intentar determinar cuál es el órgano competente para disponer la intervención estatal. Partiremos aquí del espíritu de la reforma constitucional de 1994 y, analizaremos, luego, cuáles han sido los poderes atribuidos al Congreso de la Nación; cómo se vincula el Poder Ejecutivo con la ley en sentido formal; qué sucede con los Decretos de Necesidad y Urgencia y los Decretos Delgados y; por qué es necesario distinguir la "creación" de una empresa estatal de una mera "transformación societaria" (punto 6°).

Finalmente, haremos referencia a tres principios esenciales (igualdad, transparencia y eficiencia) que también tienen gran incidencia en el tema que venimos exponiendo y que adquieren especial sentido con la constitucionalización de ciertos tratados internacionales (punto 7°).

Concluiremos el trabajo con una reflexión general sobre el tema abordado (punto 8°).

2. Breve repaso histórico. La transformación del modelo de Estado en la República Argentina y los diferentes escenarios en materia de empresas estatales.

2.1. Primera etapa (1853-1930)

Desde el dictado de la Constitución de 1853-60[53] (también llamada la Constitución histórica), y hasta la famosa crisis de 1930, la intervención del Estado argentino en el campo económico ha sido muy limitada.

Ello guarda coherencia con una Constitución que, inspirada bajo el prisma ideológico liberal de aquella época, adoptaba como uno de sus ejes centrales el principio de libertad económica[54], traducido en una férrea defensa al libre juego del mercado que excluiría al máximo posible la intervención por parte del Estado, bajo la famosa fórmula del *laissez faire*[55]. Allí las funciones del

[53] La República Argentina tardó más de cuarenta años, desde la declaración de su independencia, para dictar la Constitución de 1853 y, establecer, a partir de allí, el proyecto político del país. Como afirman Carnota y Maraniello, durante esos más de cuarenta años, hubo derramamiento de mucha sangre y muertes entre nuestros conciudadanos (CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patricio A., Derecho constitucional, ed. La Ley, 1ª edición, Buenos Aires, 2008, p. 3).

[54] En palabras de Alberdi, "La Constitución es, en materia económica, lo que en todos los ramos del derecho público: la expresión de una revolución de libertad, la consagración de una revolución social de América. Y, en efecto, la Constitución ha consagrado el principio de libertad económica, por ser tradición política de la revolución de mayo de 1810 contra la dominación española, que hizo de esa libertad el motivo principal de guerra contra el sistema colonial y prohibitivo" (ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*, Planeta de Libros, Buenos Aires, 2024, p. 4).

[55] Como señala De la Riva, "ha sido enfático Alberdi al advertir sobre los beneficios de la libertad de comercio y la eliminación de las aduanas interiores. Tal parecer suyo queda plasmado en propuestas concretas volcadas a la letra de la Constitución, decididamente alineadas con las ideas de los fisiócratas, que sientan las bases de un modelo de progreso que avala reducidos niveles de intervención pública en orden a no entorpecer el despliegue de las fuerzas productivas". En ese sentido, Alberdi expresaba "Gobernar poco -dirá-, intervenir lo menos, dejar hacer lo más, no hacer sentir autoridad es el medio de hacerla estimable. A menudo entre nosotros gobernar, organizar, reglamentar es estorbar, entorpecer, por lo cual fuera preferible un sistema que dejase a las cosas gobernarse por su propia impulsión" (DE LA RIVA, Ignacio M., "La influencia de Juan Bautista Alberdi en la formación del derecho administrativo argentino", Ed. LA Ley, Buenos Aires, 2023, p.3).

poder público se circunscribían esencialmente a legislar, juzgar y gobernar[56] para garantizar la vigencia de los derechos individuales[57].

De todos modos, quien ha sido uno de los autores intelectuales de esa Constitución, Alberdi, no desconocía la importancia que tenían ciertas políticas de fomento por parte del Estado, pues estaba claro que "el progreso material del país requiere de caminos, puentes, ferrocarriles y otras obras que mal pueden concretarse sin un decidido aliento de las autoridades nacionales, cuyo apoyo económico es indispensable"[58]. De allí se explica la cláusula de progreso inserta en el art. 67 inc. 16 de aquella Constitución (hoy art. 75, inc. 18)[59].

Así es que durante ese período, la gran mayoría de los servicios públicos eran prestados por empresas privadas bajo el régimen de la concesión (electricidad, teléfonos, gas, subterráneos, etc.)[60]. Los contados casos de empresas del Estado que existían tenían como finalidad principal favorecer el desarrollo de infraestructuras (fundamentalmente ferrocarriles[61]) y/o el estímulo financiero de ciertas actividades (v.gr. agroindustriales[62], construcción de viviendas[63], etcétera[64]).

---

[56] ALBERDI, Juan Bautista, Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853, Planeta de Libros, Buenos Aires, 2024, p. 80.

[57] DE LA RIVA, Ignacio M., *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, CASSAGNE Juan Carlos (dir.) – PERRINO, Pablo E. (coord.), Hammurabi, 1ª edición, 2004, p. 66, cita N° 32. El poder estatal constituye, para la corriente liberal clásica, un medio para la plena satisfacción de los derechos y libertades de las personas que integran la comunidad y por lo tanto para posibilitar la mayor satisfacción de sus necesidades y el pleno desarrollo económico, social y cultural de la comunidad.

[58] DE LA RIVA, Ignacio M., "La influencia de Juan Bautista Alberdi en la formación del derecho administrativo argentino", Ed. LA Ley, Buenos Aires, 2023, p. 3.

[59] Esa norma otorgaba al Poder Legislativo la atribución de "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias…promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo" (DE LA RIVA, Ignacio M., "La influencia de Juan Bautista Alberdi en la formación del derecho administrativo argentino", Ed. LA Ley, Buenos Aires, 2023, p. 3).

[60] CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, p. 108. Ver también GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 473.

[61] Más allá de la gran inversión realizada por empresas extranjeras privadas, el Estado tuvo un rol muy activo en el desarrollo de puertos y ferrocarriles a través de distintas políticas de fomento (exenciones tarifarias y arancelarias, cesión de tierras, etc.). Incluso, algunas líneas de ferrocarriles, como la del Central Norte o la del Ferrocarril Andino, fueron desarrolladas y administradas directamente por organismos dependientes de la administración nacional durante la década de 1870. Asimismo, por razones estratégicas y de integración regional, el Estado tomó a su cargo otras líneas donde el capital privado no tenía interés, creando a esos efectos la Administración General de Ferrocarriles del Estado en 1909 (ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, pp. 12-13).

[62] Cabe recordar que ciertas instituciones financieras del Estado nacieron con el propósito principal de estimular las actividades rurales, en el marco de un modelo basado en la exportación de materias primas para el mercado mundial. Tal es el caso del Banco Nacional, creado en el año 1872. (ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, pp. 12-13).

[63] A esos efectos se creó el Banco Hipotecario Nacional (1886) para la construcción de viviendas (ver ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, pp. 12-13).

[64] La creación del Banco de la Nación Argentina (1891) tuvo por finalidad brindar una prestación más amplia de servicios esenciales a la población en constante crecimiento en las grandes ciudades (ROUGIER, Marcelo,

Es recién a partir de la Primera Guerra Mundial que los Estados comenzaron a intervenir por razones estratégicas en actividades hasta entonces reservadas a la iniciativa privada. En Argentina, la creación de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (1922) constituye un ejemplo de ello, ya que se crea con el objetivo de moderar y regular el mercado, a la vez que establecer cierto grado de control sobre un recurso estratégico. También en esa línea, aunque con fines de "defensa nacional", se explica la creación de la Fábrica Militar de Aviones en 1927, sobre la base de una ley secreta que promovía el desarrollo de industrias básicas[65].

2.2. Segunda etapa (1930-1975)

A partir de la llamada crisis de 1930, comienzan a ganar terreno las ideas de John M. Keynes, tendientes a regularizar el ciclo económico mediante el manejo de la política fiscal, monetaria y crediticia[66].

Durante esa década, el Estado argentino empieza a intervenir de manera creciente la esfera de los particulares[67], mediante la creación de una gran cantidad de Juntas Reguladoras de granos, de carnes, de producción vitivinícola, etc., algunas de las cuales posteriormente derivarían en empresas *sui generis* del Estado, como es el caso de la Corporación Argentina de Productores de Carnes (CAP), creada en 1934 como empresa testigo y en defensa de los precios de los ganaderos para contrarrestar las maniobras monopólicas de los frigoríficos ingleses y norteamericanos que dominaban el mercado[68].

En ese contexto también se produce la reforma monetaria y bancaria de 1935, que da origen a la creación del Banco Central de la República Argentina (BCRA), como una entidad mixta con participación estatal y privada, que entre sus funciones tenía las de intervenir el sistema monetario y financiero a fin de atenuar los efectos negativos y positivos del ciclo económico[69].

Años más tarde, a partir de la década de 1940, el papel del Estado en el campo económico continúa expandiéndose notablemente. Se produce en este período el proceso de nacionalización de varias empresas de servicios públicos[70] (v.gr.

"Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, pp. 12-13).

[65] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 14.

[66] Estas ideas terminaron influyendo en la política económica de las principales economías de Occidente, sobre todo a partir de las décadas de 1940 y 1950 (MATA, Ismael, "Del Estado empresario al Estado regulador", publicado originalmente en AAVV, *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*, La Ley, Buenos Aires, 1994, pp. 219-227).

[67] Y el Estado argentino no ha sido la excepción (Ver GELLI, María Angélica, "Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994", ed. La Ley, Buenos Aires, 1995).

[68] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 15.

[69] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 15.

[70] En ciertos supuestos, la nacionalización obedeció a que a lo largo de la década de 1940 se produjo el vencimiento de varias concesiones estatales otorgadas a empresas extranjeras en materia de servicios públicos. En otros casos, la nacionalización fue el resultado del interés de los propietarios por deshacerse de sus activos, luego de fuertes caídas de rentabilidad, como ocurrió con los ferrocarriles ingleses, o las compañías aéreas. Tal es el caso, por ejemplo, de Aerolíneas Argentinas, creada como empresa estatal en

Aerolíneas Argentinas en 1950[71]) y el avance sobre determinadas industrias, como fue el caso de la siderúrgica con la creación en 1947 de la Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina (SOMISA)[72].

Algunas empresas se organizaron bajo el régimen de las Sociedades de Economía Mixta (SEM), establecido por el Decreto 15.349/46 (ratificado por Ley 12.962), que consideraba "previsible un mayor incremento de la actividad del Estado en asociación con particulares, tanto en el orden de los servicios públicos, cuanto en empresas industriales y comerciales, ya sea en cumplimiento de una gestión de promoción económica o bien en explotaciones que son de interés general".

A esos efectos, el referido Decreto preveía una estructura empresarial integrada por el Estado y por los capitales privados, con la finalidad de proveer a la satisfacción de necesidades de origen colectivo o la implementación, el fomento y desarrollo de actividades económicas. Una de las empresas que acudió a esta forma jurídica fue SOMISA.

Sin embargo, ante las dificultades y la falta de incentivos que evidenció en la faz práctica la conformación de las SEM[73], en 1949 se sancionó la Ley 13.653 de Empresas del Estado, que consagró un régimen jurídico mixto[74] y estableció que este tipo de empresas tendrían por objeto el desarrollo de actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de los servicios públicos, en los casos en los que el Estado Nacional considerara, por razones de interés público, hacerlo directamente. En la actualidad, este tipo de empresas no tienen mayor desarrollo, siendo uno de los pocos ejemplos que quedan dentro de la Administración Pública Nacional el caso de Construcciones de Viviendas para la Armada Argentina (COVIARA)[75].

1950 (ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 16).

[71] Cabe recordar que las Sociedades Mixtas: Aeroposta Argentina, ALFA, FAMA y ZONDA, pasaron a formar parte del patrimonio del Estado mediante el Decreto 10459 de 1949, aunque no fue sino hasta el 7 de diciembre de 1950 en que es oficialmente creada como Aerolíneas Argentinas Empresa del Estado, por intermedio del Ministerio de Transporte argentino.

[72] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 16.

[73] Entre otras razones, porque la regulación otorgaba de modo expreso ciertos privilegios y potestades especiales a los representantes del Estado. Así, el presidente de la sociedad, o en su ausencia cualquier de los directores nombrados por la Administración Pública tenía la facultad de vetar las resoluciones del Directorio o, incluso, las decisiones de las asambleas de accionistas, cuando las decisiones podían "comprometer las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad" (MOCOROA, Juan M., "La competencia del Poder Ejecutivo Nacional para la creación de empresas públicas y estándares de actuación competitiva: el caso de Fabricaciones Militares Sociedad del Estado", El Derecho – Revista de Derecho Administrativo, Argentina, 30 de marzo de 2020) . Véase también ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 16. El autor advierte que la idea primigenia en el contexto en el que se creación las SEM fue armar empresas mixtas, pero ante la aversión de los capitales privados, se conformaron finalmente empresas públicas.

[74] Al someter al derecho privado todo lo relacionado con sus actividades específicas y al derecho público lo relacionado con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo (art. 1° Ley 13.653)

[75] Ver MOCOROA, Juan M., "La competencia del Poder Ejecutivo Nacional para la creación de empresas públicas y estándares de actuación competitiva: el caso de Fabricaciones Militares Sociedad del Estado", El Derecho – Revista de Derecho Administrativo, Argentina, 30 de marzo de 2020.

Todo este proceso de creciente intervencionismo estatal fue acompañado por la reforma constitucional de 1949 que, entre otras cuestiones, le asigna al Estado un rol protagónico en el manejo de la economía, los recursos naturales y los servicios públicos[76]. Los arts. 38, 39 y 40 son paradigmáticos en ese sentido, ya que consagran la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica[77], y facultan al Estado a intervenir en la economía y monopolizar determinadas actividades, dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales[78].

En relación con los servicios públicos, el art. 40 de dicha Constitución expresamente estableció que pertenecían originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrían ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

Luego de la derogación de la Constitución de 1949, se dicta la Constitución de 1957, que mantiene una fuerte impronta social en algunas de sus cláusulas (v.gr. art. 14 bis)[79].

Ahora bien, con todo este telón de fondo, a partir de la segunda mitad del siglo XX[80], el Estado intensifica aún más su participación directa en la producción de algunos bienes y servicios y emprende la realización de diversas actividades comerciales e industriales[81]. Muchas de ellas, al amparo de la Ley

---

[76] El artífice de su redacción fue el jurista Arturo Sampay, quien no solo impulsó la incorporación de nuevos derechos, sino también un rol diferente del Estado en la economía y en el manejo de los recursos naturales y de los servicios públicos. Además, se produjeron importantes modificaciones que repercutieron en la competencia del ejecutivo, reforzado por institutos de emergencia, y en el funcionamiento del federalismo, como producto del reforzamiento de las potestades de la Nación, en detrimento de las de las provincias.

[77] El capítulo IV contenía los arts. 38, 39 y 40, bajo un mismo título denominado "La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica". Concretamente, el art. 38 establecía que la propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Por su parte, el art. 39 advertía que el capital debía estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Y el art. 40 señalaba que la organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. En relación a los servicios públicos, dicho artículo aclaraba que pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

[78] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 459.

[79] Como sostiene Gelli, la vigencia de la Constitución de 1949 duró menos de siete años, aunque los derechos sociales reaparecieron en 1957, incluidos en el art. 14 bis de la Constitución (GELLI, María Angélica, "Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994", ed. La Ley, Buenos Aires, 1995).

[80] Más precisamente, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se produjo una decidida intervención del Estado en la economía (Ver MATA, Ismael, "Del Estado empresario al Estado regulador", publicado originalmente en AAVV, *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*, La Ley, Buenos Aires, 1994, pp. 219-227).

[81] DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/23: la "vexata quaestio" de la intervención directa del Estado en la economía", en *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, CASSAGNE Juan Carlos (Dir.), ABERASTUY, Pedro (Coord.), 1era edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, p. 484. Por supuesto que este fenómeno no se ha dado solamente en Argentina. Como recuerda Ariño Ortiz, en 1946 Charles de Gaulle (ex presidente de Francia) sostenía: "Mañana será misión del Estado asegurar por sí mismo el desarrollo de las grandes fuentes de

13.653 de Empresas del Estado (v.gr. YPF, Aerolíneas Argentinas, Agua y Energía Eléctrica, Ferrocarriles Argentinos, OSN y Encotel)[82].

Posteriormente, a fin de mejorar el desempeño de las empresas estatales, en 1967 se dicta la Ley 17.318, que estableció el régimen de las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria (SAPEM)[83], con el objetivo de brindarle al Estado la posibilidad de optar por formas de organización tradicionalmente reservadas a la actividad de los particulares, a efectos de poder armonizar la flexibilidad y fluidez operativas que son características de las empresas comerciales, con el adecuado control que exigen los intereses del Estado[84]. De este modo, se incorporó al régimen de la Ley 19.550 este particular tipo societario en el que el Estado detentaría, al menos, el 51% del capital social.

Bajo esa modalidad, se reorganizaron varias empresas ya existentes (v.gr. ELMA, AFNE e IME) y se constituyeron nuevas empresas cuya finalidad estuvo apuntada a continuar alentando el proceso de industrialización que venía llevando adelante el Estado argentino (v.gr. Hidronor, Hipasam, Petroquímica General Mosconi)[85].

Continuando con este derrotero normativo, en 1974 se dicta la Ley 20.705 de Sociedades del Estado, con el objeto de crear sociedades constituidas por el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios o los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, con exclusión de toda participación

---

energía, carbón, electricidad, petróleo; también de los principales medios de transporte, por ferrocarril, mar o aire, y de los instrumentos financieros sobre los cuales todo lo anterior descansa. Es misión del Estado elevar la producción metalúrgica al nivel necesario. Es misión del Estado disponer del crédito de la Nación para dirigir el ahorro nacional hacia las grandes inversiones y evitar que los grandes grupos de interés actúen en contra del interés nacional". Años más tarde, el Presidente del Adam Smith Institute de Londres, Madsen Pieri, manifestaba lo siguiente: "En el año 1979, en Gran Bretaña, uno podía pasar todo el día sin tropezarse con la economía privada. ME despertaba por la mañana y habría mi huevo pasado por agua producido por el Estado, con un cuchillo de acero de fabricación estatal, recogía el correo estatal que llegaba con una semana de retraso y le daba los buenos días al basurero, que en ese preciso instante desparramaba la basura sobre la acera. Luego subía a mi coche fabricado por el Estado, llevaba a los niños al colegio estatal, dejaba a mi mujer en el hospital estatal y me iba a trabajar, para el Estado naturalmente. Con el teléfono, estatal, llamaba a una agencia de viajes estatal para reservar un viaje en un avió fabricado por el Estado. Y de esta forma podía pasar toda mi vida sin que tropezase jamás con ese tipo de economía que realmente genera el bienestar" (ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Modelo de Estado y Sector Público Empresarial", Revista de Derecho Administrativo N° 3, 2007, pp. 13-14).

[82] DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/23: la "vexata quaestio" de la intervención directa del Estado en la economía", en *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, CASSAGNE Juan Carlos (Dir.), ABERASTUY, Pedro (Coord.), 1era edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, pp. 462-466, 484-485.

Al amparo de este tipo de empresa, el Estado prestó a lo largo de más de dos décadas los principales servicios públicos y realizó ciertas actividades industriales de gran trascendencia para la economía nacional. El art. 1° facultaba al Estado a llevar a cabo, por medio de este tipo de empresas, "actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza".

[83] Estas sociedades fueron creadas, originariamente, para superar las dificultades propias del régimen hibrido de la Ley 13.653 (Ver MOCOROA, Juan M., "La competencia del Poder Ejecutivo Nacional para la creación de empresas públicas y estándares de actuación competitiva: el caso de Fabricaciones Militares Sociedad del Estado", El Derecho – Revista de Derecho Administrativo, Argentina, 30 de marzo de 2020).

[84] Así fue explicitado en la exposición de motivos de la Ley 17.318.

[85] El capital de estas empresas correspondía a diversas dependencias o empresas del Estado, como Fabricaciones Militares, YPF o Gas del Estado (ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 22).

de capitales privados (art. 1°). Este régimen buscó "amalgamar la flexibilidad operativa propia de las sociedades anónimas con garantías de orden social inherente a la propiedad estatal absoluta"[86]. Acudieron a esta modalidad jurídica, entre otras, Telam, Radio y Televisión Argentina, EDUC.AR.

En el contexto descripto, hacia los comienzos de la década de 1970, las empresas del Estado habían alcanzado una enorme dimensión, interviniendo en distintos sectores de la economía y abarcando, en ciertos casos, toda la cadena de producción[87].

Cabe recordar que paralelamente a todo el proceso de industrialización, la intervención del Estado se justificaba también en la política de rescate de empresas privadas que a lo largo de la década de 1960 y 1970 se había llevado a cabo, con la finalidad de posibilitar su rehabilitación, mantener las fuentes de trabajo y evitar que algunas industrias fueran adquiridas por capitales extranjeros[88].

Tarde o temprano, todo este proceso de enorme expansión estatal, característica del modelo de Estado de Bienestar, terminaría asfixiando la actividad privada[89] y provocando una fuerte crisis del sistema, que no sólo tuvo lugar en Argentina, sino también en otras latitudes.[90].

2.3. Tercera etapa (1975-1989)

Como consecuencia de lo anterior, y fundamentalmente entre el Rodrigazo de 1975 y el golpe militar de 1976, se da inicio a una nueva etapa signada por la apertura económica, el retroceso industrial y la retirada del Estado de la esfera económica[91].

El diagnóstico realizado en ese contexto destacaba la ineficiencia de las empresas estatales y el elevado déficit fiscal que ellas provocaban. Frente a ello, la política económica implementada por Martinez de Hoz apuntó a avanzar hacia su privatización[92].

---

[86] Así surge del mensaje elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación.

[87] Por ejemplo, YPF y SOMISA eran las dos principales empresas de la economía Argentina, representando el 24% del sector industrial y completando prácticamente todo el ciclo de producción (ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, pp. 23-24).

[88] Este proceso también se llevó a cabo en México y Perú (Véase MATA, Ismael, "La intervención económica del Estado a través de sus Empresas", Revista Rap, octubre de 2018, p. 350).

[89] DE LA RIVA, Ignacio M., *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, CASSAGNE Juan Carlos (dir.) – PERRINO, Pablo E. (coord.), Hammurabi, 1ª edición, 2004, p. 69.

[90] El propio Ariño Ortiz sostiene que ello sucedió en Europa y que no se trató de una crisis como las que cíclicamente atraviesan las economías, sino de una quiebra, tanto en sentido liberal (de ruptura) como jurídico (de incapacidad de pago de las obligaciones contraídas) del modelo de Estado de Bienestar o Social. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Modelo de Estado y Sector Público Empresarial", Revista de Derecho Administrativo N° 3, 2007, p. 15).

[91] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 40.

[92] En efecto, a la llamada privatización periférica consistente en la privatización parcial de actividades de las grandes empresas del Estado como, por ejemplo, la cesión de áreas petroleras para su explotación, se sumó la enajenación de una parte importante de sus paquetes accionarios (ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 42)

Sin embargo, el proceso no fue lineal, ya que muchos proyectos y empresas del Estado creados durante el período anterior terminaron por completar su ciclo madurativo en esta nueva etapa[93]. Téngase en cuenta que el peso burocrático adquirido hasta ese entonces y la propia dinámica productiva condicionaban la inmediata retracción del Estado en ciertos sectores[94]. Existieron, además, casos concretos de estatalizaciones como el de la Compañía Ítalo Argentina de Electricidad en 1979, o el de la Aerolínea Austral[95].

Años más tarde, más precisamente en el año 1983, la Argentina retorna a la senda de la democracia, con Alfonsín como presidente electo. Como consecuencia del elevado déficit fiscal arrastrado de períodos anteriores, la política encarada por el nuevo gobierno apuntó a la atracción de capital privado a la industria petrolera a través del Plan Houston y la venta de empresas estatales cuya privatización no se había logrado durante la gestión del gobierno de facto. Al mismo tiempo, se intentó avanzar en un proceso de privatización de algunas empresas bajo control de Fabricaciones Militares (tales como Polisur, Monómeroes Vinícos, Petropol, Atanor, etc.), pero la oposición política dilató tales proyectos[96].

Pese a los esfuerzos del gobierno de turno por sanear las variables macroeconómicas, hacia el año 1989 la dimensión que había acumulado el Estado luego de varios períodos se hacía insostenible. Continuaban existiendo en ese contexto casi un centenar de empresas estatales atravesadas por importantes déficits operativos, sobreendeudamiento, desinversión y un cumulo de demandas judiciales. Ocupaban estimativamente 347.000 empleados y eran responsables del 87% del déficit público[97].

Para muchos analistas económicos y juristas de aquel entonces, las empresas estatales habían sido la causa fundamental del escaso crecimiento de la economía argentina y de las crisis recurrentes[98].

La crisis provocada por la hiperinflación de 1989 constituyó un verdadero punto de inflexión que condujo "a la necesidad imperiosa de formular un replanteo acerca de la dimensión del Estado, su participación en el capital y en la gestión de las empresas públicas, la revisión de las estructuras

[93] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 40.
[94] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 27.
[95] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 42.
[96] Sólo se liquidó SIDINSA, una empresa que había sido creada bajo la órbita de Fabricaciones Militares en los setenta con el propósito de desarrollar la producción siderúrgica.
[97] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p. 44.
[98] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p.44. En esa línea, autores como Cassagne, sostuvieron que la enorme cantidad de empresas estatales creadas durante este período, junto a su ineficiente gestión y los elevados déficits de explotación, no sólo provocaron la anquilosis empresarial en cada sector, sino también en las finanzas públicas y la economía en general (CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, p. 108).

administrativas y la subsistencia de las diferentes regulaciones y monopolios que traban la libre iniciativa de los particulares y la concurrencia al mercado"[99].

2.4. Cuarta etapa (1989-2001)

Así es que en el año 1989 se produce una importante reforma del Estado, que apuntó a liberalizar la economía mediante la privatización de empresas públicas, la desregulación y desmonopolización de ciertas actividades[100].

Ello tuvo lugar con el dictado de la Ley N° 23.696 de "Reforma del Estado", que delegó en el Poder Ejecutivo la posibilidad de "proceder a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras cuya gestión actual se encuentre a su cargo, o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado nacional".

Señala Durand que "en ese proceso, cuya concreción insumió un par de años, el Estado se desprendió de la titularidad, o al menos de la gestión directa, de la mayoría de las actividades comerciales e industriales que tenía a su cargo. El caso paradigmático -y más visible- ha sido el proceso de privatización de los servicios públicos domiciliarios"[101].

En efecto, durante la década de 1990 se privatizaron una enorme cantidad de empresas del Estado (v.gr. ENTEL, Aerolíneas Argentinas, Gas del Estado, entre muchas otras). Dentro de las empresas industriales más importantes, cabe destacar la venta de SOMISA, Tandanor, YPF, entre otras[102].

Hacia fines del s. XX, ya no quedaban rastros del viejo Estado empresario de la posguerra. Del total de 89 empresas públicas nacionales registradas hacia 1990, veintisiete (27) habían sido privatizadas, doce (12) concesionaras, dos (2) se encontraban en proceso de privatización, treinta (30) fueron liquidadas o estaban en proceso de liquidación, y sólo quedaban dieciocho (18) en funcionamiento, aunque algunas habían sido restructuradas[103].

---

[99] CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 7ª ed., 2002, p. 68.

[100] CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, p. 108. Este proceso se dio en la gran mayoría de los países, incluso aquellos presididos por gobiernos socialdemócratas. Todos habían llegado a las mismas conclusiones: que el Estado debía renunciar a muchas de sus actividades económicas y romper los múltiples monopolios que había generado en la prestación de servicios a los ciudadanos; que debía vender gran parte de sus empresas y devolver a los ciudadanos la posibilidad de elegir (Ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Modelo de Estado y Sector Público Empresarial", Revista de Derecho Administrativo N° 3, 2007, p. 14).

[101] El autor agrega que, por lógica consecuencia, se diluyó de manera significativa la importancia práctica de todas las figuras jurídicas de intervención estatal directa antes descriptas (DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/23: la "vexata quaestio" de la intervención directa del Estado en la economía", en Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, CASSAGNE Juan Carlos (Dir.), ABERASTUY, Pedro (Coord.), 1era edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, p. 486).

[102] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p.44.

[103] ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021, p.44.

Todo este proceso fue acompañado por la reforma constitucional de 1994[104], que según sostiene Cassagne[105], consolidó el proceso iniciado en 1989 a partir de la incorporación, entre otros, de tres principios esenciales: 1. La configuración del servicio público como nueva categoría constitucional, 2. La defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (art. 42 CN) y, 3. El deber del Congreso de proveer a la defensa del valor de la monera (art. 75 inc. 19), a lo que se suman las libertades económicas consagradas en el art. 14 de la Constitución nacional.

Volveremos más adelante sobre la reforma constitucional de 1994 y su incidencia sobre la conformación de un nuevo modelo de Estado Regulador y Garante (también conocido como Estado subsidiario).

2.5. Quinta etapa (2001-2023) (intervalo entre 2016 y 2019)

El sendero trazado durante la década de 1990 se extiende hasta la crisis de 2001/2002, período a partir de la cual el Estado comienza a expandirse notablemente, asumiendo un rol cada vez más intervencionista en el manejo de la política económica. Este período se extiende hasta el año 2023, y tiene un intervalo entre los años 2016 y 2019, durante la gestión "Cambiemos".

Sin llegar a configurar un verdadero regreso al modelo del "Estado empresario" (propio del modelo de Estado de Bienestar), que en algún momento concentraba una porción sustancial del PBI, este último contexto estuvo caracterizado por la creación y/o expropiación de diversas empresas estatales y la intensificación de ciertas medidas de regulación económica (v.gr. control de precios, restricción a las importaciones y exportaciones, control de cambios, etc.)[106].

Entre otras, fueron estatizados Yacimientos Carboníferos Río Turbio (2002), Correo Argentino (2003), Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (2006), Fabrica Militar de Aviones (2009), YPF (2012). Se crearon además nuevas empresas, como fue el caso de Energía Argentina S.A. (2004) para la exploración y explotación de hidrocarburos, y Argentina Satelital (2006) en materia de telecomunicaciones. Estas empresas acudieron a la figura de las sociedades anónimas con un régimen legal propio para cada una de ellas[107].

Además, con el dictado de la Ley 26.425, que eliminó el régimen de capitalización instituido por la Ley 24.241 y dispuso su absorción por el régimen de reparto, el Estado ordenó la transferencia de todos los recursos

---

[104] Ver MATTA, Ismael, "La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario", p. 142.

[105] CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, p. 109.

[106] DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/23: la "vexata quaestio" de la intervención directa del Estado en la economía", en *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, CASSAGNE Juan Carlos (Dir.), ABERASTUY, Pedro (Coord.), 1era edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, pp. 486-487. Véase también LAPLACETTE, Carlos J. "La Constitución Nacional, el mercado, las provincias y el caso del azúcar. Apuntes para un conflicto abierto", ed. La Ley, Sup. Const., 2018. Puede verse en: **http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/384-Titulo_Prueba.pdf**.

[107] MATA, Ismael, "La intervención económica del Estado a través de sus Empresas", Revista Rap, octubre de 2018, p. 348.

administrados por las AFJP a la ANSES, donde pasaron a integrar el llamado Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino. Como entre esos activos había acciones de sociedades anónimas que realizan oferta pública en la Argentina, la ANSES devino accionista (minoritario) de más de 40 sociedades anónimas abiertas, que se cuentan entre las principales empresas del país[108].

Un hecho emblemático tuvo lugar con el dictado del Decreto N° 522/2020[109], a partir del cual el Poder Ejecutivo dispuso intervenir transitoriamente Vicentin S.A.I.C. con el fin de "asegurar la continuidad de las actividades de la empresa, la conservación de los puestos de trabajo y la preservación de sus activos y patrimonio", para luego someterla a expropiación[110]. El citado Decreto fue luego derogado por el Decreto N° 636/2020[111], pese a la manifiesta intención del Poder Ejecutivo de continuar con la intervención en cuestión[112].

Además de la cuestionada constitucionalidad del Decreto N° 522/2020[113], hay ciertos aspectos que despertaron la atención de la pretendida decisión. Por un lado, la naturaleza propia de la actividad agroindustrial, que por su esencia, históricamente en Argentina ha sido impulsada y administrada por el sector privado. Por el otro, la idea impuesta por un sector del gobierno en torno a que la intervención se justificaría para alcanzar la "soberanía alimentaria", concepto que tiene claros componentes ideológicos[114] y no apunta a otra cosa que a reformar la estructura productiva del país[115]. Cabe destacar, además,

---

[108] DURAND, Julio C., "La participación de la ANSES en el capital de las sociedades anónimas abiertas", pub. en https://www.cassagne.com.ar/wp-content/uploads/2023/10/Participacion_estatal_en_el_capital_.pdf

[109] B.O. 9/07/2020.

[110] El propio Decreto estableció que "ante la gravedad de la situación planteada, y conjuntamente con el dictado de la presente medida, el Gobierno Nacional ha dispuesto la remisión al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN de un proyecto de Ley que propicia la declaración de utilidad pública y sujeta a expropiación a la sociedad VICENTIN S.A.I.C." (considerando 21).

[111] B.O. 31/07/2020.

[112] La razón principal por la cual el gobierno decidió dejar sin efecto el Decreto N° 522/2020, fue que los letrados de la empresa Vicentin S.A.I.C. se presentaron ante el juez del concurso preventivo, en el marco de la causa "VICENTIN S.A.I.C. S/ CONCURSO PREVENTIVO" (Expte. N° 21-25023953-7), solicitando que se dejara sin efecto la intervención dictada por el P.E., pedido que tuvo acogida favorable en el juzgado (véase considerando 9° del Decreto N° 636/2020). En esas circunstancias, el P.E. manifestó expresamente que "desde el dictado del Decreto N° 522/20 no solo no se ha podido hacer efectiva la intervención dispuesta por cuestiones ajenas a la decisión del gobierno, sino que esto impidió también el acceso a la información necesaria para continuar con las medidas tendientes a rescatar la empresa, cuya situación comercial se ha visto deteriorada" (considerando 16).

[113] Cuanto menos, la norma colisiona con los arts. 14, 17, 75, inc. 32, 99 inc. 3° y 109 de la Constitución Nacional.

[114] El concepto de soberanía alimentaria fue desarrollado por Vía Campesina y llevado al debate público con ocasión de la Cumbre Mundial de la Alimentación en 1996, con una clara crítica a las políticas neoliberales. Fue planteado ante la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura como "el derecho de los pueblos a decidir qué y cómo produce alimentos, con qué recursos y con qué tecnología para garantizar una alimentación cultural y nutricional apropiada y suficiente para toda la población".

[115] En ese sentido, la Coordinadora de la Comisión de Soberanía Alimentaria de la Cancillería, Miryam Gorban, propuso en varias ocasiones los puntos que deben guiar la planificación de una perspectiva que retome la "soberanía alimentaria" como modelo de producción y redistribución en el país, manifestando, entre otras cosas, que: "es necesario repensar el modelo productivo de nuestro país y cambiar esa estructura para incluir a los actores intermediarios de la producción de alimentos, como es el caso de los Pueblos Originarios", "el Estado es quien debe implementar las políticas públicas para el desarrollo de herramientas que permitan avanzar hacia una soberanía alimentaria, de la mano también de la reforma agraria y pensando en cómo desarrollar las economías regionales", https://www.enacom.gob.ar/institucional/conversatorio-sobre-soberania-alimentaria_n2539).

que en paralelo al caso "Vicentin", existieron en ese contexto otros supuestos que reflejan la clara intención de un sector del gobierno de avanzar hacia una mayor estatización del modelo económico del país[116].

Como contrapartida a la notable expansión que ha tenido el Estado en esos últimos años, las industrias del sector privado han sido sometidas a constantes intervenciones estatales[117] (algunas de ellas profundizadas durante la cuarentena[118]) que afectaron su desarrollo y en ciertos casos su propia subsistencia.

2.6. Contexto actual

El proceso descripto de creciente expansión estatal en el campo económico comienza a revertirse bajo la impronta de las nuevas autoridades del gobierno, mediante el dictado del DNU 70/2023, cuyos ejes centrales apuntan a: 1. Reconocer la existencia de una crisis económica que pone en riesgo la subsistencia misma de la organización social, jurídica y política constituida[119]; 2. Plantear la consecuente necesidad de revertir esa situación, mediante "un reajuste fiscal que ordene las cuentas públicas" y "un programa general de desregulación económica"; 3. Efectuar una reorganización de los distintos tipos de empresas estatales existentes, para lograr "una mayor eficiencia en el funcionamiento del sector público", transformando, a esos efectos, todas las empresas estatales en sociedades anónimas[120].

En esa misma línea se inscribe el dictado de la Ley 27.742[121], más conocida como "Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos",

---

[116] Un ejemplo más de ello es el caso de la hidrovía Paraná-Paraguay, que una parte del gobierno proponía estatizar mediante la creación de una empresa estatal.

[117] Las medidas son siempre las mismas: control de precios, restricción a las importaciones y exportaciones, control de cambios, impuestos excesivos, cargas sociales, etc. Un ejemplo de ello lo vemos con la delicada situación que atraviesa la industria del azúcar en el NOA, que se encuentra sometida a profundas intervenciones estatales que impiden su debido desarrollo (LAPLACETTE, Carlos J. "La Constitución Nacional, el mercado, las provincias y el caso del azúcar. Apuntes para un conflicto abierto", ed. La Ley, Sup. Const., 2018. Puede verse en: **http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/384-Titulo_Prueba.pdf**).

[118] Como afirma Aguilar Valdez, la declaración de la emergencia sanitaria ha servido de fundamento para imponer importantes restricciones a derechos económicos (precios máximos, suspensión de despido de trabajadores, suspensión de cortes de servicios públicos domiciliario por mora o falta de pago respecto a determinados usuarios, suspensión de pago de tarifas de peaje para transitar corredores viales concesionados a gestionados bajo contratos de participación pública privada, congelamiento de cuotas de créditos hipotecarios, entre otras) (Oscar Aguilar Valdez, "¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción", *La Ley* 95 (2020): 2-6.

[119] Entre otras cuestiones, se destaca la existencia de déficits gemelos equivalente a 17 punto del PBI, emisión de moneda por un equivalente a 20 por ciento del PBI y cepo cambiario (DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/23: la "vexata quaestio" de la intervención directa del Estado en la economía", en *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, CASSAGNE Juan Carlos (Dir.), ABERASTUY, Pedro (Coord.), 1era edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, p. 460).

[120] Las normas vinculadas con el tema de las empresas estatales se encuentran dentro del Título III (Reforma del Estado) que está estructurado del siguiente modo: una primera parte incluye 5 artículos, derogatorios de otras tantas normas (entre ellas: el Decreto Ley 15.349/46 de Sociedades de Economía Mixta; la Ley 13.653 de Empresas del Estado; La Ley 20.705 de Sociedades del Estado); una segunda parte (cap. I) contiene 7 artículos con modificaciones a la Ley 23.696: una tercera parte (cap. II) dispone, en sus 5 artículos, la transformación de empresas del Estado en sociedades anónimas y el régimen jurídico aplicable a su actividad.

[121] B.O. 8/7/24.

que declara la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y enérgica por el plazo de un año y delega al Poder Ejecutivo diversas facultades. Entre otras cuestiones, la referida ley declara "sujetas a privatización" diversas empresas y sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional, encomendándole al Poder Ejecutivo llevar adelante ese proceso[122].

Dentro del universo de empresas a privatizar se encuentran, entre otras: Intercargo SAU, ENARSA, Nucleoeléctrica Argentina y Yacimientos Carboníferos de Río Turbio, Corredores Viales S.A., Agua y Saneamientos Argentinos S.A. y Belgrano Cargas y Logística S.A.

2.7. Recapitulando

Lo expuesto permite advertir que el Estado recurrió a la empresa estatal como mecanismo de intervención económica para cumplir con diversos fines, que van desde la promoción de determinadas industrias, la regulación de los precios en ciertos mercados, cuestiones estratégicas, mantenimiento de fuentes de trabajo, etcétera.

Por otra parte, se observa que los diferentes escenarios políticos y económicos que ha atravesado el Estado argentino a lo largo de su breve historia no han sido lineales y en ciertos períodos tampoco han reflejado el modelo económico adoptado por la Constitución vigente en cada época.

Como hemos visto, durante los primeros años desde la entrada en vigor de la Constitución de 1853/60, la intervención del Estado argentino en el campo económico ha sido muy limitada, al punto tal que la mayoría de los servicios públicos eran prestados por empresas privadas extranjeras. Ese modelo de Estado reflejaba el espíritu que caracterizaba esa Constitución de neto corte liberal.

Sin embargo, a partir de la crisis de 1930, encontrándose vigente el mismo marco constitucional, el Estado comienza a intervenir de manera creciente la economía, llegando a asumir la titularidad y gestión de una gran variedad de empresas. Todo este creciente intervencionismo estatal que emerge a la luz del Estado de Bienestar encuentra sustento constitucional recién con la reforma de 1949, y luego también con la de 1957, que mantuvo una fuerte impronta social. El período que continuó a la segunda parte del s. XX guarda relación con el espíritu de ese modelo de Estado.

En 1975-1976 comienza a emerger una nueva etapa de desregulación y retiro del Estado en el campo de la economía. Pero el verdadero punto de inflexión ocurre con la crisis de 1989, año en el que se dicta la Ley N° 23.696 de "Reforma del Estado" y el Estado se desprende del manejo de una gran cantidad empresas. La reforma constitucional de 1994 refuerza todo este proceso, a través de la incorporación de diversas cláusulas importantes, como la del art. 42, que además de incluir los entes reguladores de los servicios públicos, consagra expresamente una economía de mercado a través de la

[122] Véase cap. II, art. 7° y stes. de la Ley 27.742.

incorporación del derecho de defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados.

Pese a la consagración de este nuevo marco constitucional, a partir de la crisis de 2001/2002 se produce un nuevo viraje a un Estado que comienza a intervenir fuertemente la economía, muchas veces en violación al modelo económico que subyace en la propia Constitución Nacional[123].

Hacia fines del año 2023 regresamos a un modelo económico con una impronta similar (aunque con sus matices) al que rigió durante la década de 1990. Parte del fundamento del dictado del DNU 70/2023 radica -como hemos visto- en reconocer la existencia de una crisis económica que pone en riesgo la subsistencia misma de la organización social, jurídica y política constituida.

En consecuencia, la realidad de la empresa estatal en Argentina ha evolucionado a la par de los vaivenes de la política, de la ideología imperante en cada época[124] y de las variables macroeconómicas propias de cada contexto[125]. Nótese que los puntos de inflexión que marcaron el cambio de rumbo de cada etapa estuvieron atravesados principalmente por fuertes crisis económicas.

3. Fines y principios que orientaron la reforma constitucional de 1994

Frente al panorama descripto, caracterizado por una dinámica pendular desde el punto de vista político y económico, donde hemos visto que la coyuntura se ha impuesto por sobre la mirada de mediano y largo plazo, resulta importante acudir a las bases del texto constitucional para preguntarse cuál es el sendero que pretendieron trazar los convencionales constituyentes como modelo de país.

En ese sentido, cabe recordar que uno de los temas debatidos luego de aprobado el texto de la Constitución reformada en 1994, giraba en torno a si el proceso constituyente había alumbrado una nueva Constitución o una reforma constitucional. La tesis que prevaleció sostuvo que la reforma de 1994 es continuadora de la tarea iniciada en 1853 y que las enmiendas no

[123] CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 7ª ed., 2002, p. 413.

[124] Destaca Cassagne que "lamentablemente, ese principio rector [el de subsidiariedad] no fue siempre observado entre nosotros y en otros países, donde el Estado –por razones ideológicas y de política circunstancial muchas veces- multiplicó esta especie de entidades, asumiendo la gestión competitiva en diversos sectores de la actividad industrial o comercial, que podría desarrollar eficazmente la empresa privada" (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 7ª ed., 2002, p. 401).

[125] Ignacio M. de la Riva, *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras públicas* (Buenos Aires: La Ley, 2018), 3). En tal sentido, el autor advierte que "resulta obvia, a estos efectos, la incidencia que adquiere el posicionamiento ideológico del cual parte el observador, pero no es menor cierto que el grado de protagonismo que se asigne al Estado en el terreno económico dependerá, también, de la situación que exhiban las variables macroeconómicas en cada momento, entre las cuales ocupa un lugar destacado la salud de las finanzas públicas, ya que es muy distinto el aporte económico que se puede reclamar desde el Estado solvente, que el que cabe esperar de un Estado deficitario o pauperizado".

desecharon los valores pétreos que son patrimonio de la condición humana y la tradición jurídica de la República[126].

Desde esa perspectiva, la reforma estuvo principalmente orientada a: 1. Consolidar y perfeccionar el sistema democrático[127]; 2. Obtener un nuevo equilibrio entre los tres órganos de poder del Estado[128]; 3. Reconocer nuevos derechos y garantías constitucionales[129]; 4. Fortalecer el régimen federal[130] y; 5. promover la integración latinoamericana[131].

Ahora bien, al igual que el modelo de la Constitución originaria, la reforma de 1994 no contempló una sección específica destinada a definir los criterios rectores en materia económica social[132].

Sin embargo, lejos de ser neutral respecto al rol que debe asumir el Estado en ese campo, la Constitución contiene a lo largo de todo su articulado una serie de principios y pautas que orientan y fijan el contorno de la intervención

---

[126] GELLI, María Angélica, "Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994", ed. La Ley, Buenos Aires, 1995.

[127] Para reforzar y consolidar el sistema democrático argentino, la reforma constitucional incorporó formas semidirectas de democracia: la iniciativa popular de proyectos legales (art. 39 C.N.) y la consulta popular vinculante y no vinculante (art. 40 C.N.); modificó el sistema de elección de los integrantes de la fórmula presidencial (art. 94 C.N.); destacó la importancia de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático, imponiéndoles estrictos recaudos para su funcionamiento (art. 38); contempló la llamada cláusula de defensa del orden democrático (art. 36), y; atribuyó al Congreso la facultad de dictar leyes de educación que promuevan los valores democráticos (art. 75 inc. 19 C.N.).

[128] La Convención constituyente de 1994 procuró lograr un nuevo equilibrio mediante: 1. La atenuación del régimen presidencialista. Para ello creó la figura del Jefe de Gabinete de Ministros; estableció límites al dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia y los Decretos delegados; sometió al Poder Ejecutivo a mayores controles (AGN, Defensor del Pueblo, MPF). 2. El fortalecimiento del Congreso. Para lo cual creó la Comisión Bicameral Permanente para el control de los DNU y DD; constitucionalizó nuevos organismos de control en su órbita (AGN y Defensor del Pueblo); la necesidad de que el Jefe de Gabinete de Ministros rinda cuentas ante el Congreso. 3. La atribución de mayores garantías al Poder Judicial. Para ello se creó el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (HERNÁNDEZ, Antonio M., "A veinte años de la reforma constitucional de 1994", ed. La Ley, agosto 2014. Cita: TR LA LEY AR/DOC/5452/2014).

[129] La reforma incorporó los derechos de tercera generación, constitucionalizó el amparo y el habeas corpus y otorgó jerarquía constitucional a once (11) tratados internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 C.N.), dejando la posibilidad de que otros tratados alcancen igual jerarquía, mediante las atribuciones concedidas al Congreso (GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p 460).

[130] A esos efectos, la reforma: 1. Reconoció cuatro órdenes de gobierno: el gobierno federal, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129) y los municipios autónomos (arts. 5° y 123). 2. Dispuso que la declaración de intervención federal, sea efectuada expresamente por el Congreso (art. 75 inc. 31 CN), apuntando a modificar la práctica anterior que mostró al presidente actuando por decreto en las 2/3 partes de los casos observados. 3. Consagró el objetivo de sancionar una ley convenio que garantice la coparticipación impositiva, como instrumento del federalismo de concertación para solucionar los graves problemas de nuestro federalismo fiscal.

131 Estos cinco fines comprenden, según García Lema, las "ideas fuerza" de la última reforma constitucional. Según el autor, que ha sido convencional constituyente, "la mayoría de las reformas concretas pueden encuadrarse dentro de esos grandes fines" (GARCÍA LEMA, Alberto M., "La reforma de 1994. Una valoración critica diez años después", ed. La Ley, 2004. Cita: TR LA LEY AR/DOC/2075/2004).

132 Ello se explica por el hecho de que cuando se dictó la Constitución histórica, no era usual sistematizar en una única sección las cláusulas que se ocuparan de establecer el marco de la actividad económica y de la interferencia que los poderes públicos pueden ejercer sobre ella. Recién con el dictado de la Constitución de Weimar (1919), que reconoció expresamente los denominados derechos sociales y económicos, muchas Constituciones comenzaron a incorporar secciones especificas destinadas a regular las cuestiones atinentes al rol del Estado en materia económica (Ver DE LA RIVA, Ignacio M., "El marco constitucional de la intervención pública en la economía", Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Número 29, Argentina, abril 2023).

pública en materia económica, estableciendo una especie de "frontera infranqueable en resguardo de los derechos y garantías proclamados por el constituyente"[133].

Existe gran consenso en sostener que uno de los principios fundamentales sobre los cuales se asienta la Constitución Nacional y, que, a nuestro juicio, tiene importancia en el tema que nos ocupa[134], es el de subsidiariedad.

En forma complementaria, adquieren trascendencia otros principios que también delimitan, desde distintas perspectivas, el ejercicio del poder público:

El principio de razonabilidad (art. 28 CN), en virtud del cual toda medida de intervención debe encontrarse debidamente motivada en razones concretas de bien común y garantizar una adecuada proporción entre los medios seleccionados y los fines perseguidos.

El principio de legalidad (arts. 18 y 19 CN), que exige que cualquier restricción a la libertad y a la propiedad sea necesariamente dispuesta -por regla- mediante ley del Congreso[135].

El principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN), que impide que ciertos sujetos gocen de determinados privilegios por sobre otros. A la par de este último principio, veremos que en relación al fenómeno de la empresa estatal, también adquieren relevancia otros dos principios importantes como los son el de transparencia y eficiencia.

Como veremos seguidamente, estos principios asumen un rol fundamental[136] en lo que interesa al objeto del presente trabajo, ya que predeterminan -con carácter imperativo y vinculante[137]- las condiciones bajo las cuales el Estado debe y puede intervenir como "empresario" en el campo de la economía.

---

133 DE LA RIVA, Ignacio M., "El marco constitucional de la intervención pública en la economía", Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Número 29, Argentina, abril 2023.

134 De la Riva enuncia una serie de principios que constituyen los pilares sobre los que se asienta la Constitución económica Argentina. Entre ellos, el autor destaca: los principios de subsidiariedad, razonabilidad, legalidad, y competencia. En forma complementaria, enumera los derechos y garantías consagrados en el plexo constitucional, tales como el derecho de propiedad, de ejercer industria lícita, de comerciar, etc. (DE LA RIVA, Ignacio M., "El marco constitucional de la intervención pública en la economía", Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Número 29, Argentina, abril 2023).

135 PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023.

136 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 33. Sostiene el autor que el nuevo constitucionalismo asigna una importancia de primer orden a los principios. Se reconoce ahora, que el ordenamiento jurídico se compone de normas y principios. La regla es el género que comprende tanto los principios como las normas. (véase también CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo. La llamada `constitucionalización de los derechos´", Revista de Derecho Administrativo N° 136, 2021, pp. 3-10). En ésta última obra, el autor sostiene que existe una conjugación entre el principialismo y los derechos fundamentales en la realidad del Estado de Derecho Constitucional, debiendo ser ese el sentido autentico que debe orientar al nuevo constitucionalismo basado siempre en la legalidad democrática.

137 No sólo tienen carácter vinculante, sino que, además, prevalecen sobre las normas. Tal es así, que —como advierte Cassagne— el origen propio del derecho administrativo encontró sus bases en la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas, y ya desde ese entonces, el Consejo de Estado Francés reconoció su primacía, provocando uno de los cambios más grandes en la comprensión y

4. La adopción implícita del principio de subsidiariedad en la reforma constitucional de 1994.

Más allá de la enorme trascendencia que el principio de subsidiariedad tiene en el plano *ius* filosófico, lo cierto es que también constituye un verdadero principio jurídico[138], que tiene carácter vinculante[139] y prelación sobre el derecho positivo[140].

Ha sido la Doctrina Social de la Iglesia, a través de la encíclica *Quadragesimo anno* del papa Pio XI, la que sentó las bases del principio a través de una premisa que luego tendría un enorme impacto a nivel social, político, económico y jurídico: "no deben las organizaciones mayores (ordenamientos o no) hacer aquello que las organizaciones menores pueden y deben hacer (subsidiariedad negativa), y su inversa, las organizaciones mayores deben hacer lo que las menores no pueden ni deben hacer (subsidiariedad positiva)"[141].

En base a esa premisa, el principio de subsidiariedad se asienta sobre dos postulados complementarios entre sí[142]:

operatividad de los principios generales del derecho público, considerados como mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho (CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo. La llamada `constitucionalización de los derechos´", Revista de Derecho Administrativo N° 136, 2021, p. 1).

138 PIAGGIO, Lucas A., "Principio de subsidiariedad y servicio público ¿es constitucional la publicación de actividades económicas?", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 223. El autor señala que se trata de un principio iusnaturalista básico del orden jurídico. (véase también AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 163).

139 CASSAGNE, Juan Carlos, Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo, Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 49.

140 No sólo tienen carácter vinculante, sino que, además, prevalecen sobre las normas. Tal es así, que —como advierte Cassagne— el origen propio del derecho administrativo encontró sus bases en la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas, y ya desde ese entonces, el Consejo de Estado Francés reconoció su primacía, provocando uno de los cambios más grandes en la comprensión y operatividad de los principios generales del derecho público, considerados como mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho (CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo. La llamada `constitucionalización de los derechos´", Revista de Derecho Administrativo N° 136, 2021. Véase también AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 162).

141 Barra, Rodolfo C. "Ordenamiento Jurídico y subsidiariedad", en las *XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberamericano*, (España: Universidad de A. Coruña, abril de 2019), pub. en https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/PUNTE_ORDENAMIENTO_JUR%C3%8DDICO_Y_SUBSIDIARIEDAD_2019016-Barra.pdf

142 DE LA RIVA, Ignacio M., "Limites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 287.

1. El postulado negativo, en función del cual el Estado debe abstenerse de actuar cuando las personas puedan por sí mismas satisfacer sus necesidades, respetando sus ámbitos naturales de autonomía y libertad[143] y;

2. El postulado positivo, según el cual el Estado deberá intervenir, supletoriamente, cuando las entidades menores no estén en condiciones de alcanzar por sus propios medios sus fines esenciales[144]. Este aspecto del principio no sustenta el ejercicio de facultades de sustitución de la actividad de dichas entidades, sino, solamente, su fomento, estímulo o ayuda, a fin de garantizar la real igualdad de oportunidades[145].

Como se advierte, se trata de un principio rector que establece las reglas que deben regir en las relaciones entre el Estado, las organizaciones intermedias y los individuos[146], es decir, la forma en la que deben relacionarse la esfera pública y privada[147].

Ahora bien, a diferencia de otros países, que receptan dicho principio expresamente[148], la Constitución Nacional lo hace en forma implícita, a través del juego armónico de muchas de sus cláusulas[149].

---

[143] CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 7° Ed., Buenos Aires, 2002, 413.

[144] Aquí se justifica en ciertos casos "la intromisión del Estado en el plano económico y social" (Juan Carlos Cassagne, Derecho Administrativo (Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 7° Ed., 2002), 70).

[145] Ver AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 153 y 158. El autor destaca, además, que el vocablo "subsidiariedad" proviene del latín *subsidium* que significa "ayuda desde la reserva", es decir, todo auxilio o apoyo que presta una persona o una sociedad a otras. Tanto quien presta ese apoyo como quien lo recibe, lejos de absorberse y sustituirse, mantienen sus respectivas identidades. Esa lógica, llevada al plano de la sociedad, significa intervención complementaria y auxiliar de las formaciones sociales mayores a favor de los individuos y de las pequeñas comunidades.

[146] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 152.

[147] DE LA RIVA, Ignacio M., "Limites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 286.

[148] Por ejemplo, la Constitución peruana establece en su art. 60, que: "sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional". La Constitución de la República Dominicana de 2010 lo recepta en el art. 219. Otros ordenamientos jurídicos, como el español, hacen referencia a la noción "libertad de empresa".

[149] Al respecto, pueden verse los siguientes artículos publicados en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pp. 141-185; CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad", pp. 48-51; DE LA RIVA, Ignacio M., "Límites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad", pp. 285-300; GALEANO, Juan José, "Principio de subsidiariedad, políticas públicas y bien moral a propósito de la sanción de la ley 27610 de aborto legal", pp. 99-117; STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", pp. 195-220.

Así, la Constitución consagra el expreso reconocimiento del derecho a la inviolabilidad de la propiedad (art. 17)[150], a la libertad (art. 19)[151], a la razonabilidad (art. 28) y a ejercer industria lícita, a comerciar y asociarse libremente (art. 14).

Además, la reforma de 1994 incorpora expresamente el derecho a la protección de la defensa de la competencia[152], junto con la consagración de los entes reguladores (art. 42)[153].

Estas cláusulas reflejan la aspiración del constituyente de reservar un ámbito propio para la libre iniciativa privada en el campo de la actividad económica, que el Estado como regla deberá respetar (postulado negativo de la subsidiariedad[154]).

El Estado sólo debe y puede intervenir en materia económica y social para promover el bienestar general (preámbulo), proveer lo conducente a la prosperidad del país y el bienestar de todas las provincias (art. 75 inc. 18), al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social (art. 75 inc. 19), promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución (art. 75 inc. 23)[155] (postulado positivo de la subsidiariedad[156]).

Nótese que no hay ninguna norma de la Constitución que atribuya al Estado la titularidad y gestión de los servicios públicos, ni la potestad para monopolizar ciertas actividades económicas (como sí lo establecía expresamente la

---

[150] Según se sostiene desde la sentencia dictada por la CSJN en el caso "Bourdieu c. Municipalidad" (Fallos 145:307) el derecho de propiedad alude a todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad, y consiste en el derecho de adquirir derechos patrimoniales y obtener su protección constitucional frente a terceros y frente al propio Estado (LAPLACETTE, Carlos J., "La Constitución Nacional, el mercado, las provincias...", cit.).

[151] La libertad no sólo está protegida expresamente en la cláusula del art. 19 CN, sino además en el Preámbulo, cuando exige la necesidad de "asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia".

[152] Como sostiene Laplacette, el texto constitucional prevé un sistema basado en la propiedad privada de los medios de producción, el libre mercado y la defensa de la competencia (LAPLACETTE, Carlos J. "La Constitución Nacional, el mercado, las provincias y el caso del azúcar. Apuntes para un conflicto abierto", ed. La Ley, Sup. Const., 2018. Puede verse en: **http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/384-Titulo_Prueba.pdf**.)

[153] En referencia a la incorporación del art. 42 al plexo constitucional, se ha sostenido que "los convencionales constituyentes de 1994 parecerían haberse inspirado en la frase del ex canciller alemán [Willy Brandt], que sostenía, desde la ideología socialdemócrata, `tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario´" (MANILI, Pablo L., "La Constitución Nacional prohíbe la dolarización", ed. La Ley, Buenos Aires, 2023. ISSN: 0024-1636).

[154] En función del postulado negativo de la subsidiariedad el Estado debe abstenerse de actuar cuando las personas puedan por sí mismas satisfacer sus necesidades, respetando sus ámbitos naturales de autonomía y libertad (CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 7° Ed., Buenos Aires, 2002, p. 413).

155 Art. 75 inc. 23.

[156] De acuerdo al postulado positivo, el Estado deberá intervenir, supletoriamente, cuando las entidades menores no estén en condiciones de alcanzar por sus propios medios sus fines esenciales. Aquí se justifica en ciertos casos "la intromisión del Estado en el plano económico y social" (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo,* Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 7° Ed., Buenos Aires, 2002, p. 70).

Constitución de 1949). Sólo se le otorga al Congreso de la Nación la facultad de establecer correos (art. 75. inc. 14) y un banco federal (art. 75 inc. 6)[157].

La interpretación conjunta de todas estas cláusulas permite sostener que la Constitución reformada en 1994 adopta los dos postulados de la subsidiariedad (el negativo y el positivo)[158], dando lugar a la existencia de un nuevo modelo de Estado más equilibrado[159], que no debe poner obstáculos a la iniciativa privada, sino en todo caso articularla y hacerla coherente con el bien común, interviniendo o regulando sólo cuando aquella resulta insuficiente o inepta[160].

4.1. Incidencia del principio de subsidiariedad en materia de intervención del Estado empresario. La necesaria distinción entre los sectores competitivos y monopólicos de la economía.

De acuerdo con lo expuesto, evidentemente el modelo económico adoptado por la Constitución nacional prioriza al sector privado como agente propulsor natural de la economía, asignándole al Estado un rol supletorio en ese terreno.

Ahora bien, ese rol supletorio que la propia Constitución le asigna al Estado en el campo económico varía en sus alcances dependiendo del sector de que se trate (esto es, si admite o no la competencia)[161].

Así, conforme lo establece el art. 42 de la Constitución, frente a aquellas actividades que puedan desarrollarse en mercados competitivos (donde el precio se puede fijar según las reglas de la oferta y la demanda), el rol de las autoridades consiste en garantizar la "defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados".

En cambio, frente a aquellas actividades que por sus características no admitan esa posibilidad (monopolios), el rol de las autoridades será controlarlos, garantizando la calidad y eficiencia de los servicios públicos. A esos efectos, la legislación deberá establecer los procedimientos eficaces para la prevención y

---

[157] La Constitución Nacional hace referencia también, en el art. 4°, a las "empresas de utilidad nacional", estableciendo cómo se financiarán. A su vez, en el art. 75 inc. 30, menciona a los "establecimientos de utilidad nacional", sobre los cuales el Congreso de la Nación dictará la legislación necesaria para el cumplimiento de sus fines específicos.

[158] Ambos postulados se ven con claridad en las palabras del papa Pio XI, cuando en la encíclica *Quadragesimo año* expresó que: 'ho deben las organizaciones mayores (ordenamientos o no) hacer aquello que las organizaciones menores pueden y deben hacer (subsidiariedad negativa), y su inversa, las organizaciones mayores deben hacer lo que las menores no pueden ni deben hacer (subsidiariedad positiva)" *(*Rodolfo C. Barra, "Ordenamiento Jurídico y subsidiariedad", *XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberamericano*, Universidad de A. Coruña, https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/PUNTE_ORDENAMIENTO_JUR%C3%8DDICO_Y_SUBSIDIARIEDAD_2019016-Barra.pdf).

[159] El convencional constituyente no procuró volver al modelo de Estado liberal, pero tampoco pretendió caer en el engaño de la utopía socialista. Lo que buscó fue estructurar y organizar al Estado de manera tal que cumpla su función de servicio al individuo, sin convertirse en aparato de dominación de este. Bajo esa lógica, se intentaron articular dos grandes principios (libertad e igualdad) que en los modelos anteriores se presentaban como aparentemente contradictorios (véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Modelo de Estado y Sector Público Empresarial", Revista de Derecho Administrativo N° 3, 2007, pp. 15, 18-19).

[160] GIL DOMINGUEZ, Andrés, En busca de una interpretación constitucional, Ediar, Buenos Aires, 1997.

[161] MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemáticas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 405, Argentina, 8 de junio de 2012, p. 240.

solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos, junto a la creación de los organismos de control (Entes Reguladores)[162].

En consecuencia, si el rol del Estado según la propia Constitución consiste en garantizar la defensa de la competencia en los supuestos en los que ella sea posible, o eventualmente controlar los monopolios cuando aquella no sea viable (mediante el dictado de la legislación y los marcos regulatorios correspondientes, y la creación de los Entes Reguladores)[163], cabe preguntarse entonces si se justifica que el Estado intervenga mediante la creación de empresas estatales y, en su caso, en qué supuestos y bajo qué condiciones.

Lo expuesto conlleva la necesidad de analizar por separado cuál debería ser el rol del Estado frente a cada uno de los escenarios referidos.

4.1.1. El rol subsidiario del Estado en materia de gestión de servicios públicos (segmentos monopólicos)

Como hemos adelantado al describir el contexto histórico, la incorporación del art. 42 al plexo constitucional se explica en un contexto caracterizado por una pésima gestión estatal en la prestación de los servicios públicos, que se manifestaba en el déficit de las cuentas públicas y en ineficiencias de todo tipo para los usuarios [164]. Esa circunstancia, acompañada por la grave crisis generalizada que había causado el modelo de Estado de Bienestar, motivó la necesidad de replantear el rol que debía asumir el Estado en el campo económico.

El resultado de este proceso de transformación[165] se ve reflejado en la existencia de un nuevo modelo de Estado que mantiene un papel sustantivo pero distinto al que había ejercido en el contexto de expansión estatal previo a la última reforma constitucional[166].

---

[162] Conforme establece el art. 42 CN, "Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

[163] En otras palabras, la intervención estatal en la economía puede darse mediante la legislación de la defensa de la competencia (en aquellos mercados pasibles de funcionar en condiciones de competencia) o mediante la máxima intensidad de regulación económica (en aquellos mercados en los que la competencia no es posible) (STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 206-207).

[164] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 473.

[165] En palabras de Cassagne, el proceso de transformación se revela por la quiebra del sistema estatista y autoritario que regía la economía y la vida social caracterizado por la intervención estatal creciente y su desplazamiento por un sistema basado en la economía de mercado, que privilegia el principio de la libertad en sus diversas manifestaciones y estimula el consenso, junto con los mecanismos naturales de formación de los precios de los bienes y servicios (CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, p. 97).

[166] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 473.

Comienza así a hablarse del modelo del Estado Regulador y Garante[167], cuyas notas principales se traducen en el abandono de la gestión directa de los servicios públicos[168] y la reserva para sí de fuertes prerrogativas de regulación y control a efectos de garantizar la eficiencia y calidad en la prestación de aquellos[169]. Desde esta nueva perspectiva encuentran fundamento el dictado de los nuevos marcos regulatorios[170] y la incorporación de los entes reguladores como categoría constitucional[171].

[167] En la República Argentina esta transformación hacia el Estado regulador y garante tuvo lugar, en un primer momento, mediante la sanción de la Ley 23.696 de reforma del Estado, y en un segundo momento a través de la reforma constitucional de 1994, con la introducción del art. 42 al texto constitucional (STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 198).

[168] CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, p. 99. Ver también STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 198. Stupenengo sostiene que el Estado abandona no sólo la gestión de los servicios públicos sino también su titularidad, en favor de los particulares.

[169] Esta nueva concepción del servicio público armoniza plenamente con el principio de subsidiariedad, ya que, como afirma Cassagne, en un marco ideológico que tiende a reducir la categoría de servicio público a los servicios esenciales o primordiales, se observa, por un lado, el repliegue del Estado, que se traduce en el abandono de la gestión directa y, por el otro, la aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia con base en la ideología de la libertad de mercado (CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, p. 99).

[170] En virtud de lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución, todo servicio público deberá contar con el correspondiente ente de regulación y control, ser prestado por un estándar mínimo de calidad y eficiencia y sus usuarios tendrán derecho a participar en la elaboración de las normas de alcance general pasibles de proyectar efectos sobre sus derechos e intereses y a que los prestadores adopten aquellas medidas encaminadas al cuidado de su vida y salud. Además, el servicio público deberá contar con un marco regulatorio, que estará compuesto por las disposiciones contenidas en la ley por la que se publifica la actividad y en sus normas reglamentarias, en el pliego de bases y condiciones de la licitación pública, en el título habilitante (contrato de concesión, autorización o permiso) y en los reglamentos emitidos por el concedente o por el ente de regulación y control (STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 213-214).

[171] En palabras de Cassagne, "El fenómeno de la privatización, al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban las empresas estatales, ha generado la correlativa necesidad de regular esas actividades para proteger debidamente los intereses de la comunidad. En el campo del Derecho Administrativo no es común que el Estado regule sus propias entidades y articule controles en protección de los usuarios, y es difícil que exija a sus empresas que los servicios públicos sean prestados con la máxima eficiencia posible. En este sentido, el sistema que anteriormente rigió en Argentina se caracterizó por la concentración de los poderes regulatorios en las propias empresas estatales prestatarias de esos servicios, sin dejar de reconocer, no obstante, un margen para el ejercicio del poder de policía por parte de los órganos de la Administración Central, margen éste que, en la práctica, no impidió laos constantes desequilibrios financieros ni los abusos y arbitrariedades en que solían incurrir los funcionarios de las empresas estatales. Ese estado de cosas ha sufrió un cambio radical a raíz del proceso de transformación del Estado, a partir del cual se perfilan nuevas funciones de éste regidas por el Derecho Administrativo. En este contexto, aparecen, en forma contemporánea a la privatización de la gestión de los servicios públicos, los marcos regulatorios de cada una de las actividades junto a los entes creados por el Estado para aplicar esas regulaciones y entender, en una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional, en los conflictos que se susciten entre las empresas concesionarias o licenciatarias de los servicios y los usuarios" (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 7ª ed., 2002, p. 369).

Frente a este nuevo escenario, la noción del servicio público recobra su sentido[172], en cuanto comienza a orientarse hacia: a) El reconocimiento de que la gestión es tarea eminentemente privada, salvo supuestos de insuficiencia; b) la limitación del régimen del servicio público a las actividades primordiales que satisfacen necesidades de naturaleza económica, que no resultan posibles llevar a cabo mediante un régimen de libre competencia[173], y siempre que no existan alternativas menos restrictivas[174]; c) declaradas como tales por el Congreso (*publicatio*[175]) para cada actividad específica y no generalizada y; d)

[172] El resurgimiento del servicio público en el marco de las economías basadas en la libertad de mercado, como señala Cassagne, exigió ubicar a esa institución dentro de límites más acotados y precisos, pues si bien en alguna época su régimen encarnó principios contrarios, actualmente tiende hacia una compatibilización con la libre actuación de los agentes económicos (CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, p. 95).

[173] Véase CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996 pp. 100, 109-110. En un sentido similar, Stupenengo sostiene que la declaración de servicio público procede solamente en aquellos segmentos en los que, por un lado, se tiende a la satisfacción de las necesidades más básicas de la población y, por el otro, no pueden ser prestados en condiciones de competencia, por ejemplo, por constituir monopolios (naturales o legales) o prestaciones universales. Para el referido autor, es precisamente la imposibilidad de existencia de competencia en la prestación de ciertas actividades económicas que satisfacen las necesidades más básicas de la población lo que autoriza y justifica la máxima intensidad de intervención estatal. Al contrario de aquellos autores que sostienen que la declaración como servicio público es lo que conduce al carácter monopólico de la actividad, Stupenengo sostiene que es la imposibilidad de que dicha actividad que satisface necesidades básicas de la población sea prestada en condiciones de competencia la razón de ser de la declaración de servicio público (STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 200, 204-206).

[174] Al respecto, Aguilar Valdez menciona una sentencia cautelar por medio de la cual se suspendieron los efectos de una regulación (Decreto 690/2020) que estableció -entre otras medidas- que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son "servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia". Para ello el tribunal sostuvo que de los antecedentes de la regulación no se advertía "de qué modo las medidas implementadas (…) resultaban de estricta e imperiosa necesidad y por lo mismo, guarden relación de proporcionalidad, con los objetivos trazados", a cuyos efectos incluyó en su análisis otras medidas regulatorias alternativas y adecuadas a los fines perseguidos pero que gozaban de un menor grado de intervención en la actividad de tales empresas prestadoras (CNACAF, "Telecom Argentina SA c / EN – ENACOM y otro s/ medida cautelar (autónoma), sentencia del 30 de abril de 2021, considerando 10) (AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 181).

[175] La *publitatio* constituye la declaración formal de asunción de la titularidad de una determinada actividad por parte del Estado. Cassagne reconoce que en relación a este tema existen diferentes posiciones en la doctrina. Desde aquellos autores que se aferran al criterio clásico (propio del tradicional modelo de Europa continental, que considera que sólo hay servicio público cuando existe una ley que califica de esa manera a una determinan actividad económica), otros que proponen suprimirlo o reemplazarlo con categorías provenientes del Derecho anglosajón (este sistema prescinde de la publificación de la actividad como presupuesto para su consideración como *public utility*), y quienes intentan combinar los elementos originarios con los principios de una nueva realidad económica, asumida como tal por la política legislativa (aquí se ubica el referido autor). En defensa de seguir sosteniendo a la *publicatio* como nota esencial del servicio público, Cassagne sostiene que esa declaración no implica atribuir al Estado derecho real alguno, sino sólo incorporar una actividad al sistema de Derecho Público. En efecto, para dicho autor, esa declaración nunca justifica el desplazamiento del concesionario y la correlativa asunción de la gestión directa del servicio público por parte del Estado. Por otra parte, Cassagne aclara que en el caso de aquellas actividades que no satisfacen necesidades primordiales de los habitantes, al privatizarse, sí se opera una transferencia de la titularidad pública hacia la privada (v.gr. actividad de radiodifusión y televisión) sin escapar a la regulación estatal, justificada por el hecho de tratarse de actividades de interés público (CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, pp. 102-103). A

caracterizadas por un régimen jurídico especial que comprende, aparte de sus notas tradicionales (igualdad, continuidad, regularidad), el establecimiento de prestaciones obligatorias (obligatoriedad)[176].

La consecuencia directa de esta transformación, que como hemos visto reconoce que la gestión de los servicios públicos es tarea eminentemente privada, se traduce en la idea de que la presencia de empresas públicas en ese campo resulta ser absolutamente subsidiaria y extraordinaria. Ello sólo podría suceder "en caso de ausencia de iniciativa y gestión privada disponible para la prestación de cierto servicio público"[177].

Independientemente de que ello surge del art. 42 de la Constitución y de la interpretación que al respecto ha efectuado un importante sector de la doctrina, existen normas *infra* constitucionales del ordenamiento positivo

diferencia de Cassagne, hay autores, como Piaggio, que plantean que la *publicatio* es incompatible con el texto y el espíritu de la Constitución Nacional. Entre otros argumentos, sostienen que la satisfacción de necesidades básicas comunitarias se tiene que lograr mediante actividades económicas que, por más que sean intensamente reguladas, no sean sustraídas del ámbito de la iniciativa privada. La regulación puede implicar naturalmente ciertas restricciones a su ejercicio, y ello es perfectamente admisible bajo el paraguas de la intervención subsidiaria del Estado. Pero nunca traspasar el límite de la supresión de la titularidad privada del servicio. Para reforzar su postura, advierten que el art. 42 de la Constitución propende a la "calidad y eficiencia" de los servicios públicos, pero no autoriza a publificar tales actividades (como sí lo hacía la Constitución de 1949) (véase PIAGGIO, Lucas A., "Principio de subsidiariedad y servicio público ¿es constitucional la publicación de actividades económicas?", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 221-240). Por su parte, Stupenengo reconoce que la versión tradicional de la teoría del servicio público se basó en la idea de su titularidad estatal, y que ello ha tenido y sigue teniendo recepción jurisprudencial. A la luz de esta visión clásica, sostiene el autor, tras la declaración de una actividad económica como servicio público el Estado pasaba a ser su titular y podía optar entre prestarlo por sus propios medios o delegar su prestación en los particulares mediante la concesión (estos pasaban a prestarlo por delegación estatal y no por derecho propio). Ahora bien, el implícito reconocimiento constitucional al principio de subsidiariedad confirma que la declaración de una determinada actividad económica como servicio público no tiene la virtualidad de alterar su titularidad, sino que, aun tras ella, la iniciativa privada sigue rigiendo plenamente a su respecto. Ello no implica, según Stupenengo, que las nociones de *publicatio* y titularidad estatal del servicio público hayan sido o deban ser abandonadas por la doctrina y jurisprudencia modernas sino, más bien, redefinidas. En este sentido, aunque hoy día la declaración de servicio público o *publicatio* es mayormente considerada presupuesto para su existencia, no se le asigna ya otro valor más que el de una expresión de la decisión estatal de sujetar la actividad económica en cuestión a las máximas potestades administrativas mediante un régimen especial (STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 209-212).

[176] CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996, 109-110.

[177] Véase PIAGGIO, Lucas A., "Principio de subsidiariedad y servicio público ¿es constitucional la publicación de actividades económicas?", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 236. El autor sostiene que esa ausencia de iniciativa privada podría darse en aquellos extraordinarios supuestos en los que el mercado no quiera o no pueda prestarlo. También considera que la presencia de empresas públicas podría justificarse para incentivar la competencia en sectores monopólicos u oligopólicos.

argentino que refuerzan explícitamente esa idea (v.gr. transporte y distribución de electricidad -Ley 24065-[178] y gas natural -Ley 24076-[179]).

El espíritu de las normas reseñadas no es otro que el de reservar a las empresas privadas la gestión de los servicios públicos y, sólo para aquellos supuestos excepcionales en los que el sector privado no esté en condiciones de prestarlos, el Estado podrá asumir esa gestión. Ello, siempre y cuando se hayan agotado, previamente, alternativas de intervención menos lesivas, como es el caso de las ayudas públicas[180] (conf. art. 75 incs. 18 y 19 CN).

Cabe recordar, en tal sentido, que el postulado positivo de la subsidiariedad no apunta a sustituir la actividad de las entidades menores, sino más bien a fomentarlas, estimularlas o ayudarlas, a fin de garantizar la real igualdad de oportunidades. Por lo cual, parecería ser ésta una solución más razonable y preferible a la creación de una nueva empresa estatal[181], con todo lo que ello implica en materia gastos de explotación, eficiencia y recursos de personal[182].

---

[178] Al respecto, el art. 3° de la Ley 24.065 establece que "El transporte y la distribución de electricidad deberán prioritariamente ser realizados por personas jurídicas privadas a las que el Poder Ejecutivo les haya otorgado las correspondientes concesiones de conformidad con las disposiciones de las leyes 15.336, 23.696 y de la presente ley. El Estado por sí, o a través de cualquiera de sus entes o empresas dependientes, y a efectos de garantizar la continuidad del servicio, deberá proveer servicios de transporte o distribución en el caso en que, cumplidos los procedimientos de selección referidos en la presente ley, no existieron oferentes, a los que puedan adjudicarse las prestaciones de los mismos (…)".

[179] En un sentido similar, el art. 4° de la Ley 24.076 dispone que "El transporte y distribución de gas natural deberán ser realizados por personas jurídicas de derecho privado a las que el Poder Ejecutivo Nacional haya habilitado mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión, licencia o permiso previa selección por licitación pública, excepto aquellos derivados de la aplicación del artículo 28 de la ley 17.319. En esta ley el término "habilitación" comprenderá la concesión, la licencia y el permiso, y el término "prestador" comprenderá al concesionario, al licenciatario y al permisionario. El Poder Ejecutivo Nacional determinará, en cada caso, la modalidad a adoptar. El Estado nacional y las provincias, por sí, o a través de cualquiera de sus organismos o empresas dependientes, sólo podrán proveer servicios de transporte y distribución en el caso de que, cumplidos los procedimientos de licitación previstos en la presente ley no existieren oferentes a los que pudiere adjudicarse la prestación de los mismos o bien si, habiéndose adjudicado tales servicios, se extinguiere la habilitación por alguna de las causas previstas en la misma y se diere aquella situación". Los artículos 6° y 7° de la referida ley establecen, además, fórmulas de continuidad de la gestión privada una vez concluido el término de la concesión. Para Cassagne, el principio de subsistencia de la gestión privada constituye un derivado del de subsidiariedad, e impide que la reversión y el rescate configuren poderes implícitos (CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996).

[180] Como sostiene De la Riva, las ayudas públicas deben preferirse frente a las restantes modalidades de intervención, en tanto basten para alcanzar el interés público perseguido (DE LA RIVA, Ignacio M., "Limites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 288).

[181] De hecho, existen numerosas leyes tendientes a fomentar segmentos naturalmente deficitarios. Entre ellas: el art. 138 del Código Aeronáutico que dispone: "El Poder Ejecutivo podrá subvencionar la demanda de servicios de transporte aéreo en aquellas rutas que resulten de interés general para la Nación. Asimismo, podrá subvencionar la explotación de servicios de trabajo aéreo que tengan igual carácter". Algo similar ocurre con el transporte de ferrocarriles, respecto del cual, el Decreto 1143/1991, relativo a su proceso de privatización, acordaba la posibilidad de otorgar subsidio a las empresas explotadoras del servicio.

[182] Tal como hemos visto, la experiencia argentina en esta materia indica que una vez que el Estado asume la titularidad y gestión de Empresas para llevar adelante proyectos de gran envergadura, el posterior retiro de la actividad resulta complejo (por la burocracia acumulada, la dotación de personal contratado y los déficits muchas veces acumulados). Esto está sucediendo con Aerolíneas Argentinas, cuya privatización se encuentra condicionada por la falta de interés en adquirirla por parte del sector privado.

4.1.2. El rol subsidiario del Estado frente a las actividades pasibles de ser desarrolladas en mercados competitivos

Sostiene Cabanellas de las Cuevas que el art. 42 de la Constitución Nacional, al consagrar expresamente el derecho de la competencia, junto a los primeros 35 artículos de dicho cuerpo normativo, contienen el marco jurídico básico para el funcionamiento de una economía de mercado[183].

Naturalmente, para su correcto funcionamiento, el sistema de competencia supone de una economía de mercado en la cual operan fundamentalmente agentes económicos privados[184] y, requiere, además, de un marco jurídico mínimo que garantice: 1. la libertad de contratación y la eficacia jurídica de los contratos, 2. la existencia de derechos de propiedad y, 3. mecanismos de transmisión de información para la toma de decisiones (los precios constituyen uno de los elementos centrales de ese mecanismo)[185].

El Estado suele garantizar "la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" (art. 42. CN) recurriendo a dos líneas de intervención: Por un lado, la creación de organismos administrativos destinados a dictar reglas sobre los más variados aspectos del comportamiento competitivo. Por el otro, el dictado de normas que contemplen múltiples tipos de infracciones, cuya configuración lleva la imposición de sanciones en sede administrativa[186].

La Argentina cuenta con un importante marco legislativo en materia de defensa de la competencia[187], pese a que por diversas razones no ha tenido una sólida aplicación práctica[188]. En cuanto al diseño institucional, el país optó por el modelo de agencia integrado, bajo la conformación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDF)[189].

---

[183] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de la competencia desleal*, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2014, p. 44.

[184] TREVISÁN, Pablo, "La defensa de la competencia: una exigencia constitucional", ed. La Ley, noviembre 2019, p. 272.

[185] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de la competencia desleal*, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2014, pp. 48-49.

[186] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de la competencia desleal*, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2014, p. 177.

[187] Cabe recordar que en 1923, se promulgó la primera ley antimonopolio siguiendo el modelo de la Ley Sherman de los EE.UU. Esa ley fue reformada en 1946. En 1980 se dictó la primera ley integral sobre competencia (Ley 22.262), que creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y estableció sanciones penales. En 1999 se produce una reforma importante, mediante la ley 25.156, que creó una autoridad independiente, el Tribunal de Defensa de la Competencia (que nunca llegó a ponerse en funcionamiento). Luego, en el 2014 se sancionó la ley 26.993, que abolió el referido Tribunal. La nueva Ley de Defensa de la Competencia 27.442 se dictó en el año 2018 (TREVISÁN, Pablo, "La defensa de la competencia: una exigencia constitucional", ed. La Ley, noviembre 2019, pp. 270-271).

[188] TREVISÁN, Pablo, "La defensa de la competencia: una exigencia constitucional", ed. La Ley, noviembre 2019, p. 271.

[189] Existen principalmente tres modelos básicos de agencias de competencia: 1. El modelo judicial bifurcado, donde la autoridad de competencia tiene que ir a los tribunales para la aplicación de la ley antimonopolio, como por ejemplo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 2. El modelo de tribunal de agencia bifurcado, donde la autoridad acude a un tribunal especializado para la ejecución, como los casos de Canadá, Sudáfrica y Chile y, 3. El modelo de agencia integrado, donde una comisión dentro de la agencia realiza la primera nivel de adjudicación, por ejemplo, la Comisión Europea, Comisión Federal de Comercio de los EE.UU. o la CNDC de Argentina (TREVISÁN, Pablo, "La defensa de la competencia: una exigencia constitucional", ed. La Ley, noviembre 2019, p. 278).

De lo expuesto hasta aquí, se advierte que, en los segmentos competitivos, toda intervención del Estado, para ser acorde con la manda constitucional del art. 42, deberá ser lo menos distorsiva posible[190] y lo más compatible con el mercado[191].

Es allí donde el Estado tiene el gran desafío de fijar las reglas del juego y vigilar, ordenar y encauzar el ejercicio de los derechos, de manera tal que se fomente la libre iniciativa empresarial y se haga posible la existencia de un mercado abierto y competitivo, en forma compatible con ciertos derechos complementarios[192] (v.gr. usuarios y consumidores).

Desde esa perspectiva, medidas extremas como la estatización y/o la creación de empresas estatales, que muchas veces generan distorsiones inevitables[193], no deberían ser la respuesta inmediata a las fallas del mercado[194]. Éstas deberían corregirse, en todo caso, mediante un mayor control estatal[195] y/o adecuadas técnicas de policía (regulación y sanción) y/o fomento.

En ese marco, el Estado sólo podría, excepcionalmente, asumir ciertas actividades industriales o comerciales, siempre y cuando ello este fundado en razones concretas de interés público[196] que el privado no esté en condiciones de garantizar (v.gr. motivos de defensa nacional[197]). En este sentido, podría

---

[190] El ámbito de libertad que presupone la competencia se elimina cuando las autoridades públicas asumen decisiones propias que los agentes económicos deben asumir en un mercado, como lo son la cantidad de producción, el precio la calidad y el destino de la misma (CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Ábaco, Buenos Aires, 2015, p. 104)

[191] Como sostiene Ariño Ortiz, en ocasiones el Estado debe corregir y complementar los mecanismos de mercado, pero sin que con ello se desincentive notoriamente el trabajo y el esfuerzo. Las medidas que en tales situaciones hay que adoptar, deben ser, en lo posible, intervenciones conforme al mercado y compatibles con éste (ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Modelo de Estado y Sector Público Empresarial", Revista de Derecho Administrativo N° 3, 2007, p. 20)

[192] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Modelo de Estado y Sector Público Empresarial", Revista de Derecho Administrativo N° 3, 2007, p. 19.

[193] Como advierte Mata, "un elemento distorsivo de la intervención del Estado en la economía es su posición de preeminencia, que se traduce en el ejercicio de prerrogativas, privilegios o monopolios que aun cuando deliberadamente intentan competir, provocan un efecto de desigualdad en el mercado que desalienta la iniciativa privada y afecta la eficiencia del obrar público". "A ello cabe agregar que la baja productividad del Sector Público ha dado lugar a una pesada carga sobre la sociedad, porque con frecuencia se retiran recursos del sector privado para orientarlos hacia los proyectos de finalidad política o, peor aún, hacia objetivos electorales". MATA, Ismael, "Del Estado empresario al Estado regulador", p. 97.

[194] Porque en tales casos se estarían reemplazando las fallas de mercado por las fallas propias de la regulación estatal (MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemáticas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 405, Argentina, 8 de junio de 2012, p. 249).

[195] Mediante un organismo independiente del poder político.

[196] Toda medida de intervención estatal debe encontrarse justificada en razones concretas de bien común (AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 162).

[197] BARRA, Rodolfo C., "Nuestro New Deal (al revés)", pub. En infobae https://www.infobae.com/opinion/2024/11/29/nuestro-new-deal-al-reves/ , 29 de noviembre de 2024. El autor sostiene que en virtud del principio de subsidiariedad, receptado en la Constitución Nacional, "las organizaciones mayores no deben hacer aquello de lo que son capaces las menores, aunque si deben hacer, en cambio, aquello que las organizaciones menores no pueden o no deben (por ejemplo, defensa nacional)". Ver también MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemáticas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 405, Argentina, 8 de junio de 2012, p. 249.

explicarse la existencia de Fabricaciones Militares Sociedad del Estado (Decreto 104/2019)[198].

Adicionalmente, conforme lo establecen los incs. 6 y 14 del art. 75 de la propia Constitución, el Congreso de la Nación está autorizado a crear un banco nacional y correos.

Téngase en cuenta que la subsidiariedad no impide la concurrencia con el sector privado[199]. Pero es importante aclarar que, en estos casos, la intervención de hacerse bajo estrictas condiciones de igualdad con el resto de las empresas que operan en el sector intervenido. Profundizamos más adelante sobre cómo incide el principio de igualdad (art. 16 CN) en estos supuestos de empresas estatales que compiten en segmentos competitivos.

4.1.3. A modo de síntesis y conclusión preliminar

Como regla general se advierte que la Constitución reconoce un ámbito reservado a la libre iniciativa privada de los particulares (a quienes reconoce el derecho de usar y disponer de su propiedad, trabajar y ejercer toda industria lícita, comerciar, asociarse libremente, etc.). Los poderes atribuidos al Estado apuntan, en cambio, a "promover el bienestar general", "proveer lo conducente a la prosperidad del país" "promover medidas de acción positiva que garanticen igualdad de oportunidades", etc.

La dificultad estriba en determinar cuándo es legítima la intervención estatal a través de la modalidad de la empresa estatal, sea que estemos frente a segmentos monopólicos o competitivos.

Es importante para ello interpretar armoniosamente todo el plexo constitucional junto a la cláusula del art. 42 de la Constitución, que asigna al Estado un rol distinto según cómo este compuesto el segmento de la economía de que se trate (competitivo o no).

Frente a los sectores que admiten competencia, el Estado debe procurar garantizarla contra toda forma de distorsión del mercado. Razón por la cual, las técnicas estatales de intervención deberán ser lo más compatibles posibles con ese cometido.

---

[198] Esta empresa es la continuadora de la entonces Dirección General de Fabricaciones Militares (entidad autárquica creada por ley 12.709). Luego de varios intentos fallidos de privatización durante la década de 1990, el Estado detectó la inexistencia de una verdadera vocación de parte del sector privado por ocuparse de este rubro. Por este motivo, se analizaron diversas medidas tendientes a su mantenimiento como ente estatal, entre otras razones, por su innegable aporte a la industria de la defensa y al desarrollo tecnológico del rubro. Finalmente, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 104/2019, en virtud del cual se dispuso la transformación de la "Dirección General de Fabricaciones Militares" en "Fabricaciones Militares Sociedades del Estado", bajo el régimen de la Ley 20.705, cuyo objeto sería la investigación y desarrollo de tecnologías, fabricación, industrialización, explotación y transporte, así como la comercialización de bienes y servicios, en las áreas de seguridad, defensa, minería, industria química e industria metalmecánica (Ver MOCOROA, Juan M., "La competencia del Poder Ejecutivo Nacional para la creación de empresas públicas y estándares de actuación competitiva: el caso de Fabricaciones Militares Sociedad del Estado", El Derecho – Revista de Derecho Administrativo, Argentina, 30 de marzo de 2020. Cita Digital: ED-CMXIV-807).

[199] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, cita N° 96.

Es evidente que mientras más mínima e indispensable sea la intervención del Estado, menos distorsiones generará, y más compatible con ese cometido constitucional será. A estos efectos, las técnicas más adecuadas son las del fomento y la policía (por ser éstas las menos distorsivas).

Por ello, la empresa estatal no tiene justificación alguna en los sectores que admiten competencia. Salvo que se encuentren comprometidas razones concretas de interés público (v.gr. motivos estratégicos, de defensa) que el sector privado no esté en condiciones de satisfacer y/o garantizar, o que se trate de los dos casos excepcionales autorizados por la Constitución (banco y correos).

En cambio, cuando el sector a intervenir no admite la competencia, por existir, por ejemplo, un monopolio natural, la técnica de intervención correcta es la del servicio público. Pero como hemos visto, a partir de la reforma constitucional de 1994, la gestión (y para algunos autores también la titularidad) de los mismos corresponde al sector privado.

El Estado sólo podría prestar el servicio público en forma directa cuando por diversas razones el sector privado no esté en condiciones de hacerlo. El fundamento de la intervención aquí no estará vinculado necesariamente con razones de índole estratégica, de defensa, etc., sino más bien con la satisfacción de necesidades públicas esenciales que el Estado deberá procurar garantizar si el sector privado no lo hace (v.gr. provisión de gas, electricidad, agua potable).

En función de lo expuesto hasta aquí, se advierte que toda intervención del Estado a través de la modalidad de la empresa estatal, sea en mercados competitivos o monopólicos[200], deberá ser:

1. De carácter excepcional, y como tal, impuesta como *última ratio*;

2. Siempre que existan técnicas de intervención menos restrictivas (v.gr. fomento, policía), deberán priorizarse éstas, si resultan suficientes para la satisfacción del interés público comprometido.

Ahora bien, atento a que el principio de subsidiariedad admite cierta "flexibilidad contextual"[201] (debido a que el grado de intervención estatal no es un parámetro estático, sino que puede variar en función del contexto económico y social[202]), existe el riesgo de que en los hechos carezca de aplicación práctica[203] si no es complementado por otros principios

[200] Por supuesto, salvando las diferencias que existen entre ambos sectores, y el diferente rol que el Estado tiene frente a cada escenario.

[201] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, cita N° 97.

202 PIAGGIO, Lucas A., "Principio de subsidiariedad y servicio público ¿es constitucional la publicación de actividades económicas?", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 226.

203 Tal como sostiene Cassagne,"lamentablemente, ese principio rector [el de subsidiariedad] no fue siempre observado entre nosotros y en otros países, donde el Estado –por razones ideológicas y de política circunstancial muchas veces- multiplicó esta especie de entidades, asumiendo la gestión competitiva en diversos sectores de la actividad industrial o comercial, que podría desarrollar eficazmente la empresa

constitucionales de enorme trascendencia que, como veremos seguidamente, también inciden sobre el rol del Estado empresario (como ocurre con el principio de razonabilidad y legalidad[204]).

5. El estándar de razonabilidad y su incidencia en la intervención estatal bajo la modalidad empresaria

Sostiene Cassagne que, en la ciencia del derecho, la idea de razonabilidad aparece conectada con la necesidad de encontrar una razón suficiente que justifique la conducta estatal. Asimismo, advierte que la justificación racional de los actos estatales encuentra fundamento en la causa final del Estado, que no es otra que la de realizar el bien general de todos los integrantes de la comunidad a través de la justicia[205].

Sobre esa idea, el autor señala que la argumentación jurídica está en el foco de la razonabilidad, pues configura una práctica racional que requiere determinar cuáles son los criterios que justifican la actividad estatal.

Ciertamente, toda decisión del Estado, para evitar caer en lo arbitrario[206], debe encontrarse debidamente motivada en razones concretas (éstas deben ser válidas, no contradictorias, legítimas).

En un sentido más estricto, el principio de razonabilidad conlleva la idea de "proporcionalidad", que, entendida como recaudo de validez de la acción estatal en general y administrativa en particular, implica que toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos para ser legítima debe ser idónea, indispensable y proporcionada en sentido estricto[207].

En ese sentido, el principio de razonabilidad se integra en base a tres subprincipios: a) el subprincipio de "adecuación", b) el subprincipio de "necesidad", y c) el subprincipio de "proporcionalidad en sentido estricto"[208].

---

privada" (CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 7a ed., 2002, p. 401).

[204] Al respecto, resulta interesante el análisis efectuado por Galeano, Juan José, en el marco de las XXVI Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (2023), en donde analiza el fenómeno de la empresa estatal a la luz del principio de subsidiariedad, lo que lo lleva a analizar principios complementarios tales como el de legalidad (legitimidad formal) y razonabilidad (en virtud del cual la valoración técnica y política en torno a la empresa estatal supone márgenes de ponderación ciertos, objetivos y razonables) (véase GALEANO, Juan José, "Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad", ponencia presentada en el marco de las XXVI Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral, Buenos Aires, 6 de noviembre de 2023).

[205] CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de razonabilidad y la interdicción de la arbitrariedad", Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2020.

[206] La arbitrariedad comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario. En el caso de la Administración, la arbitrariedad comprende toda actuación administrativa contraria a la justicia, la razón a la ley (CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de razonabilidad y la interdicción de la arbitrariedad", Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2020).

[207] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 169.

[208] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 169.

El subprincipio de "adecuación" supone valorar la idoneidad o aptitud del medio empleado para alcanzar la finalidad perseguida con su dictado[209], esto es, si la medida dictada por el Estado es capaz de causar la finalidad que dice perseguir. Ello conlleva un juicio de eficacia de la medida, entendiéndose por tal aquella que sirve al propósito para el cual estaba enderezada[210].

El subprincipio de "necesidad" supone analizar si la medida adoptada por la autoridad es la menos restrictiva de los derechos considerando otras opciones igualmente eficaces[211]. Ello resulta fundamental a la hora de evaluar la validez de las medidas de intervención económica, ya que, desde el punto de vista económico, afectar recursos más allá de lo necesario para lograr la finalidad perseguida comporta una solución ineficiente, pasible de destruir bienes escasos o riqueza[212].

Nótese la estricta relación que existe entre este subprincipio y el principio de subsidiariedad[213]. Ambos revisten carácter jurídico y contienen el precepto de que la intervención del grupo mayor (el Estado) en el ámbito de las entidades menores, sea necesaria, es decir, que no suponga restringir o limitar derechos y libertades más allá de lo requerido para fomentar el bien común perseguido[214].

Finalmente, el subprincipio de "proporcionalidad" en sentido estricto exige que los medios guarden una relación razonable con el fin buscado. Esto conlleva la idea de balancear, por un lado, los beneficios que representa para el bien común la medida adoptada y, por el otro, la restricción impuesta a los derechos por la misma[215].

Sentadas estas premisas, y yendo al tema que aquí nos compete, resulta claro que las diversas razones que el Estado pueda invocar para justificar la asunción de actividades empresariales, aun cuando *a priori* tengan en miras la

---

[209] CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de razonabilidad y la interdicción de la arbitrariedad", Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2020.

[210] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 169-170.

[211] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 170.

[212] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 173. El autor cita a Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", en Revista Española de Derecho Constitucional 66, (2002): 29.

[213] DE LA RIVA, Ignacio M., "Limites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 295.

[214] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 177.

[215] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 170.

satisfacción del bien común[216], no serán suficientes si no se asientan sobre márgenes de ponderación ciertos, objetivos y razonables[217].

Ello exige "demostrar un conocimiento real, verdadero y acabado del sector o la materia de que se trate, con identificación clara de la finalidad pública que se busca atender y de los medios a utilizarse, los costos involucrados y su financiamiento, así como las consecuencias que la medida tiene en términos de incentivos y de satisfacción de intereses involucrados". Todo ello, sobre la base de accedentes ciertos y circunstanciados[218].

En consecuencia, la eventual decisión de estatizar una determinada empresa (o directamente crear una empresa estatal) debe encontrarse racionalmente justificada, y es la propia autoridad estatal quien tiene la carga de ponderar y probar la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la medida de intervención adoptada[219].

Sobre todo, teniendo en cuenta que "la iniciativa pública empresarial, como cualquier otra forma de intervención, no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para la consecución de tareas de interés general. En consecuencia, la empresa pública es legítima, si está suficientemente justificada, lo que se generalmente se producirá ante fallos del mercado"[220]. Ello marca una diferencia radical con la iniciativa privada, que es expresión de derechos fundamentales -libertad de empresa y propiedad privada- y que, por tanto, no requiere justificación alguna[221].

---

[216] Como sostiene Barra, "el Estado interviene como empresario para regular, para promover, para superar situaciones de crisis o de emergencia, en razón de decisiones estratégicas en el área de defensa, por cuestiones vinculadas a sus relaciones exteriores, etcétera, todos los cuales son siempre fines políticos, es decir, de bien común. El Estado, entonces, actúa como ´empresario´ donde es necesario para el bien común, y donde la actividad privada no tiene, precisamente, el incentivo del lucro para comprometer su iniciativa, o done le incentivo de lucro conduciría a una política empresaria contraria a la política social que el Estado busca realizar" (véase DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/23: la "vexata quaestio" de la intervención directa del Estado en la economía", en *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, CASSAGNE Juan Carlos (Dir.), ABERASTUY, Pedro (Coord.), 1era edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2024, 480). En un sentido similar, véase Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 439.

[217] GALEANO, Juan José, "Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad", ponencia presentada en el marco de las XXVI Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral, Buenos Aires, 6 de noviembre de 2023.

[218] GALEANO, Juan José, "Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad", ponencia presentada en el marco de las XXVI Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral, Buenos Aires, 6 de noviembre de 2023.

[219] Como ha sostenido Messner, la "carga de la prueba sobre la existencia del derecho a la ampliación de los poderes sociales corresponde a la autoridad social que trata de conseguir tal ampliación […] Se ha de probar que los que son competentes y responsables en primer lugar, no son capaces o no están dispuestos a hacer lo que se responsabilidad les exige" (AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 163).

[220] LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters Proview eBooks, 1era edición, 2016, pp. 409-410.

[221] LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters Proview eBooks, 1era edición, 2016, p. 410.

Por lo expuesto, no es suficiente acudir a nociones tales como "interés general" "interés público" "soberanía nacional", etc., para justificar la intervención estatal bajo la modalidad de la empresa estatal.

En ese sentido, merece la pena destacar el fallo resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) en la causa "O'Connor"[222], en el cual se declaró la inconstitucionalidad de una ley expropiatoria sobre la base de los siguientes argumentos: 1. No alcanza con invocar el fundamento previsto en la norma, esto es la "utilidad nacional" (art. 17 CN y 31 Const. Pcial.) o el "interés social" (art. 75 inc. 22 CN y 21.1 de la CADH) o "general" (art. 1° Ley 5708), ya que aun cuando se traten de conceptos jurídicos genéricos y flexibles, son susceptibles de interpretación y disputa argumental en torno a su alcance[223]; 2. Resulta esencial poder corroborar y probar la existencia de las circunstancias expresamente ponderadas por el legislador[224] y, 3. Es necesario que la decisión expropiatoria tenga fundamento razonable[225], lo que supone que el obrar estatal mantenga una adecuada proporción entre fines y medios o técnicas aplicadas, así como la ponderación de que, para concretar tales objetivos, no se impongan sacrificios de derechos innecesarios por excesivos[226].

Si bien la decisión judicial no versa directamente sobre la expropiación de una empresa, sus fundamentos bien podrían trasladarse a un supuesto de esa naturaleza. El criterio del más alto tribunal de la provincia bonaerense deja asentada la premisa de que la justificación de la intervención estatal con fundamento en conceptos jurídicos indeterminados (tales como el "interés general" "soberanía nacional" "interés público" "bien común" "utilidad pública") no será válida ni suficiente si la medida no se encuentra debidamente motivada en el marco de las circunstancias fácticas y jurídicas analizadas.

Esa interpretación, trasladada al terreno de la empresa estatal, lleva a descartar ciertas dicotomías que en muchas ocasiones no coinciden con la realidad de los hechos.

---

[222] SCBA, "O' Connor, Alberto M. y otros s/ Inconstitucionalidad ley 11.959" (2009).

[223] Agrega luego que la decisión de expropiar un bien puede estar sujeta al escrutinio de los jueces, sobre todo frente a afectaciones de derechos provocadas mediando arbitrariedad del poder público

[224] Ya que su ausencia, la discordancia entre ellas y los motivos esgrimidos a la hora de extinguir el derecho de propiedad, o la inconsistencia evidente de éstos, podrán originar una voluntad normativa descalificable como acto jurídico. En el caso concreto, quedó acreditado que las razones aducidas para echar mano de la potestad expropiatoria carecían de correlato con los antecedentes efectivamente comprobados. Sobre el punto, el Tribunal sostiene que para la procedencia de la expropiación de un bien es menester que la finalidad de interés general concurra, sea inteligible y, por ello, de algún modo debe ser expresada.

[225] Cita allí al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H., *"James y otros contra Reino Unido"*, sent. de 21-2-1986, serie A, núm. 98, pág. 32, ap. 46) y sostiene que en el *sub lite* se ha comprobado la distorsión incurrida al sancionarse la ley 11.959. También, la falta de correspondencia entre la plataforma fáctica que se invocó, los hechos realmente existentes y las normas en ella contenidas a los fines de expropiar la propiedad de los actores. En tales condiciones puede concluirse que la expropiación ha carecido de fundamento razonable.

[226] Sobre el punto, agrega que precisamente, en materia expropiatoria, la armonización entre las exigencias del interés general y las vinculadas a la protección de los derechos fundamentales de las personas (T.E.D.H., asunto *"Sporrong y Lönnroth contra Suecia"* de 23-9-1982, serie A, núm. 52, pág. 26, ap. 69), han llevado a imponer puntualmente esa razonable adecuación proporcional entre los medios empleados y el fin de utilidad pública (T.E.D.H., asunto *"Pressos Compañía Naviera S.A. y otros contra Bélgica"* de 20-11-1995, serie A, núm. 332, pág. 23, ap. 38).

En efecto, como sostiene Laguna de Paz, suele decirse que la empresa privada persigue sólo la maximización de beneficios, mientras que la empresa estatal es un instrumento para alcanzar el bienestar social. Sin embargo, advierte el autor, los objetivos de beneficio privado (rendimiento económico) y el bienestar social pueden llegar a ser muchas veces coincidentes. Paralelamente, agrega Laguna de Paz, la experiencia demuestra que la gestión de la empresa estatal puede apartarse del interés general, para servir a intereses partidarios o de grupo[227].

Desde esa perspectiva, en el caso de Argentina se evidencia con claridad los beneficios que en materia de eficiencia y transparencia han generado a los usuarios empresas tales como Mercado Libre o Mercado Pago, y la contracara que existe respecto de empresas estatales (v.gr. Aerolíneas Argentinas S.A.) que han sido cuestionadas por ineficientes, deficitarias y por responder muchas veces a intereses partidarios.

De allí, justamente, se advierte la necesidad de motivar adecuadamente la medida de intervención estatal y, de explicar, en cada caso concreto, por qué eventualmente se prioriza la técnica de la empresa estatal por sobre otras alternativas menos distorsivas, más eficientes y transparentes a efectos de realizar una actividad comercial o industrial.

6. La ley del Congreso como presupuesto de validez de la intervención del Estado bajo la modalidad de la empresa estatal

Otro aspecto que está exento de controversias gira en torno al siguiente interrogante: ¿cuál debería ser el órgano competente para autorizar la intervención estatal a través de la empresa del Estado?

A continuación intentaremos brindar una posible respuesta, partiendo, a esos efectos, del espíritu de la Constitución y de los objetivos buscados con la reforma de 1994.

6.1. El espíritu de la reforma constitucional de 1994. Hacia un nuevo equilibrio del sistema de división de poderes

Uno de los temas que se discutía previo al dictado de la Constitución de 1853 era si el país debía seguir "el ideal monárquico constitucional o el republicano con base federal"[228]. Evidentemente, la pretensión del constituyente histórico ha sido la de optar por la forma republicana de gobierno, que se mantuvo con las sucesivas reformas constitucionales, incluyendo la de 1994 (art. 1° CN)[229].

---

[227] LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters Proview eBooks, 1era edición, 2016, pp. 410-411.

[228] CAYUSO, Susana G., Constitución de la Nación Argentina comentada: claves para el estudio inicial de la norma fundamental, ed. La Ley, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2020, p. 10).

[229] Como asevera Gelli, la reforma constitucional de 1994 es continuadora de la tarea iniciada en 1853, y las sucesivas enmiendas no desecharon los valores pétreos que son patrimonio de la condición humana y la tradición de la República. (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 396).

La idea de república conlleva, en su esencia, el principio de división de poderes, que en el sistema constitucional argentino, no es absoluta, sino más bien, una separación relativa de poderes limitados y coordinados entre sí[230]. Por lo tanto, nada obsta a que entre los diferentes órganos se entablen relaciones de recíproca colaboración y que cada uno de ellos pueda ejercer en mayor o menor medida, funciones que materialmente corresponden a la esfera del otro[231].

Ahora bien, la práctica institucional Argentina se ha caracterizado, en términos generales, por la existencia de un Poder Ejecutivo que ha tendido a extralimitarse en sus funciones, de manera reiterada, siendo un ejemplo de ello el excesivo dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia, y Decretos delegados.

De allí, que al llamado presidencialismo argentino se lo ha conocido, en rigor, como "hiper-presidencialismo", debido a que todos los órganos del poder se encuentran satelizados a la omnímoda voluntad presidencial[232].

Reconociendo esta realidad institucional del país, la reforma de 1994 persiguió ciertos objetivos o "ideas-fuerza"[233], entre ellos, la obtención de un nuevo equilibrio entre los tres órganos clásicos del poder del Estado.

A esos efectos, los convencionales constituyentes consideraron necesario avanzar en tres objetivos concretos[234]:

1. Atenuar el régimen presidencialista: para ello, se creó la figura del jefe de gabinete de Ministros; se establecieron límites al dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia y Decretos delegados[235] y; se sometió el Poder Ejecutivo

---

[230] Véase al respecto, CASSAGNE Juan Carlos, "La teoría del Estado y temas colindantes. Formas de Estado y formas de gobierno en la República Argentina", El Derecho, Buenos Aires, septiembre 2017, pp. 274-575. Puede verse también GELLI, María Angélica, "Presidencialismo, delegación y controles en la República Argentina", ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, cita N° 11. La propia CSJN, en el caso Peralta, admitió la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, y sostuvo que la división de poderes constituía una categoría histórica, que ordenaba el poder de la autoridad mediante frenos y contrapesos sin por ello desestimar la necesaria coordinación, cuya finalidad consistía en garantizar la libertad individual.

[231] Como advierte Gelli, la Corte Suprema entiende que la concepción del principio de división de poderes debe ser más flexible por razones de eficacia y complejidad técnica de algunas funciones estatales. En virtud de ello, la CSJN admite la constitucionalidad de la delegación legislativa (GELLI, María Angélica, "Presidencialismo, delegación y controles en la República Argentina", ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, cita N° 14).

[232] CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patricio A., Derecho constitucional, ed. La Ley, 1ª edición, Buenos Aires, 2008, p. 361.

[233] Ver la exposición de Alberto García Lema en la 18 Reunión – 3ª Sesión Ordinaria, 27 de julio de 1994. Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, pp. 2210-11.

[234] Así, el convencional García Lema manifiesta que la "…gran idea fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado… y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial…" (Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994, Imprenta del Congreso de la Nación, t. III, p. 2211).

[235] Lo que en definitiva hizo la reforma constitucional de 1994, fue reconocer la existencia de ciertas prácticas que ya venían sucediendo en Argentina a fin darles un marco constitucional, limitándolas y circunscribiéndolas -cuándo fueron admitidas- a la aplicación de reglas que dispusieron mayores exigencias para su utilización que las requeridas en las costumbres vigentes (GARCÍA LEMA, Alberto y otros, *La Reforma de la Constitución*, Bs. As. Rubinzal Culzoni, 1994, pp. 381 y ss. Puede verse también BIANCHI, Alberto B., "Del abuso de los Decretos de Necesidad y Urgencia y de su falta de control efectivo", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, tomo 70, Número I, Diciembre 2010, p. 24).

a mayores controles (Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público).

2. Fortalecer el Congreso: a la par de morigerar el poder del presidente, los convencionales consideraban que era necesario fortalecer el Congreso y revalorizar sus funciones[236]. A esos efectos, procuraron, entre otras cuestiones[237], revitalizar la función representativa y la redimensión de la función del Congreso como ámbito de debate y diseño de políticas. Para ello, la reforma modifica la integración y funcionamiento del Congreso, mediante la elección directa de los senadores, a fin de garantizar una mayor participación de los ciudadanos y, reforzar, al mismo tiempo, el carácter representativo democrático del cuerpo[238]. En esa misma línea, se crea también la figura del senador por la minoría, ampliando la representatividad política del cuerpo y garantizando de modo más eficaz el pluralismo enriquecedor del debate[239].

Por otro lado, para agilizar el procedimiento de discusión y aprobación de las leyes, la reforma reconoce un mayor período de sesiones en el ámbito del Congreso[240].

3. El tercer objetivo perseguido para reestablecer el sistema de división de poderes fue el de garantizar la independencia del Poder Judicial. Para ello se incorporó la figura del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (art. 114).

Nótese el rol preponderante que el convencional Constituyente de 1994 pretendió asignarle al Congreso de la Nación como ámbito natural de debate de políticas públicas. En paralelo a ello, resulta claro cómo se intentó con la reforma atenuar el poder del Presidente, dados los excesos en los que éste incurría hasta ese entonces.

---

[236] Uno de los problemas que advertían los convencionales constituyentes, dentro de la política argentina, era el aumento de atribuciones del presidente en detrimento del Congreso. A ello se sumaba un creciente desprestigio del Congreso frente a la opinión pública. Por ello, un fin primordial de la reforma era el atinente a reforzar las funciones de control que son propias de un Congreso republicano. Al respecto, los convencionales partían de la idea de que cuando ese control es débil o llega tarde, el equilibrio de los poderes se desdibuja y la República corre el riesgo de una concentración excesiva del poder e incluso de la utilización discrecional y arbitraria del mismo (HERNÁNDEZ, Antonio M., "A veinte años de la reforma constitucional de 1994", ed. La Ley, agosto 2014. Cita: TR LA LEY AR/DOC/5452/2014).

[237] Por ejemplo, se creó la Comisión Bicameral Permanente para el control de los decretos de necesidad y urgencia y de la legislación delegada; se incorporaron al texto constitucional nuevos órganos de control como la Auditoría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, en miras fortalecer el Congreso en materia de control; se contempló el deber del Jefe de Gabinete de rendir mensualmente un informe ante cada una de las Cámaras, pudiendo ser removido por el Congreso mediante un voto de censura (HERNÁNDEZ, Antonio M., "A veinte años de la reforma constitucional de 1994", ed. La Ley, agosto 2014. Cita: TR LA LEY AR/DOC/5452/2014).

[238] HERNÁNDEZ, Antonio M., "A veinte años de la reforma constitucional de 1994", ed. La Ley, agosto 2014. Cita: TR LA LEY AR/DOC/5452/2014.

[239] HERNÁNDEZ, Antonio M., "A veinte años de la reforma constitucional de 1994", ed. La Ley, agosto 2014. Cita: TR LA LEY AR/DOC/5452/2014.

[240] GARCÍA LEMA, Alberto M., "La reforma constitucional de 1994 a 20 años de su sanción. Reflexiones y testimonios de política constitucional", ed. La Ley, agosto 2014. Cita: TR LA LEY AR/DOC/5459/2014, cita 88).

6.2. El reparto de competencias de la Constitución Nacional y los poderes atribuidos al Poder Legislativo

La forma republicana de gobierno y el sistema de división de poderes se asientan sobre el principio de legalidad, según el cual, por un lado, determinadas cuestiones, las más relevantes en el orden institucional, solo pueden ser reguladas por ley del Congreso y, por el otro, el Poder Ejecutivo está sometido a la ley[241].

Como derivación de ese principio, consagrado implícitamente en la Constitución Nacional[242], toda forma de intervención y/o restricción de derechos por parte del Estado, exige como presupuesto necesario el dictado de una ley del Congreso[243].

Por ello, en nuestro esquema constitucional, el Congreso de la Nación tiene, entre otras, las siguientes potestades: la reglamentación de los derechos (art. 14 CN), arreglar el pago de la deuda interna, fijar anualmente el presupuesto público, legislar sobre el régimen de bienes, proveer en todo lo conducente a la prosperidad del país y el desarrollo humano, crear empleo, etc. (art. 75 incs. 7°, 8°, 12, 18, 19, 20 y cctes CN).

Ahora bien, al no regular expresamente el instituto de la empresa estatal, la Constitución Nacional no establece una regla general que determine cuál es el órgano competente para su creación. Ello es diferente en otros textos

[241] Parte de la doctrina considera que el principio de legalidad tiene carácter instrumental, en cuanto ayuda comprender cómo dividir el poder entre el legislativo, por un lado, y el ejecutivo, por el otro, y además, cómo relacionar ambos poderes constitucionales. De acuerdo al principio referido, determinadas cuestiones, las más relevantes en el orden institucional, solo pueden ser reguladas por ley del Congreso y, por el otro, el poder ejecutivo está sometido a la ley (BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 53).

[242] Se ha sostenido que la Constitución argentina no recepta expresamente el principio de legalidad, como sí lo hacen otros países (v.gr. Alemania, España). Sin embargo, es receptado en numerosos preceptos constitucionales, tales como los arts. 14, 16, 17, 19, 28 y ctes. (PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023).

[243] Al respecto, Perrino sostiene que en el derecho argentino no cualquier tipo de norma puede ser válidamente empleada para restringir derechos, sino solo las leyes que emanen de Poder Legislativo y también, en los específicos y excepcionales supuestos previstos en los arts. 76 y 99 inc. 3° de la CN, mediante el dictado de decretos delegados y de necesidad y urgencia. Diversas normas de la Constitución argentina, tales como los arts. 14, 17, 18, 19 y 28 disponen que solo por ley se pueden reglamentar los derechos de las personas (PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023). Véase también DE LA RIVA, Ignacio M., "El marco constitucional de la intervención pública en la economía", Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Número 29, Argentina, abril 2023. El autor señala que uno de los principios sobre los que se asienta la Constitución Nacional es el de legalidad, que exige que los avances estatales sobre los derechos individuales cuenten con el aval previo del Congreso. Con un criterio similar, Aguilar Valdez sostiene que en el sistema constitucional argentino, la restricción de derechos constitucionales (incluidos, los de naturaleza económica) es competencia propia del poder legislativo (AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 182).

constitucionales, como el chileno, que le asignan expresamente esa atribución al Congreso[244].

Sin perjuicio de ello, cierto sector de la doctrina ha señalado que la intervención del Estado bajo la modalidad de la empresa estatal, al versar sobre muchas de las materias antes referidas (v.gr. presupuesto público, creación de empleo, etc.), exige necesariamente el dictado de una ley formal que habilite dicha intervención[245].

En esa inteligencia, hay que tener en cuenta, además, que los únicos dos supuestos que expresamente contempla la Constitución (creación de Correos y de un Banco Federal), exigen el dictado de una ley formal (conf. art. 75 incs. 14 y 16 CN).

Adicionalmente, cabe destacar que, para la propia Constitución Nacional, la propiedad (entendida en sentido amplio)[246] es inviolable y su expropiación debe ser dispuesta previa declaración de utilidad pública e indemnización mediante ley del Congreso[247]. Por ello, si el Estado pretendiera avanzar en la expropiación de una empresa privada, deberá necesariamente cumplir con la manda constitucional y con los recaudos establecidos por la Ley de expropiaciones N° 21.499[248].

Todos estos principios son también receptados en diversos tratados internacionales de derechos humanos, que en Argentina tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Así lo hacen el art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 4° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

---

[244] El art. 19 inc. 21 de la Constitución Política de la República de Chile establece que "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza".

[245] Al respecto, autores clásicos como Bielsa, Fiorini y Gordillo, sostienen que el único poder constitucionalmente habilitado para la creación de entidades descentralizadas es el Congreso de la Nación. Uno de los principales argumentos en el que sustentan su posición es que el art. 75 inc. 20 de la CN faculta al Congreso a crear y suprimir empleos y fijar sus retribuciones. Dado que la creación de estos entes implica una necesaria afectación presupuestaria y conlleva la creación de empleo, no podría recurrir el PEN a la creación de estas entidades. Más recientemente, Balbín defiende la misma postura, pero utilizando los siguientes argumentos: 1. El Poder Legislativo es el órgano que ejerce el poder de policía -regulación- y, 2. El legislador es quien debe aprobar la ley de presupuesto. Además, entiende que su posición se ve reforzada con el dictado de la ley 25.152 (véase MOCOROA, Juan M., "La competencia del Poder Ejecutivo Nacional para la creación de empresas públicas y estándares de actuación competitiva: el caso de Fabricaciones Militares Sociedad del Estado", El Derecho – Revista de Derecho Administrativo, Argentina, 30 de marzo de 2020. Cita Digital: ED-CMXIV-807).

[246] LAPLACETTE, Carlos J. "La Constitución Nacional, el mercado, las provincias y el caso del azúcar. Apuntes para un conflicto abierto", ed. La Ley, Sup. Const., 2018. Puede verse en: **http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/384-Titulo_Prueba.pdf**.

[247] El art. 17 de la Constitución Nacional establece que "la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada (…)".

[248] BO 21/01/1977.

Respecto a ese último precepto citado[249], la Corte Interamericana de Derechos Humanos[250] ha interpretado que el término leyes allí empleado "no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado".

Entre otros argumentos, dicho tribunal sostiene que: "La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no solo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos". Sin embargo, aclara que, "Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención".

6.3. La vinculación positiva de la Administración Pública a la ley.

En línea con lo expuesto en el punto anterior, cabe tener presente que en un Estado de derecho, la Administración Pública no actúa libremente, sino siempre vinculada por el ordenamiento jurídico. Es decir, el ámbito de libertad que existe para los particulares, quienes pueden hacer todo lo que no esté prohibido por ley (art. 19 CN), no rige para el derecho administrativo, debiendo los órganos públicos limitarse a ejercer la atribución-deber que expresa o razonablemente implícita le confiere el orden jurídico[251].

Desde esa perspectiva, el derecho es más que un límite para la Administración Pública, constituye el presupuesto o fundamento previo y necesario del obrar administrativo. De modo tal que está vedada para la Administración toda

[249] El art. 30 de la de la Convención americana de Derechos Humanos dispone: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

[250] Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986; puede verse en http://www.corteidh.or.cr (Citado en PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023).

[251] PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023. Desde esa visión, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (Fallos 137:47, entre otros). La regla según la cual es inválido privar alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (art. 19 de la CN), no de los poderes públicos. Éstos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (Fallos 32:120, entre otros)" (CSJN, Fallos 318:1967, 336:760, entre otros).

actividad que carezca de una habilitación normativa específica[252]. En palabras de Mairal, "la administración solo puede avanzar sobre las situaciones particulares si goza de una potestad fundada en ley específica"[253].

Como regla, la atribución de potestades en favor de la Administración debe ser expresa, no obstante lo cual, en ciertos supuestos se admite la existencia de potestades administrativas implícitas o inherentes[254]. Aunque en estos últimos casos, debe actuarse "con suma cautela y prudencia, pues de lo contrario la Administración podría auto atribuirse ficticiamente e indiscriminadamente poderes de actuación que en modo alguno el derecho le ha conferido"[255].

Esa sujeción de la Administración Pública a la ley abarca no sólo la ley formal en sentido estricto, sino el bloque de legalidad en su conjunto (Constitución Nacional, principios generales del derecho, etc.)[256].

Advierte Sesin que esta relación de sujeción de la Administración con el bloque de legalidad, en el ordenamiento jurídico argentino, encuentra fundamento en el art. 99 inc. 1° de la Constitución, que prescribe que el presidente de la República "es el jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país", y en el art. 93, que dispone que el juramento que debe efectuar el Presidente al tomar posesión del cargo debe expresar que va a "observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina". El autor agrega que ello "también ha de concordarse con lo establecido en los arts. 1°, 18, 19, 28 y 31 de la misma Constitución"[257].

Sentado lo expuesto hasta aquí, y en relación al tema que aquí interesa, hemos visto que en el diseño constitucional argentino es el Congreso quien tiene la

---

[252] Un sector importante de la doctrina sostiene que esa concepción, propia de la teoría de la vinculación positiva, ha tenido acogida en la Constitución Nacional. La reforma de 1994 la mantuvo, en cuanto "el art. 19 no se ha modificado, de modo que no puede haber obligación alguna, en cualquier ámbito, que no derive, directa o indirectamente, de una ley formal" y, "respecto de las acciones administrativas no restrictivas de la libertad, no parece posible, después de la regulación, en principio prohibitiva, excepcional, y taxativamente admitida, de la delegación legislativa de los derechos de necesidad y urgencia y, asimismo de la intocada regulación de los reglamentos autónomos, habilitar potestades administrativas sin sustento normativo expreso, implícito o, excepcionalmente, inherente" (PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024, cita N° 38. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023.

[253] MAIRAL, Héctor A., "Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos", Res Publica Argentina 2011-1 y 2.

[254] PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023.

[255] PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023.

[256] DE LA RIVA, Ignacio M., "La frontera de la policía administrativa", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Estudios
de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, Ed. La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 385. Cita la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1991, 5ª ed., t. I, p. 435).

[257] PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023.

potestad de crear empleo, aprobar el presupuesto, crear determinadas empresas puntuales (Banco y Correos) y eventualmente acudir al instituto de la expropiación en supuestos excepcionales.

En línea con estos principios, la Ley 25.152[258] -modificada por Ley N° 25.565[259]-, expresamente estableció que "toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional, requerirá del dictado de una Ley".

Por lo expuesto, a nuestro juicio, no existen normas que *a priori* le atribuyan esas potestades al Poder Ejecutivo, por lo que, de arrogárselas, estaría ejerciendo sus funciones más allá del poder que se le ha conferido[260], violando en tal sentido el reparto competencial que hace la Constitución Nacional[261].

6.4. El Congreso de la Nación como ámbito natural de debate público. El supuesto de los Decretos de Necesidad y Urgencia y los Decretos Delegados

Es lógico sostener que en un sistema político como el argentino, cierto tipo de decisiones trascendentes para la vida económica del país deban ser tomadas en el ámbito del Congreso de la Nación, por ser este el órgano democrático por antonomasia.

En ese sentido, como hemos visto párrafos atrás, una de las aspiraciones del convencional constituyente de 1994 fue justamente la de intentar revitalizar la función de legislar del Congreso, frente a un Poder Ejecutivo que en la praxis institucional abarcaba cada vez más funciones, con el riesgo en ocasiones de concentrar la suma del poder público[262].

En efecto, toda decisión del Estado que pueda tener un fuerte impacto en la economía y el mercado, como sucede cuando aquel pretende embarcarse en actividades empresariales pasibles de involucrar cuantiosos recursos públicos para su financiamiento, debe estar precedida del dictado de una ley en sentido formal, lo cual constituye una garantía de cara a la sociedad.

---

[258] Art. 5° inc. a).

[259] Ver art. 48.

[260] CSJN, Fallos 155:290. Citado en PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023.

[261] No desconocemos que se trata de un tema que suscita controversias y que hay autores que con sustento en el art. 99 inc. 1° de la CN consideran que el Poder Ejecutivo tiene competencia para crear empresas estatales (véase MOCOROA, Juan M., "La competencia del Poder Ejecutivo Nacional para la creación de empresas públicas y estándares de actuación competitiva: el caso de Fabricaciones Militares Sociedad del Estado", El Derecho – Revista de Derecho Administrativo, Argentina, 30 de marzo de 2020. Cita Digital: ED-CMXIV-807).

[262] Téngase en cuenta que ello está expresamente prohibido por el art. 29 de la Constitución, cuando reza lo siguiente: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni *la suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o supremacías* por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

En palabras de Ariño Ortiz, "la decisión estatal de embarcarse en una actividad empresarial, especialmente cuando se trata de grandes operaciones de inversión pública, tiene una trascendencia de primer orden, y la exigencia para ello de una ley constituye la garantía imprescindible de una decisión correcta de cada caso". De esa manera se asegurará "la plena publicidad de los motivos, la existencia de un debate abierto sobre los pros y los contras de la operación, la valoración ponderada de su impacto en la economía y en el mercado, una discusión razonada sobre la rentabilidad económica y social del proyecto de que se trate (calculada sobre los costes reales de financiación y aplicando una tasa de descuento legalmente aprobada), la fijación de un techo a la financiación pública privilegiada, la participación de los sectores y grupos interesados que pueden verse afectados por esas decisiones y, en definitiva, una clarificación de los objetivos nacionales que con ello se pretende conseguir y de sus costes"[263].

Teniendo en cuenta lo expuesto por el referido autor, no se puede desconocer que en Argentina la realidad ha demostrado que la gran mayoría de las empresas estatales han sido deficitarias y mal administradas, circunstancia que ha motivado la preocupación de los distintos gobiernos[264], incluyendo al anterior, de tinte aún más intervencionista[265]. Particularmente, preocupa el aumento cada vez mayor de su financiación por vía del Tesoro de la Nación[266], siendo uno de los casos más emblemáticos el de Aerolíneas Argentinas S.A.[267],

---

[263] Gaspar Ariño Ortiz, "La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión", *Revista de administración pública* 88 (1979): 96.

[264] En el informe oficial presentado por la gestión "Cambiemos", llamado "El estado del Estado – Diagnóstico de la Administración Pública en diciembre de 2015", el gobierno en ese entonces manifestaba su preocupación por el enorme déficit que presentaba el Estado. En relación a las empresas públicas, señalaba, entre otras cosas, que por ejemplo "en diciembre de 2015, SOFSE tenía deudas por 900 millones de pesos. Se dejó de pagarles a proveedores mayoritariamente en octubre. El 75% del presupuesto destinado a obras para 2016 corresponde a obras que quedaron demoradas en 2015 por atrasos en los pagos", https://www.casarosada.gob.ar/elestadodelestado/docs/el_estado_del_estado.pdf , 217.

[265] En ese sentido, en la "Carta de Jefatura – Empresas para el crecimiento" (en adelante "Carta de Jefatura"), si bien el gobierno destaca la importancia de las empresas públicas para el desarrollo del país, no deja de manifestar su preocupación por el estado económico y financiero que presentan. Al respecto, la Carta de Jefatura señala, entre otras cosas, que "el Gobierno Nacional encontró empresas públicas mal administradas, sin coordinación ni estrategia comercial, con déficits enormes y que incumplían su compromiso con la sociedad" y, en relación a la estatización llevada a cabo en los últimos años, reconoce que "regresaron muchos de los problemas tradicionales de la gestión empresarial del Estado argentino: administración inexperta e improvisada, empresas sin rumbo, déficits crecientes y, en ocasiones, como en Casa de la Moneda, Fabricaciones Militares o Enarsa, empresas aprovechadas para usos políticos y carcomidas por la corrupción, según auditorías recientes", https://www.casarosada.gob.ar/la-casa-rosada/historia/79-informacion/carta-jefatura-gabinete/41190-empresas-publicas-para-el-crecimiento

[266] La "Carta de Jefatura" mencionada, destaca que "en 2003, las empresas públicas no le costaron prácticamente nada al Tesoro, y hasta 2007 las transferencias fueron insignificantes. La tendencia cambió en 2008, con la estatización de Aerolíneas Argentinas y el primer gran salto en las transferencias a ENARSA, la petrolera estatal encargada de repartir los subsidios a la energía. Ese año el Estado transfirió a las empresas públicas alrededor de US$2.000 millones". "En los años siguientes, los déficits de las empresas y las transferencias del Tesoro siguieron aumentando. Alcanzaron su techo, impulsadas por los crecientes pagos a ENARSA y los escasos incentivos a obtener resultados, en 2014, cuando las transferencias para gastos corrientes (es decir, para cubrir los déficits) fueron de 69.000 millones de pesos, un 1,5% del PIB".

[267] En el último trimestre consolidado del ejercicio presupuestario 2020, Aerolíneas Argentina S.A. presenta resultados económicos negativos que ascienden a la suma de $64.977.700.000,0, y resultados financieros negativos por aproximadamente el mismo monto, pub. en cuarto_trim20.pdf (economia.gob.ar) . Es cierto que como consecuencia del "Covid 19" el transporte aéreo de pasajeros estuvo prácticamente paralizado, pero si observamos presupuestos anteriores al año 2020, la empresa sigue presentando resultados

cuyo déficit económico y financiero ha ido empeorando y agravándose con el correr del tiempo[268/269].

Todas estas circunstancias motivan aún más el hecho de que sea en el ámbito del Congreso donde deban discutirse este tipo de medidas trascendentes para la sociedad. Se trata, además, de decisiones que, por su envergadura, deben ser proyectadas para el mediano y largo plazo, por lo que es importante lograr los adecuados consensos a efectos de garantizar un mayor nivel de seguridad jurídica y evitar caer en los tan cambiantes vaivenes de la política, con los costos que ello conlleva.

Frente a este panorama, cabe preguntarse si el Poder Ejecutivo podría eventualmente acudir a los instrumentos de excepción que contemplan los arts. 76 y 99 inc. 3° de la Constitución para intervenir el mercado mediante la modalidad de la empresa estatal.

Recordemos que antes de la reforma constitucional de 1994, dichos institutos no estaban incluidos en el plexo constitucional, pese a que los sucesivos presidentes los utilizaron como parte de la práctica institucional[270]. Lo que buscó la reforma fue darles un marco constitucional, a fin de limitarlos y condicionar su uso al cumplimiento de ciertos recaudos[271].

---

negativos: véase a modo de ejemplo los informes presentados por la Oficina Nacional de Presupuesto en los años 2018 (2018-empresas.xls (economia.gob.ar) y 2019 (2019-empresas.xls (economia.gob.ar).

[268] En ese sentido, un informe presentado el 3/6/2020 por la Auditoría General de la Nación concluye, entre otras cosas, que: "Aerolíneas Argentinas S.A. presenta una débil situación financiera con capital de trabajo negativo, que empeora en los últimos dos ejercicios analizados, una insolvencia patrimonial revelada en el año 2018, por su Patrimonio Neto negativo, y un continuo crecimiento de las pérdidas de sus ejercicios económicos". Asimismo, indica que "Austral Líneas Aéreas S.A. presenta una muy débil situación financiera que empeora en los últimos dos años analizados, una insolvencia patrimonial preexistente desde el ejercicio 2017 que se agrava al 31/12/18, por su patrimonio negativo, y un continuo crecimiento de las pérdidas de sus ejercicios económicos", sosteniendo al respecto que "de lo descripto precedentemente surge que las sociedades requieren de los aportes periódicos del accionista mayoritario (Estado Nacional) para la continuidad de sus operaciones".

[269] Ello, como resultado de una expansión significativa de sus erogaciones combinada con una política de precios disociada de sus costos de operación, la ausencia de una estrategia comercial y una fuerte politización en su proceso de toma de decisiones (Informe del BID, "La experiencia de Argentina con la reforma de sus empresas de propiedad estatal. Punto de partida, logros y desafíos", junio 2019, 12, con cita a Lopetegui y López Azumendi, 2018.

[270] En palabras de García Lema, venían sucediendo en la República Argentina "prácticas para-constitucionales de larga data en nuestro medio, respaldadas por sectores importantes de la doctrina y cuya validez fue declarada por fallos de la Corte Suprema de Justicia". Entre otras causas resueltas por la CSJN, caben citar las siguientes: "Agencia Marítima Delfino", Fallos: 148: 430 (1927); "Raúl Oscar Mouviel". Fallos: 237:636 (1957); Fallos 313: 1513; "Cocchia, Jorge Daniel". Fallos: 316: 2624 (1993). (GARCÍA LEMA, Alberto y otros. La Reforma de la Constitución, Bs. As. Rubinzal Culzoni, 1994, pp. 381 y ss.).

271 Como sostiene Bianchi, los constituyentes de 1994 enfrentaban el siguiente dilema: darles cabida constitucional a los DNU o no darles cabida. Si les daban cabida convalidaban una práctica para-constitucional que el Poder Ejecutivo venía ejerciendo intensamente, pero al menos, le imponían ciertos límites y controles; si no les daban cabida, dejaban sentado que los DNU son inconstitucionales, pero con el riesgo de que el empleo de éstos continuara sin freno alguno. Optaron por lo primero. En lugar de guiarse por una postura principista, prefirieron resignar cierta ortodoxia en aras de que la Constitución impusiera a los DNU límites y controles (BIANCHI, Alberto B., "Del abuso de los Decretos de Necesidad y Urgencia y de su falta de control efectivo", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, tomo 70, Número I, Diciembre 2010, p. 24. Puede verse también GARCÍA LEMA, Alberto y otros. La Reforma de la Constitución, Bs. As. Rubinzal Culzoni, 1994, pp. 381 y ss; HERNÁNDEZ, Antonio M., "A veinte años de la reforma constitucional de 1994", ed. La Ley, agosto 2014. Cita: TR LA LEY AR/DOC/5452/2014).

El art. 76 de la Constitución previó que la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo se encuentra como regla prohibida[272], salvo en materias de administración o de emergencia pública[273], con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

En el caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia, el art. 99 inc. 3° CN los prohibió expresamente, al establecer, como regla, que "el poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo". Sólo se admite su dictado cuando concurran circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, vedando su dictado en cuatro materias: penal, tributaria, electoral y sobre partidos políticos[274]. La norma exige, además, el cumplimiento de ciertos requisitos formales[275].

Pese a la pretensión del convencional constituyente de limitar el uso de estos instrumentos, todos los presidentes han recurrido a ellos con posterioridad a la reforma de 1994[276], en muchas ocasiones en forma abusiva y ante circunstancias que no imposibilitaban el dictado de una ley formal del Congreso[277].

En el caso de las empresas estatales, se advierte que algunas fueron creadas por ley (v.gr. ENARSA[278]; ARSAT[279]; entre otras) y otras por vía de Decreto de

272 La norma establece como regla el principio de prohibición, lo cual constituye la consecuencia directa de los objetivos declarados en la reforma constitucional de 1994 en punto a "generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado -legislativo, Ejecutivo y Judicial- (para lograr) la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial" (GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 745-746).

273 Las "materias de administración" comprenden un universo de asuntos múltiples, cuya determinación no siempre es sencilla de determinar y, por ello, constituye el núcleo del problema de la delegación. Como advirtió Bianchi en su oportunidad, del uso razonable y prudente de la delegación en este caso dependerían sus límites en el futuro. Por su parte, la habilitación de la delegación en los supuestos de "emergencia pública", está prohibida en materia tributaria, penal, electoral y del régimen de los partidos políticos (en el sentido expuesto en el art. 99 inc. 3° del texto constitucional) (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 747-748).

274 Como advierte Gelli, la prohibición de dictar decretos de necesidad y urgencia en materia penal y tributaria tuvo como objetivo reforzar el principio de legalidad que ya regía en estos ámbitos (conf. arts. 18 y 19 C.N.). Las materias electoral y del régimen de los partidos políticos quedaron excluidas para preservar las reglas del proceso democrático y la competencia electoral, sobre todo teniendo en cuenta la desconfianza mutua que había entre los líderes políticos Alfonsín y Menem (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 833).

275 La decisión del presidente de la Nación debe ser realizada en acuerdo general de ministros, conjuntamente con el jefe de gabinete. Una vez firmado el decreto, éste será sometido al control del Poder Legislativo. Para ello, el jefe de gabinete de ministros, personalmente y dentro de los diez días, debe someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, que dentro del plazo de diez días elevará su despacho al plenario de cada Cámara para su tratamiento. A fin de reglar el trámite y los alcances del Congreso, éste deberá dictar una ley especial mediante una mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

276 Entre otros artículos, pueden verse: MIDÓN, Mario A. R., "El abuso de las emergencias y sus efectos: La emergentocracia", ed. La Ley, Sup. Constitucional, 2021; ALFONSO, Santiago (h), et al., "La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo. Balance y reflexiones a doce años de su conformación", ed. La Ley, marzo 2019.

277 BIANCHI, Alberto B., "Del abuso de los Decretos de Necesidad y Urgencia y de su falta de control efectivo", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, tomo 70, Número I, Diciembre 2010, p. 26.

278 Ley 25.943

279 Ley 26.092

Necesidad y Urgencia (v.gr. Líneas Aéreas Federales S.A. -LAFSA-[280]; Correo Argentino S.A.[281], AYSA[282], entre otras).

Parte de la doctrina cuestiona que estas nuevas sociedades hayan sido creadas por DNU, por considerar que aun cuando no se encuentran involucrados directamente derechos personales, ni se trata de las materias vedadas por el art. 99 inc. 3° CN (penal, tributaria, electoral y partidos políticos), al momento de su dictado el Congreso estaba en funciones y no resultaba clara la configuración de la urgencia ni la imposibilidad de emplear otros medios jurídicos para asegurar la continuidad de los servicios públicos comprometidos[283].

Al respecto, sostiene Mata que esas medidas controvierten la norma constitucional referida, cuya interpretación debe hacerse con carácter restrictivo, conforme la doctrina sentada por la propia Corte Suprema en "Verrochi", según la cual "los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el artículo 1° de la Constitución Nacional" y en tal sentido "corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajena a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto"[284].

Desde otra perspectiva, también se ha cuestionado la vía de los DNU para la creación de empresas estatales, por considerarse que los procedimientos de sanción de estas normas suelen omitir en la práctica la intervención del Congreso de la Nación, dejando de lado la participación de los representantes de las provincias sobre una materia en la cual éstos debieran opinar con mayor énfasis. En tal sentido se ha pronunciado Massimino, quien sostiene que la decisión en torno a qué actividades industriales y comerciales se sustraen del ámbito de los particulares y/o de los mercados de las respectivas provincias, sería una materia que no ha sido delegada por las jurisdicciones locales en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional[285]. Por ello el autor cuestiona que Poder Ejecutivo recurra a esta excepcional vía para convertirse en empresario.

---

[280] DNU 1238/2003
[281] DNU 721/2004
[282] DNU 304/2006
[283] MATA, Ismael, "La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario", publicado originalmente en JA, Lexis-Nexis, Número especial, Fasciculo N° 8, Buenos Aires, 2007, p. 139 En igual sentido, véase GALEANO, Juan José, "Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad", ponencia presentada en el marco de las XXVI Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral, Buenos Aires, 6 de noviembre de 2023, p. 19.
[284] Verrochi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional – Amdinistración Nacional de Aduanas s/ Acción de amparo", sentencia del 19-08-1999 (Fallos: 322:1726). Citato en MATA, Ismael, "La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario", publicado originalmente en JA, Lexis-Nexis, Número especial, Fasciculo N° 8, Buenos Aires, 2007, p. 139.
[285] MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemáticas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 405, Argentina, 8 de junio de 2012, p. 238.

Distinta sería la situación si fuera el Congreso de la Nación quien, en ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 76 de la Constitución, habilitara al órgano ejecutivo al ejercicio de facultades legislativas, siempre que se cumplan estrictamente los recaudos previstos en esa norma[286]. Nótese que aquí, a diferencia de los DNU, la competencia legislativa primaria la ejerce el Congreso, y el órgano ejecutivo actúa en función de esa habilitación.

Como hemos visto, el art. 76 de la Constitución prohíbe como regla la delegación legislativa, salvo en materias "determinadas de administración" o de "emergencia pública". Ahora bien, como sostiene Gelli, estas materias que integran la excepción a la regla prohibitiva "comprenden un universo de asuntos múltiples, cuya determinación no siempre es sencilla y, por eso mismo, constituye el núcleo del problema de la delegación"[287].

Pese a esa dificultad, una primera aproximación a la noción "materias de administración" la ha dado el propio Poder Legislativo cinco años después de la reforma constitucional, mediante el dictado de la ley 25.148[288] (1999).

El art. 2º de esa ley dispuso que son materias determinadas de administración las que se vinculen con:

"a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le competa al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización. b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno. c) La organización y atribuciones de la jefatura de Gabinete y de los Ministerios. d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal. e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación. f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo"[289].

En función de los alcances con lo que ha sido confeccionada esta norma, es posible sostener que la facultad de crear empresas estatales resulta en principio materia pasible de ser delegada, lo cual no obsta a que el Congreso tenga que definir con claridad las bases de la política legislativa, teniéndose

[286] En tal sentido, véase GALEANO, Juan José, "Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad", ponencia presentada en el marco de las XXVI Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral, Buenos Aires, 6 de noviembre de 2023, p. 19.

[287] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 270.

[288] B.O. 24/08/1999.

[289] Este último inciso resulta sumamente amplio y puede dar lugar a confusión. Sin embargo, se infiere que se refiere exclusivamente a toda otra materia "de administración", debiendo excluirse aquellas otras que integran el principio de reserva legal, conforme lo establece el art. 99 inc. 3º CN (penal, tributaria, electoral y el régimen de los partidos políticos) (RISSO, Guido I., "Análisis constitucional sobre el ejercicio del Poder Ejecutivo durante la pandemia", ed. La Ley, Buenos Aires, 2023. Cita Online: AR/DOC/74/2023).

en cuenta que no se admite una delegación demasiado genérica e indeterminada[290].

6.5. Creación de empresa estatal vs transformación societaria: una necesaria distinción

A raíz del Decreto 104/2019, a través del cual el Poder Ejecutivo transformó en sociedad del Estado lo que hasta ese entonces era la Dirección General de Fabricaciones Militares (ente autárquico creado por ley 12.707), se generó una discusión interesante respecto a si aquel poder del Estado tenía o no tales atribuciones.

Las dudas surgían porque estando vigente la Ley 25.152, el Poder Ejecutivo avanzó -sin la previa intervención del Congreso- en la constitución de "Fabricaciones Militares Sociedad del Estado", bajo el régimen de la Ley 20.075. Para justificar sus atribuciones, el Ejecutivo recurrió al art. 99 inc. 1° de la Constitución y a la propia ley 20.705.

Por la relevancia del tema, la Dirección de Asuntos Jurídicos requirió la intervención de la Procuración General del Tesoro de la Nación (PTN) para que se expidiera sobre la competencia del Poder Ejecutivo para avanzar en el sentido expuesto[291].

En ocasión de expedirse[292], la PTN sostiene -en lo que aquí interesa- que no existe contradicción entre la ley 20.705 y la ley 25.152, ya que esta última no derogó a la primera en cuanto faculta al PEN a constituir Sociedades del Estado, a fin de llegar a cabo, por esa vía, los servicios que se encuentran a cargo de aquel.

En esa línea, el órgano de asesoramiento del Estado hace una distinción importante entre las nociones "transformación" y "creación": "Transformar el estatus jurídico de una entidad es diferente a crear una nueva entidad. La transformación supone mutar en una nueva figura jurídica (en el caso, la Sociedad del Estado), pero manteniendo en esencia el objeto, bienes y recursos humanos de esa vieja entidad. Distinto es crear un ente hasta ese momento inexistente, con asignación de bienes, recursos, tareas y personal; ampliando claramente el presupuesto y la estructura estatal. Este es el supuesto que contempla el artículo 5°, inciso a) de la Ley N° 25.152 con la exigencia de una ley formal del Congreso".

Este dictamen de la PTN resulta importante porque convalida la idea de que el Congreso de la Nación es el órgano competente para crear empresas estatales, independientemente de que el Poder Ejecutivo pueda transformar su ropaje jurídico, en la medida que mantenga el objeto, bienes y recursos humanos. Es decir, el Ejecutivo puede alterar la forma jurídica pero no crear un nuevo ente, ya que está potestad es propia del Congreso.

---

[290] CSJN (Fallos 331:2406), "Colegio de Abogados de la Capital Federal", 2008.

[291] Véase MOCOROA, Juan M., "La competencia del Poder Ejecutivo Nacional para la creación de empresas públicas y estándares de actuación competitiva: el caso de Fabricaciones Militares Sociedad del Estado", El Derecho – Revista de Derecho Administrativo, Argentina, 30 de marzo de 2020. Cita Digital: ED-CMXIV-807.

[292] Ver Dictamen PTN 306-247.

Esta interpretación es importante también porque confirma la constitucionalidad del DNU 70/2023, en cuanto ordena transformar todas las empresas estatales en sociedades anónimas[293] (como sucedió recientemente con el Banco de la Nación Argentina[294] y Construcción de Vivienda para la Armada[295]).

7. Igualdad, transparencia y eficiencia como presupuestos de actuación de las empresas estatales

Hasta aquí hemos visto ciertos presupuestos que condicionan *ex ante* la asunción por parte del Estado de actividades empresariales (subsidiariedad, razonabilidad y legalidad). Ahora bien, una vez que la empresa estatal comienza a operar, continua estando sujeta a ciertos presupuestos que condicionan su actividad.

El primero de ellos, y quizás el más evidente, está vinculado con el principio de igualdad (art. 16 CN), que se configura de un modo distinto según se trate de empresas prestadoras de servicios públicos que actúan en mercados monopólicos, o de empresas estatales que operen en mercados competitivos.

En el primer supuesto, la igualdad subyace en la idea de que "todos los prestadores están sujetos a la misma disciplina regulatoria, sean públicos o privados", ya que "la Constitución Nacional no establece distinciones entre clases de prestadores"[296]. Por ello, se ha sostenido que las empresas estatales deben estar sujetas a "modelos de gestión con los mismos estándares, exigencias y responsabilidades que los establecidos para los operadores privados en los marcos regulatorios y la normativa de los entes reguladores". En ese sentido, se destaca la importancia de que los prestadores públicos estén sujetos a un título habilitante de carácter contractual, con plazo establecido y donde figuren sus derechos y obligaciones. Ello, a efectos de que los usuarios conozcan con precisión cuales son sus derechos frente al prestador[297].

En el segundo supuesto, en cambio, donde la empresa estatal compite en un sector determinado con otras empresas privadas, la igualdad está dada en la exclusión de privilegios que puedan distorsionar la competencia.

Téngase en cuenta que la Ley N° 27.742 de Defensa de la Competencia resulta aplicable a las empresas del Estado, en cuanto su ámbito de aplicación

---

[293] Ver Título III (Reforma del Estado), tercera parte (cap. II). El mismo dispone, en sus 5 artículos, la transformación de empresas del Estado en sociedades anónimas y el régimen jurídico aplicable a su actividad.

[294] Ver Decreto 116/2025. En su art. 1° establece: "Dispónese la transformación del ente autárquico BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA en BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA (BNA S.A.) en la órbita del MINISTERIO DE ECONOMÍA, de acuerdo con las disposiciones de este decreto, bajo el régimen de la Ley General de Sociedades N° 19.550 - T.O. 1984, como continuadora del ente autárquico en todos sus derechos y obligaciones y sometida a la Ley N° 21.526".

[295] Ver Decreto 117/2025.

[296] MATA, Ismael, "La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario", publicado originalmente en JA, Lexis-Nexis, Número especial, Fascículo N° 8, Buenos Aires, 2007, p. 143.

[297] MATA, Ismael, "La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario", publicado originalmente en JA, Lexis-Nexis, Número especial, Fascículo N° 8, Buenos Aires, 2007, p. 144.

comprende a "todas las personas humanas o jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional" (art. 4°).

Dicha ley prohíbe toda conducta tendiente a "limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general" (art. 1°)[298].

La finalidad inmediata que persigue la Ley de Defensa de la Competencia, y que el Estado debe procurar garantizar (conf. art. 42 CN), apunta a que los precios de los productos y servicios se formen por el libre juego de la oferta y la demanda; que los oferentes o demandantes no distorsionen ese mecanismo y que si alguno de ellos está en una posición dominante en el marco, no abuse de tal posición[299].

Por lo tanto, al actuar como un agente privado más en el mercado, el Estado no debe contar con privilegios que lo coloquen en una situación de preeminencia sobre el sector privado[300] y terminen distorsionando la libre competencia de mercado (v.gr. régimen exorbitante, beneficios fiscales, financieros, etc.)[301].

Pese a ello, la realidad argentina refleja que la empresa estatal tiende a actuar en condiciones privilegiadas respecto de la privada, sea por la falta de presión por los resultados, por su financiación ilimitada[302], o por contar en ciertos casos con prerrogativas más propias de un ente estatal. Un ejemplo de esto último puede verse con ENARSA, cuya normativa de creación le encomienda -además de su cometido de participar en materia energética con alcances y competencias asignadas con amplitud- a intervenir en el mercado para evitar

---

[298] El concepto distorsión de los mercados es suficientemente amplio para comprender toda infracción contra el modelo de conducta de mercado, sea que consista en la restricción de la competencia -objeto de la legislación antimonopólica, anti trust o de defensa de la competencia- o en la competencia con medios desleales -objeto del régimen de competencia desleal (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de la competencia desleal*, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2014, p. 85, cita N° 2).

[299] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 465.

[300] Advierte Mata que un elemento distorsivo de la intervención del Estado en la económica es su situación de preeminencia, que se traduce en el ejercicio de prerrogativas, privilegios o monopolios que aun cuando deliberadamente intentan competir, provocan un efecto de desigualdad en el mercado que desalienta la iniciativa privada y afecta la eficiencia del obrar público (MATA, Ismael, "Del Estado empresario al Estado regulador", publicado originalmente en AAVV, *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*, La Ley, Buenos Aires, 1994, p. 96).

[301] MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemáticas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 405, Argentina, 8 de junio de 2012, p. 245. El autor sostiene que la empresa estatal que actúe en el mercado debe hacerlo en condiciones competitivas, es decir, no incurriendo en prácticas que puedan ser reprochables a la luz de la normativa de defensa de la competencia. En tal sentido, considera que al actuar en estos casos como un particular más, no tendría sentido el régimen exorbitante de derecho administrativo (que balancea los derechos del particular y las prerrogativas del Estado). Por ello, deben quedar sometidas a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y otras, sin contar con privilegios que puedan falsear el juego de la libre competencia el mercado.

[302] Ello sucede en otros continentes también. Véase, por ejemplo, el caso de la comunidad europea en LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters Proview eBooks, 1era edición, 2016, p. 409.

abusos de posición dominante, tarea última que es más propia de un ente regulador y/o del organismo de defensa de la competencia que de una empresa que está habilitada para actuar como un sujeto más en el mercado[303].

A efectos de intentar revertir este tipo de privilegios, el reciente DNU 70/2023 eliminó vestigios de prerrogativas públicas al colocar a las empresas estatales en igualdad de condiciones con las empresas privadas bajo la Ley General de Sociedades N° 19.550. Prohibió también disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios de estas sociedades, así como a otorgarles beneficios por tener al poder público como accionista.

En esa misma línea, el Decreto 747/2024 derogó algunas normas que obligaban a la Administración Pública Nacional a contratar con empresas estatales, eliminando la exclusividad que tenían: 1. el Banco Nación para el pago de haberes a los empleados públicos; 2. YPF para proveer combustible y lubricantes a autos, barcos y aviones oficiales; 3. Aerolíneas Argentinas para la venta de vuelos nacionales e internacionales; y 4. Nación Seguros para la contratación de los seguros que requieran todos los organismos públicos.

Se trata éste de un tema trascendente no sólo para el ordenamiento jurídico argentino. El derecho comunitario europeo consagra expresamente el principio de paridad de trato, en virtud del cual, la actuación pública empresarial debe sujetarse a las normas de defensa de la competencia. En esta línea, se aplican principios tales como el de neutralidad impositiva, que impide que prestaciones de servicios similares, que compitan entre sí, reciban un trato diferenciado. También se impide el reconocimiento discriminatorio de otro tipo de ventajas (v.gr. derechos de uso u ocupación de dominio público; publicidad y patrocinio diferenciales, etc.)[304].

A nivel regional, interesa desatacar la Recomendación sobre Neutralidad Competitiva del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)[305], que apunta a garantizar las mismas condiciones entre las empresas estatales y las privadas.

Dicho documento destaca que la creación de condiciones equitativas es esencial para que los países aprovechen los beneficios de la competencia (v.gr. precios más bajos, mejor calidad y mayor crecimiento económico). En ese sentido, si el Estado concede ventajas artificiales a determinadas empresas, podría crear o reducir una ventaja comparativa, distorsionando así la competencia en los mercados nacionales e internacionales. Ello sucede muchas veces con las ventajas otorgadas a las empresas estatales, traducidas en ventajas normativas, exenciones de determinados requisitos legales o ventajas financieras.

---

[303] MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemáticas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 405, Argentina, 8 de junio de 2012, p. 242.

[304] Véase LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters Proview eBooks, 1era edición, 2016, pp. 411-412.

[305] https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/competitive-and-fair-markets/competitive-neutrality-in-competition-policy.html . La Recomendación sobre Neutralidad Competitiva se adoptó por el Consejo de la OCDE a nivel ministerial el 31 de mayo de 2021 a propuesta del Comité de Competencia, en consulta con el Comité de Gobierno Corporativo.

Por ello, la Recomendación establece que los países adherentes deben garantizar que las reglas que se aplican a las empresas en sus mercados sean neutrales. A esos efectos, deben garantizar, por ejemplo, que las empresas (sean estas estatales o privadas) que compiten entre sí estén sujetas al mismo marco normativo (v.gr. leyes de competencia y quiebra); que las empresas no tengan la potestad de regular los mercados en los que compiten (esto es importante en cuanto a la posible entrada o expansión de competidores); que no existan ventajas indebidas que distorsionen la competencia y beneficien de manera selectiva a ciertas empresas por sobre otras (v.gr. créditos, garantías crediticias, etc.), entre otras cuestiones.

Las Recomendaciones de OCDE son importantes para Argentina, ya que en el año 2022 el país se convirtió en candidato a la adhesión a dicho organismo internacional, proceso que fue formalizado por el Consejo de la OCDE en marzo de 2024 y acogido a nivel ministerial en mayo de 2024[306].

Ahora bien, relacionado también con el principio de igualdad, se aplican en nuestro sistema constitucional otros principios complementarios de gran trascendencia, como lo son el de transparencia y eficiencia[307].

Ambos principios surgen no sólo de lo expuesto en el art. 42 de la Constitución, que establece estándares de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos sin distinguir quien sea el prestador[308], sino también de ciertos tratados internacionales que a partir de la última reforma constitucional tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) (v.gr. Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Ley 24.749)[309].

La transparencia constituye, además, un principio derivado del sistema republicano de gobierno que adopta la Constitución Nacional (art. 1° CN). En materia de empresas estatales, este principio adquiere especial trascendencia, porque permite garantizar un mayor control sobre los fondos públicos con los que se financian, a fin de evitar un trato discriminatorio que pueda distorsionar las condiciones de la libre competencia[310]. Téngase en cuenta que en Argentina la gran mayoría de las empresas estatales se financia con fondos del tesoro nacional de manera discrecional, en muchos casos sin límite alguno y con falta de transparencia.

Esto último motivó el dictado de la Decisión Administrativa 85/2018, que adopta los Lineamientos de Buen Gobierno Corporativo de la OCDE. Entre sus antecedentes, la norma reconoce que "de acuerdo a relevamientos efectuados, la gestión de dichas empresas y sociedades no se caracterizó por el seguimiento de prácticas de buen gobierno corporativo ni por promover la utilización sustentable y transparente de los recursos públicos", "como

[306] https://www.oecd.org/en/countries/argentina.html
[307] MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemáticas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 405, Argentina, 8 de junio de 2012, p. 249.
[308] MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemáticas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 405, Argentina, 8 de junio de 2012, p. 243
[309] Ver art. III, inc. 5°.
[310] Sobre este punto, resulta interesante la directiva sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y las empresas públicas que contempla el derecho comunitario europeo.

consecuencia de una gestión ineficiente, las empresas comenzaron a incurrir en déficits operacionales significativos, lo que requirió la transferencia de importantes aportes del Estado Nacional", "salvo limitadas excepciones, las empresas estatales carecían de esquemas de buen gobierno que les permitieran despolitizar el proceso de toma de decisiones, atraer recursos humanos profesionales y promover la transparencia en procesos como las compras de bienes y servicio".

En función de ello, los principios de Buen Gobierno apuntan a la implementación de políticas que garanticen la transparencia, la integridad, la sustentabilidad del negocio, la rendición del desempeño económico y el control mediante auditorías internas y externas.

Como se advierte, la tendencia hacia la igualdad, la transparencia y la eficiencia que debe inspirar toda gestión empresarial del Estado, encuentra fuerte sustento en la Constitución reformada en 1994 y en la consecuente adopción de ciertos estándares internacionales que apuntan a receptar esos valores en el epicentro de los gobiernos.

Cabe advertir que la reciente Ley 27.742, haciéndose eco de estos estándares, establece expresamente que toda empresa u organismo con participación estatal total o mayoritaria deberá respetar los principios de eficiencia, transparencia, integridad, generación de valor, roles diferenciados y controles eficientes[311].

8. Conclusión

La reforma constitucional de 1994 consagra un nuevo modelo de Estado al que le encomienda el deber de priorizar y garantizar la iniciativa privada por sobre la iniciativa pública; la defensa del derecho a la libre competencia por sobre la monopolización de los sectores económicos; la razonabilidad por sobre lo arbitrario; el debate y el consenso por encima de las decisiones unilaterales y; la igualdad, la transparencia y la eficiencia por sobre los privilegios, la opacidad y la ineficiencia.

Bajo este paradigma, la intervención del Estado mediante la modalidad de la empresa estatal asume carácter excepcional y resulta legítima sólo cuando no existan técnicas de intervención menos restrictivas (subsidiariedad). Dicha intervención debe, además, ser adecuada, necesaria, proporcional y, encontrarse debidamente fundada (razonabilidad), ser el resultado de un amplio debate y consenso en el Congreso (legalidad), y garantizar ciertos presupuestos esenciales que toda empresa estatal deberá respetar al operar como un agente más de la economía (igualdad, transparencia y eficiencia).

Como resulta evidente, la realidad Argentina ha transcurrido a lo largo de muchos años por un carril distinto al que pregonan estos principios. Por ello es importante volver siempre a las bases de la Constitución y al norte trazado

[311] Ver art. 23 de la Ley 27.742.

por los convencionales constituyentes, ya que sólo de esa manera podrá pensarse en un proyecto de país que encuentre en los valores enunciados las claves del desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción", Ed. La Ley, Buenos Aires, abril/mayo 2020.

AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 141-185.

ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*, Planeta de Libros, Buenos Aires, 2024. ISBN 9789500443739

ALFONSO, Santiago (h), et al., "La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo. Balance y reflexiones a doce años de su conformación", ed. La Ley, marzo 2019.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión", Revista de administración pública N° 88, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero/abril 1979.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Modelo de Estado y Sector Público Empresarial", Revista de Derecho Administrativo N° 3, 2007, pp. 13-28. ISSN-e 2708-9886

BARRA, Rodolfo C., "Ordenamiento Jurídico y subsidiariedad", en las *XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberamericano*, (España: Universidad de A. Coruña, abril de 2019), pub. en https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/PUNTE_ORDENAMIENTO_JUR%C3%8DDICO_Y_SUBSIDIARIEDAD_2019016-Barra.pdf

BARRA, Rodolfo C., "Nuestro New Deal (al revés)", pub. En infobae https://www.infobae.com/opinion/2024/11/29/nuestro-new-deal-al-reves/ , 29 de noviembre de 2024.

BIANCHI, Alberto B., "Del abuso de los Decretos de Necesidad y Urgencia y de su falta de control efectivo", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, tomo 70, Número I, Diciembre 2010, pp. 23-34.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de la competencia desleal*, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2014.

CASSAGNE Juan Carlos, "La teoría del Estado y temas colindantes. Formas de Estado y formas de gobierno en la República Argentina", El Derecho, Buenos Aires, septiembre 2017, pp. 274-575.

CASSAGNE, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción", en Revista de Administración Pública N° 140, mayo-agosto 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 7ª ed., 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo. La llamada `constitucionalización de los derechos´", Revista de Derecho Administrativo N° 136, 2021, pp. 3-10.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 48-51.

CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de razonabilidad y la interdicción de la arbitrariedad", Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2020.

CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Ábaco, Buenos Aires, 2015.

CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patricio A., Derecho constitucional, ed. La Ley, 1ª edición, Buenos Aires, 2008.

CAYUSO, Susana G., Constitución de la Nación Argentina comentada: claves para el estudio inicial de la norma fundamental, ed. La Ley, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2020.

DE LA RIVA, Ignacio M., "La influencia de Juan Bautista Alberdi en la formación del derecho administrativo argentino", Ed. LA Ley, Buenos Aires, 2023. Cita: TL LALEY AR/DOC/3717/2022

DE LA RIVA, Ignacio M., *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, CASSAGNE Juan Carlos (dir.) – PERRINO, Pablo E. (coord.), Hammurabi, 1ª edición, 2004.

DE LA RIVA, Ignacio M., *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras públicas,* ed. Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2018.

DE LA RIVA, Ignacio M., "La frontera de la policía administrativa", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, Ed. La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

DE LA RIVA, Ignacio M., "El marco constitucional de la intervención pública en la economía", Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Número 29, Argentina, abril 2023.

DE LA RIVA, Ignacio M., "Limites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 285-300.

DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/23: la "vexata quaestio" de la intervención directa del Estado en la economía", en *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, CASSAGNE Juan Carlos (Dir.), ABERASTUY, Pedro (Coord.), 1era edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2024.

DURAND, Julio C., "La participación de la ANSES en el capital de las sociedades anónimas abiertas", pub. en https://www.cassagne.com.ar/wp-content/uploads/2023/10/Participacion_estatal_en_el_capital._.pdf

GALEANO, Juan José, "Principio de subsidiariedad, políticas públicas y bien moral a propósito de la sanción de la ley 27610 de aborto legal", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 99-117.

GALEANO, Juan José, "Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad", ponencia presentada en el marco de las XXVI Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral, Buenos Aires, 6 de noviembre de 2023.

GARCÍA LEMA, Alberto, Et al., La Reforma de la Constitución, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1994.

GARCÍA LEMA, Alberto M., "La reforma de 1994. Una valoración critica diez años después", ed. La Ley, 2004. Cita: TR LA LEY AR/DOC/2075/2004

GARCÍA LEMA, Alberto M., "La reforma constitucional de 1994 a 20 años de su sanción. Reflexiones y testimonios de política constitucional", ed. La Ley, agosto 2014. Cita: TR LA LEY AR/DOC/5459/2014.

GELLI, María Angélica, "Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994", ed. La Ley, Buenos Aires, 1995. TR LA LEY AR/DOC/20676/2001.

GELLI, María Angélica, "Presidencialismo, delegación y controles en la República Argentina", ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3era Ed., La Ley, Buenos Aires, 2006. ISBN: 987-03-0617-9

GIL DOMINGUEZ, Andrés, *En busca de una interpretación constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1997.

HERNÁNDEZ, Antonio M., "A veinte años de la reforma constitucional de 1994", ed. La Ley, agosto 2014. Cita: TR LA LEY AR/DOC/5452/2014.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters Proview eBooks, 1era edición, 2016.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "La empresa pública en el derecho comunitario europeo", Revista de Derecho Administrativo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 613-626.

LAPLACETTE, Carlos J. "La Constitución Nacional, el mercado, las provincias y el caso del azúcar. Apuntes para un conflicto abierto", ed. La Ley, Sup. Const., 2018. Puede verse en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/384-Titulo_Prueba.pdf.

MAIRAL, Héctor A., "Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos", Res Publica Argentina, ediciones Rap, 2011.

MANILI, Pablo L., "La Constitución Nacional prohíbe la dolarización", ed. La Ley, Buenos Aires, 2023. ISSN: 0024-1636.

MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemáticas", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro. 405, Argentina, 8 de junio de 2012, pp. 235-254.

MATA, Ismael, "Del Estado empresario al Estado regulador", publicado originalmente en AAVV, *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*, La Ley, Buenos Aires, 1994, pp. 219-227.

MATA, Ismael, "La intervención económica del Estado a través de sus Empresas", Revista Rap, octubre de 2018, pp. 345-361.

MATA, Ismael, "La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario", publicado originalmente en JA, Lexis-Nexis, Número especial, Fascículo N° 8, Buenos Aires, 2007, pp. 133-144.

MIDÓN, Mario A. R., "El abuso de las emergencias y sus efectos: La emergentocracia", ed. La Ley, Sup. Constitucional, 2021.

MOCOROA, Juan M., "La competencia del Poder Ejecutivo Nacional para la creación de empresas públicas y estándares de actuación competitiva: el caso de Fabricaciones Militares Sociedad del Estado", El Derecho – Revista de Derecho Administrativo, Argentina, 30 de marzo de 2020. Cita Digital: ED-CMXIV-807.

PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2024. Cita: TR LA LEY AR/DOC/3193/2023.

PIAGGIO, Lucas A., "Principio de subsidiariedad y servicio público ¿es constitucional la publicación de actividades económicas?", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 221-240.

RISSO, Guido I., "Análisis constitucional sobre el ejercicio del Poder Ejecutivo durante la pandemia", ed. La Ley, Buenos Aires, 2023. Cita Online: AR/DOC/74/2023.

ROUGIER, Marcelo, "Reflexiones en torno al Estado empresario en la Argentina. Repaso histórico y perspectivas", Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Argentina, 2021.

STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", pub. en LARA, José L. y DE LA RIVA, Ignacio M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 195-220.

TREVISÁN, Pablo, "La defensa de la competencia: una exigencia constitucional", ed. La Ley, noviembre 2019, pp. 269-285.

Capítulo III. La empresa del Estado: un enclave estatal en territorio privado – Ignacio M. de la Riva

Ignacio M. de la Riva

El presente trabajo ha sido publicado bajo el mismo título y con idéntico contenido en *Prudentia Iuris*, N° 39, 2025, págs. 181-208. ORCID: 0000-0001-5729-8723

Resumen: La empresa estatal (EE) comporta una técnica de intervención del Estado en la economía ciertamente peculiar. Contra lo que sucede con las formas clásicas de intervención (servicio público, policía y fomento), su configuración mixta (formato societario, titularidad total o parcialmente estatal, actividad empresarial consistente en la prestación de un servicio público o de índole comercial o industrial, según los casos) genera intensos debates en cuanto al carácter público o privado del régimen que debe gobernarla. El presente trabajo intenta identificar las razones de fondo que justifican el entramado jurídico híbrido al que se encuentran sujetas, las cuales se apoyan, fundamentalmente, en el hecho de que la EE representa, en última instancia, una incursión estatal en un ámbito primordialmente privado.

Palabras clave: empresa pública, intervención administrativa, subsidiariedad, servicio público, competencia

1. Peculiaridad de la empresa estatal como técnica de intervención

La empresa estatal[312] (EE) es expresión de la decisión del Estado de incursionar de manera directa, a través de la creación o participación en una entidad específicamente instituida a tal efecto, en el desarrollo de actividades comerciales o industriales o en la prestación de un servicio público. Se trata, por tanto, de una particular modalidad de intervención pública en la economía,

[312] Llamo la atención sobre el hecho de que con frecuencia se emplea la expresión "empresa pública" para hacer referencia a las entidades de tipo empresarial de titularidad estatal que, bajo distintos formatos societarios, prestan servicios públicos o desarrollan actividades de índole comercial o industrial. De acuerdo a las razones que se expondrán más adelante, entiendo que se trata de una denominación inapropiada, en tanto sugiere una completa identificación entre lo público y lo estatal, a mi juicio desacertada. A lo largo de este trabajo utilizaré para aludir a tales entidades los términos "empresa del Estado" o "empresa estatal", indistintamente, ya que entiendo que captan con mayor acierto al elemento, probablemente, más determinante de la figura (la condición que el Estado ostenta como titular, total o parcial, de la entidad, en grado suficiente para prevalecer en las decisiones societarias), y no alimentan la asimilación de lo "público" a lo "estatal" que, a mi juicio, pertenecen a dos planos que no necesariamente coinciden en todos los casos. El Diccionario de la Real Academia Española define, en su segunda acepción, a la empresa como una "unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos". El término empresa carece, sin embargo, de un significado preciso para el Derecho. Las dificultades que se presentan para tipificar el alcance de la noción jurídica de *empresa* se encuentran acertadamente expuestas en los siguientes dos trabajos: Jaime Anaya, "El marco jurídico de la empresa", y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, "La concepción de la empresa en el análisis económico del derecho contemporáneo", ambos incluidos en el *Tratado de la empresa*, dirigido por Ana Piaggi (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), Vol. 1, págs. 35-63, y Vol. 2-A, págs. 297-337, respectivamente.

que corre a la par de las técnicas clásicas en ese campo del quehacer estatal, cual es el caso del servicio público, la policía y el fomento.

En los tres últimos casos, más allá del intenso debate doctrinario que existe respecto de los perfiles y alcances de cada una de esas categorías, no se plantean dudas en cuanto a que la actuación estatal que entrañan se encuentra sujeta a un régimen y a una lógica típicamente públicos que conllevan un conjunto de prerrogativas en cabeza del sujeto estatal que actúa. Cuando el Estado opta por irrumpir en la arena económica como prestador directo de una actividad empresarial, en cambio, toda certeza acerca de si lo hace investido de los privilegios propios de su condición pública se desvanece, o genera, incluso, fundados reparos. Porque ante el fenómeno de la EE, están quienes ponen el acento en el hecho de que el sujeto actuante integra el sector público, y a partir de allí afirman sin ambages que todo lo concerniente a dichas entidades debe necesaria o principalmente regirse por normas de Derecho público[313]; mientras que otros, por el contrario, entienden que, al adoptar un ropaje societario, el propio Estado ha dispuesto someterse (al menos parcialmente) a un régimen jurídico-privado, abandonando así la posición de superioridad que de ordinario le otorga el ordenamiento[314].

He aquí reflejado el principal dilema, a mi juicio, que la figura de la EE plantea al Derecho, esto es, la dificultad que entraña establecer si ella debe ser tratada por el Derecho tomando principalmente en consideración su pertenencia al Estado, o si su abordaje jurídico debe atender, ante todo, al formato societario escogido por ese mismo Estado y al tipo de actividad (pública o privada) que la entidad desenvuelve. El temperamento que se adopte frente a esta cuestión será decisivo a los fines de ponderar la pertinencia de sujetar su constitución y las relaciones que entable a un régimen más propio del Derecho público o, a la inversa, más imbuido de estándares provenientes del Derecho privado.

Es, pues, notorio que la congénita complejidad de la EE la torna indócil a las respuestas disponibles desde la mirada binaria con que se suele dividir a la realidad social a partir de las categorías de lo público y lo privado. La EE rompe con esa clasificación dicotómica al quedar a mitad de camino entre ambos mundos, en tanto comporta un enclave estatal dentro del quehacer empresarial, donde el Estado queda asociado a un ámbito de incumbencias que naturalmente ocupa el sector privado. Sólo así se explica que en la EE su

---

[313] Rodolfo C. Barra, *Tratado de derecho administrativo*, *Tomo 3* (Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006) 386-387, 393-400 y 427-453; Alberto B. Bianchi, "Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y función administrativa", El Derecho 129, en especial 270-276; y Carlos F. Balbín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2da. Edición actualizada y ampliada (Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley, 2015) 250.

[314] Juan Carlos Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, 13a edición actualizada, Tomo I (Buenos Aires: Thompson Reuters, 2021), 364-368; Héctor Mairal, "Las Sociedades del Estado o los límites del Derecho Administrativo", La Ley 1981-A (1981), 790; José María Curá y Susy Inés Bello Knoll, "La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (Su naturaleza jurídica a la luz de un fallo clarificador)", TR LALEY AR/DOC/1473/2001; y Martín Galli Basualdo, "Panorama de las empresas privadas de titularidad estatal en la Argentina", El Derecho (2018) 8-9.

pertenencia (total o parcial) al Estado contraste con el formato jurídico-privado que con frecuencia se adopta para revestirla.

Esta idiosincrasia híbrida de la EE condena, desde el comienzo, al fracaso todo intento por diseñar su estatuto jurídico abrevando exclusivamente en el Derecho público o en el Derecho privado. La combinación de elementos provenientes de ambas vertientes jurídicas se impone, por ello, como una receta ineludible, y de allí que el verdadero desafío consista en acertar sobre qué dosis de Derecho público y de Derecho privado convendrá aplicarle, en cada caso, en función de los fines perseguidos, de la actividad desplegada, o al contexto monopólico o competitivo en el cual la EE opere.

No en vano la emergencia y despliegue de la EE a lo largo de casi un siglo se ha presentado en la Argentina a través de diferentes formatos que hoy, por fuerza del decreto 70/2023 (DNU 70/2023), están destinados a uniformarse bajo la figura de la sociedad anónima[315]. En efecto, dentro del rótulo genérico de "empresa estatal" han encontrado cobijo múltiples variantes[316], desde la Empresa del Estado[317] propiamente dicha (la EE de estirpe pública más marcada), hasta las sociedades anónimas[318] en las que el Estado tiene algún grado de participación (sujetas, sustancialmente, al Derecho privado), pasando por un amplio elenco intermedio en el que figuran las Sociedades del Estado[319], las Sociedades de Economía Mixta[320], y las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria[321]. Un rápido repaso de sus respectivos

---

[315] El citado decreto, que posee rango legal por haber sido dictado por el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, dispuso que "las sociedades o empresas con participación del Estado, cualquier sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en Sociedades Anónimas" (art. 48), y previó un período de transición de ciento ochenta días para que las EE constituidas bajo esos regímenes especiales sean transformadas en sociedades anónimas (art. 51). El plazo indicado ha sido prorrogado por sesenta días por el decreto 553/2024, y nuevamente por igual plazo por el decreto 1120/2024.
Un examen de esta relevante reforma puede verse en Julio C. Durand, "Empresas públicas y DNU 70/2023: La 'vexata quaestio' de la intervención directa del estado en la economía", en *Derecho público y decretos de necesidad y urgencia. A propósito del decreto de necesidad y urgencia 70/2023*, dirigida por Juan Carlos Cassagne (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2024) 457-488.

[316] Como bien señala Leonardo Massimino, el concepto de *empresa estatal* carece de un significado jurídico preciso, y solo expresa que el Estado interviene en el mercado mediante determinadas formas de organización parangonables a los tipos societarios de las empresas privadas, cuya fisonomía jurídica específica difiere en función de la modalidad de intervención que el propio Estado se propone adoptar. Ver su trabajo "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemática", VI Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo 'Dr. Antonio Pedro Chede', RAP 405 (2012) 237.

[317] La Empresa del Estado configura uno de los tipos societarios previstos en nuestro ordenamiento positivo, cuyo régimen especial se encontraba plasmado en la ley 13.653, derogada por el artículo 37 del DNU 70/2023.

[318] Las sociedades anónimas del Estado se someten, sustancialmente, al régimen de ese tipo de entidades comerciales, previsto en la ley 19.550.

[319] Las Sociedades del Estado se encontraban regidas por la ley 20.705, que ha sido derogada por el artículo 40 del DNU 70/2023.

[320] Se trata de la primera de las figuras societarias estatales consagrada por el legislador argentino, al dictar el decreto-ley 15.349/46, ratificado más tarde por la ley 12.962. Este régimen legal ha sido derogado por el artículo 36 del DNU 70/2023.

[321] El régimen especial de las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria está previsto en la Sección VI del Capítulo II de la ley 19.550.

regímenes permite comprobar las marcadas diferencias que existían entre todas ellas en punto a su tonalidad más o menos *iuspublicista*, según los casos.

A lo largo de este trabajo intentaré exponer las razones que me llevan a postular que, en esa ecuación jurídica propia del régimen de las EE, deben primar como regla criterios y soluciones provenientes del Derecho privado (propios de la matriz societaria y, por ende, jurídico-privada del formato escogido para su configuración), pero sin dejar de admitir cuantas excepciones sean necesarias para garantizar los fines de interés público en juego, adoptadas desde una perspectiva jurídico-pública[322]. Una vez desarrolladas las bases teoréticas del abordaje señalado, reservaré para un futuro trabajo la tarea de examinar en qué medida el temperamento que se sugiere ha sido receptado por nuestro ordenamiento positivo.

2. Lo público y lo estatal no son conceptos intercambiables

La *summa divisio* entre el Derecho público y el Derecho privado es, probablemente, uno de los temas más intensamente debatidos en la ciencia jurídica[323]. Las fronteras que separan ambas órbitas jurídicas no sólo se mantienen imprecisas, sino que están ligadas a circunstancias históricas y políticas cambiantes, que sólo alcanzan algún grado de concreción y síntesis en cada país a través del marco constitucional y de las restantes normas que conforman el ordenamiento positivo respectivo[324].

Cada una de estas dos vertientes posee, sin duda, su especificidad en cuanto a los fines inmediatos que persigue y a los criterios que, consiguientemente, la gobiernan. Pero ello no impide reconocer, al propio tiempo, que ambas confluyen a integrar un único sistema jurídico. En efecto, la distinción entre el Derecho público y el privado en modo alguno implica una invitación a visualizarlos como dos mundos completamente separados. Por el contrario, la comunicación entre ellos se presenta como algo indispensable, y se manifiesta tanto en la comunidad e intercambio constante de reglas y principios que se verifica entre ambos, cuanto en el hecho de que los sujetos a los que se suele calificar como públicos (incluso, el propio Estado) no están exentos de que se les apliquen, ocasionalmente, las normas del Derecho privado, y viceversa.

Se encuentra, en efecto, ampliamente aceptado que el Estado celebra, cada tanto, contratos de objeto privado, dicta actos jurídicos de igual objeto, y es titular de bienes en términos de dominio privado; y cuando todo ello ocurre queda sometido a un régimen preponderantemente privado, sin despojarse por ello de su condición de persona jurídico-pública. Al propio tiempo, también

[322] Es preciso dejar en claro que también las normas de Derecho privado contribuyen a alcanzar el interés público, en tanto colaboran para instaurar relaciones humanas justas y garantizar la paz social. Es indudable, sin embargo, que el interés público constituye un elemento primordial del Derecho público, por cuanto sus normas se dirigen a regular el ejercicio del poder público, erigido al servicio del interés general.

[323] Bernardo Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Uma genealogia storica* (Bologna: Società editrice il Mulino, 2020), *passim*.

[324] Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo y derecho público general. Estudios y semblanzas* (Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2020) 475.

es dable observar que los particulares incursionan, ocasionalmente, en ámbitos regidos por el Derecho público, con motivo de sus interacciones con la Administración pública, como cuando interponen recursos administrativos, participan en concursos públicos o ingresan a la función pública, sin perder en tales casos su *status* de personas humanas.

Los ejemplos brindados demuestran que no existe una correlación directa e inexorable entre la condición (pública o privada) del sujeto que entabla una relación jurídica y el régimen (público o privado) que gobierna esa relación. Otros factores (el objeto del vínculo, los fines perseguidos, la índole de la actividad desplegada) intervienen, también, en la determinación del marco jurídico aplicable, es decir, en la lógica pública o privada que ha de impregnar dicho régimen, aun cuando el elemento subjetivo deba ser tomado en consideración a la hora de definir la configuración del régimen que habrá de regir las relaciones a las que cada una de las situaciones descriptas pueda dar origen. De allí, incluso, que en el orden jurisdiccional se haya dispuesto la creación de tribunales competentes para lidiar, específicamente, con aquellos asuntos en los que las relaciones entabladas por el Estado están sujetas, primordialmente, al Derecho privado[325].

Es cierto que el Estado[326] se configura por el Derecho y adquiere a través suyo su personalidad con el propósito específico de servir al bien común, y no puede, por ende, sino actuar dentro de los límites de la habilitación que le confiere el orden jurídico en aras a alcanzar esa finalidad, necesariamente pública. Pero es posible que, en determinadas ocasiones, para lograr sus cometidos se vea necesitado a asumir quehaceres que serían, *a priori*, propios del sector privado. El desinterés de los privados o la insuficiencia de los medios a su alcance en determinados contextos pueden reclamar, en efecto, de la intervención directa del Estado en ámbitos que le resultan ordinariamente ajenos, según lo dicta el principio de subsidiariedad, cuya consideración resulta decisiva, como enseguida se verá, para comprender y justificar el fenómeno del Estado empresario.

Lo expresado en los párrafos precedentes pone de manifiesto que *público* y *estatal* no son sinónimos, ni términos intercambiables[327], y que otro tanto sucede con los conceptos que aluden a lo *privado* y a lo *no estatal*[328]. El Estado,

---

[325] Tal es el caso de los tribunales federales con competencia en materia civil y comercial en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

[326] Empleo aquí el término Estado en el sentido de "comunidad jurídicamente organizada", sin desconocer los otros significados que adquiere la expresión, entre ellos como sinónimo de comunidad o sociedad política que preexiste a esa organización formal, en tanto tiene su origen en la sociabilidad natural del hombre. Sobre las distintas acepciones de la voz Estado, recomiendo la lectura de Santiago Legarre, "Un análisis de los significados del término 'Estado'", en *Ideas & Derecho (Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho) N° 2* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002) 163-184.

[327] Por cuanto concierne, específicamente, a la EE, Héctor Mairal se ha ocupado de señalar que parte de la discusión sobre su naturaleza jurídica puede superarse si se distinguen los conceptos de público y estatal. Cf. su trabajo "El Estado como empresario" en *Tratado de la Empresa*, Tomo II-A, obra dirigida por Ana Piaggi (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010) 616.

[328] En igual sentido, ver Juan Carlos Cassagne y Carlos J. Laplacette, quienes exponen esa tesitura en el "Capítulo Segundo. Argentina", en *La sujeción de la administración al derecho público y al derecho privado. Un diálogo entre Europa y América*, Javier Barnes y Eberhard Schmidt-Assmann (Sevilla: Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2023) 99-102.

primordialmente sujeto al Derecho público, ocasionalmente se somete al Derecho privado en los actos que emite, los contratos que celebra o los bienes de los que es titular. También lo hace en su faz subjetiva, cuando crea entidades a las que configura con formato societario. Las personas jurídicas privadas y las personas humanas, a su vez, movidas por sus propios intereses, incursionan en ciertos casos en terrenos regulados por normas de Derecho público, e incluso asumen, eventualmente, por delegación, cometidos típicamente públicos, con facultades para dictar actos administrativos o suscribir contratos de la misma especie.

3. Configuración del Derecho aplicable al Estado cuando incursiona en ámbitos privados

La constatación de situaciones donde el Estado queda inmerso en una dinámica jurídica más propia de los privados permite visualizar que la configuración mixta de la EE no es algo privativo de tales entidades: tal entrecruzamiento de lo público y lo privado se verifica también en otros terrenos, en razón, precisamente, de la unidad de fondo del orden jurídico.

Ante esta observación, resulta útil examinar cómo afronta el Derecho administrativo aquellas situaciones en las que la Administración ejerce una actividad u ocupa una posición jurídica que, por su naturaleza, serían más propias de los particulares. La analogía de tales escenarios con el que plantea la EE es innegable, y de allí que un somero repaso de los criterios con los cuales ellos se abordan puede contribuir a identificar los senderos a transitar frente a la figura que nos ocupa.

Un primer ejemplo lo proporcionan los *actos civiles* o *actos de objeto privado*[329] que, ocasionalmente, emite la Administración[330], los cuales precisamente por razón de su objeto se encuentran parcialmente sometidos al Derecho privado[331]. En lo que concierne a estos actos, ciertos elementos (su objeto, y a veces también su forma y su fin) se encuentran sujetos a un régimen de Derecho privado, mientras que otros (notoriamente, el caso de la competencia) están gobernados por las normas pertinentes de Derecho público[332].

Otro caso, estrechamente vinculado al anterior, donde la Administración actúa sujeta, sustancialmente, al Derecho privado, es el de los contratos privados

---

[329] La doctrina emplea, indistintamente, ambas expresiones para referirse a este tipo particular de actos jurídicos de la Administración.

[330] Un caso que ilustra este supuesto está dado por el acto por el cual el Estado acepta una donación con cargo otorgada por una persona humana

[331] Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, undécima edición (Madrid: Tecnos, 1989) 387-391; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, cuarta edición actualizada (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993) 259-263; Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*. 4ª. edición actualizada (Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley, 2021) 176.

[332] J.C. Cassagne, *El acto administrativo…,* 179-180.

que, también de manera excepcional, ella celebra[333]. Cuando así ocurre, la finalidad de interés público que motiva, por definición, la conducta de la Administración se satisface de un modo indirecto o mediato. Quienes admiten esta categoría de contratos consideran que el negocio jurídico perfeccionado se encuentra en parte regulado por el Derecho público (*v. gr.*, la competencia del órgano estatal que actúa, así como el procedimiento de contratación), y en parte por el Derecho privado (por ejemplo, el objeto del contrato, que versará en el caso sobre una cuestión de índole civil o comercial)[334]. Es de interés destacar que el sujeto público que celebra un contrato privado no goza de prerrogativas públicas durante su ejecución ni al momento de la extinción del contrato[335].

Un tercer escenario que nos presenta al Estado inmerso en una esfera de relaciones y actuación típicamente privadas lo brinda su frecuente condición de titular de bienes de su dominio privado[336]. Respecto de tales bienes no aplican las reglas de la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que rigen para los bienes del dominio público, de modo que el Estado ejerce las facultades que detenta sobre ellos con sujeción, sustancialmente, a la normativa civil, con los requisitos y salvedades que disponga el régimen administrativo de la jurisdicción pertinente[337].

En los ejemplos aludidos (actos o contratos de objeto privado de la Administración, y bienes de propiedad privada estatal), las notas que me interesa destacar consisten en la relativa mixtura de las normas aplicables y el desprendimiento del órgano estatal de su posición de preeminencia jurídica que reflejan las prerrogativas que de ordinario (fuera de estos casos) encarna el Estado. La preponderancia de un régimen sustancialmente privado que se observa en las situaciones analizadas no excluye, sin embargo, por completo cierta dosis de Derecho público, que deviene inevitable desde el momento en

---

[333] Se trata de un supuesto contemplado en el régimen general de contrataciones de la Administración Pública nacional, en cuanto establece que "toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado" (cf. el artículo 1° del decreto 1023/2001). A modo de ejemplo, se puede citar el caso de una compraventa sobre bienes patrimoniales, o una locación de un inmueble del dominio privado estatal.

[334] Miguel Ángel Bercaitz, Teoría general de los contratos administrativos, segunda edición (Buenos Aires: Depalma, 1952) 146-149; J.C. Cassagne, Derecho administrativo y derecho público general…, 486-487; Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 9 (Buenos Aires: FDA, 2014) 337-338; Pedro J.J. Coviello, "Los contratos de derecho privado de la Administración", en Cuestiones de contratos administrativos (Buenos Aires: Ediciones RAP, 2007) 231-232; y Martín Galli Basualdo, "El contrato de derecho privado de la Administración", en Tratado general de los contratos públicos, Tomo I, Juan Carlos Cassagne Director (Buenos Aires: La Ley, 2013) 363-407.
Entre quienes entre nosotros rechazan la existencia de esta categoría de contratos celebrados por la Administración sobresale la postura de Rodolfo Barra, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado* (Buenos Aires: Ábaco, 1989) 39-44.

[335] M. Galli Basualdo "El contrato de derecho privado...", 379 y 397-399.

[336] El elenco de los bienes del dominio privado del Estado se encuentra enunciado en el artículo 236 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[337] En el ámbito nacional, el Reglamento de gestión de bienes inmuebles del Estado Nacional, aprobado por la Resolución 213/2018 de la Agencia de Administración de Bienes del Estado, ofrece una viva muestra de las notas especiales que caracterizan a los regímenes administrativos referidos a este tipo de bienes estatales, mayormente centradas en limitar la autonomía de la voluntad del contratante público durante la etapa de formación del contrato, a través de exigencias formales del procedimiento respectivo que apuntan a garantizar la transparencia y el tratamiento igualitario de potenciales interesados a contratar con la Administración.

que quien realiza la actividad, entabla la relación o titulariza el bien, es un sujeto estatal[338].

4. El principio de subsidiariedad como fundamento de la actividad empresarial del Estado. Bases constitucionales

En el caso particular de las EE se observa, según ya ha sido señalado, esa misma hibridación jurídica, que nace del hecho de que la actividad asumida por el Estado no le pertenece *iure proprio*, sino que es resultado de su decisión de avanzar sobre un terreno que corresponde, en principio, a los privados. Dicho en términos más sencillos: la razón primordial que justifica aplicar a la EE un régimen primordialmente privado reside en que el Estado (empresario) ha traspasado, cuando asume tales actividades, la esfera pública que le es habitual, para incursionar en un campo de actuación que pertenece, por naturaleza, a los privados.

El desembarco estatal en ese ámbito del quehacer económico, como operador directo de las actividades empresariales involucradas, encuentra en tales casos su justificación en la necesidad de suplir la eventual insuficiencia del sector privado para atender satisfactoriamente las demandas de la sociedad en un contexto determinado. En otras palabras, la injerencia estatal en la dinámica económica a través de la creación de una entidad empresarial se explica a la luz de los postulados del principio de subsidiariedad[339].

Como es bien sabido, la primera formulación del principio de subsidiariedad ha sido obra de la doctrina social pontificia. Fue el Papa León XIII sentó sus bases en su encíclica *Rerum Novarum* (1892). Varias décadas más tarde (en 1931), el Papa Pío XI precisó los alcances del principio en su encíclica *Quadragesimo anno*, al calificarlo como un "gravísimo principio inamovible e inmutable" de la filosofía social en virtud del cual "no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos"[340].

---

[338] Para profundizar sobre esta temática, recomiendo especialmente la lectura de José Luis Martínez López-Muñiz, "Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho", Derecho Administrativo 105 (2016) 565-612.

[339] R.C. Barra, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 3, 359-360; Julio Rodolfo Comadira, Julio Rodolfo y Héctor Jorge Escola, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012) 1630; Juan José Galeano "Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad", en *La intervención estatal. Cuestiones de regulación económica, servicios públicos, policía, fomento y control judicial de la actividad interventora estatal* (Buenos Aires: Cathedra, 2025, en prensa); y Tomás M. Mendy, "Los principios de legalidad y subsidiariedad en el Estado Constitucional de Derecho argentino y su incidencia en el rol del Estado empresario", en *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, dirigido por José Luis Lara e Ignacio M. de la Riva (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023), 301-325.

[340] Encíclica *Quadragesimo Anno*, núm. 79.

Tres décadas más tarde, en la encíclica *Mater et Magistra*, el Papa Juan XXIII ratificaba el principio en estos términos: "… manténgase siempre a salvo el principio de que la intervención de las autoridades públicas en

De allí en adelante el principio de subsidiariedad ha permeado hondo en un vasto número de ordenamientos constitucionales de distintos países, hasta el punto de consagrarse, en algunos casos, de un modo más o menos explícito (según los casos), como criterio específicamente conformador de la actividad empresarial del Estado[341].

La Constitución Nacional argentina no recepta de manera explícita el principio de subsidiariedad. Se trata de una omisión fácil de explicar, dado que su sanción data de 1853, tres décadas antes de la formulación del principio. Pese a ello, una lectura reposada de su articulado permite comprobar la notable sintonía que existe entre sus cláusulas y los postulados del principio aludido, lo cual da lugar a considerar que el marco constitucional argentino lo acoge, de manera implícita pero indiscutible, como uno de los pilares del modelo económico que consagra[342].

Así se infiere, ante todo, del rotundo reconocimiento de los derechos que dan fundamento a la libre iniciativa privada en el campo de la actividad económica (el de trabajar y ejercer toda industria lícita, el de comerciar, el de usar y disponer de la propiedad y el de asociarse con fines útiles)[343]. Frente a esta premisa, que evidencia la firme confianza del constituyente en la capacidad de las fuerzas privadas como motor primero de la economía, no se registra a lo largo del texto constitucional ningún mandato de pareja vastedad que habilite a las autoridades a ejercer prerrogativas análogas desde el aparato estatal[344]. No hay, en suma, una previsión que dé sustento a la *co-iniciativa* pública en el campo económico. Las atribuciones constitucionales referidas al ejercicio

---

el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, salvaguardando, sin embargo, incólumes los derechos esenciales de la persona humana" (núm. 55). Y, más cerca en el tiempo, el Papa Juan Pablo II volvió a insistir sobre la necesidad de respetar este principio cardinal del orden social en su encíclica *Centesimus annus*, numero 48.

[341] La Constitución Política del Perú sienta, en este sentido, con toda precisión la regla de que "sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional" (art. 60).
Por su parte, la Constitución Política de la República Federativa de Brasil prevé que "la explotación directa de actividades económicas por el Estado sólo será permitida cuando sea necesaria por imperativos de seguridad nacional o de interés colectivo relevante, conforme a la definición de la ley" (art. 173).
A su turno, la Constitución española contempla que "mediante ley se podrá se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales (…) y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".
El artículo 19, numeral 21, de la Constitución Política de Chile establece, a su vez, que "el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado". Un comentario a esta cláusula constitucional puede verse en Alejandro Vergara-Blanco, "El doble régimen jurídico de la actividad empresarial de la administración", en *Empresas públicas: Régimen jurídico. Actas de las XIV Jornadas de Derecho Administrativo (2017)* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022) 66-67.

[342] En el mismo sentido, ver Juan Carlos Cassagne y Carlos José Laplacette, "Capítulo Segundo. Argentina", en *La sujeción de la administración al derecho público y al derecho privado…,* 125
En contra, Juan José Carbajales, "El programa económico de la Constitución reformada, ¿un oxímoron posible? (Alcances de la legitimidad estatal en su actuación económica", La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/1147/2011, 2.

[343] Cf. los artículos 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional.

[344] Como contrapunto, cabe traer a colación el caso de la Constitución Española, cuyo artículo 128.2 establece, expresamente, que "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica".

directo de actividades económicas por parte de los órganos de gobierno acentúan, más bien, las funciones de tutela, suplencia o auxilio que, en la mirada de los redactores de la ley fundamental, tocaría desempeñar a los Poderes públicos en el terreno económico, en línea con los postulados del principio de subsidiariedad, tal como se advierte cuando se lee que corresponde al legislador nacional proveer lo conducente a la prosperidad del país, *promoviendo* (no *ejerciendo*) la industria "por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo"[345].

Esta ambivalencia del articulado de la Constitución, que por un lado establece con firmeza una serie de libertades económicas fundamentales y por otro reconoce la correlativa necesidad de una actuación pública que acompañe su pleno desarrollo, se encuentra ya reflejada en su Preámbulo. Allí los constituyentes, al enunciar los propósitos que los guiaron a dictar la Constitución, mencionan a un mismo tiempo los de "promover el bienestar general" y "asegurar los beneficios de la libertad".

Es indudable, sin embargo, que el sistema político plasmado en el texto constitucional de 1853, inspirado en las ideas liberales de la época[346], supedita la actuación de los Poderes públicos en general (también, desde luego, aquélla vinculada al quehacer económico) a la existencia de un título habilitante específico para cada caso. La iniciativa privada se justifica en el principio de libertad y autonomía personal; la iniciativa pública, en cambio, requiere de un interés general que le dé sustento y de una norma que la habilite[347]. Dicho de otro modo, los órganos estatales o provinciales sólo pueden hacer aquello que les ha sido encomendado en el marco de las competencias atribuidas por las

---

[345] Cf. el artículo 75, inciso 18, de la Constitución Nacional.

[346] La referencia al pensamiento de Juan Bautista Alberdi es obligada en este punto, dada su calidad de autor del anteproyecto que sirvió de base a los constituyentes de 1853 y, en consecuencia, uno de los intérpretes más autorizados del texto por ellos aprobado. La lectura de su frondosa obra permite reconocer una profunda coincidencia entre sus enseñanzas y los presupuestos teóricos que fundamentan el principio de subsidiariedad esbozado por la doctrina papal pocos años después de la muerte del jurista. Entre muchos otros, el siguiente pasaje así lo demuestra: "La industria, es decir, la fuerza que produce las riquezas, forma esencialmente un *derecho privado*. Así lo ha entendido la Constitución argentina, colocando entre los *derechos civiles de sus habitantes*, el de ejercer toda industria y todo trabajo, de navegar y comercial, de entrar y salir y transitar el territorio, de usar y disponer de su propiedad. Conceder todo esto, es hacer de la industria un derecho civil de todos los habitantes del país, porque todo eso forma el ejercicio de la industria, y no es más. De este principio, el más trascendental que contenga el edificio político argentino, resulta que -toda ley, todo reglamento, todo estatuto, que saca de manos de los particulares el ejercicio de alguna de esas operaciones, que se reputan y son industrias por esencia en todas las legislaciones del mundo, y hace de él un monopolio ó servicio exclusivo del Estado-, ataca las libertades concedidas por la Constitución, y altera la naturaleza del gobierno, cuyas atribuciones se reducen por la Constitución á legislar, juzgar y gobernar; jamás á ejercer industrias de dominio privado. No hallaréis en toda la Constitución argentina una disposición que atribuya á rama alguna del gobierno la facultad de ejercer el comercio, la agricultura ó las manufacturas por cuenta del Estado. El gobierno que se hace banquero, asegurador, martillero, empresario de industria en vías de comunicación y en construcciones de otro género, sale de su rol constitucional; y si excluye de esos ramos a los particulares, entonces se alza con el derecho privado y con la Constitución" (Juan Bautista Alberdi, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, 1855, en *Obras Completas de Juan Bautista Alberdi*, Tomo IV, 271-272, disponible en Internet en https://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/alberdi-juan-bautista-1810-1884-2852/0).

[347] José Luis Martínez López-Muñiz, Introducción al derecho administrativo (Madrid: Tecnos, 1986) 28-31; y José Carlos Laguna de Paz, Las empresas públicas de promoción económica regional (La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas) (Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1991) 145-146.

normas que disponen su creación. Así lo preanuncia el propio Preámbulo de la Constitución Nacional y lo ratifica, luego, todo su articulado, particularmente las cláusulas atributivas de facultades a los poderes constituidos contenidas en la Segunda Parte del texto sancionado[348].

No se me escapa que la enmienda constitucional introducida en 1994 habilita al Congreso para "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo"[349], y le ordena "promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos"[350], sin precisar en este último caso los instrumentos a los que debe apelar para el logro de tales objetivos. Con análoga amplitud de criterio, el texto constitucional originario (a través de una disposición que conserva vigencia) facultaba al legislador nacional a "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes (…) concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina"[351].

La holgura con que se enuncian los poderes antedichos encuentra, sin embargo, un claro contrapunto en la orden que el mismo reformador de 1994 dirige a las autoridades para que, en lo que hace precisamente a los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, provean a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, y a la calidad y eficiencia de los servicios públicos[352]. Se trata de una cláusula crucial para el tema que nos ocupa, en tanto establece un norte preciso hacia el cual deberá orientarse la actuación empresarial del Estado, cuidando de no generar distorsiones en los mercados, procurando el debido y eficaz autocontrol sobre cualquier situación monopólica que pudiera revestir esa actuación, y atendiendo (cuando fuera el caso) a que los servicios públicos a cargo de tales empresas sean brindados bajo estándares de calidad y eficiencia adecuados.

El marco constitucional es bien parco al hacer referencia puntual a la potestad de los Poderes públicos para desarrollar actividades empresariales. Ello no ha de sorprender frente a un documento sancionado en 1853, dado que el fenómeno de la EE sólo cobra fuerza varias décadas más tarde. Apenas es dable ubicar alguna referencia tangencial sobre el tema en su articulado, como cuando se dota al Congreso de la Nación de la facultad de *establecer* correos[353] y un banco federal[354], o cuando, con un temperamento francamente distinto, se lo instruye a *promover* la industria y la construcción de ferrocarriles y canales navegables, sugiriendo en este caso que la efectiva realización de tales

[348] Cf., en particular, los artículos 75, 99, 116 y 117 de la Constitución Nacional.
[349] Cf. el artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional.
[350] Cf. el artículo 75, inciso 23, de la constitución Nacional.
[351] Cf. el artículo 75, inciso 32, de la Constitución Nacional.
[352] Cf. el artículo 42 de la Constitución Nacional.
[353] Cf. el artículo 75, inciso 14, de la Constitución Nacional.
[354] Cf. el artículo 75, inciso 6, de la Constitución Nacional.

actividades estaría en manos privadas (destinatarias de tales leyes promocionales)[355].

Por lo demás, pese a la generalidad con que se encuentra redactado el inciso 32 del artículo 75 de la Constitución (mencionado en el párrafo precedente), la doctrina se ha ocupado de señalar que ella no puede ser leída como atributiva de poderes autónomos e ilimitados. Por el contrario, según resulta del propio precepto referido, los poderes implícitos a los cuales alude serían, únicamente, aquellos necesarios para poner en ejercicio otras facultades expresamente otorgadas al legislador en el propio texto constitucional que requieran de aquéllos para su eficaz despliegue[356].

Así, pues, el reconocimiento del principio de subsidiariedad como uno de los ejes centrales de la *Constitución económica* argentina[357] proporciona un criterio indispensable a la hora de analizar la constitucionalidad de cualquier medida de intervención pública en la economía en general, entre las cuales se encuentran aquellas que se traducen en la creación y posterior gestión y conservación a lo largo del tiempo de una EE[358]. Y al mismo tiempo, dicho principio opera como un criterio inspirador privilegiado para el diseño de las normas que han de regir tal intervención, en resguardo, entre otras cosas, de las condiciones del mercado implicado.

No se me escapa que la tesitura expuesta presenta una contracara que no debe pasarse por alto, ya que obliga a tolerar, en ciertos casos, la presencia de EE *deficitarias*, cuya creación y mantenimiento responda a la necesidad de brindar prestaciones que el mercado resulte incapaz de garantizar, en razón de que no generan rentabilidad[359]. Aun en tales circunstancias, las EE no se

---

[355] Cf. el artículo 75, inciso 18, de la Constitución Nacional.

[356] María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Tomo II, quinta edición ampliada y actualizada (Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley, 2018) 312-313; y Pablo Luis Manili,, *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, Tomo V (Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley, 2021) 271-277.

[357] El concepto de *Constitución económica* hace referencia al programa económico que, a grandez trazos, subyace en todo texto constitucional. Ver, al respecto, Gaspar Ariño Ortiz, "La Constitución económica", en *Principios de derecho público económico*, dirigida por el mismo autor, segunda edición (Granada: Comares, 2001) 127-153; Luis Cosculluela Montaner, y Mariano López Benítez, *Derecho público económico*, cuarta edición (Madrid: Iustel, 2001) 38-40; Encarnación Montoya Marín, "La intervención del Estado en la economía", en *Lecciones de derecho administrativo (Regulación económica y medio ambiente)*, coordinada por Concepción Barrero Rodríguez, Volumen III, tercera edición (Madrid: Tecnos, 2018) 28-30; Alberto R. Dalla Vía, *Derecho constitucional económico*, segunda edición (Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2006) 43-44; y Alejandro Pérez Hualde, "El modelo económico de la Constitución argentina y la 'reforma del Estado'", La Ley, TR LALEY 003/009569.

[358] Juan Carlos Cassagne sostiene que, en virtud del principio de subsidiariedad, el Estado debería abandonar la actividad empresarial cuando el sector privado esté en condiciones de desarrollarla (cf. "Las empresas públicas y el régimen de sus actos y contratos", en *Tratado de la Empresa*, Tomo II-A, obra dirigida por Ana Piaggi (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010) 91.

[359] Barra califica al Estado empresario como *a-lucrativo*, en tanto no tiene al lucro como finalidad propia, si bien puede obtenerlo cuando, en razón de las circunstancias, le resulte posible alcanzarlo (cf. su *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 3, 364-367).
Sobre la cuestión relativo al fin de lucro en las EE, recomiendo la lectura del trabajo de Andrés Ascárate titulado "La empresa pública y el propósito de lucro", en prensa.
Es preciso aclarar, no obstante, que el principio de subsidiariedad puede, en ocasiones, justificar la intervención del Estado en el campo económico por razones que trascienden de la mera ponderación de variables económicas. Es habitual que se invoquen, por ejemplo, razones que hacen a la soberanía, a la seguridad nacional o al carácter estratégico de los sectores involucrados, para fundar la creación de una EE.

encuentran eximidas del deber de actuar en forma eficiente, es decir, utilizando sus recursos de modo de maximizar cada peso invertido en bienes de capital o destinado a gastos corrientes con el objetivo de producir mejores bienes y servicios a un costo consistente con valores de mercado[360].

Amén de poner de resalto el carácter supletorio de la EE frente a la empresa privada, el principio de subsidiariedad sugiere también la conveniencia de reservar esa modalidad interventora para los casos en que la apuntada insuficiencia del sector privado no pueda encontrar remedio a través de las técnicas de intervención típicamente públicas (léase, las tres figuras clásicas, el servicio público, la policía o el fomento), en tanto estas últimas resguardan la posibilidad de que el sector privado conserve en sus manos la operación de las actividades económicas intervenidas[361]. Esta segunda derivada del principio de subsidiariedad en el terreno de la intervención resulta particularmente pertinente en aquellos casos en que la EE pueda acarrear costos para el Fisco generados por una performance deficitaria. Una intervención a través de los instrumentos clásicos (la publificación de la actividad a partir de su calificación como servicio público, la mera reglamentación de sus alcances a través de normas de policía, o su lisa y llana promoción mediante políticas de fomento), que evite al Estado asumir su prestación directa, podría hacer ahorrar, o al menos mitigar los costos fiscales derivados de una actuación empresarial ineficiente, permitiendo alcanzar los mismos propósitos de un modo más ventajoso.

En suma, más allá de la amplia discrecionalidad que cabe asignar a los Poderes públicos (en particular al legislador[362]) para decidir la creación de EE e imponerles políticas en función de algún propósito de índole político o social[363],

---

En tales casos, los imperativos que derivan del principio de subsidiariedad deben mover al legislador a usar de este particular instrumento de intervención sólo frente a falencias indubitables del sector privado para dar respuesta adecuada a las necesidades del bien común relacionadas con los referidos intereses nacionales primordiales, en tanto resulte claro que acometerlos no pueda reposar exclusivamente en manos privadas.

[360] Ver, en este sentido, los Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina aprobados como Anexo de la Decisión Administrativa 85/2018.

[361] Es preciso advertir sobre las consecuencias que entraña el hecho de que, con cierta frecuencia, se asignen a las EE cometidos orientados a la ordenación del sector económico en el cual operan (por ejemplo, actuar como formadoras de precios), perdiendo así de vista que se trata de una técnica de intervención de carácter prestacional.

Para ordenar la economía, el Estado dispone de sus poderes de policía (técnica de ordenación coactiva) y de su potestad para otorgar ayudas públicas (que procura ordenar, sin apelar a la coacción). Los intentos de ordenar la actividad económica mediante políticas implementadas a través de una EE traen consigo efectos nocivos que, tarde o temprano, terminan recayendo sobre el conjunto de la sociedad, generando unos costos que, pese a ser menos identificables o tangibles que los aportes financieros que el Fisco se ve requerido a realizar, pueden resultar más profundos, como es el caso de las disfunciones que la presencia de una firma estatal a veces acarrea en un contexto competitivo, afectando la eficiencia con que debe funcionar el sector. Además de tratarse de una mala técnica regulatoria, tales prácticas comportan un temperamento reñido con el mandato del constituyente que impone a las autoridades evitar toda forma de distorsión de los mercados y proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

[362] No ha de olvidarse que, conforme resulta del artículo 5° de la ley 25.152 (modificada por la ley 27.431), "con la finalidad de avanzar en el proceso de reforma del Estado nacional y aumentar la eficiencia y calidad de la gestión pública (…) a) toda creación de (…) empresa pública de cualquier naturaleza (…) requerirá del dictado de una ley".

[363] Cabe traer a colación el caso de ENARSA (Energía Argentina S.A.), cuya ley de creación dispuso expresamente que "en su actuación observará las políticas del Estado nacional" (cf. el artículo 4°, segundo párrafo, de la ley 25.943).

no debe conferirse a esa autonomía de actuación estatal un horizonte ilimitado, dado el mandato plasmado en el artículo 42 de la Constitución. Parece válido, por tanto, preguntarse si toda decisión estatal en este terreno es constitucionalmente admisible, máxime cuando las directivas impartidas por el constituyente, más allá de su innegable amplitud, están expresamente dirigidas a las autoridades en general, y al legislador en particular[364].

5. La actividad empresarial (servicio público vs. actividad comercial o industrial): otro elemento decisivo del régimen (público o privado) aplicable

Una vez identificado el basamento constitucional de la EE, que opera a su vez como delimitador de los alcances de esa particular modalidad interventora, es preciso detenerse a considerar el objeto de la sociedad estatal como un dato crítico a la hora de dilucidar el carácter preponderantemente público o privado del régimen que habrá de gobernar su actuación. Sobre esa base, es posible (y necesario) clasificar a las EE en dos grupos: por un lado, aquellas que se ocupan de la prestación de un servicio público (actividad sometida, *per se*, a un régimen jurídico-público); por el otro, aquellas que desarrollan una actividad de índole comercial o industrial (sujetas a un marco de libre mercado)[365].

En el primer caso, la actividad desplegada estará sujeta a los principios y reglas propios de los servicios públicos, que parten de la publificación de la actividad de la cual se trata. En la generalidad de los casos, las actividades que reciben dicha calificación por parte del legislador se ejercen en términos monopólicos naturales, y sus variables económicas fundamentales (precio, estándares de calidad, área servida, régimen de inversiones, etc.) vienen determinadas por la autoridad regulatoria, con muy escaso margen para una verdadera libertad de empresa[366].

El régimen que impera en esos campos reúne las condiciones distintivas de todo régimen jurídico-público, con sus notas exorbitantes típicas, traducidas

---

[364] Sobre este tema, ver Ignacio M. de la Riva, "El marco constitucional de la intervención pública en la economía", en la *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* núm. 29-Abril 2023, https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=bf3a2c7c5ff86cb1d5b5cc4b2e2a25e4.

[365] La necesidad de dar distinto tratamiento a las EE según presten servicios públicos o se dediquen a actividades de carácter comercial o industrial ha sido postulada, desde hace mucho tiempo atrás, por la doctrina nacional y extranjera (cf., a modo de ejemplo, José Luis Villar Palasí "La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo", Revista de Administración Pública 3 (1950), 60-65; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, quinta edición actualizada (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003) 475; y Gaspar Ariño Ortíz, "La empresa pública", en *El modelo económico de la Constitución Española*, coordinador Fernando Garrido Falla, Vol. 2 (Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981) 136-144.

La ley 13.653 de Empresas del Estado, hoy derogada por el decreto de necesidad y urgencia 70/2023, reflejaba con claridad este distinto tratamiento al establecer que "las empresas del Estado quedan sometidas: a) al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas: y b) al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo" (art. 1° de la ley citada).

[366] Ignacio M. de la Riva, "La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados", Derecho Administrativo 44 (2003) 293-309.

en las correlativas prerrogativas y garantías. Pero ha de señalarse que a lo que se está haciendo referencia es al régimen de la actividad (servicio público): es ella la que es objeto de publificación y del consiguiente sometimiento al régimen respectivo, con prescindencia de que el servicio lo brinde directamente una EE o lo preste una empresa privada en virtud de la concesión o licencia que le haya sido otorgada[367].

Cabe hacer notar que en aquellos casos en que la prestación del servicio está a cargo de una EE se verifica una doble intervención pública: ante todo, aquella representada por la publificación de la actividad devenida servicio público por obra del legislador; y, por añadidura, la que resulta de la decisión del propio Estado de asumir directamente la prestación del servicio a través de la EE creada al efecto. El interés público presente en este caso se manifiesta de manera ostensible: la actividad ha debido ser publificada para garantizar la plena y adecuada satisfacción de las necesidades primordiales en juego; pero, además, el Estado ha considerado conveniente asumir directamente su prestación, de ordinario a través de una EE encargada de hacerlo. Ante un interés público tan calificado el régimen aplicable deberá, por fuerza, contar con una impronta pública muy marcada, traducida en las consiguientes prerrogativas.

Ahora bien, considerado el tema desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, la prestación directa de los servicios públicos debería, de todos modos, reservarse sólo para aquellos casos en que no exista una entidad privada en condiciones de brindarlo[368]. Esta conclusión aparece fortalecida por el hecho de que la prestación del servicio a cargo de una EE traerá consigo los riesgos propios de colocar a la autoridad regulatoria (estatal) en la difícil tarea de controlar a una entidad prestadora también estatal, un escenario que con frecuencia deriva en un relajamiento del control en desmedro de la calidad y eficiencia que, por imperativo constitucional, es debida a los usuarios del servicio[369].

El segundo segmento de EE arriba señalado, es decir, aquellas que desarrollan actividades de naturaleza comercial o industrial, se inserta, en cambio, en un escenario librado a la competencia, lo cual las expone a tener que compartir (y disputar) el mercado con otras entidades empresariales, pertenecientes de

---

[367] La problemática de las empresas estatales que tienen a su cargo la prestación de servicios públicos ha sido tratada detenidamente en el trabajo de Lucas Piaggio titulado "Empresa pública y servicio público en el marco del proceso de retirada del sector estatal en el campo económico", en prensa.

[368] Este criterio ha sido recogido en nuestro Derecho positivo con relación a los servicios de transporte y distribución de gas natural (ver el artículo 4° de la ley 24.076) y de radiodifusión (ver la interpretación de la ley 22.285 que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos* 306:1253 y 321:542).

[369] Resulta elocuente, en este sentido, la falta de registro de multas que hayan sido aplicadas por el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) a Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA), la EE que tiene a su cargo la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento desde el año 2006 (cf. Valeria E. Zayat, "Particularidades sobre los regímenes sancionatorios aplicables a las prestatarias estatales de servicios públicos", en *Temas de derecho administrativo sancionador*, coordinado por Natalia V. Mortier y Juan A. Stupenengo, disponible en 20.-particularidades-sobre-los-regimenes-sancionatorios-aplicables-a-las-prestatarias-estatales-de-servicios-publicos.pdf, 660).

ordinario al sector privado[370]. Para que tal competencia sea genuina es necesario que la EE no esté investida de prerrogativas que la coloquen en una posición de preeminencia o superioridad, tal como acertadamente lo ha dispuesto en DNU 70/2023[371].

Las actividades referidas estarán sujetas a un régimen de carácter policial[372] (género en el que se inscribe el Derecho de defensa de la competencia[373]), que impondrá ciertos límites al ejercicio de las actividades económicas involucradas en resguardo del orden público, pero sin alterar por ello la condición privada de la actividad. No ha de olvidarse, en este sentido, que la igualdad de trato configura una de las reglas básicas que los Poderes públicos deben respetar al ejercer sus poderes de policía, por lo que no es admisible que el ordenamiento en estos casos confiera un tratamiento más benévolo o favorable a las empresas pertenecientes a la órbita estatal.

Es primordial, por tanto, que las EE de este segundo grupo (y el régimen que las gobierna) se atengan a las reglas y a la lógica que rige todo mercado[374], sin sucumbir a la tentación de prevalerse de ventajas o privilegios a los que pudieren acceder en virtud de su condición estatal. Esta ausencia de privilegios equivale a decir que, en tales casos, la EE quedará sujeta preponderantemente al Derecho privado[375].

Semejante situación no debe ser tachada como un proceso de "huida del Derecho administrativo"[376], ya que al igual que ocurre con el objeto de ciertos actos o contratos de la Administración que, en razón de su naturaleza, se someten primordialmente al Derecho privado, no ha de generar reparos que las actividades comerciales o industriales a cargo de EE se sujeten también, preponderantemente, a principios y normas jurídico-privados, en tanto no comportan el ejercicio de función administrativa. Ha de tenerse presente, además, que el Derecho público en modo alguno quedará desplazado por completo, sino que deberá tener cabida en la medida necesaria para tutelar convenientemente el interés público involucrado.

---

[370] En contra, Rodolfo C. Barra, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 3, 462-467. Para este autor, las EE no compiten, verdaderamente, con las empresas privadas, puesto que las primeras actúan de conformidad con una lógica política, ajena a la lógica del mercado que es propia de las segundas.

[371] Cf. los artículos 48 y 50 del citado DNU 70/2023.

[372] Para el alcance del concepto de policía, véase, por todos, Julio C. Durand, "Sobre los conceptos de 'policía', 'poder de policía' y 'actividad de policía'", Derecho Administrativo 51 (2005) 182-184.

[373] Conteste con este criterio, el artículo 4° de la ley 27.442 ("Ley de Defensa de la Competencia") prescribe que "quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas humanas o jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional…".

[374] En igual sentido, Leonardo Massimino, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemática", 243; y Miguel Ángel Lico, "Instrumentalización de la persona jurídica en el campo del derecho administrativo. Huida del derecho administrativo al derecho privado. Fórmulas de reconducción al derecho administrativo. Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo", en TR LALEY AR/DOC/8708/2012, 6-7.

[375] José Carlos Laguna de Paz, "La renuncia de la administración pública al derecho administrativo", *Re*vista de Administración Pública 136 (enero-abril 1995) 222-224.

[376] En contra, Miguel Ángel Lico, "Instrumentalización de la persona jurídica en el campo del derecho administrativo…", cit.

Es menester recordar que el Estado posee, a un mismo tiempo, un formidable poderío económico y el monopolio de la fuerza pública. Ostenta, como suele decirse, la bolsa y la espada. El desafío ante la EE está en lograr disociar ambas capacidades, puesto que si el Estado incursiona en la dinámica económica investido de estas dos herramientas terminará por desplazar a su competencia privada gracias al monopolio del poder político que ejerce, destruyendo el mercado y reemplazándolo por un modelo de economía planificada[377].

La doctrina extranjera alerta sobre las dificultades que se presentan para que la actuación de una EE en un ámbito de mercado se verifique, verdaderamente, en paridad de condiciones con sus competidores privados. Por una parte, por cuanto resulta difícil desterrar del todo los privilegios que, por su condición pública, el Derecho o la mera gestión estatal otorgan con demasiada frecuencia a las empresas de su propia órbita[378]. Pero ese punto de equilibrio también se dificulta debido a las restricciones que la EE padece en razón de su pertenencia al sector estatal, las cuales operan como un lastre que le impide conducirse con absoluta autonomía en la toma de decisiones y conspira, consecuentemente, contra sus niveles de eficiencia[379].

El necesario divorcio entre EE prestadoras de servicios públicos y EE que compiten en un terreno signado por la libre competencia reconoce un profundo anclaje en el marco constitucional argentino, el cual consagra, simultáneamente, el deber de las autoridades de proveer "a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados", y el de atender "al control de los monopolios naturales y legales" y "al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos"[380]. Este cuidado puesto por el constituyente en distinguir ambos bienes jurídicos a tutelar (el mercado, por un lado, y los monopolios naturales y los servicios públicos, por otro), contribuye a visualizar que se trata de dos escenarios que deben ser abordados de manera separada, con instrumentos distintos, apropiados para cada uno de ellos, observación

---

[377] Son interesantes las reflexiones que vierte, a este respecto, Villar Palasí, cuando observa que, en un ámbito de mercado, la gestión estatal dotada de los privilegios inherentes a su *imperium* tendería a la conformación monopolística del mercado, al desalentar la concurrencia de otras empresas privadas (cfr. su trabajo "La actividad industrial del Estado...", 95).

[378] En este sentido, observa Laguna de Paz que "la empresa pública *tiende a actuar en condiciones* ***privilegiadas*** respecto de la privada, siquiera sea por la falta de presión por los resultados y, en último término, por su «financiación ilimitada»" (J.C. Laguna de Paz, *Tratado de derecho administrativo...*, 1547; el énfasis corresponde al original).

[379] Semejantes asimetrías nos vuelven a enfrentar a las contradicciones ínsitas en la figura de la empresa del Estado, que certeramente ha sido calificada como "una empresa sin empresario" o "una casa sin amo", que por fuerza arrastrará una tendencia natural a exhibir resultados menos satisfactorios que sus pares privadas, llegando en no pocos casos a generar balances deficitarios que habrán de ser equilibrados a partir de la asistencia financiera del Tesoro (Gaspar Ariño Ortíz y Lucía López de Castro García-Morato "La empresa pública: teoría y práctica. Líneas de Reforma", en *Principios de derecho público económico*, coordinado por el propio Ariño Ortíz, segunda edición (Granada: Comares, 2001) 69-71. Los autores citados han sintetizado las razones que, en términos generales, hacen que la EE sea menos eficiente que la empresa privada, en las tres siguientes: a) su vinculación al proceso político, que les impone una multiplicidad de objetivos y las somete a indeseables intervenciones en su dirección; b) las perversiones que en ella experimentan las relaciones de agencia; y c) la falta de incentivos y sanciones, cualesquiera sean los resultados alcanzados (ibid., 422).

[380] Cf. el artículo 42 de la Constitución Nacional.

que también vale, desde luego, para los casos en que es el propio Estado quien interviene como directo operador en cada uno de esos campos[381].

La dicotomía planteada entre estos dos universos de EE fortalece la convicción acerca de la mixtura del régimen que ha de regularlas, al tiempo que pone en evidencia que las dosis de Derecho público y privado requeridas difieren según los casos, todo lo cual aconseja a desconfiar de las voces que proponen soluciones unívocas para un problema decididamente complejo y multiforme.

Por lo demás, aun en el caso de EE que operan en contextos competitivos, la presencia estatal impide desatender ciertos criterios que son consustanciales a toda actuación pública, que debe desplegarse en todo momento con imparcialidad y ceñida al principio de igualdad. En este sentido, será inevitable preguntarse hasta qué punto una EE puede escoger, por ejemplo, a sus directivos o a su contraparte contractual con la misma libertad con que lo hace un empresario privado, aunque sin dejar de ponderar cómo habrá de incidir la respuesta que se brinde en la eficiencia que se espera de la entidad.

La complejidad del tema queda, pues, de manifiesto en estas y otras cuestiones análogas. Será preciso examinar cada arista de este intrincado poliedro que configura la EE a partir de las premisas expuestas, sin preconceptos y con la necesaria dosis de realismo, para intentar dar en cada caso con la solución más acertada para conjugar las tensiones que pone en juego esta *rara avis* surgida del Estado puesto a actuar como empresario.

6. A modo de conclusión

La EE, como instrumento de intervención pública a través de la directa actuación del Estado en la dinámica empresarial, plantea una inevitable tensión entre las normas de Derecho público y privado que se dan cita para regularla. Ello se ve claramente reflejado en la alternancia entre ambas fuentes que exhiben las disposiciones que rigen su organización y su actuación.

Este sinuoso tránsito de la EE, que por momentos deambula por carriles presididos por criterios y soluciones provenientes del mundo privado, y en ocasiones lo hace guiada bajo pautas propias del ámbito público, debe su ambivalencia a la matriz compuesta que le proporciona su condición de sujeto estatal personificado bajo el ropaje societario y operando, muchas veces, en un ámbito de actuación privada.

Si bien toca al legislador establecer, en cada caso, la dosis precisa de Derecho público y Derecho privado que habrá que regirla, estimo válido reflexionar (como he intentado hacerlo en estas páginas) sobre las razones de fondo que han de inspirar esas soluciones concretas que sólo a él incumbe dictar. Ellas reposan, fundamentalmente, sobre la peculiaridad de esta específica modalidad interventora (donde el Estado se vale de una configuración sustancialmente privada, como lo es la forma societaria), en la índole pública

[381] L. Massimino, "La empresa estatal y la regulación...", 240-246.

(servicio público) o privada (comercio o industria) de la actividad que ejercite la empresa en cada caso, y en el consiguiente avance (en este último caso) del Estado sobre un terreno que por derecho propio corresponde a los privados.

Como resultado de estas consideraciones, el estatuto jurídico de la EE debería integrarse, como regla general, mediante reglas propias del Derecho privado, sin por ello dejar de admitir cuantas excepciones sean necesarias o convenientes para satisfacer los fines públicos que (se presume) habrán impulsado a su creación y guiarán su gestión, en virtud de la participación que el Estado detenta en ellas.

Capítulo IV. Finalidad y sentido de la empresa pública en Argentina. ¿Lucro o interés público? – Andrés Ascárate

Autor: Andrés Ascárate

Referencia de publicación: Finalidad y sentido de la empresa pública en Argentina. ¿Lucro o interés público?. (2025). Revista Jurídica Austral, 6 (2), 851 885. https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.asc[382]

Resumen: En este trabajo se busca encontrar la finalidad y el sentido de la empresa pública en Argentina y determinar su compatibilidad con el propósito de lucro propio de las empresas comerciales. Se parte de la tensión conceptual entre el carácter altruista del Estado y la lógica utilitaria de la actividad empresarial. Primero se examinan las nociones de empresa, distinguiendo su concepción objetiva (actividad organizada con fines económicos) y subjetiva (sujeto de derecho), para luego caracterizar a la empresa mercantil como aquella orientada al beneficio. Esta división permite diferenciar el lucro objetivo (beneficios generados por la empresa) del lucro subjetivo (ganancias buscadas por el empresario).

Sobre esa base, se aborda el estatuto constitucional, doctrinario y legal de la empresa "pública" en Argentina. Se observa que el modelo constitucional originario limitaba su creación a supuestos excepcionales, pero las reconocía en los artículos 4° y 67, inciso 5, para servicios públicos (como el correo) o actividades más ligadas a la soberanía (como el Banco Nacional). La Constitución actual mantiene esos principios; la doctrina coincide en que no existe un concepto único de empresa pública y la legislación vigente impulsa su organización bajo formas y regímenes de derecho privado.

La conclusión radica en que la empresa pública puede conciliar el lucro con el interés público, especialmente cuando se encuentra destinada a la prestación de un servicio público, si: i) se la reconoce como un sujeto de derecho autónomo, garantizando independencia funcional mediante estructuras como la sociedad anónima; ii) se admite una finalidad doble en las empresas públicas y se reconoce que pueden ser fuente de recursos estatales; y iii) se redefine la noción de beneficio, aceptando que puede consistir en preservar o incrementar el capital o reducir costos sin distribuir utilidades. Bajo esas condiciones, el lucro no resulta

[382] Este trabajo es producto de un proyecto de investigación IUS de la Universidad Católica Argentina sobre la empresa pública, titulado "Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la economía", bajo la dirección del Dr. Ignacio María de la Riva. El autor agradece a Ignacio de la Riva, Eduardo Calvo, Bastiana Locurscio y Leonardo Toia la lectura, comentarios, aportes y críticas.

incompatible con la empresa pública, pero debe subordinarse a su justificación constitucional.

Palabras clave: derecho administrativo y constitucional, empresa pública, sociedades estatales, regulación económica.

1. Introducción

En este trabajo se intentarán desentrañar los fines que el ordenamiento jurídico argentino les asigna y encomienda a las empresas públicas. La incertidumbre inicial que lo motiva radica en determinar si una organización esencialmente altruista, el Estado, es compatible con otra institución jurídica de naturaleza utilitaria o egoísta como la empresa comercial. Desde este punto de partida inicial, apriorístico y lógicamente antitético, se evaluará si en el derecho argentino las empresas públicas portan ínsita una contradicción en los propios términos.

Para afrontar el desarrollo, se expondrá primero la noción de empresa y, dentro de ella, más precisamente, de empresa comercial; luego se abordará el estado de la cuestión relativa a la empresa pública en la Constitución Nacional (CN), la doctrina y el resto de las normas nacionales; y sobre la base de esos dos institutos, es decir, depurado el estatuto de la empresa pública, se encarará el interrogante sobre su finalidad y consistencia frente al concepto de beneficio o lucro privado.

2. Punto de partida. Contradicciones aparentes de la empresa pública.

"Dame un punto de apoyo y moveré el mundo"*.* [383] Tal vez, uno de los principales problemas conceptuales de la empresa pública, como sucede con muchos otros institutos del derecho administrativo, es que carece un de sustento ontológico firme en el cual apoyar los razonamientos.

El lugar común que puede identificarse en toda la doctrina es, precisamente, la inexistencia de un régimen jurídico uniforme. Se trata de un instituto que no pudo ser, todavía, definido con un concepto con sustancia propia y omnicomprensivo de todas las variantes que alcanza.[384]

Por ello, y no por libre decisión, como punto de partida obligado debe recordarse que las empresas públicas no se crean respondiendo a esquemas

[383] Frase atribuida a Arquímedes.

[384] Para resumir esta amplitud, por ejemplo, Cassagne (2024) explica que "lo común en esta clase de actividades económicas que lleva a cabo el Estado es su realización *en forma de empresa*, cuya variedad de tipos jurídicos comprende desde 'la empresa propia', sin personalidad jurídica (*régie* en el derecho francés), las empresas del Estado o establecimientos públicos o comerciales, y las sociedades de economía mixta, hasta culminar con las sociedades anónimas, lo cual configura, según un sector de la doctrina francesa, la actuación del Estado como 'comerciante público'. Tales formas societarias se utilizan para canalizar la realización de actividades económicas por el Estado, entendiendo dentro de este concepto aquellas que se organizan para la producción o el cambio de bienes o servicios, ya sea que persigan una finalidad de lucro o se orienten a la satisfacción de necesidades generales" (p. 376, curisivas agregadas).

normativamente predeterminados de carácter general, sino que fueron apareciendo, caso por caso, para atender necesidades concretas y singulares (Martín-Retortillo, 1991, p. 80).

Posiblemente, la razón de esta definición esquiva se encuentra en una amalgama forzada entre el concepto de "empresa" y la noción de "pública". Esta incongruencia es resumida por Ariño Ortiz (1981) en una serie de "contradicciones" derivadas de la práctica de las empresas públicas en España que resultan igualmente aplicables en todos los países que siguen distintos tipos de economía de mercado.[385] El autor sostenía que la empresa pública es un "círculo cuadrado" por tres motivos, que pueden resumirse de la siguiente manera:

1. En primer lugar, se trata de "una casa sin amo", una empresa sin empresario, concebido este como una persona o conjunto de ellas con fuerza creadora y decisión libre.[386]

2. En segundo término, es una empresa generosa y "sin beneficio", que "tira siempre con pólvora del rey", —en términos criollos, "tira manteca al techo"— bajo la excusa de la rentabilidad social. Es decir, no busca maximizar beneficios y reducir costos (Ariño Ortiz, 1981, p. 75).

3. Y en tercer orden, se encuentra expuesta a las tentaciones "propias de los políticos": evitar el control, influenciar política y socialmente a las personas, incidir en los precios para reducir la inflación, encubrir actividades "benéficas" que un grupo de la sociedad no está dispuesta a abandonar.[387]

Detrás de los tres contrapuntos, existe un nudo común. Si la empresa pública carece de empresario es porque, en rigor, el Estado opera con fines sociales y no por un interés particular. El problema fue resumido, en otro contexto, por Silvio Lessona (1970), al señalar que, cuando el Estado se dedica a actividades económicas propias de los sujetos de derecho privado, se presenta una disyuntiva inevitable, a saber:

si dicha actividad es tratada como privada, se hiere necesariamente la naturaleza del sujeto que la ejerce; si es tratada en su aspecto de pública, se desnaturaliza su contenido privatista y se corre el riesgo de impedir la obtención de su misma finalidad. (p. 178)

Parece observarse, entonces, que, tras la aparente confrontación entre los conceptos de "empresa" y "pública", subyace una oposición de fines, y según cuál de estos prevalezca, el instituto perdería parte de su sentido.

---

[385] En el caso de Argentina, esto es así por definición constitucional (ver principalmente los artículos 9 a 12, 14, 17, 19, 20, 42, 75, incisos 18 y 19 de la CN).

[386] El autor señalaba que "es una empresa […] sin empresario. Frente al modelo privado, cuyo secreto es la existencia, detrás de cada organización, de un hombre, que es la fuerza creadora (o un equipo de hombres) que es la fuerza creadora, el espíritu dinamizador que da vida y mueve lo que ve como 'su empresa' sea o no el propietario directo" (Ariño Ortiz, 1981, p. 71)

[387] "Estas cuatro tentaciones se resumen en una sola: poner la empresa al servicio de intereses personales, de grupo, de partido o clase, de intereses regionales o incluso malentendidos "intereses nacionales" (Ariño Ortiz, 1981 p. 77).

3. La empresa comercial

3.1. Noción de empresa

El ordenamiento positivo argentino carece de una definición del vocablo "empresa" aplicable a todas las ramas jurídicas. Es inevitable recurrir en un primer momento al derecho privado, mas precisamente al derecho comercial, que se cimenta sobre la figura del comerciante y/o empresario. [388]

Dentro de ese ámbito, se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de la empresa y se mantiene una discusión que lleva a los doctrinarios a diferenciar nociones de carácter subjetivo de otras de tenor objetivo, ya sea contraponiendo la "empresa" con la "sociedad" o distinguiendo al "empresario" de la "empresa".[389]

El origen histórico de esta divisoria de aguas se remonta a posturas provenientes del derecho comercial europeo; en los países latinos (Italia, Francia o España) era concebida como objeto de derecho, de la que es titular el empresario —comerciante individual o, actualmente, la sociedad—, mientras que en "Alemania y la doctrina inspirada en la obra de su dogmática ya a mediados del siglo pasado concibieron a la empresa como sujeto de derecho" (Halperin, 2000, p. 42).

En otras palabras, para algunos, la empresa es una persona jurídica, un sujeto de derecho distinto de sus titulares, mientras que, para otros, es un conjunto de actividades organizadas o un patrimonio de afectación con un fin determinado (Ackerman et al., 2012, p. 538). Estos últimos postulan que [j]urídicamente, la empresa es este quid inmaterial y algo abstracto consistente en la actividad de organización. Junto a ella, y ocultándola un poco bajo el velo de su materialidad, se encuentra (…) el conjunto de bienes organizados para la explotación de la empresa. (Fontanarrosa, 2001, p. 179)

Todas estas visiones mercantiles coinciden en la presencia de una *organización de factores* sujeta a una finalidad específica. Es decir, tanto en la visión objetivista como en la subjetivista, parece ineludible la referencia teleológica. Aparece, así, el componente económico y la empresa en una noción mayoritariamente aceptada sería una "organización de bienes y de servicios

[388] "El Código Civil italiano de 1942 estableció como núcleo del sistema mercantil las nociones de empresa y empresario, abandonando la figura del comerciante, y ha suscitado el interés científico por el tema de la empresa y por su conceptualización jurídica" (Ackerman et al., 2012, p. 538).

[389] "… debe distinguirse la empresa del empresario y de la actividad misma de la empresa. Esto ya implica una toma de posición frente al problema, puesto que puede analizarse el punto tomando a la empresa y a su actividad como un todo único, y exponer todo el derecho mercantil en función de estas dos nociones" (Halperin, 2000, p. 89). En términos más modernos, se diferencia a la empresa y la sociedad: "Queda claro que la sociedad es una persona jurídica mientras que la empresa no lo es. La empresa es una organización, un conjunto de actividades y relaciones, y la relación empresa sociedad no puede ser otra que la que hay entre un empresario individual y la empresa de que es titular. De la misma manera que una persona física puede ser empresaria pero no empresa, la sociedad no puede ser empresa sino empresaria" (Richard y Muiño, 2004, p. 28).

para la producción de bienes o de servicios *con un fin económico*" (Halperín, 1974, p. 5,[390]).

Este fin económico resulta determinante para comprender los vaivenes del instituto, ya que la noción jurídica ha evolucionado al compás de la disciplina económica, algo habitual en el derecho administrativo que se advierte, por ejemplo, con el servicio público, la policía y la defensa de la competencia. Son todos conceptos que requieren del auxilio de la economía para resolver conflictos en los cuales las normas utilizan términos como "calidad", "monopolio", "eficiencia", "mercado", etcétera.[391]

3.2. Empresa mercantil o comercial

Dentro de las instituciones asociativas propias del derecho privado, existen algunas específicas que nos interesan abordar en este trabajo. Se trata de las empresas "mercantiles" o "comerciales".

La "comercialidad" de los actos de derecho privado ha generado debate en la doctrina, pues el artículo 8° del Código de Comercio hacía una enunciación de actividades muy diversa y definía muchos de ellos en función de los sujetos que los realizaban. Así, el inciso 5° listaba dentro de los actos de comercio a aquellos efectuados por las "empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra".

De acuerdo con este criterio, no toda empresa comercial tendría un fin de lucro y, a su vez, éste no sería definitorio de la comercialidad de una actividad. Ello también se plasma en la definición de "sociedad comercial" que todavía se encuentra en la Ley 19550 de sociedades comerciales. Esta norma, si bien no define ni menciona a la empresa, recoge lo que la doctrina en términos generales entiende como una de sus recepciones positivas. El artículo 1° establece que [h]abrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Esta última frase define un requisito esencial y, a la luz del artículo 3° de esa misma ley, reafirma el principio de *tipicidad*, asignando la comercialidad por la *forma* y no por el objeto lo cual indica la existencia de casos en que "entes asociativos sin fines de lucro ni especulativos adoptaron la estructura societaria, entre otros motivos, para asegurar a los asociados su cuota de liquidación en el patrimonio social en caso de disolución" (Zunino, 2004, p. 83).

---

[390] Énfasis agregado

[391] En el plano del "análisis económico del derecho", se ha señalado que la empresa ya no se define hoy como una "producción organizada", pues "toda producción económica, aun la más primitiva, implica cierto grado de organización, y la empresa es una entre varias posibles formas de esa organización", de manera que "no debe caerse en el error de identificar a la empresa con la organización económica, por ser solo uno de sus instrumentos" (Cabanellas de las Cuevas, 2018). Ello no obstante, a los efectos de este trabajo, se dejarán de lado estas nuevas posturas y se partirá de la noción mayoritariamente aceptada que postula que la empresa supone una *organización con fines económicos*.

Especulaciones fuera, el lucro —o, en términos más genéricos, el beneficio— es a nuestros días un elemento definitorio de la empresa comercial. Dentro del derecho privado, existen organizaciones de bienes y recursos con fines económicos que no son comerciales y se diferencian de estas, precisamente, por la ausencia de fin de lucro. Es el caso de las asociaciones civiles y las fundaciones. Con relación a las primeras, el artículo 168 del Código Civil y Comercial establece que "no puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros"; mientras que las segundas están reguladas en el artículo 193 del mismo código, que establece que "son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, *sin propósito de lucro*, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines"[392].

De lo dicho se deriva que no todo el derecho privado se concentra en el propósito de lucro, pues el interés público también se encuentra presente dentro de esta rama del derecho.[393] Y si bien existieron posturas de arraigo normativo e histórico que no consideraban al lucro como esencial o definitorio de los actos comerciales, al día de hoy puede asumirse sin mayores disquisiciones que la empresa mercantil tiene como finalidad la obtención de un beneficio y/o lucro para sus socios.[394]

Por ese motivo, Halperin (2000) postulaba que [l]as empresas estatales *no son empresas mercantiles*: en su actividad con los particulares realizarán actos de comercio, pero la empresa no adquiere calidad mercantil; *falta el propósito principal de lucro*, ya que el Estado desarrolla esa empresa con el fin superior de cumplir sus propios fines en beneficio de la comunidad (sea por la prestación de un servicio público, para el afianzamiento del desarrollo industrial o fomento regional, para asegurar una mejor defensa nacional, etc.); esto es: aun en el supuesto de que la empresa arroje un beneficio económico o como tal persiga separadamente el lucro como si fuese una empresa privada, su obtención es secundaria para el Estado, que es su titular. (p. 65)[395].

Para lograr confrontar con mayor nitidez el problema de la empresa pública, entonces debe tenerse en cuenta que, cuando el Estado asume modalidades empresariales del derecho privado, no recurre a aquellas formas que persiguen intereses altruistas o diferentes al lucro (por medio de asociaciones civiles y fundaciones), sino que lo más realista es asumir sin rodeos que, cuando el Estado recurre a la empresa pública, pretende tomar la forma de un

[392] Énfasis agregado.
[393] En ese sentido, Cassagne (2024) considera que no es correcto asignarle únicamente al Estado la tarea de la satisfacción del interés público, tal como pretende Barra; "aunque el Estado sea el principal realizador del bien común temporal, de allí a sostener que solo a él le corresponde dicha tarea, implica una tesis que no armoniza con la concepción aristotélico-tomista, que acepta la existencia de instituciones intermedias que persiguen el bien común en forma inmediata o mediata, distintas del Estado" (p. 378).
[394] Halperin (1969) explica que la terminología utilizada por la ley de sociedades comerciales, es decir, la referencia a la "participación en los beneficios y soportando las pérdidas" buscó sortear términos legislativos ambiguos y pone de manifiesto que la empresa comercial tiene por objeto fines económicos en términos amplios "que no han de menester ser un lucro o una ganancia a repartirse; puede ser el resultado de una investigación o la oficina central para la contratación en interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación" (p. 271).
[395] Énfasis agregado.

comerciante, es decir, actuar bajo las reglas del derecho comercial mediante la realización de actos de comercio con todo lo que ello implica.

Quizás por esa razón, Marienhoff (2011, p. 361) dedica buena parte de sus consideraciones sobre este tema a criticar la confusión entre "empresa del Estado" y "entidad autárquica", pues ambas difieren, a su entender, esencialmente entre sí por la índole de la labor que desarrollan: la entidad autárquica cumple *funciones* estatales típicas, mientras que la empresa despliega *actividades* no específicamente estatales, sino de tipo industrial o comercial.

Según este autor, la diferencia esencial entre entidad autárquica y empresa del Estado viene dada por la finalidad:

(l)os particulares explotan las empresas industriales o comerciales con un fin lucrativo, mientras que la Administración Pública lo hace con el objeto de satisfacer una necesidad pública. De parte de la Administración, esa actividad no aparece determinada por el ánimo de lucro, sino por el hecho de la participación competidora en la vía económica (…) de modo que el particular o administrado que explota una empresa comercial o industrial lo hace con un fin de lucro, en cambio, si bien la Administración, al ejercer dicha actividad obtiene también un beneficio, un lucro, el fin que la lleva a tal ejercicio no es el lucro en sí, sino la posibilidad de emplear ese lucro en la satisfacción —directa o indirecta— de necesidades públicas. (Marienhoff, 2011, p. 365)[396]

Se destaca en Marienhoff (2011) la noción subjetivista de empresa y la diferencia entre la finalidad de lucro propiamente dicho del comerciante y el llamado "lucro estatal", en el cual el beneficiario último es el pueblo y no un individuo particular.

Cabe reiterar, entonces, que, asumiendo que el Estado puede intervenir en la economía mediante la empresa pública con distintos fines que se verán más adelante, el conflicto más puro que pone en tensión al instituto y confronta las diferentes finalidades que subyacen en él sucede cuando busca constituirse en titular de una forma empresaria *mercantil propiamente dicha*, es decir, aquella que busca el lucro o un beneficio para los socios.

3.3. Propósito de lucro

Ceñidos a este tipo de entidades comerciales en las que el beneficio es esencial, cabe preguntarse, entonces, qué es el propósito de lucro y cómo se vincula con las empresas.

El lucro es la ganancia o provecho que se saca de algo y lucrar es ganar, sacar provecho de un negocio o encargo (Real Academia Española, s.f.).

Dado que el propósito es un fin, es necesario recordar que todo fin supone un movimiento. No existe una finalidad ante una realidad estática, sino que el fin es el objetivo buscado o pretendido por alguien y lo que le da sentido

[396] Énfasis agregado.

(en última instancia) a algo. La causa final es aquello, como sabemos, a lo cual tienden las cosas.

Desde allí, es posible plantear el siguiente interrogante: ¿quién es el que debe perseguir ese propósito de beneficio?

Evidentemente, si se asume que la empresa es una actividad, un objeto o un conjunto de factores organizados, es decir, desde una noción objetiva, la única persona que puede tener la voluntad de lucrar es el sujeto empresario que titulariza esa actividad. En esta concepción, el lucro es lo que le da sentido y razón de ser a esa organización de factores económicos. En cambio, si se la concibe como un sujeto de derecho, con capacidad de formar una voluntad diferente, existirán dos entes que pueden perseguir este lucro: la empresa y el empresario.

En ambos casos, el concepto general de propósito de lucro se segmenta o divide en dos, pero en el primero, asumiendo a la empresa como una actividad, el "propósito" es únicamente del empresario y la actividad de organización no puede escindirse de su sentido o razón de ser fijada por la voluntad de ese sujeto, pues, como se ha dicho, la causa final es aquello en vista de lo que se hace una cosa (Aristóteles, Metafísica, libro quinto, 1013b).

Véase, por ejemplo, lo que sostenía calificada doctrina:

[t]oda empresa supone, por definición, una actividad organizada a los fines de obtener beneficios económicos; pero a los efectos de su comercialidad, dentro del régimen de nuestro código, no interesa el destino que se dé a esos beneficios. Por consiguiente, no dejará de ser comercial la empresa de espectáculos de beneficencia o la que de cualquier modo se proponga obtener utilidades pecuniarias, aunque sea para distribuirlas desinteresadamente a terceros. Cuando se habla de que el propósito de lucro no es esencial a la empresa comercial, tal afirmación ha de entenderse en el sentido de que no es esencial el *lucro subjetivo*; pues el *lucro objetivo* existe en todas, aún en las que persiguen fines económicos desinteresados. (Fontanarrosa, 2001, pp. 181-182)[397]

Existirían, pues, dos tipos de lucro diferentes: el de la empresa y el del empresario. El lucro subjetivo es aquel que busca el empresario o el titular controlante, la intención de generar ganancias; el lucro objetivo es aquel que busca y procura la propia empresa.

Esta distinción de "lucros" queda ratificada en el plano normativo, por ejemplo en el artículo 168 del Código Civil y Comercial, citado previamente, que establece que la asociación civil es aquella que "no puede perseguir el lucro como fin principal" y *tampoco* puede "tener por fin el lucro para sus miembros o terceros". Es decir, si no existiesen dos dimensiones del lucro, no puede

[397] Énfasis agregado.

comprenderse por qué se redunda en el lucro de la asociación y el de los miembros.

La bifurcación del lucro permite observar que lo que persigue una empresa comercial puede no coincidir exactamente con lo que pretenden sus socios, integrantes o titulares y, por ello algunos autores se refieren a la "neutralidad" de la empresa pública frente al fin de lucro del comerciante o la "naturaleza extrasocial" de los fines no comerciales (fines públicos) que puedan tener sus socios (Barra, 2006, p. 372).

4. La empresa pública en Argentina

4.1 La empresa pública en el texto de la Constitución Nacional

La Constitución Nacional menciona a las "empresas" en dos oportunidades. Por un lado, el artículo 14 bis refiere a las empresas al consagrar la protección de los derechos del trabajador, declarando que las leyes deben asegurarle la "participación en las ganancias de las empresas". Por otro lado, el artículo 4° establece que [e]l Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, *o para empresas de utilidad nacional*.[398]

Alberdi (1854, pp. 159/161) explicaba el sentido de esta cláusula, señalando que la renta de correos era "la más nacional de las rentas", la más propia del tesoro nacional, y se esforzaba en demostrar que el correo era un negocio sumamente rentable para la nación, y era inevitable que fuera ésta quien asumiera la gestión de la actividad. Ello, no obstante, exponía con toda claridad que la Constitución de 1853 le impedía, por definición, actuar al Estado como un comerciante, especialmente en condiciones monopólicas.[399] El rol del Estado era acotado:

---

[398] Énfasis agregado.

[399] "Toda ley que da al gobierno el derecho de ejercer exclusivamente industrias declaradas de derecho común, crea un estanco, restablece el coloniaje, ataca la libertad. Toda ley que atribuye al Estado de un modo exclusivo, privativo o prohibitivo, que todo es igual, el ejercicio de operaciones o contratos que pertenecen esencialmente a la industria comercial, es ley derogatoria de la Constitución en la parte que ésta garantiza la libertad de comercio a todos y cada uno de los habitantes de la Confederación. Por ejemplo, son operaciones comerciales las' operaciones de banco, tales como la venta y compra de monedas y especies metálicas, el préstamo de dinero a interés; el depósito, el cambio de especies metálicas de una plaza a otra; el descuento, es decir, la conversión de papeles ordinarios de crédito privado, como letras de cambio, pagarés, escritura, vales, etc., en dinero o en billetes emitidos por el banco. Son igualmente operaciones comerciales las empresas de seguros, las construcciones de ferrocarriles y de puentes, el establecimiento de líneas de buques de vapor *(…) No hay un solo código de comercio en que no figuren esas operaciones, como actos esencialmente comerciales. En calidad de tales, todos los códigos las defieren a la industria de los particulares* (…) la ley que da al Estado el derecho exclusivo de ejercer las operaciones conocidas por todos los códigos de comercio, como operaciones de banco y como actos de comercio, es una ley que da vuelta a la Constitución de pies a cabeza; y que además invierte y trastorna todas las nociones de gobierno y todos los principios de la sana economía política **(…)** El gobierno toma el rol de simple negociante; sus

[es] "prudente y útil la intervención de la autoridad en la organización de estas empresas por particulares siempre que tal intervención se limite a una simple vigilancia, encaminada a conseguir que la ley protectora de los derechos privados no se quebrante en su perjuicio, por los infinitos abusos que facilita el mecanismo de negocios, que afectan a centenares de personas, que se administran por unos pocos, y que se envuelven en las regiones nebulosas de la especulación, inaccesibles de ordinario a los ojos comunes. (Alberdi, 1854, p. 36).

Interpretando la cláusula de la renta correos, sostenía Joaquín V. González (1950 que el correo y el telégrafo eran medios de correspondencia que constituían servicios públicos remunerados, pues "la renta del Correo se forma por el pago de los timbres postales aplicados a todos sus servicios, y la de Telégrafos por las tarifas que anualmente sanciona el Congreso" (p. 435). A su vez, al mencionar la finalidad del empréstito público como un recurso extraordinario, señalaba que están requeridos en casos urgentes o para empresas de utilidad. Entre los primeros se cuentan las guerras y demás gastos de defensa del país, como reformas de armamentos, carestías, desastres materiales; y entre los segundos, por ejemplo, los ferrocarriles, *telégrafos*, canales, higiene y otras obras de beneficio permanente. (González, 1951, p. 446)

En el mismo sentido, González Calderón (1943) expresaba que "la renta de correos es la equitativa y necesaria retribución que el pueblo debe al Estado por un servicio público que éste ha monopolizado en virtud de fundamentales razones de bienestar colectivo" (p. 630).

Tomando lo dicho por estos autores, puede sostenerse sin mayor dificultad que, si los correos podían concebirse como una empresa de utilidad nacional y sus rentas formaban parte del tesoro nacional, la Constitución originaria previó la posibilidad de que las rentas de empresas de utilidad nacional conformen sus recursos. Va de suyo que, en estos casos, esos recursos están asociados a la realización de una actividad de prestación de un servicio a la comunidad, como eran los correos, y no destinados a solventar otro tipo de gastos.

En otro carril, el de la práctica institucional, una excepción al principio general de titularidad privada de las empresas comerciales, provenía de una tradición preconstitucional reconocida por la doctrina como un negocio con arraigo estatal: la actividad bancaria, que remonta sus orígenes al Banco Nacional

oficinas financieras son casas de comercio en que sus agentes o funcionarios compran y venden, cambian y descuentan, con la mira de procurar alguna ganancia a su patrón, que es el gobierno" (Alberdi, 1854 p. 33 y sgtes, énfasis agregado)

creado en 1826.[400] Luego, el texto del artículo 67, inciso 5 de la CN reconocería la necesidad de contar con un banco nacional con facultad de emitir billetes.[401]

Esta referencia al correo y a los bancos como algunas de las primeras empresas estatales no es exclusiva del ordenamiento argentino. La necesidad de una actividad bancaria de naturaleza pública iba en sintonía con la época. En 1819, la Suprema Corte de Estados Unidos de América, en el precedente *McCulloch v. Maryland* habilitaba la creación de un banco federal.[402] A su vez, en Italia, las primeras actividades de los poderes públicos que asumieron carácter de empresa fueron aquellas con las que se organizaron algunos servicios públicos esenciales: los transportes ferroviarios, las comunicaciones postales y sucesivamente las telegráficas, las telefónicas y radio telegráficas y telefónicas (…) Otras actividades que tradicionalmente pertenecían a la esfera pública fueron reducidas a actividades auxiliares de la esfera pública. Tal es el caso de los institutos de crédito de derecho público, algunos de los cuales se remontaban a entidades constitucionales del período anterior a la misma formación del Estado moderno. (Giannini, 1970, p. 106)

En España se sostuvo que la empresa pública tiene una larga tradición, que varía de algunos países a otros. Los poderes públicos siempre han prestado bienes y servicios a la sociedad. Como muestra, en el siglo XVIII se crearon en España las Reales fábricas para la producción de manufacturas (paños, vidrio, latón, etc.), se administraron monopolios estatales (sal, pólvora, tabaco y loterías) y se gestionaron industrias militares (armamento, astilleros). En medio del liberalismo imperante, la actividad prestacional pública se intensifica a partir del siglo XIX, para resolver problemas concretos. (Laguna de Paz, 2016, p. 406).

La dureza de las críticas iniciales que produjo el advenimiento de estas empresas en Argentina son prueba suficiente del carácter excepcional y disruptivo que representaban en el esquema constitucional liberal primigenio.[403]

---

[400] "Una importante excepción a tal doctrina contraria al intervencionismo estatal, lo fue la creación de Bancos mixtos, a cuya formación de capital y administración concurren los sectores público y privado; ello ocurrió siempre, desde los primeros Gobiernos patrios, pudiendo citarse, entre otros, por ejemplo, al Banco Nacional argentino en 1826, al Banco de Córdoba en 1872, al Banco de la Provincia de Buenos Aires en 1905, al propio Banco Central, a la Corporación de Transportes, a la Flota Mercante del estado" (Cavagna Martinez, como se citó en Varangot, 1970, p. 1810).

[401] Joaquín V. González (1951) era contundente al vincular esta actividad bancaria con la emisión de moneda estatal y, al mismo tiempo, aclarar que "[n]o se propone la Constitución crear, en el sentido riguroso de la palabra, un Banco de Estado, que sea dirigido por los podres públicos, sino que, al conferir al Congreso la facultad de establecerlo y reglamentarlo, sin fijar forma ni sistema, le ha dejado la amplitud necesaria de acción para elegir lo que le aconsejase la ciencia. Luego el Congreso, al elegir el sistema de una gran Compañía por acciones, no haría más que seguir esos consejos, y ejemplos dignos de imitación como los de Inglaterra, Francia, Bélgica y Estados Unidos" (p. 424).

[402] 17 U.S. 316 (1819).

[403] Bielsa (1964) castigaba las primeras leyes sobre empresas del Estado, sostenía "el hecho de tener el Poder Ejecutivo a su cargo la administración general del país, no justifica el deber de convertirlo en un árbitro discrecional de negocios *impropios del Estado en nuestro sistema constitucional*, negocios cuya experiencia de quince años no puede ser más desastrosa, precisamente por la falta de idoneidad administrativa y moral de los funcionarios y de los gobernantes ineptos del mismo cuño. El manejo de estas entidades es antieconómico y desmoralizador, y es fuente de corrupción cívica…" (p. 489) (énfasis agregado).

Lo relevante del texto, espíritu y práctica constitucionales, viene dado, a nuestro juicio, por el hecho de que el artículo 4° menciona a las empresas públicas. La referencia a las empresas de utilidad nacional se encuentra dentro del contexto de los recursos económicos del Gobierno federal como finalidad de los empréstitos de la nación. Sin embargo, se trata de "empresas de utilidad nacional", dentro de las cuales la doctrina consideró incluidas a los correos y telégrafos, lo que exige asumir por imperativo constitucional que la "utilidad nacional" y las "empresas" nunca fueron, por definición constitucional, excluyentes o antitéticas. Ello así, aun cuando el constituyente parezca referirse en este pasaje a las empresas en términos objetivos, como actividades.

En otras palabras, sintetizando el régimen económico constitucional originario, puede extraerse que el principio general era la regulación, no la asunción por parte del Estado de un rol de comerciante; sin embargo, existían servicios denominados "públicos" por la doctrina constitucional inicial, que el propio constituyente ponía en cabeza de empresas estatales y asignaba a sus rentas el carácter de recursos del tesoro nacional. En esta primera generación de "empresas públicas" constitucionalmente aceptadas, se presentaban aquellas dedicadas a ciertos servicios que en ese momento Alberdi justificó ante la inexistencia de iniciativa privada; a su vez, la práctica daba cuenta de otro tipo de empresas (como los bancos), no solo limitadas a la prestación de un servicio, sino más bien vinculadas estrechamente con la soberanía estatal (la facultad de emitir moneda en forma monopólica).[404]

La reforma de 1994 no modificó, en esencia, esas premisas con relación a las empresas públicas. Si bien incorporó directrices de indiscutible corte social que lleva a algunos a señalar que se adoptó un nuevo tipo de constitucionalismo (Dalla Vía, 2015, p. 148), también mantuvo el ideario liberal reafirmando, por ejemplo, en el nuevo artículo 42, la necesidad de las autoridades de preservar la libre competencia, regular los monopolios y garantizar la calidad y eficiencia en los servicios públicos. El progreso económico con justicia social al que hace referencia el artículo 75, inciso 19 incorpora el debate acerca del desarrollo humano, pero es un debate no superado aún (Gelli, 2015, p. 201). Fuera de todos los matices, parece claro que, luego de la reforma, se mantiene y reafirma un reconocimiento al principio de libertad e iniciativa privada como base de desarrollo, y se ordena la intervención para suplir las carencias del mercado de forma razonable (Rosatti, 2025, 622).

4.2 La empresa pública y su recepción en la doctrina nacional

Marienhoff (2011, p. 361) consideraba que por "empresa del Estado" debía entenderse toda *persona jurídica*, pública o privada, creada por el Estado que realice habitualmente actividades comerciales o industriales o que tiene a su cargo la prestación de servicios públicos de esa índole, y citaba, en ese orden, el artículo 1° de la Ley 14380. Como se explicó con anterioridad, criticaba la

[404] Confróntese, en tal sentido, la opinión de Alberdi expuesta en la nota al pie 19 y la de Joaquín V. González en la nota al pie 21.

confusión entre "empresa del Estado" y "entidad autárquica" y adoptaba una noción subjetiva de empresa.

Gordillo (2014) descartaba la existencia de un concepto apriorístico "predeterminado por la realidad, y que la doctrina deba necesariamente hallarlo en cuanto única definición correcta de esa realidad" (p. 472); descreía de ese dogmatismo científico y se inclinaba por elaborar una clasificación que permitiera abordarla razonablemente "sin importar demasiado el nombre" (p. 472). Desde allí, consideraba, en sentido amplio, a las empresas públicas como "toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (y no solamente estatal) de la economía" (p. 471). Pero en sentido estricto, reservaba el término para las empresas del Estado previstas en la Ley 13.653 por ser íntegra y expresamente estatales (sin adoptar formas de sociedades privadas), por tener personalidad propia, por dedicarse a una actividad económica y por no estar primordialmente sometidas al derecho privado.

Dromi (1983,) también coincidía en la ausencia de una "forma jurídica unitaria" de la empresa pública "como si las formas jurídicas abstractas fueran siempre representación de una realidad" (p. 78). No obstante, señalaba que, a partir de la Ley 20558 que creó la Corporación de Empresas Nacionales, resultó obligatorio en el ordenamiento jurídico argentino "hablar de 'empresas públicas', como género (…) la *empresa pública* es a la economía lo que el servicio público a la administración, aunque en ambos casos sus entes gestores integran la descentralización" (p. 78). Sobre esa base, definía a la empresa pública como "toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (no solamente estatal) de la economía" (p. 79).[405]

Prepondera en esta noción el elemento objetivo (en contraposición a la tesis de Marienhoff) y la idea de que la titularidad del Estado es la que la torna de carácter público.

Linares (1986) consideraba que las sociedades estatales forman parte de una "descentralización impropia" localizadas en una zona "gris" e intermedia entre la descentralización y las sociedades privadas. Su carácter público viene dado por la aplicación del derecho público a las relaciones con la Administración central, en el cual cobra relevancia el control de legalidad y oportunidad que el Estado, como dueño, está obligado a llevar a cabo "aunque se dictaran leyes claras y específicas imponiendo la autonomía total de esas sociedades" (p. 294).

Barra (2006) define a las empresas públicas como "aquellas organizaciones empresariales, cualquiera sea su tipicidad o forma jurídica, donde el Estado

[405] El autor diferencia el elemento objetivo (la empresa como conjunto de actividades económicas comerciales, industriales, agrícolas) del elemento subjetivo (pública, carácter que "se predica de toda empresa que de una u otra manera sea controlada por el Estado. El control constituye el rasgo definitorio de la publicidad de la empresa" (Dromi, 1983, p. 80).

tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias" (p. 374), en línea con el artículo 8, inc. "b" de la Ley 24156. Y considera dirimente para su existencia al "predominio de la voluntad del sector público —en definitiva, del Gobierno— en la formación de las decisiones del ente, ya sea por la condición mayoritaria de la participación gubernamental" (p. 378).[406]

Sin embargo, dado que este autor asimila lo "estatal" con lo "público", es decir, niega la existencia de "entes públicos no estatales" o "entidades privadas en el Estado", el carácter público de las empresas determina fatalmente el fin público que tienen. Por ende, no existe la posibilidad de un lucro. Considera esta premisa como "una especie de presupuesto dogmático" que le impide al Estado perseguir una finalidad lucrativa y, por lo tanto, la actividad empresarial del Estado sería, a su juicio, "alucrativa" (no persigue fines de lucro) pero no "antilucrativa". En otras palabras, la finalidad de lucro no es de la sociedad, sino del accionista, y si este es mayoritariamente estatal, esa sociedad no tendrá fin de lucro; en cambio, si el accionista es mayoritariamente privado, el fin será de lucro.

Cassagne (2024) explica que el término "empresa pública" no sirve para manifestar toda la gama de situaciones que se presentan y rescata la ausencia de coincidencia entre "público" y "estatal". Reconoce la aceptación general de la terminología y confronta con las "posturas negatorias" o reduccionistas de Gordillo y Barra, asumiendo que pueden existir en el Estado formas societarias regidas por el derecho privado. Se trata, afirma, … de la utilización por parte de la Administración pública de técnicas "instrumentales" que, aunque pertenecen al derecho privado, traducen un medio práctico para cumplir sus fines, otorgándole flexibilidad a la gestión (en los aspectos contables, de administración, relaciones con el personal, actuación en el mercado) sobre la base de técnicas tradicionales del derecho privado en economías de tipo capitalista. (p. 380).

En idéntico sentido, Mairal (2010) señala que la discusión sobre la empresa pública se supera distinguiendo los términos "público" y "estatal", entendido el primero como el "derecho que rige al ente" y el segundo como "a su propietario". "Si se acepta ese punto de vista tendremos entes públicos y estatales; entes mixtos y estatales; entes privados y estatales y entes privados y mixtos" (p. 616).

Comadira y Escola (2012, p. 344) abordan directamente el deslinde de fines, remarcando, si la Administración adopta formas de derecho privado, no necesariamente ello implica que asuma también fines particulares, ya que el

[406] Al igual que Dromi (1983), Barra (2006) define, por un lado, a la empresa ("organización dotada o no de personalidad jurídica propia, con fin de lucro o sin él, destinada a la producción de bienes y servicios industriales o comerciales según metodologías propias de la producción industrial o del tráfico mercantil") (p. 378) y luego agrega la noción de "pública", carácter que se adquiere siempre que exista una "constitutiva influencia dominante de lo público en la formación de la voluntad empresaria, en su financiación, en su carácter instrumental con relación a objetivos sustanciales que, en un sistema democrático capitalista, cualquiera especialista no dudaría en calificar como "públicos" (pp. 383).

Estado solo puede propender al interés público. En todo caso, existen fines inmediatos privados y mediatos de naturaleza pública.

4.3 Las empresas públicas en la legislación nacional actual

Un breve resumen de las normas que rigen a las empresas públicas actualmente nos obliga a prescindir de aquellas que, si bien refieren a la noción de empresa, no mencionan de forma explícita a las involucradas con el Estado.[407] Asimismo, se pasarán por alto las regulaciones de cada una de las figuras típicas de empresas públicas para relevar las normas fundamentales y generales actuales aplicables a todas ellas y relevantes para el objeto de este trabajo.[408]

El Código Civil y Comercial de la Nación menciona en dos oportunidades a las empresas. En el artículo 320, referido a la obligación de llevar estados contables, determina que "[e]stán obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y *quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios*"[409]. Y en el artículo 1093, al referirse a los contratos de consumo, establece que es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente *o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios*, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. [410]

De allí se desprende, sin lugar a duda, que el Código Civil y Comercial no adopta un criterio unitario de empresa, toda vez que en la primera disposición parece adherir a una teoría objetivista, mientras que en la segunda lo hace en términos subjetivos (la empresa como persona jurídica).

En otro plano, la conjunción de los artículos 148 y 149 del mismo Código parece ir en línea con la postura de Cassagne (2024), admitiendo que el Estado pueda participar en sociedades de derecho privado sin que esto cambie su naturaleza. En efecto, luego de señalar en la primera norma los tipos de

[407] Por ejemplo, la Ley 20744 de Contrato de Trabajo, que en su artículo 5° define a la empresa y al empresario: "A los fines de esta ley, se entiende como 'empresa' la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la 'empresa'". También suele hacerse referencia, en el derecho tributario, al artículo 5°, inc. c) de la Ley 11683. En esta rama, dada su autonomía para calificar las realidades y definir hechos objeto de imposición, se prescinde del concepto jurídico o económico de empresa, motivo por el cual la Ley 11683 usa indistintamente el término como análogo a un sujeto, a una sociedad, a patrimonios de afectación o a cualquier tipo de unidad económica, mientras que las leyes de cada uno de los impuestos pueden, a su vez, seguir o apartarse de estas nociones.

[408] Es decir, se omite considerar al Decreto Ley 15349/46, que creó la sociedad de economía mixta (en adelante, también SEM); la Ley 13653 de 1949 y las modificaciones de las leyes 14380 y 15023, referida a las empresas del Estado; la Ley 19550, en cuanto regula las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; la Ley 20705 de Sociedades del Estado. Todas ellas se han de transformar en sociedades anónimas en los términos de la Ley 19550.

[409] Énfasis agregado

[410] Énfasis agregado

"personas jurídicas privadas",[411] el artículo 149 establece que "[l]a participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación".

La Ley 24156 de Administración Financiera, al delimitar su ámbito de aplicación, recoge una definición de empresa pública abarcativa de 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.

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 complementa esta disposición, estableciendo que la Ley 24156 solo será aplicable a las sociedades anónimas resultantes de la transformación allí dispuesta cuando, producto de esa modificación, el Estado posea participación accionaria mayoritaria.[412]

Ese mismo decreto dispuso que todas las empresas con participación del Estado, "cualquier sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en Sociedades Anónimas" y quedarán regidas "a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades N° 19.550 en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna".[413]

El mismo decreto aclara que las empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga.[414]

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, reformada por la Ley 27742, establece expresamente que no será aplicable a ninguna de las variantes en las que el Estado Nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Y agrega que [l]os entes mencionados en este inciso c), así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional, se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado. El Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá, a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho

[411] "Artículo 148 - Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento".
[412] Artículo 52 del DNU 70/2023.
[413] Artículo 48.
[414] Artículo 50.

en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público.[415]

Por su parte, la Ley 27742 establece, en su artículo 23, los principios rectores que deben respetar todas las empresas "con participación estatal total o mayoritaria", a saber: eficiencia, transparencia, integridad, generación de valor, roles diferenciados, controles eficientes.

Las reformas legislativas señaladas ponen de manifiesto una clara orientación del ordenamiento jurídico positivo hacia la posibilidad de que el Estado asuma formas empresariales puramente comerciales, orientadas al beneficio y sin ninguna nota propia de derecho público.

5. El conflicto de fines en la empresa pública

Hasta aquí se han expuesto las nociones de "empresa" (objetiva y subjetiva); de empresa "comercial", guiada y orientada al beneficio o lucro; y de empresa "pública", abordando en esta última su estatus constitucional, discusiones doctrinarias y el estado actual de la legislación. Es momento de tratar, desde esa plataforma conceptual, el conflicto de fines que porta ínsita la empresa pública.

5.1. El fin del Estado

Partiendo de la base de que el fin del Estado es el bien común, resulta interesante memorar la diferencia entre el *bien común* y el *bien común público.* Bidart Campos (1999) sostenía que el bien común se refiere a un bien que es común a varias personas, a un grupo, como por ejemplo, el bien de una asociación cultural, o deportiva, *o comercial,* o universitaria. Es común porque pertenece a los miembros de ese grupo, pero es particular porque alcanza únicamente a ellos y a los intereses de ese grupo; y es parcial porque satisface solamente una o algunas necesidades del hombre, y no todas. El bien común que es fin del estado no deja de ser común, en cuanto pertenece al grupo máximo y a sus miembros. Pero es, público, y no particular ni parcial, porque alcanza a todos los hombres que conviven en esa organización política —sin excluir a nadie— y porque satisface *todas las necesidades* de esa convivencia general. (p. 184, énfasis agregado)

Este autor señalaba que, en el orden de las normas jurídicas, el fin del Estado —es decir, el bien común público— aparece formulado en la Constitución formal en su preámbulo. En Argentina: afianzar la justicia, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad, consolidar la paz, proveer a la defensa común.

Este bien común público, traducido al derecho administrativo generalmente con el interés público, solo puede escindirse de la voluntad mayoritaria expresada en la Constitución Nacional en regímenes totalitarios. Sostenía Escola (1989) que en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de

[415] Artículo 1°, inc. "c".

sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público "del pueblo'" como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la Administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el jefe del gobierno, conductor o líder de turno. Después de lo hasta aquí dicho, en seguida se comprende que en tales casos no existe ni se trata de un "verdadero interés público" (…) Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la Administración pública, pero no de un interés público. (p. 240).

El fin del Estado no puede ser confundido con el interés del gobernante. El bien común *público*, el interés público, no se confunde con los intereses estatales de un Gobierno determinado, sino con ciertos valores comunes expresados en la Constitución Nacional.

5.2. Los fines de las empresas públicas

La actividad empresarial del Estado responde a fines públicos diversos, que se concreta en el ejercicio de empresas diferentes. Ya se ha visto, por ejemplo, que en Argentina la existencia de un banco federal mencionado en la constitución respondía a una tradición local que se remontaba a las primeras experiencias institucionales criollas y a la experiencia comparada con los Estados Unidos; y la presencia de una empresa de correos, a la necesidad acuciante de promover la población y desarrollo de un vasto territorio nacional que solo podía asumir la nación.

Una clasificación posible de fines de las empresas públicas propuesta en la doctrina las engloba en cinco grandes grupos: a) empresas para gestionar servicios públicos, por motivos sociales, redistributivos o económicos; b) empresas que operan para contribuir al desarrollo económico del país actuando en sectores productivos estratégicos, a fin de evitar estrangulamientos en puntos críticos para el desenvolvimiento del proceso de desarrollo; c) empresas para regular la estructura del mercado, quebrantando formaciones monopolísticas y oligopolísticas o estabilizando el mercado operando sobre el mecanismo de los precios; d) empresas que actúan con fines innovativos político-sociales, como el empleo de los recursos naturales locales; e) empresas cuya actuación va dirigida a garantizar una equilibrada disponibilidad de bienes y servicios en las diferentes regiones y para conseguir la elevación de las condiciones económicas de las áreas en depresión (Rivero Ysern, 1978, p. 14).

Si bien la decisión de crear una de estas instituciones tiene carácter discrecional, hay criterios jurídicos que condicionan la creación de empresas públicas. Para empezar, la iniciativa pública empresarial, como cualquiera otra intervención pública*, no es un fin en sí mismo*, sino un instrumento para la consecución de tareas de interés general. En consecuencia, la empresa pública es legítima, si está suficientemente justificada, lo que generalmente *solo se producirá ante fallos del mercado*. (Laguna de Paz, 2016, pp. 409-410).[416]

[416] Énfasis agregado.

Esta referencia a las fallas de mercado no resulta menor, pues remite a la figura que justifica actualmente en la doctrina al servicio público, y ello coincide con la posición de, entre muchos otros, Tomás Ramón Fernández Rodríguez (1965), quien señaló que la primera gran distinción que debe realizarse en las empresas públicas es entre aquellas destinadas a la prestación de servicios públicos y las que sirven a fines de política económica.[417]

Señala este autor que la empresa publica aparece como una técnica al servicio de la Administración para la consecución de fines diversos, y de este modo se coloca junto a las tres clásicas formas de actividad administrativa: policía, fomento y servicio público, sin adscribirse particularmente a ninguna de ellas, en tanto que tiene sustantividad propia y tan acusada que del mismo modo que la policía caracterizó una época de la evolución del Estado moderno, esta califica hoy de forma peculiar a la Sociedad y a la administración actuales*. La empresa pública, en cierto aspecto, es una forma de gestión de los servicios públicos, como el servicio público,* desde un cierto ángulo, presenta un cariz de policía, pero su principal significado hay que reconducirlo a unos principios propios, que son los que le dan trascendencia social, económica y jurídica. (Fernández Rodríguez, 1965, p. 99, énfasis agregado).

Esta divisoria de aguas entre empresas públicas creadas para "superar fallas del mercado" y asociadas a servicios públicos, que actúan como privados, y aquellas que se refieren a "política económica", más vinculadas a necesidades estratégicas de soberanía nacional, es completamente compatible con el diseño constitucional argentina inicial. El correo, así, bien podría responder al primer grupo de empresas; mientras que el banco federal, al segundo.

5.3. Razonabilidad de la creación de las empresas públicas. Superposición de fines con otros institutos de derecho público. Empresa pública y servicio público

Los fines del Estado tienen una diferencia esencial con los fines de los particulares. La iniciativa individual se ampara en la libertad consagrada por el artículo 19 de la Constitución Nacional y se encuentra tutelada por los derechos de propiedad protegidos en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional. Los individuos no deben dar cuenta de sus motivaciones personales. En cambio, por el mismo artículo 19 y el principio de competencia, los fines del Estado (más precisamente de la Administración) son verificables por el ordenamiento jurídico, de cumplimiento obligatorio y las autoridades están obligadas a dar cuenta de sus actos. De allí se deriva, entonces, que mientras

[417] Señalaba el autor: "Es cierto que en las empresas de este último grupo también existen componentes públicos en sus fines institucionales, pero lo es igualmente que su intensidad no es determinante como en las empresas de servidos públicos. Una empresa pública que viene a cubrir un vacío o un defecto en un determinado sector de la industria privada debe comportarse en principio como una empresa privada, a la cual en realidad está sustituyendo. Tiene, no obstante, fines o intereses públicos que atender, que deberán de tenerse en cuenta a la hora de valorar su eficacia, configurar su estructura o establecer su disciplina en el marco del sector público, pero fundamentalmente su comportamiento deberá ajustarse a las reglas de las empresas privadas que realizan actividades semejantes. La naturaleza de su actividad la obliga a "jugar el juego de las actividades económicas" (Fernández Rodríguez, 1965, pp. 101-102).

la iniciativa privada es un derecho con protección constitucional, la iniciativa empresarial pública sólo será válida si se motiva y justifica suficientemente.[418]

Desde esta postura, es posible confrontar la creación de empresas públicas con el principio de razonabilidad derivado del artículo 28 de la Constitución. Se trata de un principio que supone diversos juicios o subprincipios, como la "adecuación", la "necesidad" y la "proporcionalidad en sentido estricto" (Cianciardo, 2004). Desde otra óptica, se traduce en la elección de la alternativa más racional (aspecto técnico) y más justa o equitativa (aspecto valorativo) de todas las posibles para obtener el fin deseado. Pero, evidentemente, la razonabilidad de un acto estatal no puede ser juzgada en abstracto, sino en una situación concreta, y en ella intervienen tanto la percepción social dominante sobre la relación entre la sociedad y el Estado (el contexto histórico e ideológico del caso) como las circunstancias concretas en las que se produce la intervención estatal, es decir, de normalidad o de crisis (contexto histórico fáctico) (Rosatti, 2011, p. 191).

Si se vuelve a las finalidades previamente sintetizadas en este punto, y se confronta a las empresas públicas con otros medios de intervención económica, se advierte que la figura cae de una u otra manera en el terreno de institutos del derecho público que tienen un contenido dogmático más consolidado.

Por un lado, la utilización de la empresa para incentivar las condiciones de mercado y cierta disponibilidad de bienes, o regular su estructura y condiciones, implica una superposición con el poder de policía (específicamente, la regulación de la defensa de la competencia) y el fomento y/o las ayudas públicas.

La razonabilidad de recurrir a la empresa pública para la contención de precios puede ser, asimismo, dudosa: si los precios son altos, pero acordes al repago de la inversión o las leyes de la oferta y demanda, la contención implica fijar precios accesibles, pero políticos, por una vía elíptica; si son altos y se pretende convalidar ese precio, lo que se busca es instaurar un monopolio, lo cual implica un solapamiento de la empresa pública con el servicio público.

A su vez, la utilización de empresas públicas para mejorar ciertas condiciones laborales u obtener información de los costos de algunas empresas del mercado, supone la creación de empleados privilegiados en el sector público o pasar por alto las técnicas informativas de la policía (Saraceno, 1970, p. 360).

Tal vez, el principal fundamento que obsta al empleo de la empresa pública para seguir todas esas finalidades radica en que las empresas, por definición, persiguen un propósito de lucro, una finalidad de beneficio para el empresario, la intención de obtener ganancias. Y lo cierto es que la búsqueda de fines por

[418] "Existe, pues, una sustancial diferencia entre la iniciativa privada y la pública. La primera es expresión de un derecho fundamental, mientras que la segunda no es expresión de derecho alguno, sino un instrumento para la consecución de tareas de interés general, siempre que sea necesaria y proporcionada**.** *En consecuencia, la iniciativa pública empresarial sólo es legítima si está suficientemente justificada*, lo que generalmente sólo se producirá ante fallos del mercado" (Laguna de Paz, 2016, p. 229, énfasis agregado).

medio de instrumentos que no tienden a ellos implica un incumplimiento al principio de razonabilidad referido.

Para lograr un adecuado sinceramiento entre medios y fines, debemos preguntarnos: ¿es viable concebirse una empresa pública como un mero vehículo generador de recursos para el Estado?

Como se ha señalado con anterioridad, el texto de la Constitución lo permitiría, y el propio Alberdi creía que el correo debía ser una fuente de recursos estatales. Pero no puede perderse de vista que, al mencionarse las rentas del correo en el artículo 4° de la Constitución Nacional, se hace referencia a una actividad que el propio Alberdi y los primeros constitucionalistas consideraban como "servicio público". La generación de esos recursos, así, no tenía por finalidad un "rédito" en favor del Estado, sino solventar la prestación de ese servicio.

En cambio, los recursos del Tesoro se generan, a grandes rasgos, por los ingresos tributarios, la deuda pública y la emisión monetaria.[419] De esta manera, se caería nuevamente en la utilización de la empresa pública como un medio de reemplazo de técnicas específicas más apropiadas. En un extremo irreal, pero gráfico, no sería admisible concebir un Estado volcado puramente a la de obtención de ganancias o al ahorro. Sostenía Bidart Campos (2002), en ese sentido, que la eficiencia económica no es un fin en sí mismo, porque la finalidad del sistema económico —que, por supuesto, debe ser eficaz— estira su horizonte hacia lo ya tan insistido: hacer efectivos los derechos y las instituciones de la Constitución. Al sistema económico hay que hacerle rendir el máximo resultado exitoso, con un "para" que emigra del espacio económico y se dirige hacia el bienestar efectivo de las personas. Estas son quienes han de participar del interés económico general porque este interés, aun de conceptualización ambigua, tiene como destino el aprovechamiento social. (punto 5)

Descartados los tributos, la policía y el fomento, el único instituto que aparece íntimamente vinculado a la empresa pública es el servicio público. Es decir, la actividad prestacional del Estado que se ha justificado, precisamente, en las fallas del mercado. Desde esta óptica, la complementariedad de los institutos parece evidente: la empresa pública sería la técnica que se ajusta al servicio público en aquellos casos en que se decide la prestación directa por parte del Estado.

Este posicionamiento de la empresa pública en el terreno de los servicios públicos merece dos observaciones.

En primer lugar, el peligro de esta asociación viene dado por la naturaleza garantística del instituto del servicio público. De admitirse que la empresa pública y el servicio público se encuentran íntimamente vinculados, debe llamarse la atención del riesgo que supondría permitir, por esta vía, la

[419] Se opta aquí, por la tipología más sencilla que sigue Jarach (1999, p. 57) y se excluyen la venta de bienes y servicios y las penas pecuniarias. Una clasificación omnicomprensiva puede verse en Rosatti (2011, pp. 106-107).

publificación de actividades sin la garantía que supone la *publicatio* por ley formal del Congreso.[420]

En segundo término, la justificación constitucional de la empresa pública dentro de la técnica del servicio público deja fuera otras realidades, otro tipo de empresas que existen y han existido en nuestro ordenamiento íntimamente vinculadas a la pura soberanía estatal. Es el caso de la actividad bancaria previamente señalada, comprometida en la necesidad de la emisión de una moneda nacional.

5.4. Compatibilidad del lucro con los fines de la empresa pública

La empresa pública debe perseguir, en la medida de lo posible, el máximo beneficio; al mismo tiempo, la titularidad por parte del Estado se justifica en cuanto, mediante su ejercicio, se consigan finalidades de interés general. Sostener que debe perseguirse el beneficio hasta que no contraste con las finalidades de interés público que se quieren conseguir tiene solo valor descriptivo y no exime de indagar si no puede darse una explicación mejor del fenómeno (Ottaviano, 1970, p. 271) ¿Cómo es posible conciliar estas dos finalidades opuestas?

Creemos que existen tres vías que compatibilizan la finalidad de lucro o beneficio de la empresa comercial con los fines estatales en aquellos casos en que éstos son legítimos. Es decir, cuando se ha recurrido a la empresa pública por un motivo válido y razonablemente aceptado por el ordenamiento constitucional.

1. *Reconocer el concepto subjetivo de empresa*

Como ya se ha dicho, el fin es el objetivo buscado o pretendido por alguien y lo que le da sentido en última instancia a algo. Si se asume que la empresa es una actividad, un objeto, un conjunto de factores organizados, la única persona que puede tener la *voluntad y el propósito* de lucrar es el sujeto empresario que titulariza esa actividad. En esta hipótesis, el lucro es lo que le da sentido y razón de ser a esa organización y esta no puede existir fuera de ese propósito. En cambio, si se la concibe como un sujeto de derecho, con capacidad de formar una voluntad diferente al empresario, ésta puede tener un propósito (de lucro) diferente al que tiene el Estado (el bien común público).

Esto implica erradicar completamente la posibilidad de que existan figuras como las "empresas propias" del derecho español, *en régie* del derecho francés, o *Regiebetrieb* del derecho alemán, estructuras empresariales sin personalidad jurídica propia y estructurados dentro de la Administración

[420] "La justificación de la gestión directa de una determinada actividad no se encuentra en el requisito previo de que se haya declarado su carácter de servicio público. Es decir, la administración inicia una actividad económica sin *el compromiso —político y jurídico— que comporta su declaración previa de servicio público*; de donde surge la disociación de servicio público y prestación administrativa. Es por esto que la expresión servicio público viene a ser sustituida, cuando tiene carácter económico, y la Administración asume el riesgo de su explotación, por el concepto de *Empresa pública*" (Garrido Falla, 1968, p. 120) (énfasis agregado).

general con poder de imperio frente al mercado (tasas, procedimiento de apremio, etc.) (Villar Palasí, 1950, p. 91).

Al reconocer esta personalidad jurídica, cobra relevancia la llamada "neutralidad" de la empresa frente a los "fines extrasociales", que debe ser garantizada mediante la autonomía e independencia del ente. En efecto, si al mismo tiempo que se reconoce la existencia de una persona jurídica diferente se cae en la definición subjetiva de empresa pública por el grado de control estatal sobre ese ente, la autonomía podría quedar desdibujada. En la actualidad, el inciso "b" del artículo 8 de la Ley 24156 y las definiciones de empresa pública que provienen de la Ley 27742 han adoptado la doctrina del control predominante que proponen Barra (2006) o Dromi (1983).

Para sortear la dificultad del "sujeto jurídico" diferente y lograr superar la mera ficción conceptual prevista en una norma, proponemos como estándar que el grado de autonomía debe ser tal que *invierta la regla de la competencia por la de la libre iniciativa amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional*.

La discusión de los fines, entonces, se traslada a la de la autonomía real y efectiva de la empresa pública y las garantías para protegerla. Al resguardar esa independencia, se permite que esta sea un "sujeto de derecho" real y no meramente declarativo y que persiga fines diferentes al Estado. Existen, por lo menos, tres niveles o técnicas de protección de tal autonomía: i) el propio reconocimiento de la personalidad jurídica; ii) un vínculo apropiado entre el Estado y la unidad de negocios que impida un nexo estrecho entre ambos; y iii) la constitución del vehículo societario que, por definición, mejor representa a la gestión capitalista: la sociedad anónima privada, en la cual el Estado es solo un accionista que concurre con otros sujetos en la formación de la voluntad y delega en un directorio independiente la gestión diaria del capital (Saraceno, 1970, p. 365).

Este último es el camino que comenzó a transitar el Decreto 70/2023, que ordenó la transformación de todas las empresas públicas en sociedades anónimas. Por ejemplo, como ya se ha señalado previamente, la posibilidad de que el Banco de la Nación Argentina fuese una sociedad anónima se encuentra expresamente reconocida por laprimera doctrina constitucional (ver nota al pie 21).

2. *Distinguir entre los fines primarios y los secundarios del ente*

Ante la indudable necesidad de que exista un fin de lucro o beneficio en la empresa pública, quizás sea mejor considerar en relación con los entes públicos un fin doble, uno instrumental y otro finalista, y admitir que la actividad es pública aunque el ánimo instrumental sea de lucro patrimonial, cuando el ánimo finalista es la satisfacción de un interés público. (Lessona, 1970, p. 188).

De acuerdo con este criterio, el objeto primario de la empresa pública debe ser el lucro y la obtención de ganancias, aún cuando, de forma instrumental, ese propósito quede al servicio de una finalidad de interés público válidamente reconocida por la Constitución Nacional.

En ese orden, la multiplicidad de fines se ha puesto de manifiesto al señalar que algunas actividades empresariales, que por definición son lucrativas, también impactan y tienen un relieve público, en la medida en que el sólo desarrollo de la actividad en sí mismo es valioso. Se ha dicho, así, que la empresa pública da lugar a una hipótesis distinta de la del servicio público, en el cual existe un interés directo del Estado en producir las ventajas que se ofrecen a los ciudadanos. En el caso de la empresa pública, por el contrario, se da un fenómeno análogo al de los entes privados de interés público, ya estudiado por la doctrina, es decir, al de aquellos entes que *persiguen fines privados, pero cuya actividad tiene relieve público, en el sentido de que intenta satisfacer el interés público ligado con el desarrollo de aquella actividad*. (Ottaviano, 1970, p. 272[421]).

3. *Redefinir la noción de lucro o beneficio empresarial*

En esta tercera vía, sin caer en el lugar común criticado por Ariño Ortiz y defender la "rentabilidad social", cabría preguntarse nuevamente cuál es el beneficio o lucro en una empresa en general y en una pública en particular.

a. Una primera posibilidad es asumir que el lucro que justifica una empresa comercial no es el que permite —necesariamente— la obtención de una ganancia, sino que basta con aquel que mantiene el valor del capital o lo incrementa sin distribuir dividendos, organizando los medios de producción para alimentarse con sus propios ingresos. En ese sentido, se ha señalado que no es la idoneidad de la actividad económica organizada para obtener una ganancia —es decir, para producir ingresos *superiores* a los costes de producción— la que se ha juzgado coesencial al concepto de empresa, sino, más limitadamente, la idoneidad de la misma para *cubrir los costes de producción*. A la luz de este criterio, se ha negado la condición de empresario a los entes públicos de "protección social" (…) porque se proveen del capital de gestión de distinta manera que con la retribución de sus servicios, que prestan gratuitamente o, en cualquier caso, por un precio manifiestamente insuficiente para cubrir su coste de producción. El ejercicio de la actividad económica comporta aquí la aplicación "a fondo perdido" de la provisión financiera del ente, que debe ser constantemente alimentada por otras fuentes, tales como la ayuda financiera del Estado o la exacción de contribuciones obligatorias. De este modo, la noción de empresa teorizada por la economía clásica no viene juzgada como jurídicamente relevante: empresa en sentido técnico-jurídico es, más bien, lo que los economistas definen como "hacienda de producción", en antítesis con "hacienda de distribución", es decir, aquella actividad económica *que se alimenta con sus propios productos y tiende a conservar invariable, en lugar de distribuirlo, el capital empleado*. (Galgano, 1970, p. 263 [422]).

b. Desde otra perspectiva, en una economía de mercado, la empresa privada garantiza eficiencia en la producción, mientras que la acción pública puede organizarse para: i) suplir la incapacidad de la empresa privada para usar

[421] Énfasis agregado
[422] Énfasis agregado

plenamente los recursos y así promover el desarrollo económico, y ii) proteger fuerzas sociales que podrían ser perjudicadas por fallas del mercado, buscando restablecer la competencia. En el primer caso, el Estado afronta actividades que no interesan a los privados y no espera beneficios; cuando hay rentas superiores a la retribución normal del capital, se reduce el aporte estatal. En el segundo caso, la empresa pública fija precios para usar al máximo su capacidad y sólo retribuir el capital invertido, sin ánimo de lucro en el sentido comercial indicado. Si obtiene beneficios superiores, estos se destinan a bajar precios en fines antimonopolísticos o a disminuir el aporte estatal en actividades sin posibilidad de beneficio (Saraceno, 1970, pp. 370-372).

El denominador común de esta redefinición del lucro se traslada a la distribución de dividendos. Los estatutos de las empresas públicas, para compatibilizar lucro y fin público, deberían contener un régimen de distribución de dividendos diferenciado de las sociedades anónimas privadas, regulando la forma en la que el Estado reinvierte las utilidades para reducir precios hasta que el mercado en cuestión se vuelva competitivo.

6. Síntesis

Tras las aparentes contradicciones de la empresa pública y su sentido, subyace un conflicto de fines: interés público y beneficio privado o lucro.

Puede sostenerse que existen dos tipos de lucro: el subjetivo, que es el propósito de lucro del empresario o titular de la empresa de obtener ganancias con ella, y el objetivo, que es la producción de ganancias por parte de la misma empresa. Esta bifurcación permite hablar de la "neutralidad" de la empresa frente al accionista y sus fines y diferenciar las voluntades de ambos.

La empresa, en general, puede ser concebida en términos objetivos como una actividad u organización de factores para desarrollar una actividad económica o, subjetivamente, como un sujeto de derecho que despliega esa actividad. Pero, en concreto, el ordenamiento argentino repele la concepción objetiva que impide darle autonomía y voluntad propia. Si no se asume a la empresa pública como una persona, se le veda la posibilidad de perseguir un propósito de lucro individual y diferente al interés público del accionista estatal. Por ende, solo asumiendo un concepto subjetivo de empresa se puede autonomizar la finalidad de beneficio.

Podría hablarse de un estatuto constitucional de la empresa pública argentina. La letra y el espíritu de la Constitución Nacional permiten sostener que en nuestro ordenamiento siempre existieron "empresas de utilidad nacional" (artículo 4° de la Constitución Nacional). Si los correos podían concebirse como una de tales empresas de utilidad nacional y sus rentas formaban parte del tesoro, puede concluirse que el constituyente originario previó la posibilidad de que las rentas de esas empresas conformen sus recursos. Desde allí, nada prohíbe que el Estado se haga de recursos por medio de una empresa pública en la medida en que, como principio, no destine los fondos a solventar otro tipo de gastos. No obstante, el espíritu liberal de la Constitución, ratificado en

esencia por la Reforma de 1994 con los matices ya analizados, siguen posicionando al Estado en una actuación subsidiaria y principalmente reguladora, librando el ejercicio del comercio a la iniciativa privada.

Esta responde a los derechos de propiedad y al ámbito de libertad individual, en tanto la iniciativa pública debe ser justificada por el principio de legalidad y competencia (artículo 19). Por ello, el mismo estatuto constitucional de la empresa pública se rige por el principio de razonabilidad (artículo 28), que exige adoptar medios válidos que tiendan a los fines declarados.

El instituto bajo estudio, como ha sido utilizado en general históricamente, se superpone con otros institutos de derecho público con contenido dogmático más arraigado: policía, servicios públicos, fomento y tributos. Singularmente lo hace con el servicio público. Al confrontarla con el principio de razonabilidad, se observa que la empresa comercial, por definición, persigue un propósito de beneficio para el empresario, la finalidad de obtener ganancias. En esas condiciones, si el Estado usa un instrumento destinado a lucrar con un fin distinto (ejercer la policía, el servicio público, el fomento o la recaudación), compromete el principio de razonabilidad.

Si bien no es contrario a la Constitución que el Estado pretenda obtener recursos por medio de estas empresas, las cláusulas constitucionales analizadas y la noción misma de Estado dejan esta opción como una alternativa excepcional.

A su vez, al yuxtaponer la empresa pública con el servicio público, se observan posiciones doctrinarias que encontraban el sentido del empresariado estatal n la ausencia de un mercado competitivo. Esto permite diferenciar dos grandes tipos de empresas públicas: aquellas que se encuentran involucradas y prestan un servicio público y las que tienden al desarrollo económico o se vinculan con fines de política económica. Ambas estaban presentes en la Constitución Nacional de 1853 y su práctica (el Correo como "servicio público", y los bancos, vinculados a la emisión de moneda).

Es mucho más factible y posible compatibilizar el lucro con el primer tipo de empresas que con el segundo. Se encuentra allí una justificación razonable para el instituto. En el segundo caso, la finalidad de la política económica es menos contrastable con la eficiencia y obtención de beneficios.

En ambos casos, para armonizar este instituto con el propósito de lucro comercial, se debe:

1. Reconocer la autonomía de la empresa, lo cual exige admitir que son sujetos de derecho independientes con garantías funcionales y formalizarlos por medio de un vehículo societario idóneo. El grado de autonomía debe ser tal que invierta la regla de la competencia por la regla de la libre iniciativa. La forma societaria más óptima para ello parece ser –por el momento–la sociedad anónima.
2. Admitir la posibilidad de que tanto la empresa como el Estado tengan fines principales e instrumentales sin que prime el interés público sobre todos

los demás. La obtención de recursos estatales por medio de una empresa pública es válida, pero de excepción.

3. Redefinir el concepto de lucro para las empresas públicas, regulando diferencialmente la distribución de dividendos y admitiendo que también puede existir un beneficio en el mantenimiento o incremento del valor del capital invertido o en la reducción de los costos de producción y precios. A su vez, el régimen de distribución señalado debe permitir al Estado reinvertirlos y, al mismo tiempo, a los socios privados de la empresa pública, retirarlos con fines de lucro individuales ajenos al accionariado estatal.

Un trabajo de campo que analice los estatutos de diferentes empresas públicas a la luz de estos principios sería de gran utilidad.

7. Conclusiones

En el ordenamiento jurídico argentino existe un estatuto constitucional de la empresa pública, concebida principalmente para la prestación de servicios públicos y, de manera excepcional, para fines de política económica. Para no colisionar con los artículos 14, 17, 19, 28 y 42 de la Constitución Nacional —que consagran la propiedad, la iniciativa privada y la razonabilidad—, el Estado debe justificar la excepcional creación de empresas públicas y evitar superponerlas con otros institutos de derecho público.

El interés público del Estado puede ser compatible con el beneficio y el propósito de lucro propios del comerciante, en la medida en que la instrumentación de la empresa pública se base en tres principios esenciales: 1) el reconocimiento de personalidad jurídica, autonomía e independencia tal que invierta la regla del artículo 19 de la Constitución y se instrumente mediante la adopción de la sociedad anónima o afines; 2) el establecimiento de un régimen de utilidades y dividendos distinto al de las sociedades anónimas sin participación estatal, que permita diferenciar a los accionistas privados de los estatales (estos últimos podrían optar por no retirar dividendos); 3) la admisión de fines principales y secundarios tanto en el Estado —quien puede obtener legítimamente recursos de una empresa pública— como en la empresa —que puede procurar válidamente el lucro como medio indirecto para satisfacer un interés general—.

Bibliografía

Ackerman, M., Ferrer, F., Piña, R. G. y Rosatti, H. (2012). *Diccionario Jurídico* (Tomo I). Rubinzal Culzoni.

Alberdi, J. B. (1854). Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina. https://www.hacer.org/pdf/sistema.pdf

Ariño Ortiz, G. (1981). La empresa pública. En Garrido Falla, F. (Coord.), El modelo económico en la Constitución española (Vol. 2, pp. 13-234). Instituto de Estudios Económicos.

Aristóteles. (1875). Metafísica (Ed. de P. de Azcárate). Medina y Navarro Editores. https://www.filosofia.org/cla/ari/azc10151.htm

Barra, R. (2006). Tratado de derecho administrativo (Tomo III). Ábaco.

Bielsa, R. (1964). Tratado de derecho administrativo (6ª ed., Tomo I). La Ley.

Bidart Campos, G. (1999). Lecciones elementales de política (5ª ed.). Ediar.

Bidart Campos, G. (2002). La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino). La Ley.

Cabanellas de las Cuevas, G. (2018). La concepción de la empresa en el análisis económico del derecho y su impacto sobre el derecho privado. Revista de derecho comercial, 10, ps. 3-46.

Cassagne, J. C. (2024). Curso de Derecho Administrativo (Tomo I). La Ley-Thomson Reuters.

Cianciardo, J. (2004). El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Ábaco.

Comadira, J. R. y Escola, H. (2012). Curso de derecho administrativo (Tomo I). Abeledo Perrot.

Dalla Vía, A. R. (2015). Derecho Constitucional Económico (3ª ed.). Abeledo Perrot.

Dromi, J. (1983). Derecho administrativo económico (Tomo I). Astrea.

Escola, H. (1989). El interés público como fundamento del derecho administrativo. Depalma.

Fernández Rodríguez, T. R. (1965). Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública. Revista de Administración Pública, 46, 95-122.

Fontanarrosa, R. O. (2001). Derecho Comercial Argentino (Tomo I). Zavalía.

Garrido Falla, F. (1968). La empresa pública en el derecho español. Revista de Derecho Privado, LII, 117-127.

Galgano, F. (1970). Sobre la estructura técnico jurídica del concepto de empresario público. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), La empresa pública (pp. 257-276). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

Gelli, M. A. (2015). Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada (4ª ed.). La ley.

Giannini, M. S. (1970). Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), La empresa pública (pp. 99-115). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

González Calderón, J. (1943). Curso de Derecho Constitucional. Kraft.

González, J. V. (1950). Manual de la Constitución Argentina (24ª ed.). Ángel Estrada.

Gordillo, A. (2014). Tratado de Derecho Administrativo (Tomo IX). Fundación de Derecho Administrativo. https://www.gordillo.com/tomo9.php

Halperin, I. (1969). El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales. Revista del Derecho Comercial de las Obligaciones, 2(7), pp. 265-277.

Halperin, I. (1974). Sociedades anónimas. Depalma.

Halperin, I. (2000). Curso de Derecho Comercial (4ª ed., Tomo I). Depalma.

Jarach, D. (1999). Finanzas Públicas y Derecho Tributario (3ª ed.). Abeledo Perrot.

Laguna de Paz, J. (2016). Derecho Administrativo Económico. Tirant lo Blanch.

Lessona, S. (1970). Líneas generales sobre la empresa pública. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), La empresa pública (pp. 172-187). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

Linares, J. F. (1986). Derecho Administrativo. Astrea.

Mairal, H. A. (2010). El Estado como empresario. En Piaggi, A. I. (Dir.), Tratado de la empresa (Tomo II A, pp. 590-632). Abeledo Perrot.

Marienhoff, M. S. (2011). Tratado de Derecho Administrativo (5ª ed.). Abeledo Perrot.

Martín-Retortillo, S. (1961). Las empresas públicas: reflexiones del momento presente. Revista de Administración Pública, 26, 63-132.

Ottaviano, V. (1970). Sometimiento de la empresa pública al derecho privado y exigencias conexas con los fines públicos que mediante el ejercicio de la empresa se quieran conseguir. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), La empresa pública (pp. 265-281). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

Real Academia Española. (s.f.). Diccionario de la lengua española (24 ed). https://dle.rae.es

Richard, E. H. y Muiño, O. M. (2004). Derecho societario (5ª ed.). Astrea.

Rivero Ysern, E. (1978). Derecho público y Derecho privado en las organizaciones y actividad de las empresas públicas. Revista de Administración Pública, 86, 11-52. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098001

Rosatti, H. (2011). Tratado de derecho constitucional (Tomo II). Rubinzal-Culzoni.

Rosatti, H. (2025). Tratado de derecho constitucional (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.

Saraceno, P. (1970). El fin del beneficio en las empresas públicas de producción. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), La empresa pública (pp. 357-371). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

Varangot, C. J. (1970). La empresa pública en la República Argentina. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), La empresa pública (pp. 1807-1822). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

Villar Palasí, J. L. (1950). La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. Revista de Administración Pública, 3, 53-129.

Zunino, J. O. (2004). Régimen de Sociedades Comerciales. Astrea.

Capítulo V. Sociedades anónimas controladas por el Estado: apuntes desde el derecho societario – Eduardo J. Calvo

Autor: Eduardo J. Calvo

Publicado como Calvo, Eduardo J. (2024) Sociedades anónimas controladas por el Estado: apuntes desde el derecho societario, Revista de Derecho Administrativo, Noviembre – diciembre 2025, Número 162, p. 77. (TR LA LEY AR/DOC/2587/2025)*

Resumen: Las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación sumadas a las establecidas por el Decreto DNU Nº 70/2023 marcaron un importantísimo cambio en la normativa de fondo que rige las sociedades controladas total o parcialmente por el Estado. Este artículo explora la normativa societaria desde sus raíces para destacarla, tal como lo prevé hoy el ordenamiento jurídico argentino, como medio idóneo para lograr la transparencia y el control adecuado de los fondos estatales invertidos en el ámbito empresarial como así también para generar eficiencia y eficacia en la gestión en función de los principios de la normativa societaria. Ello en adición a la normativa administrativa aplicable, en especial, la Ley de Administración Financiera Nº 24.156 con la cual debe coordinarse y armonizarse la legislación civil y comercial para conformar el bloque de legalidad que rige la organización y administración de este tipo de entes y de sus órganos, entre ellos, el directorio sobre cuyas funciones y responsabilidades este estudio se detiene. Dentro de ese bloque normativo, se pone de resalto la consideración de la causa-fin de la sociedad, la obtención de beneficios y la distribución de las pérdidas como principio legal positivo ineludible en la gestión de los órganos sociales y su utilización como instrumento central para lograr la eficacia y eficiencia de estos entes. También se destaca la tajante diferenciación de la personalidad jurídica y patrimonial entre la sociedad y el Estado que establece la ley y el régimen esencialmente privado de su accionar, salvo ley o disposición estatutaria expresa, debidamente justificada en el interés público involucrado que no modifica el carácter de persona privada del ente. Finalmente, se subraya la importancia de la confección y publicación de los estados contables como herramienta legal de transparencia por excelencia para la evaluación de la gestión y el control societario, estatal y ciudadano.

Palabras clave: sociedades anónimas estatales, personalidad jurídica privada, derecho societario, responsabilidad directores.

1. Introducción

La sanción de la Ley de Bases y Puntos de Partida N° 27.742[423] (en adelante, LB) y del Decreto DNU N° 70/2023[424] (en adelante, DNU 70/2023) que modificaron radicalmente el sistema de empresas estatales[425], llevando a que la única figura jurídica para su instrumentación sea la sociedad anónima[426] privada de toda prerrogativa de derecho público[427], determina la necesidad de rever la Ley General de Sociedades Nº 19.550 (en adelante, LGS)[428] y su aplicación a las sociedades anónimas controladas por el Estado.

La intervención estatal de la economía[429] a través de la sociedad anónima de propiedad total o parcial del Estado, que se agudizó a partir de mediados de la primera década de este siglo[430] tiene como alegado cometido la búsqueda de la agilidad[431] en la obtención de los fines públicos perseguidos por la creación del ente. A esa búsqueda se añaden los principios rectores establecidos legalmente para los entes con participación total o mayoritaria en el art. 23 de la LB, en especial, los relativos a eficiencia y generación de valor.

En ese orden, el régimen de la LGS, y en especial, la sociedad anónima se presenta como un medio jurídico idóneo para brindar esa agilidad en el manejo de fondos invertidos en el ámbito empresarial en un marco de eficiencia y eficacia y dentro de una lógica y fines sumamente específicos y particulares de esta figura.

Más aún, la aplicación a las sociedades controladas por el Estado[432] de los estrictos principios y normas que rigen el derecho comercial[433] favorece la adecuada y provechosa administración de los fondos públicos invertidos en la sociedad anónima creada, para satisfacer los fines estatales que le dan origen.

No obstante, pareciera que la invocación de los altos fines del Estado como gestor del bien común ha conducido en alguna medida, a que se dejen de lado

*El texto que aquí se reproduce posee algunos leves ajustes de forma.
[423] B.O. 35.456 del 8 de julio de 2024.
[424] B.O. 35.326 del 20 de diciembre de 2023.
[425] Utilizamos aquí respecto a las empresas del Estado la terminología propuesta en De la Riva, Ignacio, "La Empresa del Estado: un Enclave Estatal en Territorio Privado", *Prudentia Iuris*, Vol.99, Buenos Aires, 2025, p. 184 en el sentido de limitar el término "estatal" en este ámbito a la propiedad del ente ya que los términos "estatal" y "público", no se identifican (*ibidem*, p. 187-189). En este sentido ver, Mairal, Héctor, "El Estado como Empresario", en Piaggi, Ana I. (Directora), *Tratado de Derecho de la Empresa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, Tomo II-A, p. 616.
[426] DNU 70/2023, art. 48.
[427] DNU 70/2023, art. 50.3
[428] B.O. 22.409 del 25 de abril de 1972.
[429] Sobre los fines del Estado en su intervención en la economía mediante empresas estatales ver De la Riva, *loc.cit*. p. 188 y 192-199 quien señala que dicha intervención debe ser subsidiaria. En el mismo sentido, Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 13ª edición Actualizada y Ampliada, 2021, Tomo I, ps. 308-309 y Mendy, Tomás M., "La Intervención del Estado a Través de sus Empresas Una mirada a la Luz de la Reforma Constitucional de 1994, Primera Parte", *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo,* disponible en ED-VI-CLXXVI-131.
[430] Ver Carbajales, Juan José, "Presente del Estado Empresario, las SABIE", en Carbajales, Juan José (coordinador), *Manual de Empresas Públicas en Argentina (1946-2020) De la Centenaria YPF a las actuales SABIE,* José C. Paz, EDUNPAZ, 2021, p. 146.
[431] Cassagne, Juan Carlos, *op.cit.*, p. 312.
[432] En este trabajo el control del ente por parte del Estado se refiere tanto al total o parcial.
[433] Trasvasados hoy al derecho civil a través de un proceso que se mencionará más adelante.

los principios y normativa muchas veces imperativa[434] que establece el ordenamiento jurídico del propio Estado para la protección del interés público comprometido en la actividad comercial y societaria[435] -ámbito en donde opera en el día a día la empresa estatal- y que conforman su marco normativo positivo básico, esencial y de aplicación inmediata y directa, sin perjuicio de las excepciones que se señalarán más adelante[436].

Es por estas razones que es conveniente distinguir entre los fines públicos tenidos en cuenta para la creación de la empresa estatal que la trascienden y el particular de la sociedad anónima como figura jurídica que regula toda su dinámica.

Este fin particular tal como está establecido en el art. 1 de la LGS y que lo desarrollaremos más abajo es la obtención de beneficios y, en ausencia de éstos, la distribución de las pérdidas lo cual tiene la virtualidad directa e ineludible de ordenar y marcar el norte de toda la actividad desarrollada por la sociedad anónima y es la pauta y guía del accionar, dentro del ámbito societario de sus directores, síndicos y cuerpo gerencial y también la de sus accionistas, en nuestro caso, el Estado.

En este sentido y para permitir visualizar el especial marco jurídico en el cual se sumerge el Estado al elegir la figura de la sociedad anónima, se tratarán distintos aspectos del derecho societario comenzando por una brevísima reseña del origen y principios que rigen el derecho comercial en general y el societario en particular, aún en vigor, para luego continuar con algunas cuestiones derivadas de la personalidad jurídica privada diferenciada, concluyendo con ciertos aspectos de las responsabilidades de los directores.

2. Los principios del derecho comercial y societario. Sus orígenes

El derecho comercial aparece en el en el s. XII[437] como un derecho profesional destinado a la protección del tráfico comercial con un tinte uniformador e

---

[434] El art. 150 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 B.O. 32.985 del 8 de octubre de 2014, en adelante, Cód. Civ. y Com.) establece que las personas jurídicas privadas se rigen en primer lugar por "las normas imperativas de la ley especial". En este sentido se ha dicho que "es imperativa la norma que excluye la voluntad privada de tal modo que la regulación que establece se impone a los interesados sin poder ser modificada ni sustraerse de sus consecuencias" (Leiva Fernández, Luis E.P. en Alterini, Jorge (Director), *Código Civil y Comercial Comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo V, p. 53 y siguientes, citado por Manóvil, Rafael, "Algunas Incidencias del Código Civil y Comercial sobre la Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/DOC/3449/2016. Este autor hace una muy interesante exposición sobre la conceptualización de las normas imperativas, indisponibles y de orden público y su incidencia en la responsabilidad de los directores.

[435] "El interés público -que existe respecto de la constitución y funcionamiento de todas las sociedades mercantiles, porque constituyen el instrumento técnico-legislativo más importante para encauzar la actividad económica privada…- asume su máxima expresión en la sociedad anónima", ver Halperin, Isaac y Otaegui, Julio C., *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 2º Edición Actualizada y Ampliada, 1998, ps. 30-31.

[436] Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, p. 631. En el mismo sentido, ver Verón, Alberto V. "Empresas del Estado, Responsabilidad y Transparencia", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/DOC/1178/2021.

[437] No había derecho comercial en la antigüedad ya que las instituciones antiguas regulaban el comercio mediante las normas generales. Ver Galgano, Francesco, *Historia del Derecho Mercantil*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2023, ps.29 y 30; Anaya, Jaime, "La Unificación del Derecho Privado. Un Replanteo Necesario", en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales,*

internacionalista[438]. Estas características básicas permanecen aún hoy, a pesar del proceso de unificación del derecho comercial con el derecho civil, ya que éste ha consistido en la recepción de las normas del derecho comercial en el derecho civil o, según el caso, en el nuevo derecho unificado[439].

2.1. El comienzo del derecho comercial y de las sociedades comerciales

La ausencia de respuesta del derecho civil romano y el derecho canónico determinó la necesidad de creación de nuevos instrumentos jurídicos para la regulación de los vínculos y obligaciones generados en las relaciones comerciales que respondiera a sus exigencias[440].

Así nació un derecho profesional propio de los mercaderes y no generado por el Estado, al margen de las autoridades feudales y eclesiásticas y del derecho por ellos aplicado[441], basado en la costumbre, los estatutos de las corporaciones comerciales y la jurisprudencia de las cortes de los comerciantes[442]. Como sostiene Jaime Anaya, no surge como una escisión del derecho civil[443] sino como un derecho destinado a regular realidades distintas[444].

Este derecho se basa fundamentalmente en el contrato concebido como un instrumento de especulación[445] destinado a la generación de valor. Como dice Galgano: "Se trata de un derecho inspirado … en la creación de la riqueza"[446].

De esta forma, el *ius mercatorum* como disciplina se caracteriza por proteger la seguridad del crédito, tutelar la confianza en las transacciones y la buena fe, garantizar la rapidez en las operaciones[447] imponiendo el "rigor más despiadado"[448] con el comerciante incumplidor o insolvente. A fin de morigerar los daños sociales causados por el insolvente se estableció un procedimiento

---

Buenos, Aires, Año XXXV, Segunda Época, Número 28, p. 401. Para un desarrollo de los antecedentes de operaciones vinculadas al comercio anteriores a la Edad Media ver, entre otros, Anaya, Jaime, "Introducción I", en Anaya, Jaime y Podetti, Humberto, *Código de Comercio y Leyes Complementarias, Comentadas y Concordadas*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1965, ps. 17-18.

[438] Galgano, *op.cit.*, p.23.

[439] Vitolo, Roque, "Los Principios Del Derecho Mercantil en el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), 2017, II, p. 123.

[440] Anaya, Gonzalo, "Los Sistema de Distribución. Reflexiones sobre los Contratos entre Comerciantes", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/DOC/980/2014.

[441] Araya, Miguel Carlos, "El Contenido del Derecho Comercial", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TRLALEY AR/DOC/1074/2015. Anaya aclara: "… no en contradicción, pero sí al margen del *ius commune*." Anaya, Jaime, "La Unificación…" *loc.cit.*, p. 404.

[442] Galgano, *op.cit.*, p. 15.

[443] Anaya, Jaime, "La Unificación …" *loc cit.*, p. 401.

[444] Anaya, Jaime, "La Unificación…" *loc.cit.*, p. 401-402.

[445] Galgano, *op.cit.*, p. 43.

[446] Galgano, *op.cit.*, p. 43.

[447] Anaya, Jaime, "La Unificación …", *loc.cit.*, p. 406. Así la concepción de la compraventa -el contrato mercantil por excelencia -no tenía como fin la adquisición en sí misma de la propiedad sino su destino: la reventa de lo adquirido, ver Galgano, *op.cit.*, p. 44. Anaya explica que además aparecieron nuevas figuras, contratos e institutos como los negocios bancarios, la letra de cambio, los registros y las matrículas, los libros de comercio, la quiebra, las marcas públicas o corporativas, hoy en plena vigencia. Ver Anaya, "La Unificación…" *loc.cit.*, p. 403.

[448] Galgano, *op.cit.*, p. 50.

de liquidación de los bienes[449] y la distinción entre el patrimonio personal y el destinado al comercio al cual se aplicaban las reglas propias, antecedente de la actual autonomía patrimonial de la sociedad anónima[450].

Paralelamente se va desarrollando el fenómeno asociativo comercial a través de la adaptación de un tipo de contrato de préstamo[451] y de la adaptación de la *societas* romana transformada en *societas mercatorum*[452], para llegar a la *Magna Societas Alemanorum*, traída a colación por Zaldivar, y otros[453], que contaba con un Consejo de administración y un régimen de asambleas que revisaban las cuentas y decidía la distribución las ganancias, en forma similar a la sociedad anónima.

2.2. La estatización del derecho comercial. La irrupción de la sociedad anónima y su concepción como contrato en la codificación napoleónica

El advenimiento del estado-nación y el auge del mercantilismo en la Edad Moderna generan la estatización del derecho comercial, ya que el Estado posee un interés público en el desarrollo comercial y económico. Así, la sanción de la *Ordonnance du Commerce* en 1673 transforma el derecho comercial en derecho del Estado, pasando los tribunales comerciales de las corporaciones a ser estatales[454].

Este interés del Estado en el derecho mercantil y la conjunción de los intereses de la Corona y de los mercaderes dan como resultado la aparición de las compañías de colonización, antecedente de la sociedad anónima[455]. Estas eran creadas por un acto soberano de concesión y esta carta especial era la fuente

---

[449] Así, el fraude del insolvente se presume, sus bienes provenientes del comercio son administrados por la corporación, distribuyéndose proporcionalmente entre los acreedores conforme al nuevo principio de la *pars conditio creditorum* - "socializando" así la pérdida - distinto de aquél de la *prioritas tempore* del derecho romano pudiendo algunos acreedores no recuperar su crédito. Ver Galgano, *op.cit.*, p. 50.

[450] Galgano, *op.cit.*, p. 47.

[451] Se trata del contrato de *commenda*, en virtud del cual un capitalista adelantaba el dinero a un comerciante para participar de los beneficios que obtuviera de ultramar antecedente de la cuota de liquidación, en caso de disolución prevista en los ordenamientos societarios. Ver Galgano, *op.cit.*, p. 46., Zaldívar, Enrique, Manóvil, Rafael M., Ragazzi, Guillermo E. Rovira, Alfredo L. y San Millán, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, 1º Reimpresión, Tomo I, p. 4. Esta figura luego se consolida en forma plural a través de la *societas maris* y de la *colleganza.* Estos contratos agrupaban a varios socios, uno gestor o *tractans* que llevaba adelante la empresa comercial en ultramar y que, a diferencia de la *commenda*, aportaba hasta un tercio del capital y otro *stans* o capitalista que contribuía con los dos tercios. Pagados los costos de la operación, se distribuían los beneficios entre los socios en proporción a su participación (Zaldívar y otros, *op.cit.*, p.4). En estos antecedentes se observan los inicios de los derechos actuales de los socios de una sociedad mercantil.

[452] Galgano, *op.cit.*, p. 48. Roca, Eduardo, "Observaciones sobre la Historia de la Sociedad Comercial", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, Vol. 7, p. 964; Zaldívar y otros, *op.cit.*, p. 4; Galgano, *op.cit.*, p.49. Esta sociedad se caracterizaba porque todos sus miembros tenían la representación social y respondían solidariamente involucrados en garantía de las acreencias.

[453] Zaldívar y otros, *op.cit.*, p. 6: "es posiblemente la más antigua organización jurídica y empresarial que, con estrecha semejanza a las grandes empresas modernas, se encuentra en la historia económica mundial".

[454] "La estatización de las fuentes y de la jurisdicción es un proceso que acompaña a la iniciativa del Estado en la regulación de la economía y forma parte de una política comercial que tiende a fortalecer la potencialidad del Estado". Anaya, "La Unificación …", p. 407. Respecto al comercio marítimo, ver Galgano, *op.cit.*, p. 54 y Anaya, "La Unificación …" *op.cit.*, p. 408.

[455] Galgano, *op.cit.*, p. 58. Para una descripción de las distintas compañías coloniales ver Roca, *loc.cit.* También, Zaldívar y otros, *op.cit.*, p. 7-9, entre otros.

del privilegio específico de la sociedad anónima, que es la limitación de la responsabilidad al capital aportado[456].

La compañía y el estatuto que la regulaba eran creados por ley especial para cada compañía, es decir por la voluntad unilateral del soberano y no a través de un contrato[457]. Este acto daba a las compañías un carácter privado por su actividad netamente comercial[458], más allá de las funciones de derecho público que eventualmente se les pudiera conceder[459].

Las acciones en las que se encontraba dividido el capital establecían derechos patrimoniales y políticos. Así, el accionista era dueño de esos derechos otorgados, consistentes en el voto en la asamblea, el derecho al dividendo o a la cuota de liquidación en su caso, existiendo una distinción clara entre su propio interés y el interés de la compañía[460].

En 1807, el Código de Comercio francés[461] incluyó dentro del régimen de las sociedades comerciales a la sociedad anónima concibiéndola como un contrato societario más, al lado de la sociedad colectiva y de la sociedad en comandita[462].

Finalmente, para dar una conclusión a esta apretada reseña que nos da una visión de los orígenes, cabe señalar que el sistema argentino al momento de la codificación se organiza bajo estas mismas premisas[463].

---

[456] Galgano, *op.cit.*, p. 61. En este sentido, la acción era un incentivo para la inversión ya que incorporaba los derechos generados por ella a un título que resultaba negociable como una cosa mueble, fácilmente realizable transformándose así en un nuevo medio de generación de riqueza

[457] "Cada compañía colonial se establecía por un acto soberano de concesión: y esta "carta" especial era la fuente del "privilegio" específico de la responsabilidad limitada y de la división del capital social en acciones". Galgano, *op.cit.*, p. 59.

[458] Zaldívar y otros, *op.cit.*, p. 8.

[459] *Ibidem*. Dice Galgano: "Los comerciantes de las Compañías de las Indias… ejercitaron auténticas prerrogativas regias, concedidas por la Corona (como la dirección de las operaciones militares de las conquistas, la administración de los territorios conquistados, incluida la administración judicial, el poder de acuñación de la moneda, etc.) …" (Galgano, *op.cit.*, p. 60, nota 17).

[460] Galgano, *op.cit.*, p. 61.

[461] Anaya y Podetti, *op.cit.*, p.25. Galgano, *op.cit.*, p. 77.

[462] Galgano, *op.cit.*, p. 107. "El código de comercio francés, es importante destacarlo, acoge por primera vez una regulación sistemática de la sociedad anónima que con el tiempo se convertirá en el instrumento jurídico esencial de la empresa", (Perrota, Salvador, "Breves Estudios sobre la Sociedad Comercial", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY/DOC/2318/2008. Esta concepción aún vigente en nuestro derecho fue el principal obstáculo doctrinario para la creación de sociedades comerciales unipersonales, lo que tuvo influencia tanto en la sanción de la ley 20.705 como en la constitución de sociedades anónimas del Estado.

[463] En nuestro territorio desde 1794, año de creación del Consulado de Comercio de Buenos Aires, se aplicaban las Ordenanzas de Bilbao (1737), las Leyes de Indias (1681) y Ordenanzas Reales de Castillas (1492 y 1496). Durante el período transcurrido desde 1820 hasta la sanción de la normativa nacional algunas provincias adoptaron como legislación el código español vigente en este período. En 1859, el Estado de Buenos Aires, en ese momento separado de la Confederación Argentina por desavenencias surgidas al momento de la sanción de la Constitución Nacional en 1853, promulgó un Código de Comercio redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo, cuyas fuentes fueron los códigos de Francia, España, Portugal, Holanda, Brasil y el proyecto de Wurttemberg. El Código de Comercio adscribe a la objetivación del derecho comercial y define al acto de comercio como "Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado en que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor". Reincorporado el Estado de Buenos Aires a la Confederación, luego de la segunda batalla de Pavón, este código fue declarado Código Nacional el 10 de septiembre de 1862, el cual. posteriormente, en 1889 fue sometido a una reforma extensiva. Ver Anaya y Podetti, *op.cit.*, p. 30-34.

2.3. La cuestión en Argentina luego de la sanción del Código Civil y Comercial

No obstante, este sistema estaba superado al momento de nacer, ya que el comerciante como protagonista de la actividad económica había sido reemplazado por el empresario[464], coexistiendo ello con una tendencia a la unificación del régimen civil y comercial[465].

La empresa como ejecutora de actos en masa[466] y concebida como una organización de los factores de producción para la obtención de una ganancia[467], sumado a la sanción del unificado Código Civil italiano, pasa a ser la protagonista del derecho mercantil. Se introduce el factor organización de los medios de producción como clave. La conclusión de esta tendencia a la unificación consistió en la recepción paulatina en el derecho civil de los institutos del derecho comercial[468].

Entre nosotros, esa entrada del derecho mercantil en nuestro sistema civilista se dio a través de la Ley Nº 17.711 del año 1968[469] y finalizó mediante la sanción del Cód. Civ. y Com [470], transformándose la LGS en el régimen único y general de las sociedades.

Cabe preguntarse, que queda del régimen del derecho comercial, pregunta que ya se habían hecho los comercialistas italianos a partir de la década del '40[471]. Responde Vitolo señalando que aún en la situación actual los principios del derecho comercial se encuentran presentes. Señala que el Cód. Civ. y Com. se limita a incluir en un sólo cuerpo normativo institutos de derecho civil y comercial manteniendo las leyes especiales su vigencia[472]. Así, sostiene que los caracteres del derecho comercial que permanecen aún hoy en el Cód. Civ. y Com. son: 1) la buena fe; 2) la onerosidad, es decir, se presume que

---

[464] Ya en el derogado Código de Comercio, se definen como comerciales los actos de una serie de empresas. Así, el art. 8, inc.5. del Código de Comercio disponía: "Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra". A estas empresas se les aplicaba el denominado "estatuto del comerciante" con las consiguientes obligaciones de matriculación, registro de operaciones en la contabilidad, el estricto régimen obligacional y contractual comercial y, finalmente, la jurisdicción mercantil.

[465] En 1883 se sanciona el Código Suizo de las Obligaciones que unifica el régimen civil y comercial de las obligaciones.

[466] Anaya y Podetti, *op.cit.*, p. 42

[467] Anaya, Gonzalo, *loc.cit.*.

[468] "La unificación … tendrá … el signo de una comercialización forzosa del derecho privado en su conjunto…" Galgano, *op.cit.*, p.83.

[469] B.O. 21.424 del 26 de abril de 1968. "… [F]ueron incorporados al Código Civil principios propios de los contratos comerciales: la doctrina de la apariencia, la fuerza jurígena de los usos, la interpretación conforme a la buena-fe probidad, la mora automática, la cláusula resolutoria tácita…" Alterini, Atilio, Alegría, Héctor, "Unificación sustancial del derecho civil y comercial", *Revista La Ley* Vol. 2001-F, p. 886, citado por Araya, *loc.cit.*.

[470] Según Araya, las relaciones patrimoniales han sido recogidas en el Cód. Civ. y Com. desde "la óptica de la mercantilidad" (Araya, *loc.cit.*).

[471] Araya, *loc.cit.*.

[472] Vitolo, *loc.cit.*.

determinados actos jurídicos vinculados a la actividad económica no son gratuitos[473]; 3) la publicidad; 4) la apariencia y 5) la confianza[474].

2.4. Recapitulación

Del desarrollo sucintamente comentado, el derecho comercial resulta ser una normativa cuyo objeto es la regulación estatal de las relaciones jurídicas tendientes a la obtención de un lucro o una ganancia por parte de quienes intervienen en el tráfico comercial, a fin de facilitar dichas transacciones protegiendo el crédito y la buena fe [475].

Dentro de ese derecho la materia societaria ha estado caracterizada desde el comienzo por: a) la utilización de figuras asociativas para la canalización de la inversión y su estructuración en un haz obligacional específico; b) la distinción entre el patrimonio personal de los socios y el aportado a la sociedad; c) la creación de una persona jurídica diferenciada y d) la limitación de responsabilidad.

3. El marco legal de la sociedad anónima estatal en el Cód. Civ. y Com. y la LGS

3.1. La regla general: personas jurídicas de derecho privado. Su principio de actuación

En principio, el plexo normativo básico de la sociedad anónima controlada por el Estado no difiere de aquél correspondiente a cualquier otra sociedad. Posee una personalidad jurídica privada, distinta de la de sus miembros, con un patrimonio propio sobre el que ejerce el derecho de propiedad y teniendo capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones para cumplir con su objeto determinado.

En efecto, el artículo 148, inciso a) del Cód. Civ. y Com. establece que las sociedades, es decir todos los tipos societarios previstos en la LGS, y entre ellas, la sociedad anónima son personas jurídicas privadas. El mismo artículo, en su inciso i) extiende dicha caracterización a toda aquella que se encuentre contemplada en "las disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento".

---

[473] Vitolo, *loc. cit.*. Este autor señala que las normas de interpretación de los contratos contenidas en el antiguo art. 218 del Código de Comercio indicaba que los actos de los comerciantes nunca se presumían gratuitos, lo cual incluía los de las sociedades anónimas. Hoy día, esa presunción, como indica Vitolo, se encuentra diseminada en la regulación de los distintos contratos, v.gr. el mandato (art. 1322 Cód. Civ. y Com.), el depósito (art. 1357 Cód. Civ. y Com.), el mutuo (art. 1527 Cód. Civ. y Com.), etc.

[474] Vitolo, *loc.cit.*.

[475] Como dice Gonzalo Anaya "…. en el comercio hay ciertos caracteres que deben tenerse presentes y deben guiar la interpretación en el ámbito comercial. Así, en suma, debe tenerse presente que el comercio es el objeto de una actividad de profesionales movidos por el lucro y la especulación … sometiéndose al rigor en el cumplimiento de las obligaciones. (Anaya, Gonzalo, *loc.cit.*).

De aquí, que la atribución de personalidad jurídica pública resulta excepcional y sólo puede ser otorgada por ley[476].

El Cód. Civ. y Com. se ocupa en el art. 149 de las sociedades en las que participa el Estado e indica que la "participación del Estado en personas jurídicas no modifica el carácter de éstas". Es decir que conforme el ordenamiento jurídico vigente la propiedad estatal del ente sea ésta total, mayoritaria o minoritaria por sí misma no cambia en forma alguna su naturaleza privada[477] y, en principio, carece de todo efecto jurídico en su régimen jurídico interno y externo a falta de otra normativa expresa como se verá más adelante cuando se analice la segunda parte del art.149.

Corrobora lo dicho el principio general de la diferenciación de la personalidad jurídica establecido en el art. 143 Cód. Civ. y Com., el cual dice que la persona jurídica tiene una personalidad distinta a la de sus miembros, lo que es aplicable tanto a las personas jurídicas públicas como el Estado, como a las personas jurídicas privadas como es el caso de la sociedad anónima. Este principio marca una tajante división por la que el carácter público del Estado accionista no se trasvasa a la sociedad anónima por él controlada, en ninguna circunstancia.

Adicionalmente, el art. 143 Cód. Civ. y Com. tiene otra consecuencia en las obligaciones y derechos de los miembros del ente, en nuestro caso, el Estado y los del ente en sí mismo considerado: pertenecen a ámbitos distintos. De esta forma, el principio en este aspecto es que la sociedad anónima controlada por el Estado desde su constitución[478] se presenta legalmente como un centro de actuación y responsabilidad diferenciada, con capacidad para exigir derechos y contraer obligaciones que resultan distintos del Estado.

En función de esta personalidad diferenciada y a los fines de su desempeño externo se le reconocen, en los arts. 151 a 156 Cód. Civ. y Com., una serie de atributos entre los que se encuentra el patrimonio que constituye el conjunto de bienes de propiedad del ente y la garantía de los acreedores[479].

Consecuencia de ello, los deberes derivados de su existencia respecto de terceros, sus derechos y patrimonio y la imputación de todas las obligaciones jurídicas de la que es titular, recaen sobre la sociedad y no sobre sus socios[480], en este caso el Estado, ya que la "... sociedad en el derecho argentino es un tercero respecto de sus socios"[481].

---

[476] Cód. Civ. y Com., art. 146, inc. a.

[477] Bello Knoll, Susy Inés y Curá, José María, "La Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria (Su Naturaleza a la Luz de un Fallo Clarificador)", *Revista Jurídica Ley*, disponible en TR LALEY AR/DOC/1473/2001, Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley 2ª Edición Actualizada y Ampliada, 2011, Tomo V, p. 520. García, Alejandro, *El Régimen Jurídico de la Sociedad Anónima de Capital Social Estatal*, disponible en riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1408

[478] Cód. Civ. y Com., art. 142.

[479] Cód. Civ. y Com., art. 242. En el caso de la sociedad anónima el patrimonio inicial del ente se constituye mediante los aportes que se entregan en propiedad como se verá más adelante.

[480] Zaldivar y otros, *op.cit.*, ps.152-153. "Existe una absoluta autonomía patrimonial de la sociedad respecto del patrimonio de los socios..." (Roitman, *op.cit.*Tomo I, p. 111).

[481] Roitman, *op.cit.*, *loc.cit.*, nota anterior. "[L]a sociedad regularmente constituida es un sujeto de derecho distinto de las personas que lo integran …" (CNCom, Sala D, "Caja de Crédito Helguera Coop. Ltda.

Esta capacidad de desempeño de la sociedad anónima no es absoluta ya que, como establece el art. 2 de la LGS, el carácter de sujeto de derecho de la sociedad está limitado al alcance fijado en la ley, a lo que debe sumarse lo establecido en el art. 141 Cód. Civ. y Com. para todas las personas jurídicas, que indica que su capacidad "está limitada por los fines de su creación"[482] y por su objeto, que en el caso de las personas jurídicas privadas debe ser "preciso y determinado"[483].

Es que, en este sentido, debe tenerse presente que la sociedad anónima tal como está concebida por LGS es un medio técnico[484] para la implementación del derecho de asociarse con fines útiles[485].

La valla que representa la personalidad jurídica diferenciada sólo puede ser levantada conforme lo indica el artículo 143 Cód. Civ. y Com. "... en los supuestos que expresamente se prevén ..."[486] para generar responsabilidad en los integrantes del ente, cuando mediante su utilización por quienes las controlan, causen daños a los mismos integrantes del ente o a terceros como lo disponen el art. 144 Cód. Civ. y Com. y el art. 54 LGS[487]. Por su parte, el art. 161 de la Ley de Concursos y Quiebras Nº 24.522[488] (en adelante, LCQ) permite la extensión de la quiebra a los controlantes en caso de conducción unificada en perjuicio de los acreedores. Esta normativa muestra, en primer lugar, el disfavor que el ordenamiento argentino tiene por el manejo grupal de sociedades pertenecientes a un mismo conglomerado de sociedades, situación analógica a la que puede producirse respecto de las sociedades anónimas de propiedad estatal, la administración central y los organismos descentralizados, en caso de que dicho manejo grupal cause daños. En segundo lugar, desde el punto de vista legal, que estos entes y la personalidad jurídica que se les

---

C/Schwartzburg, León" 12 de marzo de 1976, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Vol. 1978-B, p. 665, entre muchos otros citados por Roitman, *op.cit.*, Tomo 1, ps. 111-112).

[482] Lo que debemos recordar es que esta es aplicable al Estado como persona jurídica ya que este "… no puede, por ende, sino actuar dentro de los límites de su habilitación que le confiere el orden jurídico a alcanzar esa finalidad [de bien común]" (De la Riva, *loc.cit.*, p. 188).

[483] Cód. Civ. y Com., art. 156; LGS, art. 11, inc. 3). "[L]as relaciones internas y externas que [la personalidad jurídica] origina se dirigen al cumplimiento del objeto social, debiéndose enmarcar en los cánones de la ley de su regulación, a través de la cual es necesario atender a su naturaleza, fines, efectos y límites", Verón, Alberto V., *Sociedades Comerciales, Ley 19.550 y Modificatorias, Comentada, Anotada y Concordada*, Buenos Aires, Astrea, 2ª Reimpresión, 1993, Tomo 1, p. 23.

[484] "La razón de ser de la personalidad jurídica está en dar al grupo de personas el medio técnico para el logro de los fines lícitos que sus miembros persiguen en común" (Halperín, Isaac, "El Concepto de Sociedad en el Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales" en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones,* Buenos Aires, Año 2, Nº 9, p. 265 y sstes.). "La personalidad jurídica constituye un recurso técnico instrumental tendiente a facilitar el cumplimiento del objeto social previsto..." Roitman, *op.cit.*, Tomo I, p. 119.

[485] "[L]a Ley reconoce personalidad jurídica a las sociedades como un "mecanismo" de técnica jurídica para la realización de actividades que redunden en beneficio de la comunidad. Es un medio para posibilitar y hacer adecuado el cumplimiento del derecho constitucional de asociarse con fines útiles." Zaldivar y otros, *op.cit.*, p. 24.

[486] Cód. Civ. y Com., art. 143.

[487] Estos artículos establecen la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando la persona jurídica es utilizada para la consecución de fines ajenos a la sociedad, la violación de la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros. Además, el artículo 54 en su primera parte dispone la indemnización de los daños causados por el accionista controlante a la sociedad y a los socios por su culpa o dolo.

[488] B.O. 28.203 del 9 de agosto de 1995.

otorga tienen un carácter instrumental, ya que no pueden ser utilizados para fines distintos a los previstos por el objeto societario y la ley.

Sin embargo, la instrumentalidad de la persona jurídica en las sociedades anónimas sólo cede en caso de abuso y daño para protección de los terceros y los socios no controlantes, mediante la acumulación de responsables solidarios para indemnizar los daños producidos. Es decir, que la inoponibilidad de la persona jurídica no está concebida para favorecer al ente y sus miembros controlantes sino para proteger el crédito y la buena fe en el tráfico comercial, evitar el fraude y asegurar el cumplimiento de la ley.

Cabe señalar que diversas interpretaciones doctrinarias para aplicar principios de derecho público que muchas veces se utilizan para desdibujar el carácter privado de estos entes, se basan en opiniones de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN) o fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) que se refieren a la resolución de cuestiones puntuales vinculadas en general con la aplicación de la Ley de Resolución de Conflictos Interadministrativos Nº 19.983[489] (en adelante, LCI), entre otra normativa. El carácter "vicarial" o "instrumental" que se atribuye a las sociedades de propiedad estatal mayoritaria no tiene una connotación esencial que cambie esa realidad jurídica ya que, incluso en el caso del empresario individual, las sociedades que se constituyen a los efectos de llevar adelante una actividad económica tienen ese carácter[490] que sólo puede ser dejado de lado en caso de violación de la ley[491]. Entender la "instrumentalidad" de un modo expansivo y no excepcional contradice las normas expresas y puede llegar a ser perjudicial para el Estado.

La razón de ser de esta estricta diferenciación entre la persona jurídica y sus miembros y, cabría decir, de la totalidad de la normativa societaria está enraizada desde los orígenes en satisfacer el interés público inherente a la seguridad en el tráfico mercantil, a la protección del crédito y al bienestar económico como se señalaba más arriba, situación ésta que debería no resultar irrelevante para el intérprete[492].

---

[489] B.O. 22.559 del 5 de diciembre de 1972. Según el art. 1 de esta ley: "No habrá reclamación pecuniaria de cualquier naturaleza entre organismos administrativos del Estado Nacional, centralizados o descentralizados, incluidas las entidades autárquicas, las empresas del Estado …". En este sentido, por ejemplo, el concepto tantas veces reiterado por la PTN relativo a que "se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad" (Dictámenes 171:60, 206:117, 219:145, entre tantos otros) aplicable a la cuestión de los reclamos interadministrativos. El principio que la CSJN considera es que el Estado Nacional no puede ser llevado a juicio por entes y reparticiones bajo su autoridad ("Caja Nacional de Ahorro y Seguros, c/YPF", Fallos 295:651, entre otros). También la doctrina de la PTN vinculada con "la unidad teleológica y ética" del Estado más allá de "su organización administrativa y descentralizada" (Dictámenes 190:187, 223:147, 219:245, 240:401) tiene un alcance restrictivo cuando se analiza a qué casos y situaciones se aplica. Así, por ejemplo, no fue aplicada en un conflicto en que estaban involucrados el Banco de la Nación Argentina y la Dirección General Impositiva (Dictámenes 233:272).

[490] Zaldívar y otros. *op.cit.* p. 24, quienes indican que la personalidad jurídica "es un medio" para posibilitar … el cumplimiento de asociarse con fines útiles".

[491] Cód. Civ. y Com., art. 144, LGS, art. 54 LGS y LCQ, art. 161.

[492] Ya se mencionó al comienzo de este trabajo como en la Edad Moderna, el Estado comenzó a regular la actividad económica dada su importancia para sus propios fines públicos.

Los preceptos legales mencionados determinan el principio general en materia de sociedades controladas por el Estado[493] que consiste en que el régimen interno del funcionamiento de la sociedad se rige por el derecho privado, incluyendo las cuestiones relativas a las facultades de sus directores y síndicos, entre ellas la representación social del presidente del directorio y así fue dictaminado por la PTN[494].

En forma concordante con este régimen jurídico de base, el art. 50 del DNU 70/2023 que priva de cualquier privilegio, beneficio o ventaja a las sociedades anónimas de propiedad del Estado[495] y la reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos Nº 19.549[496] (en adelante, LNPA), excluyen la aplicación de esa normativa administrativa a las sociedades anónimas del Estado[497], salvo excepcionalmente.

De esta forma, las sociedades anónimas controladas por el Estado no dictan actos ni reglamentos administrativos ni concluyen contratos administrativos[498].

---

[493] Más aún luego de las derogaciones efectuadas en el DNU 70/2023.

[494] Dictámenes 301:049: "Los marcos específicos de cada una de estas sociedades prescriben que deben aplicarse la Ley N° 19.550 … Es decir, el objeto, organización y gobierno están regidos claramente por el Derecho Privado según el mandato normativo".

[495] DNU 70/2023 Art. 50: "Las empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga."

[496] B.O. 22.411 del 27 de abril de 1972. El art. 1 inc. c) de la LNPA, según la redacción de la LB establece que: "La presente ley no se aplicará a … las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria … y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones sociales." Por otro lado, el inc. b) apartado i) establece que la LNPA se aplicarán los Títulos I, II y III en forma supletoria a "los entes públicos no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales". Por otro lado, la LB modificó el art. 7 de la LNPA, según la redacción del Decreto 1023/2001 (B.O. 29.712 del 15 de agosto del 2001), suprimiendo el párrafo que decía: "Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente". El título de la LPNA al que se refería el art. 7 es el Título III que regula los requisitos del acto administrativo. Recuérdese que según el art. 8 de la Ley Nº 24.156 (B.O. 27.503 del 29 de octubre de 1992, en adelante, LAF) las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y aquellas en las que el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias integran el denominado Sector Público Nacional.

[497] Mairal, Héctor y Veramendi, Enrique V. "La Reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos" *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/DOC/1777/2024; Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo E. "El Acto Administrativo en la Ley de Bases, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, disponible en TRLA LEY/AR/DOC/2190/2024. Cassagne y Perrino señalan la posibilidad de la aplicación analógica de la LNPA a los contratos administrativos.

[498] Cassagne, Juan Carlos, "Las Empresas Públicas y el Régimen de sus Actos y Contratos", en Piaggi, Ana I, *op.cit.*, Tomo I, p. 102, Mairal, Héctor, "El Estado …", *loc.cit.* p. 611, García, *loc.cit.*, Pozo Gowland, Francisco, "Sociedades Anónimas de Propiedad Mayoritaria e Integralmente Estatal. Ejercicio de Prerrogativas Públicas en Materia Contractual", *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/DOC/938/2021, entre otros. No obstante, todos los trabajos mencionados (anteriores a la modificación normativa de los años 2023 y 2024) señalan que la concepción que la jurisprudencia tiene del contrato administrativo (ver "Dulcamara S.A. c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/cobro de pesos", Fallos 313:376, "Cinplast I.A.P.S.A. c/E.N.Tel s/ordinario", Fallos 316:212 pero también ver "Pluspetrol Energy S.A. c/ENRE Resolución Nº 458/02", Fallos 330:2286) posibilita que se pueda interpretar que estos entes de naturaleza privada puedan celebrar contratos que tengan naturaleza administrativa. Como señala Mairal, cada vez que se busca aplicar regímenes privados, la doctrina busca su neutralización (Mairal, "El Estado…", *loc.cit.*, p. 607). No obstante, con la legislación en el estado actual, en principio, no es posible que las sociedades anónimas controladas por el Estado realicen contratos públicos y que ejerzan en materia contractual prerrogativas públicas implícitas o se aplique un régimen público exorbitante del derecho

Esta situación no varía en caso de que presten un servicio público, ya que dichas sociedades se "inserta[n] en la lógica de toda concesión"[499] en las que el servicio se presta a riesgo y ventura[500]. La regulación estatal del servicio se relaciona con la vinculación a estos efectos entre la Administración Central y la sociedad anónima de propiedad estatal que deberá cumplirla. No cambia la naturaleza del ente y no se afecta su dinámica societaria interna ni las relaciones con terceros, más allá de lo que fuese objeto de regulación específica. De esta forma, sin perjuicio de la situación peculiar de que el Estado está, podría decirse, en las dos puntas de la relación, la cuestión no es diferente al caso de una concesión de servicio público prestado por un concesionario privado constituido como sociedad anónima y no tiene efectos sobre la personalidad jurídica.

Por otro lado, no puede dejar de mencionarse que en muchas ocasiones en las leyes y decretos de constitución de las sociedades anónimas controladas por el Estado se hace exclusión expresa de la normativa de derecho público que pudiere ser aplicable, ordenando la aplicación directa del derecho privado[501].

Por lo tanto, su régimen jurídico interno y externo es, en principio y por definición legal, netamente de derecho privado, definición normativa que no puede ser ignorada[502], sin perjuicio de las excepciones que se señalarán más abajo.

También se le aplican a la sociedad anónima controlada por el Estado como a toda otra sociedad, todas las normas de derecho común, los principios constitucionales y tratados, como así toda la normativa local que rija su actividad privada, conformando así el bloque legal de su actuación.

Finalmente, en este aspecto, cabe señalar que la doctrina se encuentra dividida en lo que hace a su conceptualización, entre aquellos que consideran que se trata de entes privados, como ya vimos, los que hablan de entes descentralizados mayormente regidos por el derecho administrativos, más allá

---

privado. Ello no impide a que se pacten específicamente cláusulas de las denominadas exorbitantes (v.gr. rescisión incausada, ejercicio del *ius variandi*, imposición de multas) lo cual no tornan en administrativo el contrato. El criterio de la cláusula o régimen exorbitante para calificar un contrato de administrativo ha perdido peso. Más aún hoy, ya que no debe perderse de vista que cláusulas como las mencionadas se pactan habitualmente en contratos privados (ver contratos de construcción modelo como el redactado por la FIDIC o los llamados *Joint Operation Agreement* de la industria petrolera). Por otro lado, nótese lo dispuesto en el art. 1077 Cód. Civ. y Com. y concordantes en relación con la extinción por voluntad de una de las partes y la jurisprudencia de la CSJN ("Automóviles Saavedra S.A.C.I.F. c/Fiat Argentina S.A.I.C.I.F", Fallos 311:1337, entre otros) respecto a la facultad implícita de rescisión de los contratos privados de larga duración, hoy legislada.

[499] Fiol, Gerardo, "La Responsabilidad Extracontractual de las Sociedades Anónimas Integradas Total o Mayoritariamente por el Estado", *Revista Jurídica Austral*, Buenos Aires, Vol. 6, N° 1, (junio 2025), p. 274, con cita a Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 7° edición, 2017, Tomo I, y a Carbajales, Juan José, *Las Sociedades Anónimas bajo Injerencia* Estatal, Buenos Aires, RAP, 2011.

[500] Fiol, *loc.cit.*, nota anterior.

[501] Para un análisis detallado de cada empresa estatal, ver por todos, Carbajales, Juan José, "*Manual …" op.cit.*. Además, en Dictámenes 301:049 se dice que: "Así el legislador no sólo fijó el campo del derecho privado en términos positivos y precisos (Capítulo II, Sección V, Ley N° 19.550) y luego negativos (exclusión de las leyes 19.549 y 13.064, el Decreto 1023/2001 y, en general, los principios y reglas del derecho público) sin que, además, ordenó enfáticamente aplicar los principios y normas del derecho privado".

[502] Ver Fiol, *loc.cit.*, p. 264

de la forma de sociedad anónima y los que los definen como entes públicos no estatales. No obstante, hay que señalar que muchas opiniones han sido vertidas con anterioridad a las reformas del Cód. Civ. y Com.[503]. En nuestra opinión, que puede vislumbrarse en lo ya dicho, es que de acuerdo con el régimen jurídico establecido normativamente se trata de personas jurídicas privadas en las cuales, la propiedad estatal total o mayoritaria, no modifica su marco legal de base.

3.2. La segunda parte del artículo 149 Cód. Civ. y Com.. Otras aplicaciones del derecho público a las sociedades anónimas controladas por el Estado

El art. 149 Cód. Civ. y Com. también establece que en el caso de participación estatal se pueden prever en la ley o en el estatuto derechos y obligaciones diferenciadas considerando el "interés público comprometido en dicha participación"[504]. Es decir que en caso de que ello sea necesario a los fines de bien común o de interés general tenidos en cuenta en la creación de este tipo de sociedades, se pueden establecer ciertas disposiciones diferenciadas para garantizarlos.

Para ello, deben cumplirse con los dos requisitos legales establecidos: a) las disposiciones deben ser expresas y contenidas en la ley o en el estatuto; b) debe haber un interés público que justifique esas disposiciones.

Toda vez que las prescripciones del artículo 149 Cód. Civ. y Com. constituyen una excepción al principio general, su interpretación debe ser estricta, por lo cual, las disposiciones especiales mencionadas en dicho artículo deben tener una vinculación y operatividad directa con la consecución de los intereses públicos en juego, no siendo suficientes meras manifestaciones genéricas y vagas para avalar su validez y la de los actos que se dicten en consecuencia[505]. Menos aún puede entenderse que existan facultades o prerrogativas implícitas.

Concordantemente, la modificación efectuada por la LB indica que la LPNA se aplicará a las personas privadas en la medida que "ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales"[506]. También excepcionalmente, según el nuevo texto de la LNPA, en el caso de las sociedades anónimas controladas por el Estado, a petición del interesado, el Jefe de Gabinete de Ministros podrá someter cualquier controversia al derecho público cuando sea relevante para

---

[503] Ver Fiol, *loc.cit.*, ps. 262-263 y autores allí citados.

[504] Art. 149 Cód. Civ. y Com.. Por ejemplo C.A.M.M.E.S.A. Ver Doncel Jones, Juan Carlos, "Los organismos descentralizados del Estado que actúan como empresas del Derecho Privado" en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires disponible en TR LALEY AR/DOC/16234/2001. Lo que debe tenerse en cuenta es que estamos en presencia de una excepción y no de una regla. Cassagne, sostiene que proceder de esta forma resulta abusivo. (Cassagne, Juan Carlos, *loc.cit.*, p.97).

[505] Mendy señala que las nociones "interés general", "interés público", etc. no son suficientes para la intervención estatal mediante una sociedad del Estado ya es aplicable un *test* de razonabilidad. (Mendy, Tomás M., "La Intervención del Estado a través de sus empresas una mirada a la luz de la reforma de 1994 – Segunda Parte", *El Derecho – Revista de Derecho Derecho Administrativo*, Buenos Aires, disponible en ED-VI-CXCVII-708). Estos conceptos son aplicables en respecto a la justificación de las cláusulas especiales del 149 Cód. Civ. y Com. que en caso de no cumplir con el criterio pueden ser atacadas de inconstitucionalidad o nulidad según el caso.

[506] LNPA, Art. 1, inc. b, apartado (I).

la solución del caso la aplicación de un principio o norma de derecho público previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación[507].

Nótese, sin embargo, que ni la existencia de derechos especiales en el estatuto o la ley de creación o el otorgamiento de potestades públicas, cambian la naturaleza privada de las sociedades anónimas controladas por el Estado prevista en el Cód. Civ. y Com..

No obstante, aún sin la sanción de leyes especiales, las sociedades anónimas controladas por el Estado se encuentran sujetas a determinadas normas de derecho público. Por ejemplo, sin pretender efectuar una enumeración exhaustiva[508] forman parte del denominado Sector Público Nacional conforme se lo define en el art. 8 de la LAF que en su inciso b) incluye a las sociedades anónimas controladas por el Estado[509]. Ello tiene particulares consecuencias desde el punto de vista del control patrimonial y financiero[510] de este tipo de entes adicionando normativa específica que se acopla a las disposiciones de la LGS y las normativas reglamentarias, en especial en lo relativo a la elaboración de presupuestos y balances, control estatal e, incluso, en la conformación e integración del órgano de fiscalización de la sociedad[511].

Un segundo ejemplo de la aplicación de normativa administrativa excepcional se refiere a las sociedades anónimas controladas por el Estado, las cuales, en principio, también se encuentran alcanzadas, por la LCI conforme la interpretación de la CSJN[512] y también de la PTN[513].

En suma, las sociedades controladas por el Estado son personas jurídicas privadas con personalidad diferenciada del Estado y que, más allá de su encuadramiento específico dentro del marco de la LAF y de la aplicabilidad de

---

[507] LPNA, Art. 1, inc. c.

[508] Ver García, *op.cit.*, entre otros.

[509] Art. 8: Las disposiciones de esta ley serán aplicables a todo el Sector Público Nacional el que a estos efectos está integrado por: … b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca … las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, … y todas aquellas organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias." "Para la definición e integración se ha tenido en cuenta un criterio presupuestario y no jurídico-orgánico" Ver Ivanega, Miriam M. *Mecanismos de Control Público y Argumentos de Responsabilidad*, Abaco, Buenos Aires, 2003, p. 31, citado por Cassagne, Ezequiel, "Sobre el Concepto de Sector Público Nacional contenido en la Ley 24.156 (su aplicación a casos puntuales)", en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/DOC/9744/2012.

[510] Ver Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, ps. 607-609.

[511] Ibidem.

[512] Ver v.gr. "Correo Oficial de la República Argentina S.A.: Demandado Dirección General Impositiva s/Beneficio de litigar sin gastos s/g", Fallos 345:1055, en donde se interpreta que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria se encuentran incluidas en el concepto de "empresas del Estado" utilizado por la LCI debido a que: (i) se trata del servicio de correo, (ii) la titularidad total de las acciones se encuentra en poder del Estado de forma tal que excluye cualquier participación de terceros en el gobierno y administración de la sociedad y (iii) está comprendida dentro de la LAF. Por ello sin perjuicio de que el decreto de creación disponga la exclusión de la normativa y principios de derecho administrativo, en la relación con el Estado no resulta incompatible su aplicación, más aún y este sería el punto principal, la idea es evitar que el Estado se reclame a sí mismo, tornando operativo el principio de unidad de acción estatal (Del voto del Dr. Rossati).

[513] Dictámenes 171:60; 219:145 p.ej. entre otros. Téngase presente que el último de los dictámenes mencionado el 45% del capital accionario de la sociedad, Empresas de Cargas del Atlántico Sur S.A. (EDCADASSA), se encontraba en poder de una parte privada. En este caso podría generar responsabilidad, ver Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, p.612.

normativa excepcional de interpretación restrictiva, se desempeñan dentro de un marco de derecho privado.

3.3. La caracterización de la sociedad anónima controlada por el Estado según la CSJN y la PTN. Necesidad de una revisión

La CSJN ha dictado varios fallos en los cuales ha establecido la aplicación de normativa administrativa, para lo cual caracterizó a las sociedades anónimas del Estado en las cuales tenía el control como la máxima expresión de la descentralización de la Administración pública y a las cuales se les debían aplicar ciertos principios administrativos y constitucionales.

El primero de ellos es el conocido fallo "La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. v. Petroquímica Bahía Blanca S.A"[514], del año 1987, relativo a un amparo contra una sociedad anónima mayoritariamente estatal, en el caso Petroquímica Bahía Blanca S.A., por el cual se le otorgó la posibilidad de tomar vista a uno de los oferentes en un procedimiento de selección de contratistas privado para la provisión de seguros. La demandada sostenía que era un proceso privado y que por tanto no correspondía la vista. Para resolver a favor de la actora, el procurador Gauna, a cuya opinión adhirió la Corte, sostuvo que "El concepto de descentralización propio de las técnicas de organización administrativa es amplio …[y] que no cabía excluir a empresas como las que aquí se trata"[515]. En este sentido, consideró que la modificación efectuada al artículo 32 de la LPNA por la Ley Nº 21.686[516], establecía el elenco de los entes que integraban la descentralización administrativa incluyendo entre ellos a la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. A ello, se debía sumar el Decreto Nº 9101/72[517] que establecía la aplicación del título VIII del Decreto Nº 1759/72[518] (en adelante, el RLNPA) supletoriamente a estas sociedades. Nótese que el texto actual del art. 32 de la LNPA se encuentra reformado y no incluye a estos entes.

Además, se señaló que el carácter estatal de la sociedad, incluso parcial, atraía principios propios de la actuación pública entre ellos la publicidad de los actos de gobierno, que resultaría de un gobierno republicano para el control ciudadano y de los interesados directos.

Este fallo tuvo incidencia negativa inmediata en la agilidad de la gestión comercial de la compañía, como puede verse en Dictámenes 194:173 en donde la consulta a la PTN surge debido a un recurso administrativo interpuesto ante la decisión en una licitación de la sociedad de denegar la apertura de la oferta económica por insuficiencia de la oferta técnica de uno de los oferentes en un proceso licitatorio, precisamente de Petroquímica Bahía Blanca S.A.

La misma interpretación relativa al texto de la LNPA, su modificación posterior del año 1977 y las disposiciones del Decreto Nº 9101/72 se utilizó en el caso

[514] Fallos 311:750.
[515] Petroquímica Bahía Blanca S.A. era una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria en la cual la participación del Estado alcanzaba el 51%.
[516] B.O. 23.796 del 25 de noviembre de 1977.
[517] B.O. 22.578 del 4 de enero de 1973.
[518] B.O. 22.411 del 27 de abril de 1972.

"Coifin, Fernando Víctor y otros c/Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires s/prescindibilidad"[519].

La caracterización de la sociedad estatal como integrante descentralizado de la Administración pública también se sostuvo para resolver otro conflicto contractual, el caso "Martínez Suárez de Tinayre Rosa María y otro c/Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7 S.A."[520], relativo a una sociedad del Estado regulada por la ley 20.705[521], hoy derogada, cuyo tipo jurídico comparte la regulación de la sociedad anónima[522].

Posteriormente, en el caso "Giustiniani, Rubén Héctor c/Y.P.F. s.a. s/amparo por mora"[523], en donde, con fundamento en las normas de las Leyes Nros. 25.675[524] y 25.831[525] vinculadas a información ambiental y el Decreto Nº 1172/03[526] relativo al acceso información pública en su redacción anterior, se solicitaba la copia de un contrato comercial con un tercero. Aquí, la Corte con cita expresa al fallo "La Buenos Aires", sostiene la aplicabilidad de principios propios de la administración pública en esta materia específica en una sociedad anónima de mayoría estatal que cotiza en los mercados de valores de Argentina y de Nueva York entendiendo en función de un análisis sobre la normativa dictada al momento de la expropiación de las acciones de YPF S.A. y de otras normas que no están vigentes[527] que se encontraba "bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional"[528] que era la condición para aplicar el régimen del Decreto Nº 1172/03.

Es interesante señalar que gran parte del andamiaje jurídico utilizado en estos casos relativos al art. 32 de la LNPA y del RLNPA, los Decretos Nros. 9191/72 y 1172/03 y más aún, los artículos de la LGS relativa a sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, que fue utilizado por distinguida doctrina a los efectos de caracterizar a estas sociedades como entes descentralizados[529], se encuentra hoy derogado o reemplazado con redacciones distintas a las analizadas en su momento.

En este sentido, en el caso "Correo Oficial", el dictamen de la procuradora señala que para la aplicación de algunos principios y normativa pública a estas

---

[519] Fallos 312:2050.

[520] Fallos 308:821. El núcleo de la controversia consistía en saber si un memorándum de la Subsecretaría de Comunicaciones que tenía influencia sobre un contrato firmado con posterioridad podía ser considerado fuerza mayor. La CSJN siguiendo el dictamen del procurador concluye que dado que la naturaleza estatal de la contratante y por ende integrante de la Administración pública, dicha disposición no constituía un evento de fuerza mayor si no un "hecho propio" (ver apartado 6). En realidad, el fundamento jurídico para llegar a la misma solución -daños y perjuicios por una rescisión contractual sin causa- podría haber sido otro.

[521] B.O. 22.979 del 26 de agosto de 1974.

[522] Ver, Mairal, Héctor, "Las Sociedades del Estado o los Límites del Derecho Administrativo", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en AR/DOC/3938/2001.

[523] Fallos 338:1258.

[524] B.O. 30.036 del 22 de noviembre de 2002.

[525] B.O. 30.312 del 7 de enero de 2004.

[526] B.O. 30.291 del 4 de diciembre de 2003.

[527] Ver los considerandos 10, 12 y 13 del fallo "Giustiniani".

[528] Ver considerando 13, fallo "Giustiniani".

[529] Ver Bianchi, Alberto, "Anotaciones sobre los Conceptos de Administración Pública y Función Pública", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, Vol. 129, ps. 266-270. Las disposiciones de la LGS citadas son los artículos 313 y 314, hoy derogados.

sociedades debe considerarse que no resulten incompatibles con su funcionamiento y con la finalidad perseguida para su encuadramiento como entes privados del Estado para relevarlos de ciertas limitaciones "procedimentales propias de la Administración" que obstaculicen su actuación comercial[530].

Finalmente, la PTN en Dictámenes 301:049 relativo a Aerolíneas Argentinas S.A., ya con el Cód. Civ. y Com. vigente, sostuvo en 2017 que la normativa privada aplicable no puede conducir a la frustración de derechos constitucionales, y que ciertas lagunas jurídicas que no puedan resolverse por el derecho privado lo sean por aplicación analógica del derecho administrativo, debiendo analizarse en concreto, "no siendo posible fijar un criterio general"[531].

En definitiva, más allá de la caracterización del fallo "La Buenos Aires" que a la luz de las nuevas normativas legales llama a una revisión, desde el punto de vista de la CSJN y de la PTN, las sociedades anónimas controladas por el Estado tienen un régimen privado que, en ciertas ocasiones excepcionales muy específicas, lleva a que puedan llegar a aplicarse normas administrativas.

3.4. La sociedad: elementos esenciales

Siguiendo a la doctrina[532] y partiendo del texto del art. 1 de la LGS[533] se pueden determinar los elementos de la sociedad que la distinguen de otras figuras jurídicas[534]. Trataremos aquí algunos de esos elementos en relación con las sociedades anónimas controladas por el Estado.

3.4.1. El contrato plurilateral de organización

Como primera aproximación, cabe señalar que la sociedad como tal, más allá de la posibilidad de formar una sociedad de un solo socio[535], sigue

---

[530] Apartado VI del dictamen de la procuradora fiscal con referencia al caso "Giustiniani", considerando 19.
[531] "Cuando sea claro que el derecho privado resultare insuficiente … no podrá interpretarse con un alcance irrazonable al punto de frustrar un mandato que surge de la Norma Fundamental … podría llegar a reconocerse que ciertas normas administrativas no son de aplicación directa pero frente a una laguna no cubierta por el derecho privado, resulta plausible acudir por vía analógica [a disposiciones administrativas] … no es posible fijar un criterio general. … El análisis deberá comenzar por identificar cuáles son los principios constitucionales en juego. Luego deberá determinarse si aquellos pueden ser observados por el derecho privado… o normas de derecho administrativo expresamente aplicables. Si la respuesta fuera negativa resultará plausible acudir a otras normas de derecho administrativo". Dictámenes 301-049.
[532] Si bien hay muchas enumeraciones en este sentido y cada autor las aborda de un particular modo en líneas generales coinciden.
[533] LGS, Art. 1: "Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas".
[534] Así se consigna como tales: (i) la pluralidad de socios o al menos la potencialidad de tenerlo; (ii) la organización; (iv) la tipicidad; (v) la realización de aportes para el desarrollo de una actividad económica sea esta la producción o intercambio de bienes o la prestación de servicios; (vi) la participación en los beneficios y la distribución de las pérdidas (vii) el denominado *affectio societatis* (Ver Zaldivar y otros, *op.cit. passim*, entre otros). La tipicidad se refiere a la elección de unos de los tipos previstos en la LGS, es decir a uno de los modelos de organización allí legislados. En caso de que los socios no lo hicieran así, sea porque omitan los requisitos esenciales o incumplan con las formalidades quedan comprendidos en la Sección IV de la LGS cuya principal sanción es la inoponibilidad del contrato social a terceros (art. 21 LGS) y la responsabilidad mancomunada directa de los socios (art. 24 LGS).
[535] LGS, art. 1: "Habrá sociedad cuando uno o más socios …".

considerándose como un fruto de contrato que, conforme lo establece el artículo 4 de la LGS[536], tiene la característica de ser plurilateral y de organización[537].

Entendemos que lo que aquí se tuvo en cuenta no fue la realidad mudable de que inicialmente la sociedad esté conformada por un solo socio, sino la potencialidad que la sociedad posee mediante la transferencia de las participaciones sociales, de incorporar socios. Así, la sociedad es un contrato que implica esencialmente la existencia de socios, pero que, en el caso de socio único, basta la potencialidad de que ello ocurra, es decir que se encuentre en su naturaleza, entendiendo como tal la esencia como principio operativo[538].

Cabe señalar que esta posibilidad sólo está prevista para la sociedad anónima[539], lo cual resulta lógico siendo este tipo de ente la traducción contemporánea de la antigua compañía fundada en función de una decisión real como se dijo. Esta solución adoptada por la LGS en su nueva redacción logra superar las complicaciones iniciales que se tenían en este aspecto cuando el Estado constituía una sociedad[540].

Adicionalmente, como se mencionó, la conformación del contrato, o bien la constitución por acto individual[541], como tal, genera el ente con personalidad jurídica distinta de la de sus socios[542], lo que distingue al contrato de sociedad de otros contratos asociativos con los cuales comparte características[543].

Por otro lado, este contrato plurilateral de organización genera un especial vínculo que es individual e independiente, por lo cual cualquier vicio que lo afecte no transforma nulo el contrato[544]. En segundo lugar, debe tenerse en

---

[536] LGS, art. 4: "El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado."

[537] Así está previsto en la Exposición de Motivos de la LGS. Ver Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 21; Zaldívar y otros, *op.cit.* p. 36. También ver Ascarelli, Tullio, *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020, p. 59-60.

[538] Martínez, Jorge, "El Concepto Tomista de Naturaleza como Propedeútica al Estudio de la Comunidad Política: una Herencia Aritstotélica" en *Scripta Medievalia, Revista de Pensamiento Medieval* Vol. 15, N° 1. Ps. 143-144.

[539] LGS, art. 1.

[540] En especial, por la antigua redacción del art. 94, inc. 8 que determinaba la liquidación de la sociedad en caso de que el elenco de socios se redujera a uno. Ver Dictámenes 199:97. En el caso del Estado conforme lo establecido por el art. 54 inc. a de la Ley Nº 25.152 (B.O. 29.234 del 21 de septiembre de 1999) y sus modificatorias deben ser constituidas por ley, sin perjuicio de lo cual varias de estas sociedades se han constituido mediante decretos de necesidad y urgencia. Para un detalle ver Carbajales, Juan Jose, *"Manual…" op.cit.*, *passim.*, entre otros. Según Mendy, el Congreso puede delegar esta facultad quien, además, sostiene con cita de Dictámenes 306:247, no es necesaria una ley del Congreso para transformar sociedades. (Mendy, Tomás M., "La intervención … segunda parte", *loc.cit.*.

[541] En el caso del Estado mediante una ley o un decreto cuando se dan las circunstancias para ello.

[542] Cód. Civ. y Com., art. 14 "Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros"; LGS, art. 2: "La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley."

[543] Araya, Tomás, "Sobre el Concepto de Sociedad y sus Elementos Esenciales", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/DOC/2864/2021. Entre ellos, los llamados contratos plurilaterales que no generan personas jurídicas (*joint ventures* contractuales, uniones transitorias art. 1463 Cód. Civ. y Com., la agrupación de colaboración, art. 1453 Cód. Civ. y Com. y el consorcio de cooperación, art. 1479 Cód. Civ. y Com.). Ver Roitman, *op.cit.*, Tomo I, p.13.

[544] LGS, art. 16.

cuenta que las obligaciones que se regulan entre los accionistas y entre éstos y la sociedad están establecidas en "beneficio directo"[545] de ésta última y no de los co-contratantes[546], ya que prima el interés social[547] sobre el particular de los socios[548]. Finalmente, el contrato establece una distribución completa de derechos, deberes y funciones suplementadas por la LGS, reglando la actuación interna y externa del ente.

3.4.2. La organización. Los órganos societarios

La organización de acuerdo con los tipos previstos en la ley se refiere a la estructuración jurídica interna de los distintos órganos societarios. De esta forma, el tipo societario establece la organización jurídica del ente que define, por un lado, la generación de la voluntad social, dotando así de seguridad a la actuación externa[549], y por otro, las responsabilidades y deberes jurídicos internos de cada uno de dichos órganos que están establecidos en la ley y los estatutos[550].

El contenido mandatorio del contrato social y el estatuto destinado a reglar la vida de la sociedad con posterioridad al acto constitutivo están previstos en el artículo 11 de la LGS y, en particular, su inciso 6 que determina la necesidad de reglar las tres funciones básicas de la sociedad: la administración, el gobierno de la sociedad que se expresa a través de las reuniones de los socios y la fiscalización, es decir el control de la administración y del desempeño general de la sociedad.

Dichas funciones se llevan a cabo a través de los órganos societarios cuya actuación se realiza a través de las personas humanas que lo integran. El órgano así es un conjunto normativo dentro del orden jurídico societario conformado por la LGS, el contrato social y el estatuto, y establece una serie de reglas para que el desempeño de ciertas personas humanas lleve adelante actos con efectos jurídicos imputables al ente societario[551]. Así cada órgano de la sociedad[552] tiene competencia funcional propia, exclusiva y excluyente en su esfera de actuación definida por la ley. Ninguno de ellos puede inmiscuirse

---

[545] Zaldívar y otros, *op.cit.*, p.36. Es decir, los accionistas se benefician indirectamente a través de los mecanismos establecidos en relación con la percepción del dividendo o de la cuota de liquidación como se verá más abajo.

[546] Ibidem.

[547] Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 21, citando los arts. 59, 70, 197, 248 y 272 de la LGS. "El interés social radica en la realización de cuanto es idóneo para satisfacer el objeto social … [mediante] … la satisfacción proporcional del interés individual de cada socio." (Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 216).

[548] "… frente a la noción de interés independiente de los socios que trasciende [el ente] y puede entrar en conflicto … se encuentra el interés objetivo común de los socios conforme el fin social y en un momento histórico dado", (Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p.23).

[549] Zaldívar y otros, *op.cit.*, p. 274.

[550] Halperin y Otageui, *op.cit.*. p 209.

[551] Gómez Leo, Osvaldo y Balbín, *Tratado de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, Tomo I, p. 321. "El órgano es parte funcional de la estructura total que conforma la sociedad … tiene un aspecto objetivo que es el conjunto de facultades y atribuciones que la ley y el contrato le atribuyen" (Zaldivar y otros, *op.cit.*, p. 289.

[552] El directorio tiene a su cargo la administración de la sociedad (Art. 255 LGS), la asamblea el gobierno (arts. 234 y 235 LGS), y la sindicatura o comisión fiscalizadora, el control (art.284 y 294 LGS). Sin perjuicio de ello, la ley atribuye facultades de propios de unos órganos a otros en casos específicos (p.ej. la aprobación de balances prevista en el artículo 234, inc. 1 LGS).

en la actuación de los restantes[553], sin perjuicio de la necesidad de un desempeño armónico, previendo la ley disposiciones para el caso de conflicto[554].

Esto tiene una consecuencia directa en la sociedad anónima controlada por el Estado. El directorio posee una amplia discrecionalidad en la administración, la toma de decisiones y en las políticas comerciales a seguir que solamente están limitadas por las normas de responsabilidad y las funciones encomendadas por la ley a los restantes órganos sociales, es decir, a la asamblea y la comisión fiscalizadora. Este criterio organicista ha sido recogido como principio rector en el art. 23, inc. e de la LB, relativo a los roles diferenciados que tienen los órganos de gobierno y de administración de las sociedades controladas por el Estado y los funcionarios públicos a los efectos de determinar las políticas públicas y la actuación de éstos últimos como reguladores.

3.4.3. La obtención de beneficios y la distribución de las pérdidas

Finalmente, se encuentra el elemento que se ha considerado causa-fin[555] del contrato de sociedad[556], que es la participación en los beneficios y la contribución con las pérdidas. Como se ha desarrollado en la primera parte de este trabajo, la sociedad mercantil y la sociedad anónima o compañía siempre tuvieron como fin la obtención de un lucro[557].

Se ha dicho que la distribución de las ganancias y de su contrapartida las pérdidas, es "el elemento diferenciador de la sociedad"[558], como también que es el elemento "esencial y caracterizante"[559], ya que "...describe cómo los socios resuelven …, participar en los beneficios comunes"[560].

Más aún, Cabanellas ha dicho que la obtención y distribución de los beneficios es "el fin definitorio de la figura societaria" y "debe considerarse el fin común de los socios, en cuanto integrantes de la sociedad…"[561].

---

[553] Halperín y Otaegui, *op.cit.*, p. 209; Gomez Leo, Osvaldo y Balbin, *op.cit.*, ps. 324-325.
[554] Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 210. V.gr. arts. 256, 274, 276, 251, 294, incs. 5, 7, 8 y 11 de la LGS.
[555] La causa-fin del contrato desde un sentido objetivo es el fin objetivo e inmediato del negocio jurídico, la función económico social que el derecho reconoce como relevante. El art. 281 del Cód. Civ. y Com. define primeramente causa como "… el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad." En el Cód. Civ. y Com. se reconoce la necesidad de causa para dar validez al acto jurídico (ver Cód. Civ. y Com. arts. 1012-1014 y 281-283). El Cód. Civ. y Com. ha seguido el criterio ecléctico según el cual la causa del acto jurídico es tanto el fin inmediato objetivo uniforme e invariablemente de la figura jurídica como los motivos lícitos exteriorizados incorporados al acto, no teniendo efectos jurídicos aquellos que no lo hayan sido (Benavente, María Isabel, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), De Lorenzo, Miguel Federico y Lorenzetti, Pablo (coordinadores), "Código Civil y Comercial Comentado", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, Tomo II, ps. 98-101).
[556] Araya, *loc.cit.*, Zaldívar y otros, *op.cit.*, p. 92. Se ha dicho que: "En el contrato de sociedad la causa-fin es la participación en los beneficios y en las pérdidas." (CNCom. Sala E, "Inspección General de Justicia c/Compañía Norte S.A", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LA LEY AR/JUR/4001/2006).
[557] Como mencionábamos la asociación con fines mercantiles, su concepción surge dentro del derecho mercantil, disciplina jurídica adaptada y destinada a regular el comercio que se caracteriza por ser una actividad onerosa orientada a la generación de riqueza
[558] Araya, *loc.cit.*.
[559] Zaldivar y otros, *op.cit.*, p.92 quienes allí señalan también que "los pactos tendientes a atentar contra estos aspectos trascendentales" son castigados con la nulidad conforme lo prevé el art. 13 LGS.
[560] Araya, *loc.cit.*.
[561] Citado por Araya, *loc.cit.*.

Además, la obtención de ganancias, fundamentalmente, es la guía utilizada para la evaluación del éxito o fracaso de la gestión de los miembros del directorio y determina el valor de la compañía. Tanto es así, que la retribución de los directores está atada a la obtención de beneficios[562].

La obtención de ganancias estaba prevista como el fin específico del motivo de constituirla en las definiciones de sociedad contenidas en el Código Civil[563] y en el Código de Comercio[564], y era el "factor distintivo permanente de la relación societaria"[565], diciéndose que "sin ese propósito de repartir los beneficios no hay sociedad, aunque exista el ánimo de obtenerlos"[566].

Ahora bien, esa concepción estricta fue ampliada con la sanción de la LGS, al modificar la expresión "lucro" por "participación en los beneficios". Como bien explica Halperín, esta expresión no busca suprimir la ganancia monetaria del fin de la sociedad sino ampliar las posibilidades de utilización de la figura para que los socios se beneficien con otra especie de ventajas[567] de naturaleza patrimonial[568].

El mismo Halperín menciona que su idea era superar las dificultades generadas con relación a la distinción entre cooperativa, sociedad y asociación existentes en la doctrina italiana, ya que era intención de la comisión redactora de la LGS incorporar al texto a la sociedad cooperativa[569], lo cual hacía incompatible insistir en una definición de sociedad vinculada exclusivamente al lucro.

Con la sanción de la ley de cooperativas fuera del marco de la sociedad comercial[570] y la aparición de los contratos asociativos, como la unión

---

[562] LGS art. 261. En este punto cabe señalar que en ausencia de cualquier instrucción expresa de los accionistas la obtención de ganancias monetarias es una obligación legal con las características que se señalarán.

[563] Código Civil, Art. 1648: "Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado". Vélez Sarsfield en la nota a este artículo indica que siguió al art. 1832 del Código Civil francés, el artículo 1697 del 1701 del napolitano y el 1655 del holandés. Enseña Vélez Sarsfield en esta nota que: "La simple comunidad de intereses, resultante aun de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisición hecha en común no forma una sociedad, cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio, o un resultado cualquiera, que dividirán entre sí". Vélez Sarsfield indica que para Troplong (quien comenta el artículo 1832 del Código Civil francés) existe sociedad cuando "hay un beneficio apreciable en dinero". Más aún sostiene el codificador que "la utilidad debe ser apreciable en dinero y una utilidad meramente moral", lo cual distingue en su concepción a la sociedad civil de las sociedades de beneficencia y hermandades religiosas.

[564] Código de Comercio, Art. 282: "[La sociedad mercantil es el] contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio con ánimo de partir el lucro que pueda resultar."

[565] Perrota, *loc.cit.*.

[566] Zavala Rodríguez, *Código de Comercio Comentado*, Buenos Aires, 1995, p 285, citado por Perrota, *loc.cit.*.

[567] En este sentido menciona "el resultado de una investigación o la oficina central para la contratación en interés común de los socios o para centralizar determinada especie de negociación o contratación", Halperin, *loc.cit.*

[568] "[beneficio] comprende toda ventaja patrimonial de origen social que aumenta la fortuna particular de los socios o les disminuye las cartas" (Opinión de Vivante transcripta por Halperín, Isaac, *Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1964, p. 67, citado por Zaldivar y otros, *op.cit.*, p. 78).

[569] Halperin, *loc.cit.*. También indica Halperín que el artículo 368 del Proyecto preveía la aplicación supletoria del régimen de sociedades anónimas a la sociedad cooperativa (*ibidem*).

[570] Ley 20.337, B.O. 22.666 del 15 de mayo de 1973. Como puede apreciarse fue sancionada en forma posterior a la sanción de la LGS.

transitoria de empresas y las agrupaciones de colaboración a través de la modificación de la LGS mediante la Ley 22.903[571], figuras hoy incorporadas dentro del Cód. Civ. y Com.[572], las distinciones hechas por uno de los redactores de la ley habrían perdido razón de ser.

No obstante, la doctrina, a pesar de opiniones en contrario[573], es conteste en sostener que las sociedades tienen una finalidad lucrativa[574], habiéndose dicho en este sentido que:

"Sociedad implica dentro de nuestro sistema normativo una disposición negocial para realizar una actividad conjunta y organizada generando un sujeto de derecho, con finalidad lucrativa"[575].

Ahora bien, la duda a este respecto surge cuando la sociedad anónima es la forma elegida por el Estado para canalizar una inversión pública a los fines de obtener algún beneficio de bien común, donde se sostiene que faltaría el fin de lucro[576].

En lo que hace a la doctrina administrativa existen diversas opiniones. Sin embargo, la que puede considerarse más acorde al espíritu de la LGS sería la de Marienhoff, que sostiene que, si bien el Estado tiene como fin el bien común, la obtención de un rédito económico por sus actividades industriales y comerciales no contradice dicho fin público[577].

Como se anticipó, debería distinguirse entre la causa-fin objetiva y la causa-fin subjetiva o si se quiere, entre un fin inmediato, el propio de la sociedad y un fin mediato, los fines estratégicos de bien común, tenidos en cuenta para la creación del ente.

La causa-fin objetiva de la sociedad como figura jurídica es la obtención de beneficios, y su contrapartida, la cobertura de las pérdidas[578]. Este sería ese fin inmediato propio de la sociedad, su causa-fin, a los efectos de mantener

---

[571] B.O. 25.298 del 15 de septiembre de 1983, nueva redacción de los artículos 367 a 373.
[572] Cód. Civ. y Com., arts. 1442 a 1478.
[573] Etcheverry, Raúl, *Manual de Derecho Comercial, Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 1983, p. 83 y sstes.)
[574] Cracogna, Dante, "El Concepto de Sociedad en el Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades", *Revista Jurídica La Ley*, disponible en TR LALEY AR/DOC/1629/2020.
[575] Richard, Efraín H. - Muiño, Orlando M., *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 2004, 5ª reimpresión, p. 11.
[576] Ya Ascarelli decía a este respecto que es posible que el Estado adopte "una política que afronte conscientemente una pérdida empresarial ya que la política de la empresa es un instrumento del Estado" (Ascarelli, Tullio, *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*, Barcelona, Bosch, 1964, p. 189).
[577] Marienhoff, Miguel, S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5ª Edición Actualizada, Abeledo Perrot, 2003, ps. 474 y 475. Marienhoff sostiene que el lucro obtenido "es del pueblo" y que en definitiva "no hay diferencia sustancial en la actividad comercial o industrial cuando ella es ejercida por el particular o la administración pública". La dificultad interpretativa que enfrentaba Marienhoff es la intención de lucro específicamente prevista en el antiguo art. 282 del Código de Comercio, es decir, un texto legal más estricto que el actual desde el punto de vista de la dogmática. Barra ha sostenido que la actividad empresarial del Estado es "a-lucrativa" pero ello no impide que si la empresa los puede obtener en la persecución de sus fines estratégicos no debe renunciar a ella, ver Barra, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Abaco, 2006, p. 366.
[578] "La causa afecta a la necesidad económica que el contrato se propone satisfacer, y por ello, es su fin… siguiendo a Colombres la causa constituye la función objetiva que el negocio jurídico sociedad y el derecho como tal estatuye y reconoce", ver Zaldívar, Enrique y otros, *op.cit.*, ps. 92-93.

su subsistencia y de evitar las consecuencias negativas que se siguen de la falta de un flujo de fondos positivo previstas por el Cód. Civ. y Com., la LGS y la LCQ.

Pero también cabe la expresión de los motivos, de los fines subjetivos propios del Estado, mediatos y para la creación del ente, que consisten en la consecución del bienestar general mediante la intervención administrativa implementada a través de la sociedad. Esta segunda cuestión recaería en la segunda parte del art. 281 Cód. Civ. y Com. cuando indica que: "También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa"[579]. Más aún cuando, conforme al art. 149 Cód. Civ. y Com., dichos fines pueden tener traducción expresa en la ley que crea el ente y en el estatuto.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, lo cierto es que más allá de la realización de un beneficio, toda la normativa de la sociedad tal como está concebida refleja el proceso de una inversión destinada al desarrollo de una actividad económica para la obtención de una ganancia cuya ausencia debe ser compensada y distribuida entre los socios. En caso de que ello así no suceda, surgen consecuencias jurídicas graves para los socios, los administradores y los síndicos de la sociedad que incluso pueden llegar a la represión penal[580].

En lo que se refiere al art. 3 de la LGS que sigue previendo la posibilidad de constituir asociaciones bajo la forma de sociedad, debe tenerse en cuenta que es una excepción a la regla reconocida por la ley debido a una práctica extendida en la Argentina al momento de la sanción de la LGS. Ello no invalida el principio general. Dichos entes deberán administrarse y funcionar como una sociedad con todo lo que ello implica en lo que hace al haz de derechos y obligaciones de la figura escogida y a las responsabilidades de los directores, síndicos y accionistas[581]. Además, dicha excepción se fundaba también en el principio del otorgamiento de la comercialidad por la adopción del tipo, es decir, de la forma societaria, para la aplicación de la normativa del Código de Comercio, cuestión hoy superada por la sanción del Cód. Civ. y Com..

Es que, en realidad, la normativa societaria lo que hace es regular un flujo de dinero que debe ser aplicado a una actividad económico-empresaria debiendo satisfacer diversos intereses de naturaleza monetaria que son protegidos por el ordenamiento jurídico societario, sin considerar los fines extra-societarios que posean los accionistas, sean estos particulares o el Estado, al constituir la sociedad, los que no pueden ser eludidos sin generar responsabilidad.

[579] Lo cual concuerda con el art. 149 Cód. Civ. y Com..
[580] Ver arts. 176, 177, 178 y 180 del Código Penal.
[581] Para un análisis de la cuestión ver entre otros, Roitman, *op.cit.*, Tomo I, ps. 128-146.

4. La sociedad como flujo de fondos

4.1. El aporte. Constitución del capital y génesis del patrimonio social

El primer paso en toda inversión productiva es el aporte de dinero para el comienzo de la actividad económica[582], que consiste en un desembolso en dinero o en bienes equivalentes[583]. A estos efectos, es necesario y de toda prudencia y diligencia la evaluación de la viabilidad del negocio y del análisis de los medios para obtenerlo, definir los objetivos operativos que debe tener la administración de la sociedad y la responsabilidad de los directores que deben conducir su actividad[584]. En el caso de las sociedades anónimas controladas por el Estado, esta evaluación previa deber ser más profunda cuando se encaren actividades que resultan deficitarias a los efectos de determinar el nivel de transferencias necesarias para mantener el funcionamiento de la sociedad y también para definir los objetivos y responsabilidades de gestión del directorio.

Los aportes pasan a constituir el capital que es la expresión inicial del patrimonio de la sociedad[585] que resulta obligatorio conforme las prescripciones del art. 154 Cód. Civ. y Com.[586] y del art. 11, inc. 4 LGS y constituye una de las características de la personalidad jurídica diferenciada.

La realización del aporte es la obligación primera del accionista[587]. Dichos aportes pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer[588]. En el caso de las sociedades anónimas este aporte solo puede consistir en bienes susceptibles de ejecución forzada[589]. Toda vez que el capital es el límite de responsabilidad de los socios[590], los acreedores deben tener acceso a bienes que puedan utilizarse para la satisfacción de sus acreencias, en caso de incumplimiento.

---

582 LGS art. 1: "… se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios…".

583 Arg. arts. 11, inc. 4, 37, 38 de la LGS. "La constitución de un fondo común es … un elemento específico del contrato del contrato social." Zaldívar y otros, *op.cit.*, p. 74.

584 El art. 59 de la LGS establece que los directores deben conducirse como un "buen hombre de negocios" teniendo así una obligación de mantener acrecentar los bienes sociales. Se tratará más adelante.

585 "El patrimonio social existe desde el mismo del acto constitutivo (Arts. 1, 11 inc. 4°, 26, 38)." Zaldívar, y otros, *op.cit.*, p. 150. Capital y patrimonio no se confunden más allá de esa coincidencia inicial. El capital representa el aporte inicial de los socios y es estático mientras que el patrimonio el activo es el conjunto de las deudas y bienes sociales. Ver Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 230-231.

586 Cód. Civ. y Com., art. 154: "La persona jurídica debe tener un patrimonio".

587 LGS, art. 35: "Las obligaciones de los socios empiezan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad"; Art. 37: "El socio que no cumpla con el aporte en las condiciones convenidas incurre en mora por el mero vencimiento del plazo, y debe resarcir los daños e intereses. Si no tuviere plazo fijado, el aporte es exigible desde la inscripción de la sociedad." Ver, Zaldivar y otros, *op.cit.*, p. 190,

588 LGS, art. 38: "Los aportes pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer, salvo para los tipos de sociedad en lo que se exige que consistan en obligaciones de dar."

589 LGS, art. 39: "En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada."

590 LGS, art. 146. En el caso de las sociedades anónimas controladas por el Estado, ver el art. 21, Ley Nº 24.624 (B.O. 28.301 del 29 de diciembre de 1995). Ver, a este respecto, la opinión de Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, p. 622 y 623.

Los bienes entregados como aporte se transfieren a la sociedad anónima[591] y abandonan el patrimonio del aportante que en nuestro caso es el Estado, para pasar a ser propiedad e integrar el patrimonio de la sociedad, respondiendo el aportante por evicción[592].

Resulta claro entonces que si lo que aporta el Estado son bienes del dominio público deberán seguirse los pasos necesarios para que ellos integren el patrimonio de la sociedad anónima que es de naturaleza privada[593].

Siendo esto así, la frase habitual para describir el carácter instrumental de las sociedades anónimas sosteniendo que su capital es "estatal" carece, en realidad, de precisión[594].

La pregunta que surge, entonces, es sobre qué ejerce el derecho de propiedad el accionista si no es sobre aquellos bienes entregados por el aporte. El accionista, en este caso el Estado, en contraprestación por su aporte lo que recibe es una acción representativa de una serie de derechos y, también, de deberes que conforman lo que la doctrina ha dado en llamar "estado de socio"[595]. Entonces, el derecho de propiedad del Estado se ejerce sobre las acciones y los derechos patrimoniales que surgen de ellas[596] y no sobre los bienes aportados a la sociedad, que son propiedad y patrimonio de esta última.

Como los patrimonios tanto de la sociedad como del accionista, en nuestro caso el Estado, están delimitados y no se confunden, los acreedores de los accionistas sólo pueden atacar por sus acreencias, los dividendos, la cuota de liquidación o las mismas acciones[597]. Por su parte, los socios, en la sociedad anónima, limitan su responsabilidad por la actuación de la compañía

---

[591] LGS, art. 45: "Se presume que los bienes se aportaron en propiedad si no consta expresamente su aporte de uso o goce. El aporte de uso o goce solo se autoriza en las sociedades de interés. En las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades por acciones sólo son admisibles como prestaciones accesorias." Art. 38: "… Cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación." Ver, por todos, Roitman, *op.cit.*. Tomo II, ps. 32-53. Respecto a las sociedades del Estado ver, Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, p. 610.

[592] LGS, Art. 46. En caso de evicción, la sanción permite la exclusión del socio. Sea excluido o no el accionista debe los daños y perjuicios, correspondientes. En el caso de las sociedades anónimas el art. 193, LGS, se pueden vender los derechos de suscripción preferente por remate público entre otras sanciones. Ver autor citado en nota anterior.

[593] Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, p. 625.

[594] En virtud de esto tampoco se pueden sacar consecuencias respecto a la naturaleza del ente, más allá de utilizar del argumento del origen estatal de los fondos para justificar soluciones jurídicas particulares como puede ser la aplicación de moratorias estatales ante ciertos "olvidos" del legislador que producen resultados incongruentes (v.gr. Compañía Integral de Montajes c/Nucleoléctrica Argentina S.A. s/Proceso de Ejecución, Fallos 327:33). Se ha observado que las cuestiones en relación con la determinación de la naturaleza de las sociedades anónimas controladas por el Estado se basan "en el análisis no del ente sino meramente en el origen de los fondos destinados a la integración del capital social o del acto … que le da origen" (Bello Knoll y Curá, *loc.cit.*).

[595] Ver por todos, Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p.391.

[596] Sin perjuicio de otras clasificaciones, los derechos de los accionistas se pueden agrupar rápidamente en: (i) los derechos patrimoniales, (ii) el derecho a la información y (iii) los derechos políticos. Los patrimoniales consisten en el derecho a la cuota de liquidación y al dividendo cuando se cumplen los requisitos para ello. El derecho a la información que debe ejercerse de acuerdo con lo estrictamente previsto en la LGS. Finalmente cuenta con los derechos políticos, es decir el derecho al voto que en las asambleas de accionistas le permiten decidir sobre la marcha de la sociedad, la composición de los órganos de dirección y fiscalización y otras medidas relativas a la dinámica societaria. Ampliar en Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 391-434.

[597] LGS art. 57: Los acreedores del socio … sólo pueden cobrarse sobre las utilidades y la cuota de liquidación."

únicamente al capital suscripto[598], salvo cuando la ley permite traspasarlo para garantía de terceros.

Siguiendo con el punto de partida de ver a la sociedad como un flujo de fondos, los aportes ya ingresados son aplicados a la producción de bienes y servicios en función de los cuales la sociedad percibe sus ingresos. Estos ingresos son de propiedad de la sociedad, no de los accionistas. No pueden ser utilizados libremente por ésta ni por el Estado accionista ya que deben aplicar primariamente a la satisfacción de los créditos de los acreedores, es decir, todos aquellos que contribuyen al giro económico societario mediante la prestación de trabajo y servicios, la venta de bienes y el otorgamiento de créditos[599].

Como señala Mairal[600], la LAF ha dispuesto un sistema de caja única o de fondo unificado de todas las entidades que forman la administración nacional[601], concepto que está definido en el art. 8 inc. a de la LAF[602]. No parece que dicho sistema sea extensible a las sociedades anónimas controladas por el Estado, ya que sería una interpretación que, además de que no se deduce de una lectura armónica de la LAF, vulneraría sustancialmente el funcionamiento de la sociedad anónima del Estado y afectaría los derechos de terceros[603], no sólo de los eventuales socios y de los acreedores de la sociedad en caso de control estatal parcial y de los acreedores en caso de control estatal total.

El Estado accionista, como cualquier otro, sólo se hace con fondos que se generan por la actividad de la sociedad si y sólo si el monto de los ingresos, deducidos los costos, las reservas y el monto del capital los superan[604] y se decide la distribución del dividendo, conforme al procedimiento legal previsto en la LGS[605].

La razón de ser de todo este andamiaje societario-contable es que el movimiento de dinero descripto constituye la garantía de los acreedores contra la sociedad siendo el corolario de la personalidad jurídica diferenciada, mostrando, asimismo, el reconocimiento e importancia que la normativa

---

[598] LGS art. 163: "El capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas." También para el caso de las entidades del Estado ver art. 21, Ley Nº 24.624.
[599] Estos son los que actualmente siguiendo la terminología anglosajona se denominan "*stakeholders*", es decir aquellos que poseen (*holder*) un interés (*stake*) en la sociedad y en su desempeño sin ser accionistas.
[600] Mairal, El Estado …", *loc.cit.*, p. 608.
[601] LAF, art. 80: "El órgano central de los sistemas de administración financiera instituirá un sistema de caja única o de fondo unificado… que permita disponer de las existencias de caja de todas las jurisdicciones y entidades de la administración nacional…"
[602] LAF, art. 8, inc. a: "Administración Nacional: conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados comprendiendo estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social." Por su parte el inc.b del art. 8 de la LAF dice: "Empresas y sociedades del Estado que abarca… las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria … y todas aquellas organizaciones donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones sociales." Cabe señalar que las definiciones y distinciones establecidas en estos dos incisos se aplican a lo largo de toda la LAF para determinar la aplicación de regímenes distintos (*v.gr.* ver la distinción del capítulo II y el capítulo III de la LAF en materia de elaboración de presupuestos entre otros ejemplos).
[603] Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, p. 608.
[604] Es lo que se denomina resultado del ejercicio, ver art. 64 LGS.
[605] LGS, arts. 68, 64 y 234. "Hasta ese momento solo existe una expectativa del socio … un derecho abstracto a los beneficios", Roitman, *op.cit.*, Tomo II, p. 537.

estatal otorga al crédito en el ámbito mercantil, estableciendo normas imperativas al respecto.

Por último, cabe destacar que es jurídicamente tan real y trascendente el traspaso de los bienes del patrimonio del Estado accionista a la sociedad que el retiro de los bienes aportados a ésta última con la consiguiente reducción del capital y de la garantía de los acreedores solo puede hacerse mediante un procedimiento especial dotado de publicidad y con respecto al cual los acreedores tienen derecho a oposición[606].

4.2. Insuficiencia del capital. Consecuencias y reconstitución

La contracara de lo expresado surge cuando el flujo de fondos obtenido con la explotación de la sociedad es insuficiente. Ello determina una serie de obligaciones imperativas para los socios y administradores de la sociedad para desinteresar a quienes brindaron crédito a la sociedad.

El primero de esos mecanismos será la reconstitución del capital mediante la inyección de fondos que se implementa mediante el procedimiento de aumento de capital[607]. En segundo lugar, si las pérdidas de la sociedad superan determinados umbrales legales se debe implementar una reducción de capital obligatoria[608]. Finalmente, también puede someterse a un procedimiento de concurso o de quiebra, o proceder a la liquidación en los términos del artículo 94, inc. 5 de la LGS.

De aquí que, más allá de que el Estado en sí mismo no persigue fines de lucro, su consideración en la operatoria práctica de las sociedades anónimas por él controladas no resulta indiferente.

En vistas a la dinámica descripta, entra en juego aquí la necesidad de contar con una contabilidad veraz para mantener la garantía de los acreedores y la satisfacción oportuna de sus créditos, determinar la magnitud de los eventuales mayores aportes del Estado y, finalmente, establecer el éxito o el fracaso y las responsabilidades de los directores y síndicos de la sociedad, según sea el caso.

4.3. Los estados contables como instrumento de la consistencia del flujo de fondos y la publicidad mercantil

La publicidad de la actividad mercantil y, por ende, de las sociedades anónimas, es un principio del derecho comercial que continúa plenamente vigente. Dentro de esta publicidad tiene especial significado la contabilidad, pero fundamentalmente los estados contables elaborados en base a ella, para la información de los accionistas (en nuestro caso el Estado y, eventualmente

[606] LGS, arts. 203 y 204.
[607] Se decide mediante asamblea. Ver arts.188, 234 inc. 4 y 235 inc. 1 de la LGS. También se pueden utilizar los denominados aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital.
[608] LGS, art. 206.

sus socios) permitiendo evaluar la gestión[609], proteger a los acreedores[610], y efectivizar la fiscalización del Estado sobre las sociedades anónimas[611], habiéndose establecido a este respecto una normativa imperativa ineludible en el Cód. Civ. y Com.[612] y en la LGS[613].

De aquí que, si se quiere conocer el destino y utilización de los fondos públicos aportados en propiedad al ente y el resultado obtenido desde el punto de vista patrimonial y financiero, es vital que las sociedades anónimas controladas por el Estado elaboren en tiempo y forma los estados contables y que, además, los presenten a los organismos de contralor correspondientes, todo ello conforme lo exige el Cód. Civ. y Com. y la LGS y la normativa reglamentaria.

A los efectos de una información adecuada y siguiendo la normativa sobre la forma en que deben llevarse los libros contables, los estados contables anuales de las sociedades anónimas se deben efectuar en una base uniforme que permita la comparación y su veracidad de manera tal que se pueda determinar la situación patrimonial del ente, debiendo ser su confección anual[614].

Además, a los efectos de su fiscalización y publicidad resulta obligatorio presentar los estados contables ante las autoridades en forma periódica[615], siendo de público acceso.

En el caso de las sociedades que cotizan sus valores en bolsa esas obligaciones son más intensas, ya que la información debe ser dada con mayor regularidad[616] e incluso deben informar al mercado cualquier evento que resulte relevante de la operatoria de la sociedad que pueda afectar la cotización de las acciones en los mercados[617].

---

[609] "El objeto de la contabilidad es el mejor orden de la empresa para que su titular pueda conocer el estado de sus negocios, … y establecer el estado económico de la explotación" Zaldívar y otros, *op.cit.*, p. 325. Ver Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 571.

[610] Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 570. Allí señala que resulta importante para los acreedores el establecimiento de la utilidad para que no disminuya la garantía de sus cobros como así también para los futuros acreedores a los fines del otorgamiento de crédito "alma y nervio del comercio".

[611] Ver LGS, arts. 300 y 301, Ley 22.169 (B.O. 24.363, del 25 de febrero de 1980), Ley de Mercado de Capitales Ley 26.831, (B.O. 32.551, del 28 de diciembre de 2012, -en adelante, LMC-). En el caso de las sociedades anónimas del Estado, éstas se encuentran comprendidas en el art. 299 de la LGS que establece la fiscalización estatal permanente que determina una intensidad mayor en el control.

[612] Cód. Civ. y Com. Art. 320: "Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas…". También ver arts. 321 a 327 del Cód. Civ. y Com..

[613] LGS, arts 61 a 66.

[614] Halperín, *op.cit.*, p. 582.

[615] LGS, art. 62.

[616] En este caso, trimestralmente, ver Título IV, Capítulo 1, Sección I, art. 1 de la Resolución General 622/2023 de la Comisión nacional de Valores (B.O. 32.718 del 9 de septiembre de 2013 -en adelante, las Normas-).

[617] Art. 99 de la LMC y art. 3 de la Sección II, Capítulo I, del Título XII de las Normas. En este sentido, es interesante recordar que con respecto al contrato que fue objeto del caso "Giustiniani", YPF había presentado el correspondiente hecho relevante informando de su existencia (disponible en www.aif2.cnv.gov.ar/presentations/publicview/c2655e14-b2b7-4714-9441-6d90cffcad12). No obstante, el reclamo se fundó en cuestiones ambientales y en base a la legislación sobre información pública vigente. La Ley Nº 27.275 (B.O. 33.472 del 29 de septiembre de 2016) sancionada con posterioridad al caso mencionado, exime en el inc. m) del art. 8 a las sociedades anónimas que cotizan salvo el caso de "graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad" (cf. Ley Nº 27.275, art. 8 in fine).

Paralelamente, en nuestro caso, la LAF en su Capítulo III establece una serie de obligaciones en materia de administración financiera respecto a la confección de los presupuestos anuales que deben ser específicamente consideradas[618] por los órganos de administración de la sociedad estatal. Estas normas no difieren en lo esencial de lo que se realiza en una sociedad de capitales privados. La única particularidad en las sociedades que posean un socio minoritario privado consistiría en que éste vería que las decisiones presupuestarias internas deben aprobarse por un organismo estatal como lo es la Oficina Nacional de Presupuestos[619] y luego por el Poder Ejecutivo Nacional[620].

Además, la LAF regula el sistema de contabilidad gubernamental[621] que es único y aplicable a todo el Sector Público Nacional[622]. En lo que respecta a los estados contables, todas las entidades del art. 8 de la LAF[623], excluida la administración central, deben presentarlos dentro de los dos meses de cerrado el ejercicio a la Contaduría General de la Nación. Ello es conteste con la obligación y los plazos que surgen de la LGS[624] y, en el caso de sociedades que coticen en mercados de valores, de la Normas[625].

Por su parte, los Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina aprobados por la Decisión Administrativa 85/2018[626] (en adelante, los Lineamientos), en su "Lineamiento 1 Transparencia", recomiendan como buena práctica "la publicación en la página web de la empresa la información financiera … vinculada con su actividad". Por todo lo visto, los estados contables constituyen la información más importante y esencial de una sociedad anónima.

En este sentido cabe recordar a Franco quien señalaba, ya en el año 1991, que para mejorar el desempeño de las sociedades de propiedad estatal:

"Se lograría un avance gigantesco … si se cumpliera con el modelos y elemental requerimiento de la confección de balances para las entidades controladas por el Estado"[627]

---

[618] Arts. 11 a 18 que integran el capítulo I del Título II de la LAF que establece los principios generales del sistema presupuestario de todo el sector público nacional y los arts. 46 a 54 que forman el capítulo III de LAF que dicta las disposiciones relativas a todas las sociedades de propiedad estatal alcanzadas por la ley.
[619] Ver LAF, art. 46. La Oficina Nacional de Presupuesto analiza la concordancia del presupuesto en el marco de las políticas, planes y estrategias fijados.
[620] LAF, art. 55. La aprobación debe emitirse antes del 31 de marzo del año de vigencia del presupuesto. Cabe preguntarse qué pautas debe seguir el directorio y la administración del ente el primer trimestre del año.
[621] Título V de la LAF, arts. 85 a 95.
[622] LAF, art. 87.
[623] Lo cual comprende las sociedades anónimas controladas por el Estado.
[624] Establece que los estados contables deben ser aprobados por una asamblea general ordinaria convocada dentro de los 4 meses de finalizado el ejercicio.
[625] En el caso de sociedades que cotizan, los estados contables deben ser aprobados por la asamblea general ordinaria dentro de los cuatro meses de finalizado el ejercicio, ver art. 3, Sección I, Capítulo II de las Normas.
[626] B.O. 33.811 del 14 de febrero de 2018.
[627] Franco, Horacio, "El derecho administrativo y las sociedades anónimas con simple participación estatal", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en AR/DOC/10869/2001.

Ahora bien, como se mencionaba más arriba, si se puede concebir a la sociedad anónima como un flujo de fondos, su consistencia se visualiza y se puede evaluar mediante los estados contables.

A lo largo de los arts. 63 a 66 la LGS se describen las distintas cuentas que integran los estados contables y cabe señalar aquí que, en función de los números que de allí surgen, se pueden determinar distintos índices que explican y transparentan la situación financiera y patrimonial de la compañía[628].

En definitiva, la contabilidad confeccionada en tiempo y en forma adecuada, tal como lo exige la LGS y la normativa reglamentaria, es una herramienta irremplazable en la actividad bajo el régimen de sociedades anónimas tanto desde el punto de vista de la consideración por parte de los acreedores de la capacidad de solventar los costes de la operación como desde el punto de vista de la evaluación de la gestión de los administradores sociales que se tratará más adelante.

Más aún, la elaboración, presentación y publicación de los estados contables genera una posibilidad concreta de control ciudadano de estas entidades.

Siendo esto así, y siguiendo los Lineamientos, sería conveniente como primera y básica medida de transparencia, publicidad y buen gobierno que, sin perjuicio de las presentaciones a los organismos de control, todas las sociedades anónimas del Estado publicaran sus balances auditados en sus páginas, lo cual hoy se realiza parcialmente y con morosidad.

Si la transparencia, hoy elevada a rango de principio legal positivo conforme surge de la LB y la publicidad tanta veces declamada es un verdadero valor considerando los altos fines que debe cumplir el Estado mediante su intervención en la economía y la prestación de servicios públicos a través de estos entes que canalizan la inversión de fondos públicos a estos efectos, resulta ineludible y esencial el riguroso y estricto cumplimiento de la normativa societaria relativa a la elaboración de la contabilidad y el régimen de publicidad respectivo.

5. La responsabilidad de los directores

5.1. La actividad del directorio. La organización de la actividad de la sociedad

La administración y responsabilidad por la gestión de los negocios sociales y, por ende, de todo el movimiento de fondos que la actividad de la sociedad

[628] A modo de ejemplo, si del activo corriente, se detrae el pasivo corriente, se puede determinar rápidamente si la empresa se encuentra en un estado de cesación de pagos y necesita una inyección de fondos. Por otro lado, otro índice que es interesante es el denominado por sus siglas en inglés EBITDA, esto es las ganancias antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización. Este índice determina si el conjunto de bienes y servicios de la compañía tiene capacidad de generar fondos para sustentar la operación.

genera, se encuentra bajo la responsabilidad del directorio que, en el caso de las sociedades anónimas controladas por el Estado, siempre debe ser plural[629].

De acuerdo con la teoría organicista que rige el ámbito societario[630], el directorio no es un mandatario de la sociedad ni de los accionistas[631], sino que como tal es la misma sociedad que actúa[632] bajo el marco normativo establecido por la ley[633], el estatuto y el reglamento y conforme al amplio plexo de facultades, funciones, deberes y responsabilidades allí contenido.

Es importante tener en cuenta que en el caso de las sociedades controladas por el Estado existe normativa específica administrativa y adicional que los directores deben cumplir, como ocurre entre otras con los Lineamientos y con la LAF, en lo que respecta a la elaboración de presupuestos y estados contables o eventualmente a la normativa de excepción que se dicte al momento de su constitución[634].

De esta forma, el organicismo previsto en la LGS[635] determina que el directorio como tal se maneje en forma independiente de los accionistas en la consecución del objeto social, con la única obligación respecto a estos de rendir cuentas periódicamente a la asamblea ordinaria mediante la presentación de los balances y la aprobación de la gestión[636] y responder por los daños causados a la sociedad y, eventualmente, a los accionistas, como se verá inmediatamente.

La brújula del accionar del directorio, además de las normas que más abajo se referirán a responsabilidad, es el interés social que ya se mencionó. Recordemos que consiste en el "interés objetivo común a los socios conforme al fin social"[637] y está vinculado con la satisfacción del "objeto social … [l]a

---

[629] LGS art. 255 y art. 299, inc. 3.

[630] Ver Roitman, *op.cit,*, Tomo II, p. 282. Ver CNCom, Sala A 17/10/1978 "Graña, Geremías c/Viedma S.R.L. y otro", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, Vol. 82, p. 276.

[631] De aquí que la expresión "representantes del Estado en el directorio" utilizada en ocasiones es técnicamente errónea.

[632] Roitman, *op.cit.*, Tomo II, ps 282-283. "… representante orgánico y la sociedad constituyen un único e indiferenciado ente de imputación" (Ver *ibidem*. p. 293). "el órgano de administración y representación no es mandatario del ente social, sino que es la sociedad misma la que actúa … tampoco es mandatario de alguno, varios o todos los socios" (CNCom, Sala A, 30/12/1976, "Amenta Roberto c/Pascuariello, Italino O.P." *Revista El Derecho*, Buenos Aires, Vol. 74, p. 704). De acuerdo con la teoría del órgano, las personas actúan en un marco legal específico que determina competencias y la "legitimidad" (ver. Halperín y Otaegui, *op.cit.*, p. 210) de "la actividad jurídica necesaria para la consecución de sus fines," (Brunetti, Antonio, *Tratado del Derecho de las Sociedades,* trad.: Felipe Solá de Cañizares, Buenos Aires, Uteha, 1960, Tomo II, p.367 citado por Roitman, *op.cit.*, Tomo II, p. 283). "Los órganos de las sociedades no pueden ser confundidos con las personas … a través de cuyas conductas se actuará la disciplina que dará a éstas una imputación referida al orden jurídico especial societario". (CNCom, Sala A, 29/5/1981, "De Atucha, Jorge M.C.C. c/Terrabusi de Reyes Roa, Elena M. y otros", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, Vol. 94, p. 775).

[633] Debe considerarse que cuando se hace referencia al cumplimiento de la ley, no sólo se trata de la LGS, sino también de toda la normativa que resulte aplicable a la sociedad.

[634] Cód. Civ. y Com. art. 149.

[635] "La Ley adopta la teoría organicista…" (Zaldivar y otros, *op.cit.*, p. 289).

[636] Art. 234 LGS.

[637] CNCom, Sala B 6/12/82 "De Carabassa, Isidro c/Canale S.A. y otra", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/JUR/4154/1982.

noción es objetiva (no psicológica) y se lo apreciará en concreto"[638]. No se identifica con el interés de la mayoría, ya que es común a todos los socios y las decisiones mayoritarias, aunque no perjudiquen a la sociedad, deben beneficiar a todos los accionistas[639]. La cuestión es cómo conjugar en las sociedades anónimas controladas por el Estado el interés societario con el interés público, en caso de que se contrapongan, más si éste último en una situación dada debe prevalecer[640]. Mairal sostiene que, si esta posibilidad estaba prevista en el régimen constitutivo, nada tiene que reclamar el socio, pero no así en caso contrario[641].

Ahora bien, la actividad del órgano de administración obliga a la sociedad con la sola excepción de los actos que "sean notoriamente extraños al objeto social"[642]. Aquí debe considerarse que más allá del funcionamiento colectivo y orgánico del directorio en la administración de los negocios sociales, el único que representa a la sociedad frente a terceros es el presidente del directorio[643].

No obstante, la asamblea y, en este caso el Estado en su carácter de accionista, puede establecer objetivos y pautas para la administración de la sociedad que deben ser seguidos, siempre y cuando no resulten contrarios a la ley y los estatutos[644].

Además de la función de representación, el directorio tiene distintos tipos de funciones por cuyo adecuado desempeño responde. En primer lugar, tiene a su cargo la gestión operativa, es decir el desarrollo de todas las operaciones de naturaleza comercial, industrial y de servicios que integran el objeto social. En segundo lugar, la gestión empresarial, es decir la organización de los medios de producción y humanos, la conservación de los bienes sociales, la aplicación adecuada de los fondos percibidos de los accionistas y de la explotación de su actividad comercial, industrial o de servicios al giro empresario y el desarrollo y expansión cuantitativa y cualitativa de la empresa. En tercer lugar, lo que se llama cogestión societaria[645], es decir, todas esas actividades previstas en la sociedad y en la normativa mercantil destinada al funcionamiento interno de la sociedad, a lo que debe añadirse, en el caso de las sociedades controladas por el Estado, la normativa de la LAF relacionada al presupuesto mencionada.

Finalmente, debe organizar los recursos materiales y humanos de la compañía para el efectivo cumplimiento de toda la normativa que le resulte aplicable y, desde la sanción de la Ley Nº 27.401[646], los medios necesarios para evitar que

---

[638] Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 216. "Los gerentes … deben obrar en favor del interés social en función del objeto y la actividad social" (CNCom, Sala B, 24/11/1980, "Gozdenovich, Daniel c/Meijide, Ramón P.", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/JUR/5438/198).
[639] Halperín y Otaegui, *op.cit.*, p. 224.
[640] Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, p. 662
[641] *Ibidem*. Esto es coincidente con lo establecido en el art. 149 Cód. Civ. y Com..
[642] Art. 58 "El directorio tiene atribuciones razonablemente implícitas e incidentales para el logro del objeto social y cumplir con la actividad social por lo que puede celebrar todos los actos o negocios que sean un medio para realizarlo o tiendan a ese fin" Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 519
[643] LGS, art. 268.
[644] Roitman, *op.cit.*, Tomo II, p. 283. LGS, art. 233.
[645] Veron, *op.cit.*, Tomo I, p. 426.
[646] B.O. 33.763 del 1° de diciembre de 2017.

la sociedad pueda incurrir en responsabilidad penal empresaria por hechos de corrupción[647].

5.2. El marco jurídico de la gestión y la responsabilidad. La creación de valor. Lealtad. Cumplimiento de la ley

Habiendo visto la actividad y funciones del directorio cabe detenerse sobre cómo deben desarrollarse y cuál es la responsabilidad del directorio frente al accionista y los terceros, lo que se encuentra regulado en forma directa y específica por los artículos 59, 271, 272 y 274 de la LGS. Además, toda vez que los directores de las sociedades del Estado son funcionarios públicos[648], deben considerarse las disposiciones del 1766 del Cód. Civ. y Com.[649].

Los directores son personal y solidariamente responsables por los daños provocados a la sociedad, los accionistas y los terceros[650] por las causales que abajo se analizarán. Contra ellos cabe ejercer, por un lado, la acción social de responsabilidad[651] en beneficio de la sociedad y, por otro, la acción individual de accionistas y acreedores[652] cuyo tratamiento exceden el alcance de este trabajo.

La guía específica que deben considerar los directores en la gestión operativa y administrativa de los negocios sociales está establecida en el art. 59 de la LGS y consiste en desempeñarse con lealtad y la diligencia del buen hombre de negocios[653]. Comenzaremos por el segundo de los criterios.

5.2.1. El buen hombre de negocios

El cartabón "buen hombre de negocios" determina cual debe ser la conducta general correcta en el desempeño en el cargo de los directores, generando responsabilidad en caso de que así no lo hicieren[654]. Esta pauta establece que el directorio debe desempeñarse como un comerciante experto y como tal tiene una responsabilidad profesional con capacidad técnica, experiencia y conocimientos de los negocios que forman el objeto social y de la actividad empresarial en general[655].

---

[647] En este sentido ver los "Lineamientos para la Implementación de Programas de Integridad" aprobados por la Resolución 27/2018 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, B.O. 33.968 del 4 de octubre de 2018.

[648] Ver Decreto Nº 196/2015, art. 1, B.O. 33.070 del 12 de febrero de 2015. García, *loc.cit.*. En cuanto a una eventual dependencia jerárquica ver Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, p. 626-627 y notas.

[649] García sostiene que en caso de directores de sociedades participadas por el Estado se aplica el régimen societario y civil general virtud del 130 LAF, sin perjuicio de otra normativa específica (*ibidem*, nota anterior). La nueva normativa no modificaría estas conclusiones.

[650] Art. 59 y 274 LGS.

[651] Regulada en los arts. 276, 277 y 278 LGS.

[652] Art. 279 LGS.

[653] Art. 59: "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.".

[654] LGS, art. 274: Los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño en los términos del artículo 59."

[655] Por todos, Halperin y Otaegui, *op.cit.*, p. 549. "Este cartabón o estándar jurídico establece una auténtica responsabilidad profesional que implica capacidad técnica experiencia y conocimiento mayor que la del ciudadano corriente" (CNCom, Sala E, 31/10/2006, "Iraldi, José Carlos y otros c/Godoy, Juan Carlos s/sumario" *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LA LEY AR/JUR/8953/2006); "El administrador societario al desempeñar funciones no regladas de la gestión operativa empresaria, deberá obrar con la diligencia del buen hombre negocios, o sea, de un comerciante experto ante los mismos"

En la conducción de los negocios sociales esta responsabilidad profesional empresarial, considerando la causa-fin de la sociedad, debe llevar al incremento de los bienes sociales y, como mínimo, a que no disminuyan[656], ya que el interés esencial del accionista es la obtención de beneficios y evitar, en lo posible, que se dispare su obligación de contribución de fondos. Situación, además, que en el caso que la sociedad anónima controlada por el Estado tuviera accionistas minoritarios también puede desencadenar obligaciones indemnizatorias.

Así, los directores tienen vedada la implementación de cualquier operación o actividad respecto a la cual los directores estimen previamente que es o puede resultar ruinosa, perjudicial o que limite en alguna forma los beneficios que la sociedad pueda obtener en una situación particular o no beneficie a la totalidad de los socios en su conjunto. Si, eventualmente el Estado, en su carácter de controlante, desea que la sociedad acometa este tipo de acciones, debe autorizarlo a través de los medios legales pertinentes, sean societarios o regulatorios, asumiendo las consecuencias que de ello se derivan. Si hubiere accionistas minoritarios, ello puede acarrear responsabilidades personales de los directores[657].

Refuerzan esta concepción los inc. a y d del art. 23 de la LB[658] que disponen, por un lado, el principio rector de la eficiencia aplicable a toda empresa controlada por el Estado y, por otro, el de generación de valor, entendiendo por tal la obtención de valor económico y social en la gestión[659]. Adicionalmente, se encuentran los Lineamientos que establecen, por un lado, el principio de Generación de Valor y el de Estándar de Empresa Listada[660]. Este último principio agudiza aún más las obligaciones del directorio en relación con la administración de los bienes, porque toda sociedad que recurre

(CNCom, Sala B, 5/11/1993, "Paramio, Juan M. c/Paramio Pascual E. y otros", *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, disponible en JA JA 1994-I-1993).

656 "Los directores y el síndico de una sociedad anónima deben conservar el patrimonio social y tratar de incrementarlo, actuando con la diligencia de "buen hombre de negocios" (CNCom, Sala D, 25/02/1993, "Loschi, Aldo c/Channel One S.A. y otros", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/JUR/3126/1993). "Entre las obligaciones del administrador "buen hombre de negocios" se halla la de conservar los bienes de la sociedad…" (CNCom, Sala D, 10/09/1992, "Phonotone Co. S.R.L. quiebra", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LA LEY AR/JUR/430/1992).

657 LGS, arts. 54, 59, 274 y 279.

658 LB, Art. 23: "Toda empresa u organismo con participación estatal total o mayoritariamente estatal deberá respetar los siguientes principios rectores: a) Eficiencia: utilizar eficientemente los recursos propios y los que reciba de partidas presupuestarias; … d) Generación de Valor: maximizar el impacto de las empresas en la economía, generando valor económico y social a lo largo de toda la cadena de valor".

659 El mayor valor desde el punto de vista contable es observable en los Estados Contables por el incremento del patrimonio neto fruto de un resultado positivo al restar al activo, el pasivo social. Si se divide el valor del patrimonio neto por la cantidad de acciones se obtiene el mayor valor de la acción en relación con su valor nominal. De ahí, la importancia, nuevamente de los estados contables de las sociedades anónimas mayoritariamente estatales, en este caso a los efectos de cumplir con este precepto legal.

660 "Principio Generación de Valor: el Estado como accionista promueve la maximización del impacto que las empresas de mayoría accionaria estatal tienen en la economía. Las empresas deben promover la generación de valor (social y económico) a lo largo de toda la cadena del negocio, siempre considerando los principios de transparencia y eficiencia de los recursos. En dicho sentido, cobra especial relevancia la definición de propuestas de valor para los distintos actores involucrados". Estándar de Empresa Listada: "el Estado espera que las empresas en donde el mismo es accionista adopten estándares de gobierno corporativo alineados con los de empresas listadas en la Bolsa de Valores. La adopción de dichos estándares debería constituir para las empresas una preocupación constante y requerir de esfuerzos sostenidos en el tiempo."

al ahorro público tiene en comparación con una sociedad cerrada una mayor exposición con respecto a generar un flujo de fondos que arroje resultados positivos para mejorar el valor patrimonial de la acción, ya que la consecuencia de no lograrlo tiene efecto inmediato en su precio de mercado y en el de la valuación de la compañía.

Completa el panorama el art. 1725 del Cód. Civ. y Com. que establece que a "mayor deber de obrar con prudencia y conocimiento … mayor es la diligencia exigible".

Por lo dicho, la sociedad estatal que, por la razón que fuese, es deficitaria por responder a la realización de prestaciones que el mercado no puede brindar, ello no exime a los administradores de actuar en forma eficiente[661]. Es difícil imaginar un esquema de este tipo con accionistas privados minoritarios.

En definitiva, en este aspecto puede verse que, para los directores y el cuadro gerencial, del art. 59 y de la jurisprudencia surge que la búsqueda del beneficio es un mandato legal que se trasluce en la forma en que deben administrarse las sociedades en general y las sociedades de propiedad del Estado en particular, lo que no puede ser eludido ni ignorado so pena de incurrir en responsabilidad. Debe considerarse en este aspecto que la obtención de beneficios en una sociedad no está referido únicamente al nivel de precio de venta de los productos que elabora o de los servicios que presta[662], sino también a la administración y reducción de sus costos de operación, lo cual incluye la eficiencia y la eficacia de sus procesos, entre ellos, los procedimientos de compras.

No obstante, hay que señalar que la obligación de diligencia en la administración es de medios, ya que deben actuar con toda la prudencia y profesionalidad necesaria para conseguir el aumento del patrimonio neto de la sociedad mediante el desarrollo de las actividades del objeto, generando ganancias para distribuir y que si este objetivo se frustra no sea por la falta de diligencia propia de un experto en los negocios sino por la "fortuna adversa en los negocios"[663].

Es claro, entonces, que en virtud de la magnitud de los negocios que llevan adelante las sociedades anónimas controladas por el Estado, los volúmenes de dinero de origen público aplicado y las cantidades de personal contratado, entre otras cuestiones, más allá del interés público indirecto y remoto involucrado o de la prestación del servicio público correspondiente, los deberes de diligencia tienen los directores son máximos, tanto en la organización interna de la sociedad mediante los instructivos, normas internas, apoderamientos, estructura de personal procedimientos de compras y profesionalismo e idoneidad del personal y cuadros gerenciales seleccionados, como en la elaboración e implementación de los planes de negocio, la

[661] De la Riva, *loc.cit.*, p. 197-198.
[662] No todas las compañías tienen elasticidad para aumentar sus precios. Algunas por cuestiónes de mercado (p.ej. las que venden bienes que son *commodities* cuyos precios los determina la oferta y demanda internacional) y otras por tener precios regulados, (p.ej. concesionarias que perciben tarifas).
[663] Roitman, *op.cit.*, Tomo II, p. 363.

ejecución de las operaciones comerciales, industriales o de servicios y la evaluación y minimización de riesgos.

Dadas las obligaciones que se derivan del art. 59 LGS, de los incisos del art. 23 LB mencionados y de los Lineamientos es que, más allá de la libertad de contratación en la selección de los contratistas con que cuentan las sociedades anónimas controladas por el Estado[664], el directorio, para evitar incurrir en responsabilidad por incumplimiento de la diligencia propia de un buen hombre de negocios, debe establecer sistemas de contratación[665] que implementen medios competitivos en la selección de contratistas y proveedores[666]. Sin embargo, ello no implica que no puedan efectuar contrataciones directas, en cuyo caso deberá evaluarse y justificarse internamente la conveniencia, debiendo considerar siempre el potencial beneficio económico que la sociedad obtiene.

No hacerlo de este modo, sea por acción u omisión, demuestra que no han puesto todos los medios necesarios para obtener ofertas convenientes y así contribuir a la obtención de beneficios o disminuir a su máxima expresión las pérdidas.

En este sentido, resulta interesante para juzgar la actividad del directorio la denominada *business judgement rule* desarrollada por los tribunales de Estados Unidos[667]. Según esta regla, los directores deben tomar decisiones habiéndose informado adecuadamente y evaluado las ventajas y desventajas del negocio para la sociedad y los accionistas. Si el procedimiento de toma decisiones fue adecuado, los directores quedan relevados de responsabilidad independientemente del resultado del negocio.

Como puede apreciarse, el estándar del buen hombre de negocios en el caso de las sociedades controladas por el Estado genera a los directores graves obligaciones de gestión frente a la sociedad, los accionistas y terceros por las cuales responden personalmente.

5.2.2. El deber de lealtad

En segundo lugar, del juego de los arts. 59 y 274 de la LGS, el directorio debe obrar con lealtad para con la sociedad y con los accionistas. El deber de lealtad implica esencialmente que debe anteponer en la gestión el interés social a los

[664] Las sociedades anónimas controladas por el Estado no están sometidas a ningún régimen de contratación que las obligue a ello. En este sentido, Marienhoff sostenía que este mismo principio es aplicable al mismo Estado (ver Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª Edición Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, Tomo III-A, p. 158).

[665] Que serán de naturaleza privada y regulados por la autonomía de la voluntad de las partes.

[666] Estos procedimientos serán privados por la misma naturaleza de la sociedad anónima como ya se dijera.

[667] "… [L]os directores no son responsables por los errores de juicio … los tribunales han sostenido … que no les cabe a ellos examinar el mérito de las decisiones de negocios realizadas por los directores … sino que simplemente deben investigar cuáles fueron los procedimientos seguidos para arribar a la decisión" (Rovira, Alfredo L, "Responsabilidad del Directorio por la Gestión Empresaria", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LA LEY AR/DOC/2650/2005). En el mismo sentido ver Villanueva, Julia "La responsabilidad de los Directores de la Sociedad Anónima", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en TR LALEY AR/DOC/190/2019.

intereses individuales de los socios y los propios[668]. De aquí, la prohibición de contratar con la sociedad, salvo el cumplimiento de ciertas condiciones[669], la obligación de revelar y abstenerse de participar en las decisiones y operaciones en las que tuviera un interés contrario al de la sociedad[670] y la prohibición de las acciones en competencia[671].

En este sentido el deber de lealtad, como primera aproximación, implica que el director no debe aprovechar las oportunidades de negocio que le presenta la administración de los bienes sociales. Pero, además, de este deber de lealtad se derivan otras obligaciones que, si bien no están explicitadas en la LGS, sí lo están en el art. 78 de la LMC y resultan aplicables también a cualquier sociedad. Allí se prevé que cada miembro del directorio: a) tiene prohibido hacer uso privado de los bienes sociales y de cualquier información confidencial que obtenga; b) tiene prohibido aprovechar o que otro aproveche por acción u omisión las oportunidades de negocio de la sociedad; c) tiene la obligación de usar los bienes sociales para los fines que la ley, el estatuto, la asamblea o los directores hayan establecido[672].

Esta obligación, al igual que en el caso anterior, genera en el directorio la obligación de establecer los procedimientos, mecanismos y normas internas necesarias de protección del interés social para evitar y detectar la ocurrencia de cualquiera de estas situaciones. La ausencia en su implementación genera responsabilidad en el directorio.

El evitar que otros aprovechen las oportunidades de negocios de la compañía que es propio de la obligación legal de lealtad trae aparejada la obligación de confidencialidad, secreto o sigilo[673] que tienen los directores, que se extiende a los cuadros gerenciales y los empleados en general respecto a las operaciones sociales, quienes solamente pueden revelar información cuando son obligados por disposición expresa de la ley[674] o por autoridades judiciales[675].

5.2.3. Responsabilidad por cumplimiento normativo. Otras causales

El art. 274 indica, además, que los directores son responsables por todo daño causado a la sociedad, los accionistas y los terceros por el incumplimiento de la ley, el estatuto y el reglamento y por abuso de autoridad, dolo y culpa grave.

No existe duda alguna que, con respecto al incumplimiento de la ley, la responsabilidad es de resultado. Los directores deben velar porque la sociedad

---

668 Arg. Art. 78 de la LMC. "Debe defender los intereses cuya administración y procuración se le ha confiado por encima de cualquier otra consideración", Ver Zaldívar, *op.cit.*, p. 305.
669 LGS, art. 271.
670 LGS, art. 272.
671 LGS, art. 273.
672 También ver el art. 4, Sección II, Capítulo II, Título XII de las Normas.
673 Verón, *op.cit.*, Tomo I, p. 457.
674 V.gr. Art. 55 y 294 de la LGS, como ejercicio del derecho de información del accionista, Ley 27.275, etc. Cabe señalar que esta obligación no limita las facultades de información de la comisión fiscalizadora que en el caso de las sociedades controladas por el estado están designados por la SIGEN en virtud de lo dispuesto por el art. 114 de la LAF.
675 Ver el caso "Giustinani" ya comentado.

cumpla con toda la normativa aplicable (impositiva, societaria, ambiental, penal, cambiaria, laboral, bursátil, etc.). La primera de todas las que debe hacer cumplir el directorio, a los efectos de la protección del interés público comprometido en la actividad económica que incluye la protección del crédito y la aplicación de los fondos públicos aportados al ente, es la societaria contable[676], adicionando a ello, en el caso de las sociedades controladas por el Estado, las normas sobre presupuesto, contabilidad, estados contables y control de la LAF.

De aquí que, en el caso de las sociedades controladas por el Estado, el control del cumplimiento normativo es importantísimo, debiendo velar el directorio diariamente a este respecto verificando y mejorando la efectividad de dichos mecanismos, ya que responde personalmente por ello.

Responde el directorio por abuso de autoridad, que básicamente consiste en la utilización de sus atribuciones y de los bienes sociales en forma desviada contrariando la finalidad perseguida, la buena fe y las costumbres, pero dentro de los límites formales[677].

Finalmente, el art. 274 establece una norma residual para cualquier otro daño que puedan producir los directores por dolo o culpa grave distinto de los ya específicamente previstos en ocasión de sus funciones[678].

6. A modo de conclusión

A lo largo de estas líneas se ha recorrido la aplicación de los principios y normas del derecho societario, hoy incorporado al Cód. Civ. y Com., a las sociedades anónimas controladas por el Estado dadas las nuevas circunstancias marcadas por las recientes modificaciones legislativas, deteniéndose en determinadas aristas que surgen en la confluencia entre el Cód. Civ. y Com., la LGS y las normas de derecho público.

De la revisión de las normas emerge que estos entes tienen una personalidad jurídica privada que se extiende a todos sus actos. La sanción y aplicación de normas de carácter público a estos entes, tanto en su constitución como en su estatuto, es excepcional y debe ser expresa, justificada y determinada por el Congreso de la Nación. No obstante, su existencia no modifica su naturaleza y régimen de fondo, salvo en lo expresamente previsto. La utilización de

---

[676] "La omisión de confeccionar balances y de convocar a asambleas para tratarlos importan mal desempeño en el acro en los términos de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550" (CNCom, Sala B, 6/11/1996, "Jinkus, Gabriel c/Video Producciones Internacionales S.A y otros", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en AR/JUR/3528/1996). "[Constituyen] … flagrantes transgresiones a la ley y los parámetros mínimos de para una adecuada vida societaria … irregularidades en el libro de actas, … falta de respaldo documental de los asientos contables… siendo procedente la remoción de los administradores por incumplimiento del art. 59 y concordantes de la ley 19.550" (CNCom, Sala C, "Aimaré, Juan Carlos c/Impresora Offset S.A. y otros", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en AR/JUR/741/2004). "El mal desempeño imputado a los administradores por … balances falsos, sustracción de libros de comercio y documentación … da lugar a la acción social de responsabilidad" (CNCom, Sala A Kuckiewicz, Irene c/Establecimientos Metalúrgicos Cavanna S.A. y otro", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, disponible en AR/JUR/861/1979).

[677] Roitman, *op.cit.*, Tomo V. p. 282 y 283.

[678] Manóvil, *loc.cit.*.

principios de derecho público para la interpretación de determinadas circunstancias ha sido excepcional, en cuestiones tópicas para solucionar casos particulares en función de normativa muchas veces ya modificada. Siendo ese el caso, la doctrina judicial que de allí se deriva no puede extenderse para pretender una caracterización del ente como público, lo que la normativa positiva no habilita. Menos aún para sostener una dilución de la barrera entre la personalidad jurídica privada societaria y la pública estatal, como así tampoco para generar una suerte de confusión patrimonial y obligacional implícita, o, peor aún, para perjudicar derechos de terceros. En la economía del Cód. Civ. y Com. y de la LGS las sociedades anónimas estatales no son el Estado, así como el accionista controlante no es la sociedad.

Por otra parte, la conjunción de las normas societarias y las de administración financiera estatal generan un marco de control de la gestión del ente cuya aplicación permite, en teoría, la adecuada fiscalización sobre la aplicación de los fondos invertidos por el Estado en estos entes para los fines que se les encomiendan. Sin embargo, no puede soslayarse que su cumplimiento resulta desafiante para el cuadro directivo y gerencial del ente, pero no incumplible.

Aquí, resulta de importancia la elaboración, presentación y difusión en tiempo y forma legales de los estados contables que constituyen la herramienta más eficaz y transparente para la evaluación de la gestión tanto por los organismos de fiscalización como por el público en general. Baste ver lo que sucede con las sociedades que cotizan en los mercados de valores.

En este sentido, más allá de las discusiones doctrinarias, la causa-fin de la figura societaria, la obtención de ganancias es un principio legal positivo mandatorio y primario, hoy reforzado por la LB, que establece una estricta disciplina a los administradores. Permite evaluar objetiva y crudamente su desempeño y les impone deberes jurídicos que no pueden ser soslayados, bajo pena de ser responsables individualmente.

En vistas a ello, los intentos de publificación del régimen de las sociedades estatales nada agregan en la gestión ni al control. Por el contrario, la experiencia muestra que ese derrotero genera dudas interpretativas que, en el tráfico comercial en el cual estos entes giran, se traducen en ineficiencias y sobrecostos, con los desastrosos resultados conocidos para las finanzas públicas.

En definitiva, para parafrasear a Gordillo, recordado por Mairal[679], las normas son suficientes, solo restaría aplicarlas adecuadamente.

[679] Mairal, "El Estado …", *loc.cit.*, p. 631 y su nota.

Capítulo VI. Empresa pública y servicio público en el marco del proceso de retirada del sector estatal del campo económico en la República Argentina – Lucas A. Piaggio

Autor: Lucas A. Piaggio

Publicado como Piaggio, Lucas A., "Empresa pública y servicio público en el marco del proceso de retirada del sector estatal del campo económico en la República Argentina", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP) 560/561:8, Mayo/Junio de 2025

Resumen: La intervención estatal en materia económica debe estar signada por el principio de subsidiariedad. Tanta iniciativa privada como sea posible; tanta intervención regulatoria del Estado como sea necesaria. La intervención estatal, que puede ser más intensa en determinados contextos jurídicos o económicos, nunca puede suprimir la iniciativa privada. Bajo el parámetro de la subsidiariedad, la creación de empresas públicas debería ser excepcional, inclusive -aunque con ciertos matices- en lo que respecta a la gestión de servicios públicos. El plexo normativo privatizador implementado por la actual conducción política del país viene a reencauzar esta cuestión, apuntando al traspaso de empresas públicas al sector privado, y fundamentalmente a transferir la gestión de los servicios públicos a los particulares.

Palabras clave: Empresa Pública, Servicio Público, Subsidiariedad, Iniciativa Privada, Intervención Estatal

1. Introducción.

Desde hace casi un siglo, y fundamentalmente a partir de 1946, operó en nuestro país un cambio significativo en la concepción política, económica y social del sector público, instalándose un intervencionismo estructural y permanente por el cual Estado ya no solo regulaba (como lo venía haciendo hasta ese momento) sino que también gestionaba empresarialmente en sectores estratégicos de la economía. Se trata de un escenario desconocido hasta ese momento, y desde la etapa fundacional de nuestro país, prácticamente caracterizada por el "monopolio privado" de la gestión de la actividad económica, siempre bajo cierta regulación estatal.

Curiosamente, este proceso de crecimiento empresarial estatal no se detuvo sino hasta fines de la década del ochenta, inclusive durante gobiernos emparentados supuestamente con el liberalismo económico, que llegaron a avanzar sobre empresas privadas en crítica situación financiera, controlándolas y administrándolas para preservar las fuentes de trabajo y producción. El auge de este proceso de concentración económica estatal se dio hacia 1973, con la

creación de un *holding* de participaciones estatales empresarias: la Corporación de Empresas Nacionales. De tal manera, en 1975 el sector público generaba casi un tercio del Producto Bruto Interno argentino, abarcando ya no solamente sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos, sino también la producción y provisión de todo tipo de bienes y servicios (vino, café, madera, motores, automóviles, etc.).

Aunque el caso argentino tuvo sus particularidades, debe reconocerse que este proceso se dio en forma paralela a lo que también ocurrió en el resto del mundo. Luego de la Segunda Guerra Mundial finalizada en 1945, se acentuó un fenómeno que había comenzado algunos años antes, tanto en Europa como en Estados Unidos de Norteamérica, caracterizado por la nacionalización de diferentes sectores económicos y la creación de empresas públicas en áreas tan diversas como la banca, seguros, energía, siderurgia, alimentos, entre otras industrias[680]. Se trata de un proceso que solo empezó a revertirse durante la década del 80, cuando el modelo de la empresa pública evidenció su progresiva crisis.

En nuestro país, también como consecuencia de los problemas que se agudizaron con el paso del tiempo (déficit o falta de rentabilidad, endeudamiento y/o necesidad de recibir ayudas del Estado, estancamiento tecnológico, ineficiencia y altos costos operativos, entre otros), a comienzos de la década del noventa se revirtió drásticamente el proceso de expansión del Estado empresario. Ello se verificó a través de las privatizaciones y la retirada estatal de las empresas públicas, que se dieron en el marco de la Reforma del Estado y el programa de Desregulación Económica, implementados mediante la Ley Nº 23.696 y la Ley Nº 23.697, sancionadas en 1989. Cabe destacar que este proceso abarcó todo tipo de actividades económicas, incluyendo la prestación de servicios públicos.

Si bien este proceso de retirada del Estado del campo económico fue parcialmente revertido entre los años 2003 y 2023, a partir de fines de ese año, y fundamentalmente luego de la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 70/23 ("Bases para la reconstrucción de la economía argentina") y de la Ley Nº 27.742 ("Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos"), el retorno de las actividades económicas al sector privado recobró significativo vigor. Tal vez, como no había ocurrido jamás en la historia de nuestro país.

En este flamante contexto económico y jurídico resulta interesante analizar esta nueva retirada empresarial del Estado, especialmente en lo que se trata de la prestación de servicios públicos. Ocurre que no obstante las discrepancias

[680] En su ineludible estudio sobre los diversos estadios de ampliación de los fines del Estado, Gaspar Ariño ubica a la empresa estatal entre las tercera y cuarta etapas. Luego de una primera etapa de *Estado policial* ("Policía" y "Fomento") y de una segunda marcada por la *concesión* de la prestación de servicios públicos a empresas privadas, el Estado comienza asumir un rol empresario cada vez más marcado. En primer lugar, mediante la *prestación directa* de servicios públicos por parte del Estado (tercera etapa, que ubica a partir de la Primera Guerra Mundial), y luego a través de la *producción de bienes* en general (cuarta etapa, que tuvo lugar a partir de 1945). Estas actividades productivas darán lugar a lo que se ha llamado la "gestión económica del Estado", como nueva categoría de actuación que se añade a las clásicas (*Economía y Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 238).

existentes en torno al concepto y los alcances de este instituto, hay cierto consenso en considerar que se trata de actividades económicas que satisfacen necesidades básicas de la población, y que, por tal razón, han sido publificadas por el Estado, al menos en nuestro modelo regulatorio tomado del tradicional esquema europeo continental de la *publicatio*.

El objeto del presente trabajo es el abordaje jurídico de este fenómeno de marcado renunciamiento del Estado a su rol empresario, específicamente en lo atinente a la prestación de servicios públicos. Lo haremos fundamentalmente a la luz del texto y del espíritu de la Constitución Nacional, y de los principios jurídicos que se desprenden de su articulado, en particular, del principio de subsidiariedad.

Nuestro plan de trabajo consiste, primero, en aproximarnos a la noción del servicio público, con la complejidad que ello significa, e intentar desentrañar sucintamente sus alcances y caracteres fundamentales. Luego, analizaremos la empresa pública como fenómeno, instituto jurídico y grado de intervención del Estado en la economía. Más adelante, examinaremos el texto de la Constitución Nacional, para dilucidar de qué manera están regulados (o presentes de alguna manera) estos dos institutos en su articulado. Repasaremos los principales antecedentes constitucionales que precedieron a la reforma de 1994, haciendo también referencia al proceso de reforma del Estado y de desregulación económica que fue implementado en nuestro país poco tiempo antes de la Convención Constituyente de ese año, y que se encontraba plenamente vigente al momento de su sanción. Seguidamente, abordaremos las reformas introducidas en la Constitución de 1994, poniendo especialmente foco en las previsiones que se refieren al régimen económico, para extraer de allí aquellos principios generales (con especial énfasis en el citado principio de subsidiariedad) que nos pueden dar luz en torno al análisis del tema propuesto. Finalmente, analizaremos los principales lineamientos del nuevo plexo normativo sancionado por la actual conducción política, para confrontarlo con las previsiones constitucionales y los principios jurídicos antes mencionados.

2. El servicio público.

2.1. Dificultades para su definición. Modelos existentes.

Se considera al servicio público como un instituto fundacional del derecho administrativo, dado que aquel concepto empezó a ser utilizado hace un par de siglos –principalmente en Francia[681]– para explicar el significado mismo de esta disciplina y –más específicamente– para delimitar la competencia de los tribunales contencioso administrativos. Sin ir más lejos, para León Duguit y su Escuela de Burdeos, el servicio público constituyó el fundamento y el centro

[681] La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha sido la precursora en esta materia, con el tratamiento de esta categoría jurídica en su recordado *arrêt* "Blanco" (T. Confl., 8 de febrero de 1873). La expresión "servicio público" fue recogida luego en el inc. 9º del Preámbulo de la Constitución de Francia de 1946, incorporado luego al Preámbulo de la Constitución de la 5ta. República, actualmente vigente.

neurálgico del derecho público, por considerar que todo el derecho administrativo estaba ligado al régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos, de modo tal que dicho instituto devenía en la piedra angular de aquella rama jurídica[682].

A pesar de la importancia que ha tenido para el derecho administrativo el instituto del servicio público, no existe consenso doctrinario en torno a dicha noción y a sus alcances[683]. En definitiva, lo que interesa es el régimen jurídico de los servicios públicos de cada país, que depende a vez de su propio contexto socio-político, ya que el servicio público es un concepto histórica y políticamente variable[684].

En este sentido, existen dos grandes modelos tradicionales: a) el sistema anglosajón, que prescinde de la publificación (titularidad estatal) de la actividad en la que esté involucrado el interés público como presupuesto para su consideración como *public utility* y su sometimiento a reglas y controles especiales ("regulación por causa de servicio público")[685]; y b) el antiguo sistema jurídico europeo continental, que presupone la reserva de titularidad exclusiva a favor del Estado del servicio público[686].

---

[682] Cfr. Younes Moreno, Diego, *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 2004, p. 190. Cabe sin embargo recordar que el decano bordelés entendía en términos amplios al servicio público, como "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante" (cfr. Fernández, Tomás R., "Servicios económicos de interés general *versus* servicio público", *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, Nº 83, p. 1347-1359, en especial, p. 1348).

[683] Gaspar Ariño Ortiz tiene dicho respecto del servicio público que "como ocurre tantas veces en el derecho público, su misma vinculación a finalidades políticas, ha hecho del concepto algo difícil de precisar, enormemente lábil, inaprensible desde una sola perspectiva; en suma, un concepto en crisis" (*op. cit.*, p. 277). Por su parte, Tomás R. Fernández recuerda que se ha dicho al respecto "que es una expresión ambigua y huidiza, incierta y muy difícil de precisar porque se ha aplicado y se aplica a demasiadas cosas, muy distintas además unas de otras. No ha habido de él nunca una definición legal, ni jurisprudencial y, en cambio, ha habido y hay una infinidad de definiciones doctrinales […]" (*op. cit.*, p. 1348). Entre nosotros, se ha sostenido que su definición "constituye uno de los capítulos más desesperantes de nuestra disciplina en que cada autor nos presenta su personal concepto y definición" (Perez Sánchez, Luis R., *El servicio público. Técnica de protección al usuario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 9), razón por la cual ninguna definición posee carácter absoluto, siendo "todas ellas genéricas, descriptivas y tendenciosas" (Barra, Rodolfo C., "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público", *La Ley* 1982-B, p. 363). El Tribunal Constitucional de España ha reconocido que la idea de servicio público "[…] no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica –con detractores y valedores– sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas". (Sentencia STC 127/1994 –Pleno–, del 5-5-1994). Quizás por tales razones se ha llegado a rechazar la posibilidad –y la utilidad– de definir este concepto (Linares, Juan F., "Concepto y definición de servicio público", *Revista Argentina de Derecho Administrativo –RADA–*, Buenos Aires, 1994, Nº 14, p. 33).

[684] Ariño Ortiz, *op. cit.*, p. 357. En esta misma línea de pensamiento, Perez Sánchez sostiene que "no es posible y es inútil formular una definición del concepto jurídico servicio público sino en relación a un sistema político determinado", y que "las condiciones socio-políticas imperantes en una época histórica dada, son determinantes para comprender el fenómeno [...]" (*op. cit.*, p. 9).

[685] En el derecho norteamericano, los *public utilities* son aquellas actividades económicas que están sujetas a un intenso control público por virtud del hecho que reclaman privilegios públicos especiales (v. gr. derecho de expropiación, uso especial de las vías públicas, etc.), o de que por causas económicas inherentes tienden a asumir el carácter de monopolios, o bien por una combinación de ambos factores (Cfr., Freund, Ernst, *Administrative Powers over Persons and Property*, Chicago, The University of Chicago Press, 1928, p. 308).

[686] En España, donde ha tenido mayor desarrollo este modelo de origen francés, el instituto de la *publicatio* dimana de su propia Constitución de 1978: "Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales especialmente en caso de monopolios […]" (Art. 128).

Según este último modelo, seguido por la mayoría de los países de nuestro continente, hay servicio público únicamente cuando una ley así califica a una determinada actividad[687], mediante una declaración formal[688] y específica[689], que importa su publificación (*publicatio*), esto es, la asunción formal de la titularidad estatal de la actividad publificada[690], que implica a su vez que ésta pase a formar parte de los cometidos materiales de la función administrativa de la Administración Pública[691] (aunque sin confundirse con sus tradicionales funciones públicas o las que el Estado desarrolla "ejerciendo la autoridad pública", como la defensa, policía, seguridad, etc.[692]). Tal decisión estatal es motivada por la perentoriedad de las necesidades colectivas a satisfacer mediante la actividad en cuestión, que acarrea la conveniencia de su sometimiento a un régimen especial de justicia distributiva (derecho público), ajeno a las libertades comerciales de las reglas del mercado que predominan en el derecho privado, ámbito regido por la justicia conmutativa. En algunos casos tal perentoriedad puede estar acentuada por tratarse de una actividad que conforma un monopolio natural (existencia de un solo oferente del servicio por resultar ineficiente la existencia de competencia) o legal (exclusividad derivada de una norma), que requiere ser sometida a una regulación que "viene a sustituir al mercado"[693] y proteger los intereses de los usuarios –seguridad, calidad y precio del servicio–[694].

Cabe sin embargo apuntar que, en el propio derecho comunitario europeo, se encuentra actualmente en crisis el modelo clásico de la *publicatio* (surgido en ese mismo continente), debido a que supone un monopolio legal estatal incompatible con la competencia propugnada por el tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea[695]. Precisamente, se está afirmando allí el

---

[687] Cfr. Muratorio, Jorge I., "La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994", en *Estudios de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 97 y ss., en especial p. 100 y sus citas.

[688] Barra, *op. cit.*, p. 376; Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 116; Muratorio, *op. cit.*, p. 104; entre otros.

[689] Cassagne, *op. cit.*, p. 122.

[690] Cfr. Perez Sánchez, *op. cit.*, pp. 15 y 24.

[691] Esta consecuencia es el principal aspecto de la *publicatio* (Barra, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1980, p. 231).

[692] Cfr. Fernández, Tomás R., *op. cit.*, pp. 1350 y 1357.

[693] Cfr. Aguilar Valdez, Oscar, "El acto administrativo regulatorio", en AA. VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2002, pp. 433/472, en especial p. 438. Esta idea aparece reflejada en la fórmula utilizada por el *Rapport Public* del Conseil d'Etat de 1994: "El servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando el mercado fracasa, no su contrario" (*Etudes et Documents*, Nº 46, Paris, 1995, citado por Fernández, Tomás R., *op. cit.*, pp. 1353-1354).

[694] Mertehikian, Eduardo, "La regulación de los servicios públicos privatizados", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 197, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 13. Para Miriam Ivanega, una razón que puede llevar al Estado a publificar una actividad prestada por particulares es su valoración de que los prestadores pueden estar en una posición de predominio, causando perjuicios a los usuarios; lo cual conduce a la conveniencia de que tal actividad, aunque siga siendo prestada por particulares, se someta a un régimen jurídico de servicio público (cfr. "Maruba S.C.A. c/ Secretaría de la Marina Mercante" [Comentario al fallo], en AA. VV., *Elementos de Derecho Administrativo* [Colección de análisis jurisprudencial], Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 750).

[695] Cassese, Sabino, "La transformación del servicio público en Italia", en *Revista Actualidad en el Derecho Público (AeDP)*, Nº 1/6, mayo, 1995/ abril, 1997, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 283. Como recuerda Tomás R. Fernández, la creación de un mercado interior único bajo el impulso del Acta Única de 1986 hizo que el ariete de la libre concurrencia hiciera su trabajo, y que los antiguos monopolios nacionales y los demás

esquema contrario (*despublicatio*[696]), abriéndose lugar así a una nueva categoría jurídica de los *servicios económicos de interés general*, esto es, actividades económicas[697] que –sin estar formalmente publificadas[698]– están sometidas a obligaciones propias de los servicios públicos[699].

En el derecho argentino, el ordenamiento aporta poca ayuda a la caracterización del servicio público, por cuanto no brinda una definición legal de dicho concepto[700]. Esto llevó a un fuerte debate doctrinario, a resultas del

obstáculos que se oponían a la efectiva implantación de un mercado único europeo, fueran cediendo a su paso hasta dejar totalmente allanado el terreno (*op. cit.*, p. 1353).

[696] Como sostiene Gaspar Ariño Ortiz, "las actividades del nuevo servicio público ya no son de titularidad estatal sino de iniciativa privada, se pasa de un sistema de titularidad pública a un sistema abierto presidido por la libertad de empresa" (*Principios de Derecho Público Económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 595). Agrega Tomás R. Fernández que las actividades económicas correspondientes han sido objeto de liberalización y se desarrollan por empresas privadas sin una vinculación específica con las Administraciones Públicas (*op. cit.*, p. 1358).

[697] En lo que respecta al ámbito subjetivo, es imprescindible que se trate de actividades de naturaleza "económica", es decir, de actividades que consistan en ofrecer bienes o servicios en el mercado, abstracción hecha de que hayan sido constituidas o no para generar beneficios (Fernández, Tomás R., *op. cit.*, p. 1357).

[698] Si bien no está presente el instituto de la *publicatio*, corresponde a los Estados miembros de la Unión Europea atribuir –y con un amplio margen de discrecionalidad– a una determinada actividad el calificativo de "servicio económico de interés general". Esto depende de las necesidades de los ciudadanos y de la evolución tecnológica y del mercado, entre otros factores. Es decir que, en definitiva, el Estado sigue teniendo –como antes, mediante la *publicatio*– la competencia para definir a qué tipo de actividades puede otorgar la citada calificación, a qué empresas darle una misión pública de servicio y, eventualmente, qué compensaciones deben otorgarse por el cumplimiento de tal misión (cfr. Fernández, Tomás R., *op. cit.*, pp. 1357 y 1358).

[699] De hecho, la expresión "servicios económicos de interés general", que hizo su aparición en el Tratado de Roma de 1957, si bien se ha visto confrontada con la noción del "servicio público" a raíz de la polémica levantada en la última década del siglo pasado por los procesos de liberalización de los sectores económicos que en Francia y en los países del *régime administratif* (como España) venían siendo calificados de servicios públicos, en este último tiempo se ha aproximado tanto a este concepto que actualmente, según cierta calificada doctrina, no hay razones para pensar que su significado sea distinto (cfr. Fernández, Tomás R., *op. cit.*, p. 1347). Agrega este catedrático que ya desde aquella versión original del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el concepto de los servicios económicos de interés general ha venido expresando la misma preocupación que el servicio público: […] la de asegurar la libre concurrencia en condiciones de igualdad de todos los operadores económicos y la de preservar al mismo tiempo el interés general en aquellos casos en los que éste no puede quedar automáticamente satisfecho por el juego del mercado". Ello implica, para los prestadores del servicio en cuestión, "obligaciones gravosas pero ineludibles, que reclaman, por lo tanto, alguna compensación […]", lo que justifica que "se las exceptúe de la obligada observancia de las normas sobre la competencia" (*op. cit.*, p. 1352). Por tales razones, no debe extrañar que los valores vinculados a la doctrina tradicional del servicio público (universalidad del acceso a ciertas prestaciones necesarias para la vida, su regularidad y continuidad) se hayan visto formalmente reconocidos y hayan encontrado lugar entre los principios de la Unión Europea, gracias a la publicación de la Carta europea de los servicios públicos (o servicios de interés económico general) del 14-2-1994 (cfr., *op. cit.*, pp. 1354 y 1358). Más aún, el Diario Oficial de la Unión Europea del 11-1-2012 publicó un paquete de medidas sobre ayudas estatales en forma de compensación que mencionan tanto a la figura de los servicios de interés económico general como a la del servicio público. De ahí que, como concluye el citado profesor español, "[e]l servicio público no ha desaparecido, en absoluto. Lo que ha cambiado es la perspectiva desde la que venía siendo mayoritariamente contemplado. Ya no hay, ciertamente, una reserva en bloque de la actividad al Estado, que la organiza a su discreción, reteniendo siempre la titularidad aun en los casos en que ceda a terceros su gestión. Desde el punto de vista orgánico, subjetivo, no hay ya servicio público, pero sigue habiéndolo desde el punto de vista funcional, porque la garantía de suministro a todos los que lo demanden […] y la imposición a las empresas de las obligaciones correspondientes […] dejan para el usuario las cosas donde estaban. Como ya he dicho en otra ocasión, hemos pasado de la antigua *publicatio*, que excluía la concurrencia, a la actual *regulación*, que admite ésta conservando al propio tiempo las obligaciones de servicio público que aseguran la universalidad, regularidad, calidad e igualdad de las prestaciones, que antes y ahora eran y son lo fundamental y que siguen estando aseguradas por la 'fuerza gobernante'. Después de un largo rodeo, las cosas han vuelto al lugar en el que Duguit las dejó cien años atrás" (*op. cit.*, p. 1356).

[700] Nuestro ordenamiento alude al instituto del servicio público en algunas oportunidades (v. gr. en el Art. 42 de la CN: "Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, […] al de la calidad y eficiencia

cual se terminó abandonando mayoritariamente la concepción amplia del servicio público[701], y se ha acogido, en su lugar, un concepto más restringido, de mayor precisión jurídica, por cuanto se reserva tal noción para aquellas actividades indispensables para la vida social, esto es, que satisfacen necesidades primordiales de los habitantes mediante prestaciones de naturaleza económica, previa e insoslayable declaración legal[702].

Pese a la crítica que esta postura ha recibido de parte de otro destacado sector doctrinario[703], este esquema de la *publicatio* ha sido el elegido hasta ahora por nuestro legislador, que ha considerado la necesidad de realizar esa declaración formal en relación a la calidad de servicio público de determinadas actividades económicas[704], como presupuesto necesario para su publificación y sometimiento a las reglas del instituto jurídico bajo examen.

2.2. Notas y caracteres principales.

La principal consecuencia jurídica que se deriva del hecho de que una actividad sea publificada, es que la Administración Pública pasa a ser la titular del servicio público, en forma inalienable (salvo que una nueva ley despublifique la actividad). Esto significa que la actividad es sustraída de la esfera de acción de los particulares, que no pueden seguir desarrollándola a título propio, como hasta la *publicatio*[705]. Solo podrán hacerlo si existe una expresa delegación

---

de los servicios públicos […]. La legislación establecerá […] los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional […]"), pero sin definir ese concepto. Ni siquiera hallamos una definición en la abrogada Constitución de 1949, que disponía el monopolio estatal de la titularidad y prestación de los servicios públicos (Art. 40, 3º párr.: "Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación").

[701] Hasta hace unas décadas primaba la concepción amplia del instituto postulada por Miguel S. Marienhoff, quien entendía por servicio público "toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal". Servicio público es –según tal autor– "servicio para el público", que es el destinatario del mismo (cfr. *Tratado de derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, pp. 21 y 55). Dicha noción incluía tanto los servicios públicos en sentido "estricto" como aquellos "impropios" o "virtuales" –v. gr. venta de artículos de primera necesidad, expedición de medicamentos por las farmacias, etc.– (cfr. Mosquera, Gerardo R., "La reglamentación de la huelga en los servicios esenciales", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 150, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 32).

[702] Cassagne, "El servicio público y las técnicas concesionales", *La Ley* 1995-C-1181. No existen actividades que sean servicio público por naturaleza, requiriéndose siempre una calificación jurídica en ese sentido (Barra, "Hacia una interpretación…", *op. cit.*, p. 367).

[703] Entre nosotros, Héctor Mairal ha sido quien mayormente ha encarnado este cuestionamiento al sistema de la *publicatio* ("La ideología del servicio público", *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, 1993, Nº 14, pp. 359 y ss.). Según este profesor, el nuevo paradigma es la idea angloamericana de la "regulación por causa de servicio público", y pregona que éste, en lugar de ser titularizado por el Estado –y luego eventualmente concedida su prestación a particulares–, sólo debe ser regulado intensamente. Esto configuraría un servicio público (en cuanto obligatorio, regular, uniforme, general y continuo) sin titularidad estatal; o el ejercicio del poder de policía con mayor intensidad, lo que incluiría la restricción al ingreso en el servicio, la aprobación de tarifas y la obligatoriedad del servicio (cfr. Muratorio, *op. cit.*, p. 112). Desde otro ángulo, también Marienhoff cuestiona que se requiera de una ley expresa que declare a una actividad como servicio público, dado que tal calidad puede surgir virtual o impropiamente por la índole misma de la actividad (cfr. "El servicio público y sus variadas expresiones. Actividad bancaria. Servicio fúnebre. Actividad del corsario", *Jurisprudencia Argentina –JA–*, 29-1975, p. 731).

[704] Así ha ocurrido, por ejemplo, con la distribución y el transporte del gas natural (Art. 1º de la Ley Nº 24.076) y de la energía eléctrica (Art. 1º de la Ley Nº 24.065).

[705] Por ser un impedimento para el libre desarrollo de los particulares de las actividades, su calidad de servicio público se debe declarar por una norma *constitucional* o *legal* (cfr. Pérez Camacho, Efraín, *Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007, p. 642). Si bien esto es cierto, en

administrativa a tal fin (concesión o licencia)[706], conservando el Estado la titularidad del servicio.

Por tal razón, aquella transferencia de la prestación del servicio público a favor de un particular (que no deja de ser un sujeto privado por la circunstancia de ostentar el título de *empresario de servicio público*[707]) es esencialmente transitoria[708], dado que la prestación de la actividad se revierte al Estado al finalizar la concesión o licencia, siendo a su vez, y en principio, inadmisible que se otorgue una concesión o licencia sin plazo de duración[709]. Más aún, la reversión puede producirse incluso durante el transcurso de la concesión o licencia, dada la potestad de rescate que corresponde a la Administración.

Entre otras prerrogativas, la Administración Pública también conserva la facultad de modificar unilateralmente las condiciones de prestación del servicio para mantenerlo en todo momento ajustado a las necesidades públicas[710], sin que sean oponibles las disposiciones contractuales para evitar la

---

nuestra opinión es un error jurídico publificar actividades a través de una norma constitucional. Es que la determinación de si una necesidad de interés público debe ser atendida o no por medio de la configuración de un servicio público es una cuestión fáctica, que debe ser apreciada y resuelta sobre la base de criterios de conveniencia, oportunidad y eficiencia, que tengan en cuenta las circunstancias concretas de tiempo y lugar, por lo cual la conclusión a la que se arribe no será inmutable (Cfr. Escola, Héctor J., *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2006, 116). Tal mutabilidad es incompatible con la pretendida estabilidad que en principio otorga la incorporación de un precepto a un ordenamiento constitucional.

[706] Para Barra, cuando hay imprecisión normativa, el dato determinante para la calificación de una actividad como servicio público reside en que aquélla, siendo de titularidad estatal, puede ser delegada –en lo que respecta a su ejercicio– a los particulares ("delegación transestructural de cometidos públicos"), sin mengua de los atributos esenciales del poder estatal, y bajo un régimen jurídico de derecho público para garantizar a los administrados las prestaciones que corresponden a esa actividad (cfr. "Hacia una interpretación…", *op. cit.*, p. 373). Sin embargo, existen en el derecho comparado algunos ejemplos, como la Constitución del Ecuador de 2008, donde tal delegación a la iniciativa privada se contempla solamente "de forma excepcional" (Art. 316). Tal regla vulnera, a nuestro modo de ver, el principio básico de "suplencia" o "subsidiariedad", que legitima la intervención del Estado en el plano económico, y en virtud del cual éste excepcionalmente presta servicios públicos "en caso de insuficiencia de la iniciativa privada o como complemento de ésta" (Cassagne, *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 71). En Argentina, ciertos marcos regulatorios de servicios públicos (v. gr. distribución y transporte de energía eléctrica y gas) recogen tal regla, estableciéndose que tales actividades deberán prioritariamente ser realizadas por empresas privadas a las que el Estado les haya otorgado las correspondientes concesiones o licencias (Art. 3º de la Ley Nº 24.065 y Art. 4º de la Ley Nº 24.076).

[707] Cfr. Mertehikian, *op. cit.*, p. 13. La independencia y separación del empresario privado en relación a la Administración se pone de manifiesto en que si bien ésta puede controlar la marcha del servicio gestionado por aquél, no puede en cambio, y en principio, intervenir en la dirección empresaria bajo el pretexto de que se trata de una actividad que involucra el interés general (*ibídem*, p. 14).

[708] Cfr. Pérez Sánchez, *op. cit.*, p. 24.

[709] Hay que advertir que existen ciertos servicios públicos cuyo título habilitante carece de plazo de vigencia (v. gr., las licencias de telecomunicaciones), lo que ha llevado a algunos autores a pregonar como uno de los aspectos que conforman la nueva fisonomía de servicio público, la estabilidad de los títulos habilitantes (Stefanelli, Carlos A. R., "Servicios públicos", *La Ley* 2009-A, 1261-LLP 2009 –marzo–, p. 179). Mairal directamente interpreta que el otorgamiento de licencias sin término de duración para la prestación de ciertos servicios públicos, como el de telefonía básica, importa el abandono de la doctrina española de la *publicatio* (*op. cit.*, p. 416).

[710] Algunos autores postulan a la "adaptabilidad" como un carácter más del servicio público, debido a que el mismo "debe en todo momento adaptarse a la necesidad que tiende a satisfacer y sufrir las modificaciones que imponga los progresos de la técnica" (Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1955, p. 25).

modificación[711]. Es decir, el concesionario o licenciatario no puede oponerse al rescate ni a la modificación de aquellas condiciones (aunque goza del derecho a ser indemnizado por las pérdidas que el ejercicio de tales prerrogativas estatales le cause[712], por alterarse la ecuación económico financieras del contrato o licencia), siendo dichas prerrogativas (como las de regulación y control del servicio[713]) irrenunciables para la Administración.

[711] Curiosamente, encontramos algunos antecedentes en el derecho comparado, como el Art. 249 de la Constitución Política de Ecuador de 1998, donde incorporó en su momento la regla contraria, al disponer que las condiciones contractuales acordadas para la prestación de un servicio público no podrán ser modificadas unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

[712] El servicio público se caracteriza por la subordinación del interés privado al interés público, con las consiguientes indemnizaciones a cargo del Estado que se derivan cuando el primero debe ser sacrificado en pos del segundo.

[713] Corresponde aclarar que en las *public utilities* (empresas privadas de interés público) del derecho norteamericano, tan respetuoso de la libre empresa y que prescinde de la *publicatio,* la intensidad del control sobre la dirección y gestión de la actividad es también considerable (Mertehikian, *op. cit.*, p. 6). Agrega este autor que aun cuando en el derecho anglosajón las actividades de interés público reglamentadas permanecen en manos privadas, se ha obtenido un similar grado de intromisión estatal al desarrollado por el régimen del servicio público, colocándose a aquellas empresas en una situación práctica muy semejante a la de los concesionarios de servicios públicos (*op. cit.*, p. 11). Entre otras facultades, se les reconoce a las agencias estatales del modelo norteamericano el control de costos (de modo que éstos sean razonables) y sobre los bienes concernientes al servicio, con exigencia de autorización previa para su enajenación o sustancial alteración (Grecco, Carlos M., "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario", *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, 1990, Nº 5, pp. 481 y ss., en especial p. 498).

En cuanto a sus notas, la actividad debe ser prestada con regularidad[714], continuidad[715], igualdad[716], generalidad[717] y obligatoriedad[718], características propias de todo servicio público[719], que junto con la regulación y el control

[714] Hay un pleno sometimiento del servicio público a las reglas preestablecidas y que se establezcan durante la gestión del mismo, que surgen tanto de la licencia o concesión como del reglamento del servicio (Cassagne, "El servicio público…", *op. cit.*, p. 1187). Tal reglamentación de derecho público rige prácticamente todos los aspectos de la prestación del servicio, característica propia de la "administración de legalidad" (Cfr. Barra, "Hacia una interpretación…", *op. cit.*, p. 368). De ahí que el esquema regulatorio de la prestación de los servicios públicos "no permite aplicar la libertad negocial prevista en las normas del Código Civil" (Ivanega, *op. cit.*, p. 750).

[715] La continuidad implica que el servicio público debe ser prestado sin interrupciones, es decir, cada vez que surja la necesidad pública que lo requiera (cfr. Bezzi, Ana M., "Farmacia, actividad de servicio público y derecho a la salud", en *Revista Actualidad en el Derecho Público (AeDP)*, Nº 1/6, mayo,1995/abril, 1997, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 455), asumiéndose que tal carácter tiene siempre en cuenta la peculiar naturaleza o modalidad de la actividad en cuestión (cfr. Canosa, Armando, "Límites al principio de continuidad en la prestación de servicios públicos", El Derecho –*ED*–, 152-163). Lo importante es que "se satisfaga oportunamente –sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate– la necesidad pública" (Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, VI 40). En igual sentido, Marienhoff resalta que la continuidad depende de la índole de la necesidad a que se refiere el servicio, y por ello puede ser absoluta o relativa. Los servicios de carácter permanente o constante requieren una continuidad absoluta (como la provisión de agua); mientras que en los servicios de carácter intermitente, la continuidad es relativa (como sucede con el servicio que prestan los bomberos). En definitiva, lo que se requiere es que el servicio se preste cuando exista la necesidad o tan pronto ésta aparezca (cfr. "Tratado…", *vol. cit.*, pp. 65 y 66). El principio de continuidad tiene raigambre constitucional en algunos países. Por ejemplo, en Ecuador, si bien la Constitución Política reconoce el derecho de huelga, prohíbe expresamente "la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones" (Art. 35, numeral 10).

[716] Debe haber igualdad de trato jurídico y económico en la prestación del servicio público, sin discriminaciones, requiriéndose que "[…] en cada categoría se mantenga un trato igualitario para los usuarios que se encuentra dentro de ella y en el interior de cada una no se establezcan privilegios o ventajas que discriminen a unos a favor de otros" (Perez Sánchez, *op. cit.*, p. 86). Este autor considera que la igualdad no se ve conculcada cuando se pactan precios diferentes en función de la magnitud de la prestación, lo que suele ocurrir en el servicio de energía eléctrica.

[717] Una de las principales preocupaciones en materia de servicio público es asegurar a la totalidad de la población, incluidos los más desfavorecidos desde el punto de vista económico y los peor ubicados territorialmente, el acceso a ciertos servicios que se consideran básicos para la vida (cfr. Fernández, Tomás R., *op. cit.*, p. 1353). En doctrina nacional se discute, no obstante, si la generalidad es o no un principio fundamental en materia de servicio público, dado que "cabe admitir la prestación de servicios parciales en determinados lugares sin lesión a la igualdad" (Cassagne, "El servicio público…", *op. cit.,* p. 1184, nota 40).

[718] El compromiso de asegurar la prestación del servicio a la comunidad se deriva de la responsabilidad asumida por el Estado a partir de la *publicatio* (cfr. Uslenghi, Alejandro J., "El control de los servicios públicos de gestión privada", en *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, I.E.D.A., Ciencias de la Administración, 2000, p.179). Implica no sólo una vinculación entre el Estado y el prestatario, sino el derecho de los usuarios para reclamar ante quienes lo prestan (ya sea el Estado o los particulares) su realización efectiva (cfr. Pérez Sánchez, *op. cit.*, p. 87). Para Mairal, quien cuestiona la doctrina tradicional que postula a *publicatio* como dato definitorio, es la "obligatoriedad" de la prestación del servicio a todos aquellos que lo requieran (dentro de ciertos límites y en condiciones de paridad) lo que distingue al servicio público de las restantes actividades sujetas a la reglamentación estatal (*op. cit.*, pp. 429-430).

[719] Tales principios fundamentales del servicio público se aplican a toda actividad así calificada, aún cuando no se encuentren específicamente legislados, puesto que el régimen jurídico del servicio público se configura igualmente sobre la base de determinados principios generales del derecho (Cassagne, "El servicio público…", *op. cit.,* p. 1184). Cabe reiterar que, contrariamente a lo que sostiene gran parte de la doctrina, dicho profesor desconoce a la "generalidad" como carácter esencial del servicio público (ver nota 38). Otro sector doctrinario ha soslayado en general la importancia de estos caracteres como criterio distintivo del servicio público, por entender tales notas no son exclusivas de este instituto sino que son comunes a toda la actividad administrativa (cfr. Barra, "Hacia una interpretación…", *op. cit.*, p. 368). Contra esto, sin embargo, apunta Mairal que algunas notas (v. gr. la obligatoriedad) no se dan en ciertas actividades administrativas, como por ejemplo en el fomento (*op. cit.*, p. 432). Gordillo directamente califica como "tarea fallida" la intención doctrinaria de identificar los caracteres del servicio público, siendo que en definitiva "es el orden jurídico el que le impone las reglas que el legislador ha estimado oportunas a cada servicio público

tarifario[720], son definitorias de su régimen predominante de derecho público, que no solamente gobierna los vínculos jurídicos entre prestatario (público o privado) y el Estado regulador y fiscalizador, sino también las relaciones entre aquél y los usuarios del servicio[721].

3. El "estado empresario": concepto, finalidad y régimen jurídico.

La empresa pública importa un fenómeno jurídico, político y económico (pero también social y cultural), donde el Estado asume como una actividad propia la producción, distribución y comercialización de ciertos bienes y servicios a ofrecer en el mercado, eventualmente en competencia con otras personas humanas y jurídicas del sector privado, o bien en mercados con mayor concentración (inclusive, monopólicos y oligopólicos). Para ello, se organiza jurídicamente bajo un formato de empresa, adoptando por lo general alguna tipología societaria regulada en el ordenamiento jurídico[722].

Desde el punto de vista de las técnicas de organización administrativa, las empresas públicas constituyen el mayor exponente de la descentralización administrativa. Esto es así por cuanto implica la creación de una entidad con personalidad jurídica distinta del Estado que las creó, pero que, a diferencia de las entidades autárquicas (la otra gran especie dentro del género "entes

---

y es el ente regulador el que completa la tarea de determinar el régimen específico de cada actividad sometida a este control" (*op. y vol. cits.*, VI 41). En el caso ecuatoriano, es el propio constituyente el que se ha encargado de garantizar que los servicios públicos deben proveerse de acuerdo "a los principios de los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad" (Art. 314 de Constitución de 2008).

[720] Mata, Ismael, "Noción actual de servicio público", en *Jornadas sobre servicio público de electricidad*, Buenos Aires, 1995. La fijación tarifaria también está presente dentro del esquema de control sobre las *public utilities* del derecho norteamericano (cfr. Grecco, *op. y p. cits.*). No obstante, el carácter tasado de los precios también se da en ciertas actividades reglamentadas de interés público, que no son servicios públicos *stricto sensu* (v. gr., taxis y farmacias). Por otro lado, podría no existir el control tarifario en los servicios públicos que compiten con otras actividades, que impiden al prestador abusar de una posición monopólica –v. gr. el caso del transporte aéreo o ferroviario respecto del transporte automotor– (Mairal, *op. cit.*, p. 434).

[721] Cfr. Mertehikian, *op. cit.*, p. 10. La postura contraria, con relación a estos últimos vínculos, encuentra apoyo nada menos que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme a la cual la relación usuario-prestador de un servicio público privatizado se rige por el derecho privado, en tanto la cuestión versa entre dos sujetos privados y no se impugnan actos de la Administración Pública (*Fallos*: 315:1883). Sin embargo, compartimos el criterio esbozado en el voto en disidencia de los Dres. Rodolfo Barra y Carlos Fayt, en el que se sostiene que la concesión de servicios públicos implica una "delegación" de un cometido público, que implica la transferencia del ejercicio de la competencia que la Administración tiene respecto a determinada actividad. Tal cambio del sujeto prestador, según esos magistrados, no puede implicar para los terceros (los usuarios) una modificación sustancial del "*status* garantizado" del servicio público, que se rige por el derecho público (administrativo, en la especie).

[722] En Argentina, son innumerables los tipos jurídicos y societarios que se han venido utilizando para desplegar la actividad empresaria del Estado. A ellos hace alusión el Art. 8º, inc. b) de la Ley Nº 24.156 de Administración Financiera, al incluirlos dentro de los integrantes del Sector Público Nacional: "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". Cabe destacar, sin embargo, que –como veremos más adelante– recientemente se ha dispuesto mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 70/2023 la reconversión de todos estos tipos societarios en Sociedades Anónimas, estando sujetas a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades Nº 19.550.

descentralizados"), carecen de una función típicamente administrativa[723], sino que persiguen principalmente una finalidad económica (comercial o industrial). En consecuencia, su régimen jurídico preponderante no será, en principio, el derecho administrativo (como ocurre con las entidades autárquicas), sino un entrecruzamiento del derecho privado[724] y el derecho público (administrativo, en la especie)[725]. Y si bien pertenecen al *sector público*[726], no forman parte de la Administración Central.

El Estado no interviene como empresario en el circuito económico por un fin de lucro. La empresa pública es, en principio, "a-lucrativa". Su objetivo no es la ganancia, aunque no por ello debe renunciar al lucro si –cumpliendo con los fines políticos estratégicos que justifican la creación de la empresa pública– tal ganancia, ocasional o permanente, pudiese ser lograda[727]. Tal es una de las principales diferencias con la empresa privada, que por definición y naturaleza –y no por accidente– persigue un beneficio económico.

Con la instalación de empresas, el Estado apunta, al menos en forma indirecta, y entre otras cosas, a los siguientes objetivos: a) regular o controlar precios y tarifas (fijando muchas veces "tarifas sociales" o precios por debajo del costo de producción con una finalidad social o fiscal); b) promover la actividad económica y el empleo como medio de fomento para superar situaciones de crisis o de emergencia (ej.: las empresas públicas creadas en la Europa de posguerra[728]); c) asegurar objetivos estratégicos mediante la producción de bienes para áreas sensibles, como defensa y seguridad, o persiguiendo fines demográficos en ciertas áreas (ej.: zonas fronterizas); y d) para prestar

---

[723] Miguel S. Marienhoff señala que las entidades autárquicas constituyen un medio que el Estado utiliza para realizar algunos de sus *propios fines*; o sea, para cumplir alguna de sus "funciones" específicas. En cambio, la empresa del Estado sólo constituye un medio "instrumental" del Estado; de ahí que su actividad no implica el ejercicio de una "función" estatal. Por tal motivo, el tratadista señala el error de haberles asignado a ciertas empresas del Estado –de fines comerciales o industriales– carácter de "entidades autárquicas" (*Tratado de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, pp. 430 y 431).

[724] El derecho civil y comercial es aplicable con relación a su objeto social, a las modalidades de contratación con terceros y a la resolución de conflictos propios de su giro comercial. El derecho laboral es aplicable a los vínculos jurídicos con su personal. Rodolfo C., Barra, por el contrario, señala que el régimen jurídico propio de las empresas públicas es el derecho administrativo, entre otras razones porque la voluntad del "socio público" es siempre predominante en la toma de decisión empresaria ("Las privatizaciones en la década del 90 y su influencia en el derecho administrativo argentino", *Documentación Administrativa*, Nº 269-270 [mayo-diciembre 2004], Ejemplar dedicado a: El Derecho Administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales [II], Documentación Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública [INAP], Madrid, pp. 369-391, en especial, p. 382).

[725] El derecho administrativo es el que rige el carácter de funcionarios públicos que revisten las autoridades que representan al Estado en la empresa, la existencia de aporte estatal, y las relaciones de la empresa y sus autoridades con la propia Administración Pública.

[726] Art. 8º, inc. b) de la Ley Nº 24.156, citado en nota 43.

[727] Como aclara Barra, que sea "a-lucrativa" no significa que sea "anti-lucrativa". Es decir, la empresa pública podría obtener ganancias si ello fuese posible sin traicionar a los fines de bien público que justifican aquella gestión ("Las privatizaciones…", *cit.*, p. 375).

[728] Si bien el fenómeno de creación de empresas públicas había comenzado en la década del 30, luego de la Segunda Guerra Mundial se acentuó significativamente el proceso de estatizaciones y de creación de empresas públicas. Esto obedeció a que la tarea de reconstrucción de los servicios públicos y de otros sectores económicos solo podía ser encarada por el Estado, ya que sólo él contaba con la capacidad financiera necesaria. Inclusive, en Estados Unidos de Norteamérica, donde no se observaba con beneplácito la intervención estatal en la industria, el gobierno llegó a crear casi 20.000 empresas industriales. Este proceso siguió hasta que empezó a contrarrestarse en la década del ochenta (Ver Alfonso, María Laura, *Régimen de nacionalización de empresas privadas*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 18).

servicios públicos que el Estado decide no delegar en cuanto a su prestación a empresas privadas.

Como puede observarse, son siempre fines políticos, es decir, de bien común, los que en forma mediata e indirecta se persiguen con la creación de empresas públicas. Así como la eficacia de una *empresa privada* se mide por la producción de un bien o servicio de la calidad esperada, y su eficiencia por lograrlo con el menor costo posible, la verdadera eficacia de la *empresa pública* consistirá en la obtención del fin político perseguido, y su eficiencia en hacerlo con el mejor aprovechamiento de los costos sociales[729]. Y el propósito de lucro, como hemos visto, es esencial en el primer caso, y accidental en el segundo.

La empresa pública es también un claro instrumento de intervención económica, en el mercado, como una nueva categoría de actuación del Estado que se añade a las clásicas que surgen de la vieja clasificación tripartita de Jordana de Pozas (poder de policía, fomento y servicio público)[730]. Ciertamente, en este último caso, la creación de empresas públicas gestoras de servicios públicos implica una combinación de aquel grado de elevada intervención administrativa en el campo económico, pero llevado a su máxima expresión. Esto es así debido a que el Estado que publifica una actividad económica calificándola como servicio público, puede optar por delegar su prestación al sector privado, o bien llevarlo a cabo a través de empresas públicas, que constituye una etapa de mayor de injerencia estatal que la mera asunción de la titularidad estatal de la actividad.

La participación de empresas públicas limita siempre, de alguna manera, la libertad del mercado[731] y afecta, altera o distorsiona la competencia. El mercado es un ámbito naturalmente ajeno al sector público, salvo en lo que hace a su regulación para garantizar su funcionamiento acorde con las exigencias de la justicia general. Por ello, pretender compatibilizar la actuación de las empresas públicas con el mercado, es decir, suponer que su actuación se sujete a las reglas del mercado, se torna una cuestión –cuanto menos– compleja[732].

Como es sabido, el mercado exige un adecuado régimen de competencia. Y un sistema competitivo, a su vez, requiere de diversas condiciones: (i) que los actores económicos actúen con fin de lucro; (ii) que todos los agentes concurrentes puedan disponer de recursos razonablemente limitados para invertir en la empresa (limitación que viene dada, además de por la propia situación económica y financiera, por una elemental y exclusivamente económica relación costo-beneficio); y (iii) que todos los actores en el mercado se sometan a un sistema común de premios y castigos, que determina y valora la gestión empresaria.

---

[729] Por tal razón, Barra considera que es un error medir la eficacia y la eficiencia de una empresa pública bajo la lógica del mercado, es decir, considerando los criterios que se utilizan para valorar a la empresa privada, ya que la actuación empresarial del Estado tiene una finalidad política ("Las privatizaciones…", *cit.*, pp. 374 y 377).

[730] Jordana De Pozas, Luis, *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*, Revista de Estudios Políticos, Madrid, 1949, Nº 48, pp. 41-54.

[731] Barra, Rodolfo C., "Las privatizaciones…", *cit.,* p. 373.

[732] Barra, Rodolfo C., "Las privatizaciones…", *cit.,* p. 377.

Pues bien, ninguna de aquellas condiciones se verifica en las empresas públicas. Esto es así por cuanto el mercado en el que participan se encuentra afectado o distorsionado debido a que existe –al menos– un sujeto público que interviene en el mismo, con una serie de ventajas y potestades: responsabilidad subsidiaria del Estado que impide o reduce la posibilidad de quiebra o desaparición[733]; posibilidad de aumentar el capital de la sociedad con solo una previsión presupuestaria[734]; posibilidad de asegurarse una porción del mercado; ventajas tributarias (exenciones impositivas sobre sus utilidades[735]); etc.

Ahora bien, aquel escenario competitivo mucho menos se va a dar en el caso de la empresa pública prestadora de servicios públicos. Esto es así por ser actividades que –casi– por definición se encuentran "fuera del mercado", ya que no son pasibles de ser prestadas en condiciones de competencia por constituir monopolios naturales, monopolios legales o actividades realizadas en condiciones de servicio universal[736].

Si bien este escenario genera a primera vista ciertas reservas desde el punto de vista legal, debemos recordar que la intervención estatal en el campo de los servicios públicos se encuentra *a priori* justificada por la previa publificación de la actividad económica en cuestión, y por tratarse de la máxima intensidad de regulación económica. De ahí que la presencia empresarial del Estado en este ámbito debe analizarse jurídicamente con profundidad, en primer lugar, a la luz de la Constitución Nacional.

4. La empresa pública y el servicio público en la Constitución Nacional.

Si bien la Carta Magna argentina, sancionada en 1853 y complementada en 1860, ha tenido un par de reformas (1866 y 1898) al poco tiempo de su sanción, los principales lineamientos en materia económica y de intervención del Estado en ese campo se encontraban, hasta la reforma de 1994, en aquel texto original (la llamada "Constitución histórica" de 1853/1860). Hubo también importantes definiciones sobre esta temática en la reforma de 1949, que si bien tuvo poca vigencia habida cuenta de su pronta abrogación en el año 1956, merecen ser analizados por su gran influencia en las décadas siguientes.

---

[733] Como advierte Gaspar Ariño, una empresa pública raras veces estará condenada a la bancarrota si no logra mantenerse al nivel de la competencia. Y ello porque el sistema político no va permitir que ocurriese tal evento, porque las consecuencias de una quiebra (despidos de personal) afectaría a su imagen electoral ("Economía…", *cit.*, p. 242). En esa misma línea, Barra considera que el castigo de la quiebra no es aplicable a la empresa pública, aun cuando la ley, artificialmente y de manera impracticable, lo admita ("Las privatizaciones…", *cit.,* p. 378).

[734] Alfonso, María Laura, *op. cit.*, p. 148.

[735] Barra pone en duda, de todos modos, la gravación impositiva de empresas públicas como medida aparentemente "concurrencial" con el sector empresario privado, ya que obligarlas al pago de impuestos implica que el dinero saldrá de un bolsillo para entrar en otro de la misma chaqueta. Además, si no paga impuestos, ¿la Administración ejecutará a su propia empresa? (*Las privatizaciones…*, *cit.*, p. 378).

[736] Stupenengo, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", en Lara, José Luis y De La Riva, Ignacio (coordinadores), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 202 a 209.

4.1. Constitución histórica (1853/60).

Se suele decir que la Constitución histórica (1853/1860) es de tinte "liberal", por haberse inspirado principalmente en el *proyecto de Alberdi*[737]. Su sistema económico respondía al anhelo de libertad, consagrado en el Preámbulo y que pregonaban las escuelas liberales de aquella época, resultando que la obligación del Estado de propender al "bienestar general" se cumplía fundamentalmente al garantizar esa libertad.

En esta línea de pensamiento se inscribe el plexo de derechos individuales consagrados en el Artículo 14 del texto constitucional, la igualdad del Artículo 16, y la inviolabilidad de la propiedad del Artículo 17. En este marco, la original cláusula del progreso (ex. Art. 64, inc. 16; actual Art. 75, inc. 18) contribuyó a la materialización de esa libertad, a la que estaba conminado el Estado, en aras de alcanzar el bienestar general de la población.

Inmediatamente luego sancionada la Constitución, el Congreso de 1853 también sancionó como ley nacional el "Estatuto para la Organización de la Hacienda y Crédito Público", cuyo autor fue el ministro Mariano Fragueiro, donde se reafirma la libertad individual y la igualdad ante la ley, dando suma importancia a la iniciativa individual como principio y regla general. Es que, en definitiva, la iniciativa privada es un derivado esencial y la manifestación más excelsa de la libertad económica pregonada en la Constitución histórica. El papel del Estado se reducía a aquellas funciones y atribuciones conferidas en la parte orgánica, que se interpretaban de manera restrictiva.

Puede decirse que aquel sistema constitucional original también era "iusnaturalista", en el sentido de postular que el Estado no *otorga* los derechos a los particulares, sino que los *reconoce* como preexistentes e inherentes a su condición humana[738]. Pero también partía del supuesto de que ningún derecho constitucional es absoluto. Todos ellos son relativos: se deben gozar de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio (CN, Art. 14).

Ello les cabe a todos y cada uno de los derechos económicos reconocidos en la Constitución Nacional: deben ejercerse de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio. Tal reglamentación implica, siempre, algún grado de restricción. Y estas limitaciones pueden ser mayores o más intensas, ya sea en un contexto de emergencia pública ("doctrina de la emergencia"), o bien por otras cuestiones regulatorias. Esto último puede ocurrir, por ejemplo, por tratarse de actividades económicas de interés público que satisfagan necesidades básicas de la población.

Ahora bien, según nuestra Constitución histórica, este mayor avance regulatorio debe necesariamente encauzarse bajo el poder de policía estatal, y tiene siempre como límite fundamental lo establecido en el Artículo 28 de la Ley Fundamental: los derechos constitucionales –también en materia

[737] Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina y Sistema económico y rentístico de la confederación argentina.

[738] Tal reconocimiento del derecho natural puede encontrarse en el Artículo 33 de la Constitución Nacional, según el cual "[l]as declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados".

económica– "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Léase, podrán ser restringidos, pero nunca suprimidos ni desnaturalizados o alterados en su esencia o contenido.

Sin perjuicio de ello, no se debe perder de vista que el texto original de la Constitución tampoco deja al Estado completamente a un lado en materia económica. Reconoce que hay ciertos objetivos, como el progreso y el desarrollo, que requieren de cierto auxilio del Estado. Por tal razón, alguna doctrina cuestiona que se considere extremadamente liberal a aquel texto constitucional[739].

Por cierto, la Carta Magna no fue pensada como un programa económico rígido. Por el contrario, aporta directrices y grandes principios generales, admitiendo distintos planes de gobierno mientras no colisionen con sus orientaciones generales y principios fundamentales. Es, en este punto, una Constitución flexible.

¿Cómo aplicar estos principios a la empresa pública, no regulada expresa y específicamente en la Constitución histórica? Por de pronto, el texto constitucional de ninguna manera señala o da a entender que la conformación de empresas públicas sea uno de los canales posibles para alcanzar el progreso y el desarrollo pregonados en el original Artículo 64, inc. 16. Antes bien, parecería apuntarse a una función regulatoria, como las demás competencias asignadas al Congreso en el entonces Artículo 64 (actual Art. 75). Y, por otra parte, el reconocimiento de que los derechos económicos (entre ellos, comerciar y ejercer industria lícita) pertenecen originariamente al sector privado (y no al Estado), y no pueden ser suprimidos o desnaturalizados a través de las leyes que reglamenten su ejercicio, constituye en principio otro óbice contundente al reconocimiento de la viabilidad jurídica de la empresa pública. Ello así por cuanto implica la participación del Estado en un ámbito reservado –o cuanto menos, encomendado– a las personas humanas o jurídicas privadas, que deber ser tutelado, garantizado y custodiado (y no usurpado o intrusado) por el Estado.

Puede generar alguna duda el respecto las previsiones constitucionales referidas al "correo", que si bien no aluden expresamente al servicio postal como una empresa pública, dan cuenta de esa posibilidad al contemplar a los ingresos que genere el correo como uno de los recursos del Estado[740], y al prever que el Congreso puede establecer correos "de la Nación"[741].

Acaso el correo sea uno de los "servicios públicos" (al menos, en la actual concepción de tal instituto) más antiguos que se registre, y uno de los pocos en los que el Estado estuvo involucrado en su gestión desde sus orígenes. De

[739] Perez Hualde, Alejandro, El modelo económico de la Constitución argentina y la "reforma del Estado", TR LALEY 0003/009569.
[740] Artículo 4º - "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación; del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional".
[741] Art. 75, inc. 14. "Arreglar y establecer los *correos generales de la Nación*".

hecho, puede considerarse que el servicio postal, por su importancia histórica especialmente en momentos en que no se encontraban tan desarrollados el transporte ni las comunicaciones (como ocurre en este momento), ha sido concebido históricamente como una función estatal (típicamente administrativa) más, y no tanto una actividad "empresarial". Tal vez aquí puede encontrarse la razón por la cual en países tradicionalmente enemigos del Estado empresario (como Estados Unidos de Norteamérica y Reino Unido), la propiedad plena estatal aparece desde antaño en las entidades prestadoras de servicios postales como la U.S. Postal Services y la Royal Mail, respectivamente[742].

Inclusive, cierta doctrina señala que en la terminología constitucional el vocablo "correos" tiene actualmente una acepción mucho más amplia que su significado corriente, y es sinónimo de "comunicación privada", ya sea epistolar, radial, telefónica o por cualquier medio de tipo privado y no público, correspondiendo al Estado Nacional –en particular al Congreso– su *regulación*[743], y no tanto su explotación, que en principio corresponde a medios de comunicación concesionados a particulares. Y hasta hay ciertos autores que consideran que esta referencia constitucional debió eliminarse en la reforma de 1994[744].

Por último, similares consideraciones deben hacerse con respecto a los "puertos", que el Congreso puede habilitar según el actual Artículo 75, inc. 10, de la Constitución[745], previsión que ya se encontraba en el texto histórico. No se nos escapa que la actividad portuaria bien puede considerarse una actividad comercial más; y ciertamente históricamente el Estado ha estado también involucrado empresarialmente en su explotación. Ahora bien, tal referencia constitucional no alude a tal "prestación" por parte del Estado, sino a la "habilitación" de los puertos. Y, por otra parte, la referencia constitucional debe contextualizarse en la histórica vinculación de los puertos (en particular, al momento de la sanción de la Constitución de 1853, del puerto de Buenos Aires) con la Aduana, que naturalmente forma parte de la estructura estatal.

De ahí que, como corolario, tales previsiones referidas a los correos y los puertos no pueden considerarse más que referencias aisladas y puntuales, que de ninguna manera establecen una prevalencia constitucional del Estado sobre el sector privado, en la actividad empresaria. Por el contrario, ni siquiera se advierte allí, como así también en el resto del articulado original, ninguna habilitación a los órganos estatales para realizar actividad empresaria alguna.

4.2. Constitución de 1949.

Más allá del principal objetivo político de habilitar un segundo mandato al entonces ya presidente Juan Domingo Perón, la reforma que se introdujo en

[742] Sacristán, Estela B., *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007, p. 485.
[743] Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 1128.
[744] Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 39.
[745] Art. 75, inc. 10: "Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas".

la Constitución en 1949 tuvo suma relevancia en materia económica. Consagró un Estado marcadamente intervencionista, enrolándose con total determinación en la corriente del "constitucionalismo social".

En lo que compete al tema *sub examine*, este paradigma se observa fundamentalmente en el Artículo 40 del texto aprobado, donde se considera al Estado como un agente económico protagónico. Es decir, ni siquiera se lo contempla como un actor más de la gestión económica, sino que su rol pasó a ser preponderante en ese campo.

Además de reconocer la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica, en dicho precepto se contempla que el Estado, mediante una ley, podía "intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución". Y si bien se siguió reconociendo formalmente la "libre iniciativa privada" como motor de toda actividad económica, se la condicionó a "que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios". Todos ellos parámetros que admitían un gran margen de discrecionalidad a los gobernantes de turno.

El fenómeno del Estado empresario es todavía más marcado en materia de servicios públicos, dado que, según el citado Artículo 40, los mismos "pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine". Es decir que, en esta materia, las empresas públicas se reservaron el monopolio ya no de la titularidad de los servicios públicos, sino de su prestación inclusive de aquellos servicios públicos (ej.: los no domiciliarios) que no constituían monopolios naturales.

Suele considerarse al proceso constitucional de 1949 como un suceso jurídico fallido, por haberse perdido formalmente al poco tiempo, con la contrarreforma de 1957. Sin embargo, parece indudable que algunos de sus criterios y principios rectores, particularmente en esta materia, han sobrevivido durante mucho tiempo. Por de pronto, y como hemos anticipado en el capítulo introductorio, sus postulados sobre regulación económica y –en especial– acerca de la empresa pública, perduraron hasta fines de la década del ochenta, aún sin texto constitucional expreso que los avale[746], habida cuenta de la significativa consolidación del Estado empresario que se verificó durante todo ese tiempo.

[746] Alfonso, María Laura, *op. cit.*, p. 34.

4.3. Reforma constitucional de 1994.

4.3.1. El contexto jurídico y económico en que fue sancionada: el proceso de reforma del Estado y de desregulación económica.

A partir de 1989, comienza en Argentina un proceso de desregulación y privatización de empresas públicas. Las principales referencias normativas de este programa económico son la Ley Nº 23.696 de Reforma del Estado y reestructuración de las empresas del Estado, y la Ley Nº 23.697 de Desregulación Económica. Mediante ellas, se combatieron –respectivamente– las emergencias administrativa y económica que afectaban en ese momento al país.

Dicho plexo normativo implicó una fuerte retracción de la tendencia de intervencionismo estatal que estaba presente desde la década del cuarenta. Esto se logró mediante la desregulación de las actividades económicas, la privatización de empresas del Estado, ya sea prestadoras de servicios públicos (que fueron concedidos o licitados en cuanto a su explotación a organizaciones privadas) o de otras actividades industriales o comerciales. En lo que aquí compete, este proceso importó un fuerte retroceso del Estado en el terreno de las relaciones económicas y específicamente en el campo empresario, ante la evidencia del fracaso de la empresa pública como instrumento operador de la economía.

En efecto, el sector empresarial público se mostraba obsoleto, pues no satisfacía las demandas sociales desde el punto de vista económico (bajos precios) ni social (bienes para el conjunto de la comunidad). Era también oneroso por su elevado costo, que generaba un importante y crónico déficit fiscal o cuasi fiscal, situación que en nuestro país contribuyó significativamente el proceso hiperinflacionario de 1989. Y se evidenciaba inadecuado por su impropia estructura funcional y por el sobredimensionamiento de su organización[747].

Al mismo tiempo, se tornó evidente la imprecisión de los objetivos financieros y comerciales del fenómeno del Estado empresario, por la falta de definición clara de la función de la empresa pública en el mercado. Tal indefinición habilitó las continuas injerencias y presiones políticas cambiantes sobre las empresas, que conllevaron las intervenciones informales y ocasionales de los gobernantes de turno en las estrategias empresariales (precios, sueldos, localización de inversiones, etc.). Ello, a su vez, diluyó la responsabilidad de los administradores de tales empresas y contribuyó a que estas se transformen, al decir de Ariño, en una "casa sin amo", o "una empresa sin empresario"[748].

---

[747] Dromi, Roberto, *Empresas Públicas - De estatales a privadas*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 24.

[748] Ariño, Gaspar, "Economía…", cit., pp. 242, 243 y 246. Explica este profesor que, a diferencia de la empresa privada, la empresa pública aparece casi siempre como una organización en la que las decisiones se generan a través de un complicado proceso; y en la práctica implica que los "empresarios" públicos siempre esperan a lo que diga el ministerio. En definitiva, el fracaso de la empresa será justificado en base a los condicionamientos que el propio Estado ha impuesto a la empresa, en materia de precios, créditos, mantenimiento de empleos o aumentos salariales. Y si en algún caso verdaderamente llamativo de

Por todas esas razones, la regla general pasó a ser (o, antes bien, volvió a ser) la iniciativa privada en materia empresaria. Y la participación del Estado en este campo pasó a ser absolutamente subsidiaria, limitada a actividades calificadas como servicios públicos y en supuestos de inexistencia o evidente falla de tal iniciativa del sector privado[749].

Tal programa desregulatorio y de retirada del Estado implicó un claro plan económico. Es que, como se señala en doctrina, "siempre todo Estado adopta una política económica; incluso cuando decide no intervenir en la actividad económica"[750]. Esto fue lo ocurrió en Argentina a partir de 1989.

4.3.2. El texto aprobado por la Convención constituyente de 1994.

No obstante el contexto liberal y desregulatorio del proceso de reforma del Estado (imperante en esa época) en que fue sancionada la Constitución de 1994, tales principios no fueron plasmados de forma contundente en la citada reforma. Por de pronto, no creemos que pueda decirse que las modificaciones introducidas por la Convención Constituyente hayan acercado el modelo económico hacia el liberalismo. Por el contrario, se introdujeron una serie de normas que posibilitan un contenido ciertamente regulador e intervencionista de la economía[751]. De hecho, buena parte de la doctrina constitucional sostiene que el texto constitucional de aquel año enrola a nuestra Ley Fundamental en el "constitucionalismo social".

Una explicación posible de este fenómeno sería que, como advierte Pérez Hualde, así como es evidente que fueron preponderantemente "administrativistas" quienes guiaron intelectualmente el proceso de "reforma del Estado", han sido juristas "constitucionalistas" los inspiradores y aún protagonistas de la reforma constitucional de 1994. Y, según dicho autor, ambas corrientes han transitado por carriles de pensamiento bien diferentes en esos tiempos de cambio[752].

Podría acaso encontrarse una reafirmación o resguardo del liberalismo, en la expresa prohibición de reformar la Parte Dogmática de la Constitución. Pero no puede soslayarse que numerosos tratados internacionales de derechos humanos han adquirido jerarquía constitucional tras la reforma de 1994. Y muchos de ellos se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales, fijándosele a los Estados parte ciertas obligaciones tendientes a priorizar el

---

ineficiencia se debe relevar a un directivo de la empresa pública, este se marchará tranquilamente a otro destino en la estructura estatal que le corresponda por su carrera funcionarial (*op. cit.*, p. 246).

[749] Tal intervención subsidiaria en materia de gestión de los servicios públicos se encuentra adecuadamente regulada en los marcos regulatorios de los sectores energéticos y gasíferos. En los Artículos 3º de la Ley Nº 24.065 y 4º de la Ley Nº 24.076, se establece que los servicios públicos de transporte y distribución de electricidad y gas "deberán prioritariamente ser realizados por personas jurídicas privadas" a las que el Poder Ejecutivo les haya otorgado las correspondientes concesiones, licencias o permisos. El Estado, por sí, o a través de empresas dependientes, "y a efectos de garantizar la continuidad del servicio" (pauta que refuerza el carácter restrictivo de esta intervención empresaria), deberá prestar tales servicios públicos en el caso en que, cumplidos los procedimientos de selección respectivos, no existieren oferentes, a los que puedan adjudicarse las prestaciones de los mismos; o bien si, habiéndose adjudicado tales servicios, se extinguiere la habilitación por alguna de las causas previstas en la misma.

[750] Bidart Campos, Germán, "La economía y la Constitución de 1853/1860", en *El Derecho* (*ED*) 117-755.

[751] Perez Hualde, *op. cit*.

[752] Op. cit.

desarrollo social. Surgen, así, por ejemplo, compromisos internaciones de destinar a las necesidades propias de los derechos sociales un máximo suficiente de recursos dentro de la disponibilidad del gasto público global, para hacer posible y efectivo, en esa misma medida máxima, el desarrollo progresivo y efectivo de tales derechos.

A esta altura, es necesario señalar que en la reforma de 1994 no se incorpora ninguna referencia expresa o específica a la *empresa pública*. No la contempla, ni la exige; pero tampoco la prohíbe al menos en forma expresa. Ni siquiera al tratar escuetamente el instituto del servicio público, en el Artículo 42 de la Constitución, el constituyente deja entrever una preferencia respecto de la preferencia sobre la gestión pública o privada de estas actividades.

En suma, el papel reservado al Estado por la Convención Constituyente de aquel año no fue el de fuerte interventor, monopolizador, nacionalizador, expropiador o prestador empresarial hegemónico de los servicios públicos y de las actividades económicas en general, como se persiguió en la reforma de 1949[753]. Pero tampoco se adoptó una postura de tinte claramente liberal, al menos en forma expresa, en el sentido de –por ejemplo– prohibir la participación estatal protagónica en el campo económico, o limitarla significativamente (como ocurre en el régimen constitucional chileno[754],

[753] Dicho espíritu aún persiste ciertos sistemas constitucionales de la región, como el boliviano. En la Constitución Política del Estado de 2009, encontramos muchas referencias a la empresa pública, con marcada preeminencia en lo que respecta a la prestación de ciertas actividades, como por ejemplo los servicios públicos. Así, el Art. 20 enuncia como principio general que "[…] II. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias". Y el rol secundario del sector privado en este campo, se advierte en la frase que sigue a continuación: "En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada".
No es solamente el ámbito de los servicios públicos donde se constata la prevalencia del sector público en el campo empresario. El Art. 351 prescribe que "I. El Estado, asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos a través de entidades públicas, cooperativas o comunitarias, las que podrán a su vez contratar a empresas privadas y constituir empresas mixtas".
El caso más paradigmático de este fenómeno lo hallamos en el Art. 361 de la Constitución, que define la creación de una empresa pública y monopólica en el campo petrolífero, al describir que "Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) es una empresa autárquica de derecho público, inembargable, con autonomía de gestión administrativa, técnica y económica, en el marco de la política estatal de hidrocarburos. YPFB, bajo tuición del Ministerio del ramo y como brazo operativo del Estado, es la única facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización". En igual sentido, el Art. 363 enuncia que "La Empresa Boliviana de Industrialización de Hidrocarburos (EBIH) es una empresa autárquica de derecho público, con autonomía de gestión administrativa, técnica y económica, bajo la tuición del Ministerio del ramo y de YPFB, que actúa en el marco de la política estatal de hidrocarburos. EBIH será responsable de ejecutar, en representación del Estado y dentro de su territorio, la industrialización de los hidrocarburos".
Tales previsiones son complementadas, en materia energética, con el Art. 368: "Es facultad privativa del Estado el desarrollo de la cadena productiva energética en las etapas de generación, transporte y distribución, a través de empresas públicas, mixtas, instituciones sin fines de lucro, cooperativas, empresas privadas, y empresas comunitarias y sociales, con participación y control social. La cadena productiva energética no podrá estar sujeta exclusivamente a intereses privados ni podrá concesionarse. La participación privada será regulada por la ley".

[754] El Artículo 19 numeral 21 de la Constitución de Chile dispone lo siguiente: "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas *sólo si una ley de quórum calificado los autoriza*" (el destacado nos pertenece).

brasilero[755], peruano[756], colombiano[757], y, en Europa, en la Constitución española[758]), que era lo que tal vez podía esperarse tras la reforma del Estado de 1989 y el proceso las privatizaciones que le siguió en Argentina a comienzo de la década siguiente.

4.3.3. Principios que se desprenden en materia económica y de intervención estatal.

La ausencia de regulación expresa de la empresa pública y de su injerencia en lo que respecta a la prestación de servicios públicos nos invita a tratar de identificar, en el texto constitucional de 1994, principios generales en materia económica o de intervención del Estado en tal ámbito, que nos sirvan de guía para intentar deducir si de ellos surge algún guiño u orientación respecto del rol que debe asumir el sector público en el mercado, y específicamente con relación a la posibilidad de que el Estado conforme empresas que intervengan en la producción o comercialización de bienes o servicios (más específicamente, en lo atinente a los servicios públicos).

4.3.3.1. Solidaridad.

Dentro de los principios rectores que guían la reforma de 1994, se destaca en primer lugar el de solidaridad, que se traduce en la fijación de ciertos límites a las libertades económicas en defensa de los más débiles.

Hay rasgos de tal solidaridad en los incisos 2º, 8º y 19 del Artículo 75 de la Constitución, a través del cual se plantea promover el desarrollo equilibrado de la Nación, lo que implica un compromiso del Estado de no dejar librado enteramente al mercado el destino de la población, sino que se debe promover políticas públicas y medios para atender las necesidades insatisfechas de la población. Esto se observa especialmente en materia de distribución de

---

[755] La Constitución brasilera destaca, ante todo, en su Artículo 173, que la empresa pública tiene que ser creada por ley del Congreso Federal, y prohíbe que estas empresas gocen de privilegios fiscales que no sean aplicables al sector privado (Acosta Iparraguirre, Vicente, *La constitución económica en el Perú y en el derecho comparado*, Cap. IV "Constituciones económicas en el derecho comparado", en Tesis Digitales UNMSM, Lima, 2003, p. 14).

[756] La Constitución de Perú refiere a las empresas públicas como "empresas del Estado", la cual no considera a sus empleados como funcionarios públicos. Su creación debe producirse por ley y el Estado para emprender subsidiariamente una actividad empresarial tiene que motivarlo, sea directa o indirectamente, en un alto interés público o en una manifiesta conveniencia nacional (Art. 60). Refuerza esta idea agregando lo siguiente: "La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

[757] La Constitución colombiana, que parecería adoptar una posición más intervencionista por parte del Estado, establece en su Art. 336 que si las empresas públicas perdiesen su eficiencia, el gobierno enajenará o liquidará esas empresas monopolísticas y dejará en manos de terceros (léase, el sector privado) el ejercicio de la actividad de que se trate (Acosta Iparraguirre, Vicente, *op. cit.*, p. 35). Puede observarse, entonces, que en un modelo constitucional distinto del peruano o chileno, la empresa pública parece ser vista como un tipo de intervención evitable y que tiene que ser celosamente monitoreada.

[758] La Constitución española adjudica de manera contundente la iniciativa económica a los sujetos privados de manera preponderante, en el Art. 128. Establece que solo por ley puede disponerse la entrada del sector público en una rama económica o la creación de empresas públicas, siempre que la asunción de esa iniciativa se produzca conforme a las reglas del mercado. No hay ningún tipo de tratamiento de excepción para las empresas públicas. Se establecen dos exigencias: la entrada del sector público en una actividad económica tiene que venir justificada por exigencias del mercado. La segunda exigencia derivada de esta conformidad con el mercado es que el régimen de actuación del sector público en forma de empresa pública debe hacerse en un clima de competencia, de modo que no pueden las empresas públicas gozar de ningún tipo de ventaja fiscal o de otra naturaleza.

recursos tributarios coparticipables, donde no sólo deben respetarse los criterios objetivos de reparto (asignación en base a servicios, funciones y competencias), sino que tal distribución debe ser equitativa, solidaria y dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Tal criterio de solidaridad surge también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[759], que entre otros tratados de derechos humanos ha adquirido jerarquía constitucional a partir de la reforma a nuestra Ley Fundamental. Y ciertamente también se desprende de los otros instrumentos internacionales que le impregnan un cierto sentido social al plexo de declaraciones, derechos y garantías, previstos en la Primera Parte de la Constitución Nacional.

Las previsiones del ya citado Artículo 42 de la Constitución reformada también contemplan en cierto modo criterios sociales de solidaridad, al asegurar que los consumidores y usuarios tienen derecho a un trato digno y equitativo, y al conminar a las autoridades a proveer a la defensa de la competencia contra toda distorsión de los mercados que limite o restrinja la libre concurrencia, a controlar los monopolios naturales o legales, a asegurar la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a proveer a la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores y a la educación del consumidor.

4.3.3.2. Promoción del bienestar general.

Otro principio que se destaca en la reforma de 1994 es el de promoción del bienestar general, contenido desde el origen en el Preámbulo de la Constitución, y que encuentra ahora su máxima expresión en la cláusula del nuevo progreso o desarrollo humano y social, introducida por el inc. 19 del Artículo 75 de la Ley Fundamental.

A la original cláusula del progreso (inc. 18), referida al profundo deber de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, se le asuma como nuevo compromiso del Estado el de proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la defensa del valor de la moneda, al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; y

[759] En el Art. 1º de este Pacto se señala que todos los pueblos proveen a su desarrollo económico, social y cultural, estableciéndose en el Artículo siguiente (apartado 1) que cada uno de los Estados partes se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive –y en particular– la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.
El Art. 3º prevé que los Estados partes se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto. Por su parte, en el Art. 6.2. se establecen entre las medidas a adoptar por los Estado partes, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante, entre otras.

promover políticas diferenciales que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones[760].

Queda claro que el bienestar social al cual debe propender el Estado, ya no se limita a garantizar la libertad individual y la iniciativa privada (como en la Constitución histórica de 1853/1860), sino que se extiende a políticas públicas que le impregnan un mayor contenido de justicia social al desarrollo económico.

4.3.3.3. Subsidiariedad.

Sin embargo, la máxima regla de orientación económica, como criterio de modulación del grado de intervención estatal en materia económica, y que se puede extraer tanto del texto como del espíritu de la Constitución reformada en 1994, es el principio de subsidiariedad.

4.3.3.3.1. Concepto y alcances.

Cassagne define al principio de subsidiariedad como aquel según el cual "toda persona física o jurídica ha de tener libertad y aptitud para desarrollarse dentro de la órbita de sus fines, correspondiendo al Estado intervenir solo en caso de que las respectivas tareas se desempeñen en forma defectuosa o resulten insuficientes para la comunidad"[761].

El "Estado subsidiario" resulta ser una síntesis de lo que fue el Estado liberal (Constitución de 1853/1860) y el Estado benefactor (Constitución de 1949), convergiendo en él el cumplimiento de las funciones históricas básicas e indelegables, como ser la seguridad, la defensa, la justicia, las relaciones exteriores y la legislación, y una función supletoria en materia de salud, educación y servicios públicos, que han de ser brindados en mayor medida por los particulares[762].

La intervención subsidiaria del Estado le impide a éste poner obstáculos al impulso de la dinámica social espontánea y eficaz, y lo obliga a articularla y hacerla coherente con el bien común, interviniendo o regulando sólo cuando la actividad privada resulte insuficiente o inepta[763].

Puede decirse entonces que, según el principio de subsidiariedad, la competencia del Estado solo alcanza aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares (personas humanas o jurídicas, es decir,

---

[760] En la Constitución de la República de Paraguay de 1992, encontramos una previsión de similar tenor en el Art. 176 ("De la política económica y de la promoción del desarrollo"): "La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional".

[761] Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pp. 72 y ss.

[762] Schafrik, Fabiana H., "El sistema económico de la Constitución Nacional. Un acercamiento a la interpretación de algunas de las normas que lo configuran", *El Derecho* (*ED*), Tomo 180, 1259, diario del 23-1-1999, Cita Digital: ED-DCCLXV-89.

[763] Gil Domínguez, Andrés, *En busca de una interpretación constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 345.

individuos o sociedades intermedias) no pueda o no deba desarrollarse[764]. Se trata de un principio iusnaturalista básico del orden jurídico[765], que define el relacionamiento entre los sectores público y privado, y que obliga al Estado –en primer lugar– a reconocer los derechos originarios y preexistentes de los miembros de la comunidad, y luego a regularlos sobre la base del máximo respeto hacia este ámbito de reserva de la titularidad privada de tales derechos fundamentales y con miras al bien común.

Como ha dicho el papa Benedicto XVI en la encíclica *Deus caritas est*, "[l]o que hace falta no es un Estado que regule y domine todo, sino que generosamente reconozca y apoye, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, las iniciativas que surgen de las diversas fuerzas sociales". Y, fundamentalmente, debe abstenerse de intervenir cuando tal injerencia importe abortar o ahogar la iniciativa o acción de los particulares, so pretexto de la búsqueda de supuestos intereses comunitarios.

Pueden identificarse, así, los dos postulados, facetas o subprincipios tradicionales y fundamentales que componen el principio de subsidiariedad: a) uno *negativo*, según el cual el Estado debe abstenerse de intervenir en aquellos quehaceres que los individuos o cuerpos intermedios puedan realizar por sí mismos (faz pasiva); y b) uno *positivo*, conforme al cual el Estado puede –y debe– ayudar o auxiliar al sector privado (sin reemplazarlos, sustituirlos o ahogarlos) cuando aquella iniciativa privada se muestre impotente o insuficiente en determinadas actividades (faz activa)[766].

En términos económicos, y partiendo de la premisa de que los derechos económicos pertenecen natural y originalmente al sector privado –como hemos explicado en el capítulo IV.1.–, el principio de subsidiariedad obliga al Estado a reconocer que los derechos fundamentales de trabajar, asociarse, contratar, comerciar y ejercer industria lícita y usar y disponer de la propiedad, son de titularidad privada; y deben ejercerse, en principio, bajo iniciativa de los particulares, sin intromisión estatal[767]. La iniciativa privada constituye el principal motor de la actividad económica, y la única intervención *a priori* admisible por parte del Estado es la reglamentación del ejercicio de tales derechos económicos para asegurar la adecuada coordinación entre los actores del sector privado, y las eventuales y excepcionales ayudas públicas bajo la figura del instituto del fomento[768].

---

[764] Barra, Rodolfo C., "Principios…", *cit.*, p. 36.

[765] Messner, Johannes, Ética Social, política y económica a la luz del derecho natural, Madrid, Ed. Rialp, 1967, p. 336.

[766] Cassagne, Juan Carlos, Los grandes lineamientos del derecho público constitucional y administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 241.

[767] S.S. Pío XI, Encíclica *Quadragesimo Anno*: "[…] es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar para encomendarlo a la comunidad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación para el recto orden social, confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores. Toda acción de la sociedad debe, por su naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, mas nunca absorberlos y destruirlos".

[768] Para un mayor desarrollo de dicho instituto, ver la obra de Ignacio De La Riva, *Ayudas Públicas (Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

Tal intervención regulatoria puede eventualmente ser más intensa cuando, tratándose de actividades económicas que satisfagan necesidades indispensables para la comunidad, como son los servicios públicos, *falla* la iniciativa privada. Ello puede ocurrir fundamentalmente en supuestos en que, por existir pocos prestadores (oligopolio o monopolio, a veces "legal" y otras veces "natural"), los principios rectores en materia de defensa de la competencia obligan al Estado a implementar regulaciones que coadyuven a favorecer la concurrencia de más actores privados en la prestación del servicio, o bien a garantizar la prestación de la actividad oligopólica o monopólica "como si hubiera mercado y competencia". Por ejemplo, mientras durase esta situación de distorsión del mercado en cuestión, podría el regulador fijar precios o tarifas por la prestación del servicio, que permitan al prestador privado cubrir sus costos sobre la base de una prestación eficiente y obtener una ganancia razonable. Se trata, siempre, de intervenciones públicas transitorias, acotadas temporalmente al período en que subsistan tales anomalías del mercado, debiendo procurarse –en la medida de lo posible– el restablecimiento de las condiciones competitivas de la actividad privada.

Más excepcionalmente, en aquellos supuestos en que la iniciativa privada sea directamente *inexistente*, o significativamente *deficiente*, podría el Estado asumir empresarialmente la prestación de tales actividades económicas que satisfacen necesidades colectivas básicas[769].

4.3.3.3.2. Su recepción en el texto constitucional de 1994.

Si bien el principio de subsidiariedad no tiene recepción expresa y específica en ninguna previsión de la Constitución reformada en 1994, sus lineamientos y propósitos pueden ser deducidos de algunas previsiones incorporadas por la Convención Constituyente de ese año. Y fundamentalmente, y acaso sea esta la mayor virtud de la reforma en este tema, puede decirse que la intervención subsidiaria del Estado en materia económica se encuentra garantizada y ratificada por no haberse alterado los preceptos y principios de la Constitución histórica que, más allá de la primacía de la concepción liberal de la economía, en cierto modo receptaban aquel principio. En especial, en la Primera Parte (Parte Dogmática) de la Carta Magna, cuya incolumidad fue resguardada por el Artículo 7º de la Ley Nº 24.307 que declaró la necesidad de reforma constitucional, aprobando el Núcleo de Coincidencias Básicos.

Puede decirse que el principal camino orientativo del rol del Estado en la vida socioeconómica hacia el principio de subsidiariedad, está presente en el principio de regulación estatal contenido en el Artículo 42 de la Constitución Nacional. Dicho precepto, interpretado armónicamente con otras cláusulas constitucionales, traza en buena medida el rumbo del sistema económico actual.

[769] La excepcionalidad de la intervención del Estado en la actividad empresarial está bien marcada en el régimen constitucional chileno, como surge del ya citado Art. 19 numeral 21 (citado en nota 75). Y específicamente en materia de servicios públicos, ello surge de los prealudidos Artículos 3º de la Ley Nº 24.065 y 4º de la Ley Nº 24.076.

Por un lado, en dicho precepto se alienta el desarrollo de la iniciativa privada, pero sin conllevar al abstencionismo estatal. Se prevé allí la necesaria presencia del Estado para evitar desigualdades y situaciones inequitativas, y a fin de asegurar un trato digno en la relación de consumo.

La libertad de mercado está consagrada implícitamente en la citada norma, al estipular que la actividad del Estado solamente aparecerá, y en forma supletoria, cuando se produzca una distorsión en los mercados que vulnere la libre competencia, o sea necesario su control de los monopolios naturales y legales. El rasgo liberal de la norma también se constata en el deber estatal de asegurar la competencia, por entender que ello es un presupuesto de la libertad económica, que garantiza la libre concurrencia a los mercados.

Por otro lado, la preeminencia de la empresa privada respecto de la empresa pública puede deducirse de ciertas partes del citado Artículo 42. Por ejemplo, como señala Ariño al defender el proceso de privatizaciones de empresas públicas en general (y, en particular, el caso argentino de principios de la década del noventa), el traspaso de las mismas al sector privado proporciona a los consumidores mayor capacidad de "elección" y de control tanto de la "calidad" de los servicios como del precio de los mismos, que hace a sus "intereses económicos"[770]. Todas ellas, exigencias que surgen del citado texto de la Constitución reformada.

Más aún, al contemplarse en forma expresa la existencia de "organismos de control" de los servicios públicos, pareciera estar previéndose la preminencia de prestadores privados de los mismos[771]. No se nos escapa que actualmente existen entes reguladores y de control que fiscalizan, en teoría, a empresas públicas prestadoras de servicios públicos[772]. Pero evidentemente esta situación excepcional y por cierto anómala y de dudosa eficacia de control del sector público sobre otro sector público, no es la que tuvo en miras la Convención Constituyente de 1994. Es claro que se contempló como escenario natural el existente en ese momento: la prestación privada de servicios públicos, que debe ser fiscalizada por organismos estatales de control (los entes reguladores que habían sido creados poco tiempo antes de la reforma). Y, por lógica, y con más razón, los convencionales contemplaron la preeminencia de la iniciativa privada de la gestión de otras actividades económicas que no son servicios públicos.

Similares reflexiones pueden extraerse de la preocupación de los convencionales constituyentes por la "defensa de la competencia". Por más que la creación de empresas públicas, incluso bajo formatos jurídicos de derecho privado, puede perseguir eventualmente la competencia con empresas privadas en algunas actividades, tal concurrencia no se da en un plano de igualdad. Hay varias prerrogativas, potestades o ventajas de las cuales la empresa pública no se puede desprender: responsabilidad subsidiaria

[770] Ariño, Gaspar, "Economía…", cit., p. 254.
[771] Alfonso, María Laura, *op. cit.*, p. 148.
[772] Por ejemplo, en Argentina, el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) es el organismo de control del cumplimiento de las obligaciones de provisión de agua potable y desagües cloacales a cargo de una empresa pública (Agua y Saneamientos Argentinos S.A. –AySA–) en el Área Metropolitana de Buenos Aires.

del Estado que impide o reduce la posibilidad de quiebra o desaparición[773]; posibilidad de aumentar el capital de la sociedad con solo una previsión presupuestaria[774]; posibilidad de asegurarse una porción del mercado; ventajas tributarias (exenciones impositivas sobre sus utilidades[775]); etc.

Por último, se puede encontrar algún vestigio de subsidiariedad en la máxima del "control de los monopolios" a la que apunta el Artículo 42. Sabido es que muchas veces la intromisión del Estado en el campo empresario ha tenido pretensiones monopólicas u oligopólicas; o al menos ese ha terminado siendo el resultado final de su participación en el sector en cuestión. Esto es más que claro en lo que se refiere a las empresas públicas prestadoras de servicios públicos. Y de ninguna manera se ha observado una intención de los gobiernos de turno de autocontrolar el monopolio estatal. De ahí que la exigencia constitucional de controlar monopolios presume que esta situación anticompetitiva, que debe ser controlada, se verifica en el sector privado (y no con respecto al Estado empresario). Por lo demás, como enseña Ariño, el monopolio privado es –por definición– mejor que el público, siempre que no se lo deje actuar como monopolio. Aquí entra a jugar justamente el control de los monopolios, a través de la regulación[776]. A eso apunta el citado Artículo 42 de la Constitución.

También se pueden encontrar lineamientos del Estado subsidiario en la nueva cláusula constitucional del progreso (Art. 75, inc. 19), referida entre otras cosas al compromiso del Congreso Nacional de proveer a la productividad de la economía nacional y a la generación de empleo. Es que de ninguna manera apunta a la creación de empresas públicas desde donde producir bienes y servicios e incorporar trabajadores a su plantilla. Por el contrario, visualizada bajo la lupa de principio de subsidiariedad, conmina al Estado (en este caso, a través de su rama legislativa) a generar las "circunstancias" o "condiciones"[777] (principalmente, legales y económicas) que favorezcan la producción nacional a través del sector privado, y la incorporación de trabajadores fundamentalmente por parte de las empresas privadas[778].

---

[773] Como advierte Gaspar Ariño, una empresa pública raras veces estará condenada a la bancarrota si no logra mantenerse al nivel de la competencia. Y ello porque el sistema político no va permitir que ocurriese tal evento, porque las consecuencias de una quiebra (despidos de personal) afectaría a su imagen electoral ("Economía…", cit., p. 242). En esa misma línea, Barra considera que el castigo de la quiebra no es aplicable a la empresa pública, aun cuando la ley, artificialmente y de manera impracticable, lo admita (*Las privatizaciones…, cit.*, p. 378).

[774] Alfonso, María Laura, *op. cit.*, p. 148.

[775] Barra pone en duda, de todos modos, la gravación impositiva de empresas públicas como medida aparentemente "concurrencial" con el sector empresario privado, ya que obligarlas al pago de impuestos implica que el dinero saldrá de un bolsillo para entrar en otro de la misma chaqueta. Además, si no paga impuestos, ¿la Administración ejecutará a su propia empresa? (*Las privatizaciones…, cit.,* p. 378).

[776] Ariño, Gaspar, "Economía…", cit., p. 306.

[777] Como sostiene Barra, el *bien común* no es un objeto social "determinado" del Estado, o un "producto terminado", sino un "conjunto de condiciones" –políticas, culturales, económicas, sociales– que permiten al hombre realizarse verdaderamente como tal. Es un clima social del cual todos participamos y que tienen un gran porcentaje de responsabilidad en la producción de nuestras "circunstancias" que inciden en nuestra personalidad, como sostiene Ortega y Gasset (*Principios…*, *cit.,* p. 43).

[778] Lo propio ocurre en el régimen constitucional paraguayo, cuyo Artículo 176 (citado en nota 81), apunta a una intervención subsidiaria del Estado en el "fomento" y "promoción" del desarrollo económico, social y cultural mediante programas globales que "coordinen" y "orienten" la actividad económica nacional, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía. Tal previsión es complementada

Como corolario de lo expuesto en este apartado, se puede afirmar que tras la reforma de 1994 se mantiene el compromiso con la libertad más amplia del hombre y de su iniciativa privada. El resultado es un texto que mantiene su línea conservadora liberal originaria de 1853/1860, pero con la presencia de ciertos elementos que si bien habilitan una mayor participación estatal en el campo de la economía, no dejan de ser signos de una intervención subsidiaria, que garantiza la preeminencia de la empresa privada sobre el Estado empresario.

Obviamente en materia de servicios públicos esto tiene sus matices, ya que no se trata de cualquier actividad económica sino de aquellas que satisfacen necesidades básicas de la población y donde se requiere de una mayor regulación y fiscalización del Estado, y también –a veces– del control tarifario, que son unos de los propósitos que –según hemos visto *ut supra*– persigue el Estado con la instalación de empresas públicas. Ahora bien, también en este campo debe primar, por aplicación del principio de subsidiariedad, la gestión privada sobre la pública. Ello surge con claridad, por ejemplo, del Artículo 3º de la Ley Nº 24.065 y del Artículo 4º de la Ley Nº 24.076, de los que se desprende que el transporte y la distribución de electricidad y gas natural deberán "prioritariamente" ser realizados por personas jurídicas privadas a las que el Poder Ejecutivo les haya otorgado concesiones de servicios públicos, y que las empresas públicas solo podrán llevar a cabo tales actividades "a efectos de garantizar la continuidad del servicio", en el caso en que, cumplidos los procedimientos de selección aplicables (en principio, licitación pública), no existieron oferentes a los que puedan adjudicarse las prestaciones de los mismos.

No debe olvidarse que el servicio público, por más que satisfaga necesidades básicas de la población, no deja de ser una auténtica actividad económica. Como tal, se encuentra reservada al ámbito privado, por imperativo constitucional y del derecho natural. De ahí que, en resguardo del principio de subsidiariedad, su prestación debe ser dejada inicialmente en manos de los particulares. Solamente puede ser llevado a cabo por el Estado, en principio a través de empresas públicas, en caso de inexistencia o absoluta ineficiencia de la iniciativa empresarial privada.

5. La empresa pública y el servicio público bajo el nuevo esquema normativo.

A fines de 2023, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 70/2023, que sobre la base de considerar "que la causa fundamental de la situación de emergencia es sustancialmente fiscal", entendió necesario modificar el estatus jurídico de las empresas públicas, reconvirtiéndolas en Sociedades Anónimas. Consideró, en ese sentido, que este "este cambio tendrá el extraordinario beneficio de mejorar la transparencia y el gobierno corporativo de esas empresas".

con el Art. 177 ("Del carácter de los planes de desarrollo"): "Los planes nacionales de desarrollo serán indicativos para el sector privado, y de cumplimiento obligatorio para el sector público".

En consecuencia, dispuso que la totalidad de las sociedades o empresas con participación del Estado, cualquier sea el tipo o forma societaria adoptada[779], se transformarán en Sociedades Anónimas, estando sujetas a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades Nº 19.550, "en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna" (Art. 48), "ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga" (Art. 50)

En lo que respecta al servicio público, no encontramos en el Decreto Nº 70/2023 un mayor desarrollo regulatorio del instituto, que lo menciona simplemente como una especie del genérico concepto de "servicios esenciales"[780], que sí recibe tratamiento normativo en lo que respecta a, por ejemplo, la regulación de los conflictos colectivos de trabajos y la garantía de prestación de servicios mínimos en ese contexto (Art. 97).

Resulta interesante remarcar que respecto de algunos de estos servicios esenciales (v. gr., los servicios aeroportuarios y de navegación aérea), se predica que más allá de la regulación y fiscalización estatal que deben recibir, tienen que ser llevados a cabo bajo los principios de "libre competencia" y "acceso a los mercados" (Arts. 184 y 188).

Por su parte, la Ley Nº 27.742 se planteó, entre otros objetivos, "[r]educir el sobredimensionamiento de la estructura estatal a fin de disminuir el déficit" y "transparentar el gasto y equilibrar las cuentas públicas" (Art. 2º, inc. b). Para alcanzar esta finalidad, y entre otras medidas, en el Artículo 4º se facultó al Poder Ejecutivo nacional a disponer, en relación con las empresas y sociedades contempladas en el inciso b) del Artículo 8º de la Ley Nº 24.156, la modificación o transformación de su estructura jurídica (inc. a), y su fusión, escisión, reorganización, reconformación o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (inc. b).

---

[779] Esto incluye a las Empresas del Estado que no tengan una forma jurídica societaria, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones societarias donde el Estado nacional tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias y no se encuentren constituidas como sociedades anónimas.

[780] Según Artículo 24 de la Ley Nº 25.877 (texto sustituido por el Art. 97 del Decreto Nº 70/2023): "[…] se considerarán servicios esenciales en sentido estricto, las actividades siguientes:
a. Los servicios sanitarios y hospitalarios, así como el transporte y distribución de medicamentos e insumos hospitalarios y los servicios farmacéuticos.
b. La producción, transporte y distribución y comercialización de agua potable, gas y otros combustibles y energía eléctrica.
c. Los servicios de telecomunicaciones, incluyendo internet y comunicaciones satelitales.
d. La aeronáutica comercial y el control de tráfico aéreo y portuario; incluyendo balizamiento, dragado, amarre, estiba y remolque de buques.
e. Servicios aduaneros y migratorios, y demás vinculados al comercio exterior; y
f. cuidado de menores y educación de niveles guardería, preescolar, primario y secundario, así como la educación especial".
Y se prevé que una Comisión de Garantías pueda calificar como servicio esencial a actividades no incluidas en la enumeración precedente, entre otros supuestos cuando la actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública (inc. b).

Más específicamente, en el Artículo 7º se declaró "sujeta a privatización", en los términos y con los efectos de la Ley Nº 23.696, varias empresas y sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional (Art. 7º). Entre ellas, algunas empresas públicas prestadoras de servicios públicos, como Agua y Saneamientos Argentinos S.A.

Para llevar a cabo este nuevo programa de privatizaciones de empresas públicas, se autorizó al Poder Ejecutivo a implementar los procedimientos y modalidades dispuestos en los capítulos II y III de la Ley Nº 23.696, que van desde la transferencia de la titularidad, el ejercicio de derechos societarios o la administración de las empresas declaradas "sujeta a privatización", hasta –en lo específicamente atinente al tema de los servicios públicos– el otorgamiento de licencias o concesiones para la explotación de los mismos, "en tanto los adquirentes reúnan las condiciones exigidas por los respectivos regímenes legales, así como las que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convenga para facilitar la operación" (Art. 15).

Como puede observarse, el Estado nacional ha decidido emprender un programa privatizador, bajo un formato parecido al implementado a través del proceso de Reforma del Estado de la década de los noventa. Ello implica mantener bajo la órbita estatal la titularidad de los servicios públicos, pero apuntando fundamentalmente a una gestión privada. Como en aquel entonces, lo que se privatiza no es el servicio (que sigue siendo un cometido estatal), sino su gestión (vía concesión o licencia) o el vehículo formal a través de canalizar tal ejecución de los servicios, mediante el traspaso de las empresas gestoras del sector público al sector privado.

Este esquema normativo es absolutamente respetuoso de los principios que surgen de la Constitución Nacional, y fundamentalmente del principio de subsidiariedad que dimana de la misma. Como hemos expuesto más arriba, las actividades económicas están reservadas constitucionalmente al sector privado. Entonces, que el legislador decida devolver la prestación de los servicios público a los particulares es lo que naturalmente (hasta por imperativo del derecho natural, valga la redundancia) debería ocurrir. No debe llamar la atención. Y como el Estado no ha renunciado (al menos formalmente) a la titularidad de los servicios públicos[781], no solo no dejará de ejercer su

[781] Si bien excede el objeto de este trabajo, no podemos dejar de destacar la tendencia consistente en "despublificar" actividades económicas que no merecían ser calificadas ni tratadas normativamente como servicio público. Ello puede advertirse, por ejemplo, con el Decreto Nº 302/2024, que derogó el Decreto Nº 690/2020, que declaraba servicios públicos esenciales a los servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), estableciendo la regulación de precios por parte del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM). Como hemos expresado en otra oportunidad, aquella publificación de los servicios TIC, y en particular la telefonía móvil, constituyó un retroceso regulatorio, por cuanto importaba aplicarles un régimen excepción que solamente se justifica tratándose de actividades económicas y prestacionales que –por sus características y el contexto en que se llevan a cabo– realmente ameriten tal cambio de régimen jurídico, y sin que se verifiquen varios de los componentes fundamentales de este instituto (Piaggio, Lucas A., "Servicio público: el regreso de los muertos vivos. Análisis del DNU Nº 690/2020 de calificación de la telefonía móvil como servicio público ¿sui generis?", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 508/509:83, Buenos Aires, Ediciones Rap, Enero/Febrero de 2021, en especial p. 113). Pero, además, en lo que aquí importa, la despublificación de actividades económicas que no ameritan mantenerse bajo el molde del servicio público, constituye una adecuada y sana lectura del principio de subsidiariedad.

potestad reguladora y fiscalizadora de los mismos y de las empresas prestadoras privatizadas, sino que además conserva la posibilidad de avanzar hacia su rescate.

Esto último es particularmente relevante en términos de intervención subsidiaria del Estado en materia económica. Ocurre que la "flexibilidad contextual" es inherente al principio de subsidiariedad, dado que el grado de intervención no es un parámetro estático, sino que puede variar en función del contexto económico y social[782]. Por ende, que hoy sea una exigencia el traspaso de las empresas públicas y la gestión de los servicios públicos al sector privado, no implica que a futuro no se requiera la reversión de esta decisión, para que vuelvan a ser operados por el Estado, a través de empresas públicas. Medida que debería ser absolutamente excepcional, y debidamente fundada, por las razones que venimos explicando.

6. Conclusión.

Si bien la reforma constitucional de 1994 reconoció una mayor intervención regulatoria y fiscalizadora en materia económica, de ninguna manera rompió el molde esencialmente iusnaturalista y liberal que impregnaba en texto vigente desde 1853 en materia de derechos constitucionales. Además, quedó reafirmado como norte que toda intervención estatal en el campo de la economía debe estar marcado por el principio de subsidiariedad.

En efecto, de nuestro sistema constitucional, en materia de derechos fundamentales en general, y derechos económicos en particular, se desprende que la regla en esta materia debe ser la siguiente: tanta iniciativa privada –reconocida por el constituyente como derecho preexistente– como sea posible; tanta intervención regulatoria del Estado como sea –estrictamente– necesaria.

Como principio, la intervención del Estado en materia económica debe encauzarse a través de la regulación de la actividad comercial o industrial a ser llevada a cabo por el sector privado, por medio del ejercicio del poder de policía. Eventualmente, y con cierta excepcionalidad, el Estado puede intervenir a través de ayudas públicas al sector privado, canalizadas a través de la figura del fomento.

La intervención regulatoria estatal podrá ser mayor en determinados contextos jurídicos o económicos, o sobre ciertos sectores económicos en función de las necesidades que satisfagan. Pero jamás podrá llegarse al extremo de suprimir la iniciativa privada ni los derechos económicos del sector privado. Tampoco podrán establecerse restricciones que, sin suprimir tales derechos, los alteran o desnaturalizan.

[782] Barra considera que en esta materia (estatismo vs. privatizaciones) no se pueden tomar posiciones dogmáticas, ya que así como el fortalecimiento de la actividad empresaria pública a partir de mediados de la década del cuarenta provocó en aquel momento un importantísimo impulso de desarrollo y riqueza social, ante nuevas circunstancias (en la década del noventa) resultó aconsejable la retirada del Estado del campo empresario (*Las privatizaciones…, cit.,* p. 383).

En consecuencia, bajo el parámetro de la subsidiariedad, la creación de empresas públicas debería ser excepcional. Ello aplica también, aunque con ciertos matices, a la presencia de empresas públicas en la gestión de los servicios públicos. Solo en caso de ausencia de iniciativa y gestión privada disponible para la prestación de cierto servicio público (léase, en aquellos extraordinarios supuestos en que el mercado no quiera o no pueda prestarlo[783]), resulta admisible que el Estado intervenga como prestador de un servicio público[784]. Pero la regla general debe ser la gestión privada de los servicios públicos, bajo el control y la regulación estatal.

En este sentido, el plexo normativo privatizador implementado por la actual conducción política del país viene a reencauzar la gestión de los servicios públicos. Sin resignar la competencia regulatoria y fiscalizadora del Estado, persigue desprenderse de todo tipo de empresas públicas, incluyendo las que prestan servicios públicos. Se apunta al traspaso de las mismas al sector privado, y fundamentalmente a transferir la gestión de los servicios públicos a los particulares, en el entendimiento (o reconocimiento) de que el Estado es un "mal empresario", y que los ejecutores naturales de las actividades económicas (inclusive las que satisfagan necesidades indispensables de la comunidad) son las personas y empresas del sector privado.

[783] Como mencionamos en la nota 27, esta intervención subsidiaria en materia de gestión de los servicios públicos sigue actualmente regulada en los marcos regulatorios de los sectores energéticos y gasíferos.

[784] Hemos expuesto esta idea y ofrecido sus fundamentos en un reciente trabajo: Piaggio, Lucas A., "Principio de subsidiariedad y servicio público. ¿Es constitucional la publificación de actividades económicas?", en *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo, op. cit.*, pp. 223-241, en especial pp. 226 y ss.

Capítulo VII. Régimen de las empresas estatales que actúan en competencia – Juan Antonio Stupenengo

Autor: Juan Antonio Stupenengo

Resumen: El artículo se propone examinar las principales aristas jurídicas que ofrece la actividad empresarial estatal desarrollada en condiciones de competencia. Para ello, tras clasificar a las empresas estatales en función de los mercados en los que intervienen —o sea, aquellas que actúan en mercados monopólicos y aquellas otras que lo hacen en mercados competitivos—, el autor se adentra en cuestiones tales como los principios que rigen aquella actividad estatal empresarial en competencia (a saber, los de subsidiariedad y de neutralidad competitiva) y el régimen legal que le es aplicable. En cuanto a este último punto, el artículo aborda temas tales como el análisis del vehículo por el cual el Estado desarrolla aquella actividad comercial en competencia y el régimen jurídico que le resulta aplicable, de derecho privado, público o mixto.

Palabras clave: empresas estatales, empresas públicas, competencia, subsidiariedad, neutralidad competitiva

1. Introducción

Si la actividad empresarial del Estado constituye uno de los tópicos más controvertidos del derecho público contemporáneo —por la inevitable impronta ideológica y política que proyecta y por las complejidades económicas y jurídicas que suscita—, la dificultad se intensifica cuando el análisis gira en torno a aquellas empresas estatales que actúan en mercados competitivos.

Aun cuando la Constitución impone a las autoridades el deber de "proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados", en algunas ocasiones es el propio Estado —destinatario de aquella manda constitucional— el que se convierte en el propio factor de distorsión ejerciendo actividad económica en mercados competitivos. Si bien en estos casos el Estado debería competir con las mismas reglas con las que compiten los participantes privados, resulta indudable que en la práctica lo hace desde una posición que difícilmente puede ser calificada de simétrica. Los fines que persigue la actividad empresarial estatal —que trascienden la lógica de la mera maximización de beneficios— y las facultades y recursos con los que cuenta y se le asignan para lograr su cumplimiento permiten concluir que, en estos casos, la propia actuación del Estado se constituye en la mismísima causa de la distorsión que está constitucionalmente llamado a evitar.

En función de lo expuesto, el presente trabajo se propone examinar las principales aristas jurídicas que condicionan la actividad de las empresas

estatales en mercados competitivos. Con tal propósito, comenzaremos clasificando a las empresas estatales en función de los mercados en los que participan; a saber, aquellas que actúan en mercados monopólicos y las que lo hacen en mercados competitivos. Tras ello, nos adentraremos en el estudio, por un lado, de los principios que rigen la actividad estatal empresarial en competencia —a saber, los de subsidiariedad y de neutralidad competitiva—, y, por otro lado, de su régimen legal. En este último sentido, nos enfocaremos en el análisis del vehículo a través del cual puede ser desarrollada aquella actividad comercial estatal en competencia y en el régimen jurídico, de derecho privado, público o mixto, que le resulta aplicable.

En suma, el presente artículo pretende aportar, desde una perspectiva jurídica, a la discusión acerca de la actividad estatal en mercados competitivos, procurando identificar con precisión los problemas legales que plantea este fenómeno y ofrecer criterios de análisis que contribuyan a delimitar soluciones razonables en un terreno donde confluyen, de manera particularmente compleja, categorías propias tanto del derecho público como del derecho privado.

2. Aclaraciones preliminares

Es conocido el debate que, sobre todo en doctrina, gira en torno a la denominación que debe asignárseles a aquellas empresas y sociedades por medio de las cuales el Estado ejerce actividad comercial e industrial. Si bien es usual que se las denomine "empresas públicas", entendemos que dicha denominación no da cuenta de su titularidad[785] —nota que buscamos resaltar con la expresión a ser usada— sino, más bien, del régimen legal que les es aplicable. Ello es así, incluso, tras la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, en el que se establece que la consecuencia de calificar a un sujeto como privado o público viene dada por el derecho que resulta de aplicación a aspectos tales como su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia[786], con independencia de si pertenece o no

[785] Ello pues, como lo señala CASSAGNE, "no todo lo público es estatal y viceversa. Ninguna duda cabe en el sentido de que las actividades de interés público no son estatales y ni siquiera las empresas privadas concesionarias que gestionan servicios públicos pertenecen al Estado, a pesar de hallarse regidas, en gran parte de su actividad, por el derecho público. La otra cara de la moneda también se desdibuja porque, como se ha visto, no todo lo que pertenece al sector público estatal se rige por el derecho público, tal como ocurre con las sociedades de Estado, salvo en sus relaciones con la Administración Pública (v. gr., en materia de control por la Auditoría General de la Nación" (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo,* Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 13ª. edición actualizada y ampliada, Tomo I, 2021, p. 781).

[786] Art. 147, Código Civil y Comercial de la Nación: "Ley aplicable. Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución".

Art. 150, Código Civil y Comercial de la Nación: "Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen:

a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;

b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades".

al Estado. Por ello, a los exclusivos fines de este trabajo, a aquellas organizaciones habremos de denominarlas "empresas estatales", para remarcar que —con independencia del régimen jurídico que les resulta aplicable— estamos aludiendo a empresas que son de propiedad del Estado.

Más precisamente, el alcance que le daremos a la expresión "empresa estatal" a lo largo de este trabajo será el que se le asigna en el artículo 8 de la ley 25.156, de Administración Financiera[787]; esto es, circunscripto a aquellas organizaciones empresariales en las que el Estado tiene participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, incluyendo entre ellas —aunque sin limitarse— a las Sociedades de Economía Mixta constituidas en los términos del dec.-ley 15.349/46, a las Empresas del Estado creadas según la ley 13.653, a las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria constituidas según lo establecido en la Sección VI de la ley 19.550, a las Sociedades del Estado creadas según la ley 20.705 o a las simples Sociedades Anónimas en la que el Estado tiene participación total o mayoritaria en la tenencia accionaria o en la formación de las decisiones societarias.

En cambio, en este artículo no analizaremos a aquellas organizaciones empresariales en las que el Estado tiene participación minoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias[788]. Es que dicho carácter minoritario de la participación estatal y la consiguiente participación mayoritaria del sector privado impide calificar a dichas empresas como estatales y conduce a que, salvo contadas excepciones, se les aplique preponderantemente y sin mayores controversias los principios y las reglas propios del derecho privado[789].

3. Clasificación de las empresas estatales en virtud de los mercados en los que se desempeñan

Si bien las empresas estatales son pasibles de ser clasificadas en función de diversos criterios —por ejemplo, por el grado de participación estatal[790], por la

[787] Art. 8, Ley 24.156: "Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por:… "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".

[788] Como ser, por ejemplo, aquellas sociedades comerciales en cuyas acciones habían invertido las antiguas Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones ("AFJP") y que, a partir de la estatización llevada adelante a través de la Ley 26.425 —por la cual el régimen de capitalización individual fue reemplazado por el régimen previsional unificado administrado por la Administración Nacional de la Seguridad Social ("ANSES")—, pasaron a tener a la ANSES, en su carácter de administradora del Fondo de Garantía de Sustentabilidad, como accionista minoritaria.

[789] FRANCO, Horacio J., "El derecho administrativo y las sociedades anónimas con simple participación estatal", La Ley 1991-E, p. 1123 y Doctrinas Esenciales, Tomo I, p. 291.

[790] Pueden ser totalmente estatales, de capital mayoritariamente estatal o de capital minoritariamente estatal.

industria de la que forman parte[791], por el régimen jurídico que les resulta aplicable[792] o por la jurisdicción a la que pertenecen[793], entre muchos otros—, considerando el objeto de este trabajo nos interesa ahora distinguirlas teniendo en consideración las características estructurales y las condiciones de concurrencia del mercado dentro del cual se desenvuelven. Sobre esa base podemos —siguiendo una clasificación que no es propia[794]— diferenciar a las empresas estatales entre las que actúan en mercados no competitivos y aquellas otras que actúan en mercados competitivos.

3.1 Empresas estatales que actúan en mercados no competitivos

Las empresas estatales que se desenvuelven en mercados no competitivos son, principalmente, aquellas que tienen por objeto la prestación de servicios públicos.

Como lo hemos analizado en otra ocasión[795], el servicio público es aquella actividad económica esencial que —por constituir un monopolio natural[796], un monopolio legal[797] o una actividad realizada en condiciones de servicio universal[798]—, no puede ser prestada en condiciones de competencia. En estos casos, la publificación de dicha actividad permite que se le aplique el régimen propio del servicio público, caracterizado, básicamente, por las notas de la obligatoriedad en la prestación del servicio y la fijación estatal de la tarifa. De ese modo, la ley logra simular un escenario de competencia en un mercado en el que, en rigor, no puede haberla y evitar, entonces, que el empresario monopolista abuse de su posición privilegiada en beneficio de su propio rédito.

---

[791] Pueden ser empresas de servicios públicos (ej., Aguas y Saneamiento Argentino S.A.), empresas industriales o productivas (ej., Fabricaciones Militares), empresas financieras (ej., Banco de la Nación Argentina) o de carácter estratégico (ej., YPF S.A.).

[792] Pueden estar sujetas mayoritariamente al derecho público o al derecho privado.

[793] Pueden ser empresas del Estado Nacional, de las provincias o de municipios.

[794] DROMI, Jose Roberto, *Derecho administrativo económico,* Astrea, Buenos Aires, 1983, t. 1, p. 4. El autor señala que "la intervención de ejecución, también llamada administración prestacional, por la cual el Estado es un sujeto económico más que participa y dirige actividades económicas… puede ser: a) Por participación en situación de competencia o, por lo menos, no sustitutiva de la actividad económica privada; o… b) por sustitución de actividades económicas privadas, que se incorporan al sector público… con carácter monopólico y, por lo tanto, totalmente excluyente de la participación privada".

[795] STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad", en LARA, José Luis y DE LA RIVA, Ignacio (coordinadores), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 202 a 209.

[796] El monopolio natural se configura cuando, dentro de un determinado mercado, la totalidad de la demanda puede ser satisfecha a un costo más bajo por un solo proveedor, antes que por varios proveedores (POSNER, Richard A., *Natural monopoly and its regulation,* Washington D.C., Cato Institute, 1999, p. 10). Ejemplos de monopolios naturales son los servicios prestados mediante infraestructuras de redes, tales como, por ejemplo, la distribución y transporte de energía eléctrica, de gas natural, la distribución de agua potable, las redes de alcantarillado, etcétera.

[797] El monopolio legal es aquel establecido por la ley y que, por diversos motivos, responde a la necesidad de garantizar el derecho del proveedor a prestar el servicio en condiciones de exclusividad.

[798] La actividad desarrollada en condiciones de servicio universal es aquella a la que, si bien el mercado no daría respuesta por sí solo, porque tal prestación no es rentable, de todos modos la autoridad entiende que debe ser cubierta porque constituye un estándar mínimo del servicio al que todos tienen derecho (ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico", en *Lecciones de Administración [y Políticas Públicas],* Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 2011, p. 735). Como lo explica claramente el autor, "en este caso la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir. En tales casos la regulación de nuevo interviene imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector".

Podría decirse, pues, que la técnica del servicio público tiende a evitar las disfunciones propias de todo monopolio natural o legal o actividad de servicio universal[799].

Lo expuesto permite adelantar que, a diferencia de lo que veremos con las empresas estatales que actúan en competencia, aquellas que lo hacen en mercados monopólicos se encuentran primordialmente sometidas al derecho público —más precisamente, al régimen del servicio público—, el que presenta notas exorbitantes típicas, traducidas en las correlativas prerrogativas y garantías[800].

Ya las primeras empresas estatales que fueron creadas a nivel mundial tuvieron por finalidad la prestación de servicios públicos, ya sea por razones de orden económico o por razones sociales[801]. En la actualidad, más allá del proceso de privatizaciones que tuvo lugar en diversos países del mundo a fines del siglo pasado —en virtud del cual la gestión de los servicios públicos pasó a manos privadas—, en algunos supuestos, por diversos motivos, su prestación fue mantenida en manos del Estado. Tal es el caso, en nuestro país, por ejemplo, del servicio de provisión de agua potable y saneamiento[802] prestado por el Estado a través de Aguas y Saneamiento Argentino S.A. ("AySA")[803] o del servicio postal universal, prestado mediante Correo Oficial de la República Argentina[804], ambas empresas de capital enteramente estatal, entre otros muchos ejemplos.

---

[799] Dichas disfunciones están dadas por el hecho de que el único y exclusivo proveedor del producto o servicio de que se trate tenderá naturalmente a determinar su precio mediante la fijación de su volumen de producción. Esto es, para aumentar el precio del servicio o producto que ofrece, el empresario monopolista tenderá a reducir el volumen de la producción y, a la inversa, sabrá que el aumento de la producción reducirá el precio que perciba. Es que, si bien produciendo una unidad más el empresario monopolista obtendrá un ingreso adicional —el precio derivado de la venta de esa unidad—, sabe que ello, a su vez, provocará la reducción del precio de todas las unidades producidas (SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos,* Editorial Comares, Granada, 2003, p. 31). De allí que llegue un punto en el que no estará ya interesado en aumentar la producción —aun cuando la satisfacción de las necesidades de la población así lo requiriera—, pues de hacerlo provocaría que los ingresos obtenidos por la venta de esa producción adicional fuesen inferiores a los costes que ella genera (WONNACOTT, Paul y WONNACOT, Ronald, *Economía*, McGraw Hill, Madrid, cuarta edición, 1992, pp. 563 a 574, MOCHON, Francisco, *Economía. Teoría y Política*, McGraw Hill, Madrid, cuarta edición, 2000, pp. 200 a 213; BLANCO, Juan Manuel y AZNAR, Juana, *Introducción a la economía*, McGraw Hill, Madrid, tercera edición, 2001, pp. 106 a 109). En otras palabras, el empresario monopolista tenderá a aprovechar las características de la actividad que desarrolla —su carácter esencial y la imposibilidad de existencia de competencia— para establecer el precio y los niveles de producción a niveles de monopolio, de modo de maximizar sus beneficios (DEMESETZ, Harold, "Why regulate utilities?", en *The Journal of Law and Economics*, University of Chicago, Vol. XI, 1968, p. 56). El monopolista natural o legal tendrá una natural tendencia a producir por debajo del nivel de producción considerado óptimo —o sea, aquel en el que demanda y coste marginal se igualan—, y fijará precios para maximizar sus beneficios por encima del coste marginal (LASHERAS, Miguel Ángel, *La regulación económica de los servicios públicos,* Ariel Economía, Barcelona, 1999, p. 36).

[800] STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación…", op. cit., p. 214 a 217.

[801] DROMI, José Roberto, *Derecho administrativo…,* op. cit., p. 357.

[802] Art. 2, ley 26.221, por el cual ambas actividades fueron declaradas servicios públicos.

[803] Art. 1, Dec. 304/2006, ratificado por la ley 26.100. De todos modos, cabe señalar que AySA fue declarada "sujeta a privatización" mediante el art. 7 de la Ley 27.742. A su turno, mediante el Dec. 494/2025 el Poder Ejecutivo Nacional autorizó el procedimiento para la privatización total de AySA bajo la modalidad de venta de la totalidad de las acciones de titularidad del Estado Nacional.

[804] Art. 3, Dec. 1187/93 (t.o. 1005/24).

En función del objeto de este trabajo, no nos detendremos aquí en las empresas estatales que, por ser prestatarias de servicios públicos, no se desenvuelven en mercados competitivos. De todos modos, sí analizaremos —al menos someramente— dos aspectos de su régimen que sí están relacionados y son de interés para el tema que nos ocupa; a saber (a) el carácter excepcional de la prestación de servicios públicos por parte de las empresas estatales y (b) las actividades complementarias desarrolladas en competencia por dichas empresas estatales.

a) La prestación de servicios públicos por parte de empresas estatales debe ser de carácter excepcional

Si bien la gestión estatal de los servicios públicos podía encontrar cierto justificativo hace algunas décadas —cuando aquéllos eran considerados de titularidad del Estado—, los avances en cuanto al papel del Estado en la actividad económica y la irrupción del principio de subsidiariedad, a nivel mundial, han conducido a que la actividad empresarial estatal dirigida a la prestación de servicios públicos sea puesta en tela de juicio.

En efecto, tal como lo hemos explicado en otra ocasión[805], la doctrina tradicional del servicio público se basó en la idea de su titularidad estatal. Se entendía que la publificación de una actividad económica tenía la virtualidad de sustraerla del mercado —en términos constitucionales, del principio de libre empresa—, para asignarle el carácter de actividad estatal; o sea, parte de la función administrativa[806]. A la luz de esta mirada clásica, tras dicha publificación el Estado pasaba a ser el titular exclusivo del servicio público y podía entonces optar entre prestarlo por sus propios medios o delegar su gestión en manos privadas. Esta doctrina fue fuertemente receptada desde antaño por la jurisprudencia judicial y administrativa[807] e, incluso, en alguna medida, es mantenida en la actualidad[808].

---

[805] STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación…", op. cit., pp. 209 a 212.

[806] BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Ateneo, 1947, pp. 152 a 158; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, T.E.A, 1949, p. 49; OYHANARTE, Julio, *La expropiación y los servicios públicos,* Buenos Aires, Perrot, 1957, pp. 51 a 58; BARRA, Carlos Rodolfo, "Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público" en *Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho,* Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, p. 53; COMADIRA, Julio Rodolfo, "El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en AAVV, *Servicio Público, Policía y Fomento,* Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, p. 22; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de servicios públicos,* Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, pp. 59 a 64; NALLAR DERA, Daniel Mauro, *Regulación y control de los servicios públicos,* Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pp. 169 a 172.

[807] CSJN, "Municipalidad de Rosario c/ Cía. Gral. de Luz y Fuerza", 1937, Fallos: 178:243. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "solo como poder político ha podido la Municipalidad de Rosario conceder a la compañía demandada el permiso a que se refiere la ordenanza nº 39… La concesión es un acto de soberanía; por ella se confiere a un particular o a una empresa facultades que no podrían darles las personas privadas; se les permite ejercer actividades que no serían accesibles al individuo por su naturaleza misma y que solo la concesión las hace posible"; PTN, Dictámenes: 112:177, donde se calificó al servicio público como "función propia del Estado".

[808] CSJN, "Buenos Aires, Provincia de c/ EDENOR S.A.", 23/10/2007, Fallos: 330:4564, donde categóricamente fue reiterada aquella doctrina conforme a la cual "todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado o poder concedente, que tan sólo delega la prestación. El servicio, pues, se halla bajo la inspección y el control de ese poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable, por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente —o titular— y concesionario —o delegado— no cabe la intromisión de otra autoridad

El implícito reconocimiento constitucional del principio de subsidiariedad vino a confirmar que la publificación de una determinada actividad económica no tiene la virtualidad de alterar por sí misma su titularidad, sino que, aun tras ella, la iniciativa privada sigue rigiendo plenamente a su respecto[809]. De allí que el ejercicio de las actividades comerciales e industriales —incluso aquellas que han sido objeto de publificación—, integra el derecho a ejercer el comercio y la industria lícita constitucionalmente reconocido a los particulares[810], asignándosele en tal caso al Estado un rol meramente subsidiario para gestionarlas en aquellos excepcionales supuestos en los que el mercado no quisiera o no pudiera prestarlas por su cuenta.

En otras palabras, en la medida en que el servicio público también constituye una auténtica actividad económica —como tal, reservada constitucionalmente a la iniciativa privada—, el respeto al principio de subsidiariedad exige que su prestación deba ser dejada a manos del sector privado y llevada adelante por el Estado solo cuando dicha actividad esencial no pudiera ser gestionada por los particulares. Fuera de tales excepcionales casos, por imperio del principio de subsidiariedad, el Estado debe dejar la gestión del servicio público a manos del sector privado, eligiendo al prestador mediante el correspondiente procedimiento de licitación pública. Así se lo dispone, por ejemplo, en la ley 24.065, del Marco Regulatorio Eléctrico, en la que se dispone que "[e]l transporte y la distribución de electricidad deberán prioritariamente ser realizados por personas jurídicas privadas a las que el Poder Ejecutivo les haya otorgado las correspondientes concesiones de conformidad con las disposiciones de las leyes 15.336, 23.696 y de la presente ley" y que "[e]l Estado por sí, o a través de cualquiera de sus entes o empresas dependientes, y a efectos de garantizar la continuidad del servicio, deberá proveer servicios de transporte o distribución en el caso en que, cumplidos los procedimientos de selección referidos en la presente ley, no existieron oferentes, a los que puedan adjudicarse las prestaciones de los mismos"[811]. Similares disposiciones podemos encontrar en la ley 24.076, del Marco Regulatorio del Gas[812].

---

soberana"; íd., "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería", 18/08/2016, Fallos: 339:1077. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservadas a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos".

[809] MAIRAL, Héctor, "La ideología del servicio público", en *Revista de Derecho Administrativo,* n° 14, 1993, pp. 398 a 399; BALBÍN, Carlos Francisco, *Curso de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 913 a 914; PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control", en *Servicios públicos y organismos de control*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 12 a 15.

[810] Art. 14, Constitución Nacional.

[811] Art. 3, Ley 24.065.

[812] Art. 4, Ley 24.076: "El transporte y distribución de gas natural deberán ser realizados por personas jurídicas de derecho privado a las que el Poder Ejecutivo Nacional haya habilitado mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión, licencia o permiso previa selección por licitación pública, excepto aquellos derivados de la aplicación del artículo 28 de la ley 17.319. En esta ley el término "habilitación" comprenderá la concesión, la licencia y el permiso, y el término "prestador" comprenderá al concesionario, al licenciatario y al permisionario.

El Poder Ejecutivo Nacional determinará, en cada caso, la modalidad a adoptar.

El Estado nacional y las provincias, por sí, o a través de cualquiera de sus organismos o empresas dependientes, sólo podrán proveer servicios de transporte y distribución en el caso de que, cumplidos los

En resumidas cuentas, las empresas estatales actúan en mercados no competitivos cuando tienen por objeto la prestación o gestión de servicios públicos. De todas maneras, en virtud del principio de subsidiariedad la gestión de los servicios públicos debe ser dejada primordialmente a manos del sector privado, correspondiendo que el prestador particular sea elegido mediante el correspondiente procedimiento de licitación pública[813]. Solo cuando el sector privado no estuviera en condiciones de gestionar determinado servicio público por sí, podrá, entonces sí, prestarlo el Estado por medio de una empresa estatal [814].

b) Las actividades complementarias desarrolladas en competencia por empresas estatales prestatarias de servicios públicos

No obstante lo señalado en el punto anterior, es usual que las empresas prestatarias de servicios públicos —ya sea que sean gestionadas por el Estado o por el sector privado— se encuentren también habilitadas a llevar a cabo otras actividades secundarias que sí son desarrolladas en condiciones de competencia. En efecto, frecuentemente, además de la prestación del servicio público —que es el objeto de su actividad principal y que, como se indicó, se desarrolla en condiciones no competitivas—, aquellas empresas suelen desempeñar actividades comerciales complementarias o secundarias que, por sus características y por no formar parte del núcleo esencial de aquel servicio público, sí pueden ser llevadas a cabo en condiciones de competencia con otras empresas privadas. Es el caso, por ejemplo, de la comercialización de excedentes de energía eléctrica generados por las empresas distribuidoras, la provisión de servicios de mantenimiento técnico para terceros realizada por las empresas de transporte público de pasajeros o la explotación de espacios publicitarios en estaciones y vehículos por parte de empresas de transporte urbano.

La posibilidad de que estas actividades complementarias o secundarias puedan ser realizadas en condiciones de competencia conduce a que su tratamiento legal deba ser sustraído del régimen propio del servicio público —fundado precisamente, como vimos, en la inexistencia de competencia— y aproximado, en cambio, al de las actividades económicas realizadas en mercados competitivos.

De allí que los diversos aspectos que iremos abordando a lo largo de este trabajo —referidos a la actividad empresarial estatal en competencia— serán de aplicación, también, a aquellas actividades económicas complementarias o secundarias desarrolladas en competencia por las empresas estatales prestatarias de servicios públicos.

---

procedimientos de licitación previstos en la presente ley no existieren oferentes a los que pudiere adjudicarse la prestación de los mismos o bien si, habiéndose adjudicado tales servicios, se extinguiere la habilitación por alguna de las causas previstas en la misma y se diere aquella situación".

[813] MENDY, Tomás M., "La intervención del Estado a través de sus empresas. Una mirada a la luz de la reforma constitucional de 1994", El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo, abril 2025,, op. cit.

[814] MENDY, Tomás M., "La intervención…", op. cit.

3.2. Empresas estatales que actúan en mercados competitivos

En virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución, tratándose de mercados competitivos el principal deber constitucional de las autoridades estatales reside en proveer a la defensa de la competencia y evitar toda forma de distorsión de dichos mercados[815]. Para el cumplimiento de dicha manda el Estado debe, por un lado, sancionar leyes de defensa de la competencia —en las que se contemplen conductas infraccionales por violación a la competencia y sanciones por su incumplimiento— y, por el otro, crear organismos con competencia para la aplicación de dichas normas[816].

Asimismo, para el cumplimiento de aquella manda constitucional el Estado debe, como regla, abstenerse de llevar a cabo por sí aquellos comportamientos que pudieran ser pasibles de distorsionar los mercados competitivos; entre ellos —en lo que ahora nos interesa—, ejercer por sus propios medios actividad comercial en dichos mercados. Ello pues, en la medida en que sea realizada por el propio Estado, toda actividad económica que éste desempeñe en mercados competitivos tenderá indefectiblemente a generar distorsiones.

Ahora bien, este principio —por el cual el Estado debe abstenerse de ejercer actividad empresarial en mercados competitivos—, puede encontrar excepción en aquellos casos en los que la actividad económica privada fuera insuficiente para alcanzar el fin público que persigue el Estado (principio de subsidiariedad) y con sujeción a que, en tal caso, la actividad empresarial estatal sea realizada con arreglo a las mismos principios y normas que la desarrollada por el sector privado (principio de neutralidad competitiva). Solo en estos casos excepcionales y bajo estas condiciones la actividad empresarial estatal podrá tener lugar en el marco de mercados competitivos, lo que implica que los usuarios y consumidores podrán elegir libremente entre los servicios y/o productos ofrecidos por el Estado —a través de las empresas estatales— o aquellos otros ofrecidos por los particulares. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de Aerolíneas Argentinas S.A., de Correo Argentino S.A., de YPF S.A., del Banco de la Nación Argentina y de AR-SAT, entre muchos otros.

4. Principios aplicables a la actividad empresarial estatal en competencia

Entre los principios constitucionales a los que está sujeta la actividad empresarial estatal ejercida en competencia se encuentran el de subsidiariedad y el de neutralidad competitiva. Los analizaremos separadamente.

[815] Art. 42, Constitución Nacional.

[816] CABANELLAS DE CUEVAS, Guillermo, *Derecho de la competencia desleal,* Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2014, p. 177.

4.1. Principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad establece las reglas que deben regir en las relaciones entre el Estado, las organizaciones intermedias y los individuos[817]; es decir, la forma en la que deben relacionarse la esfera pública y privada[818]. Originado en la Doctrina Social de la Iglesia y extendido en los estados occidentales —al punto de convertirse en un criterio fundamental para la ordenación de la vida social, política y económica—, el principio de subsidiariedad exige que los entes políticos superiores trabajen para que los particulares y entes territoriales inferiores se encuentren en las mejores condiciones posibles de gestionar y administrar lo general al servicio del bien común[819].

Entre los ámbitos en los que el principio de subsidiariedad ha tenido mayor incidencia se encuentra el de las libertades económicas. En este sentido, el principio tiende a lograr que la satisfacción de las necesidades económicas de la población pueda tener lugar sin renuncia a la libertad de mercado[820]. En este sentido, a la luz de este principio puede sostenerse que, mientras que el sector privado es el titular del derecho constitucional a ejercer industria lícita —con sujeción, desde ya, a las razonables reglamentaciones y limitaciones establecidas por ley—, el Estado, en cambio, tiene vedado, como regla, el ejercicio de actividad empresarial e industrial en condiciones de competencia, salvo cuando ello pudiera ser estrictamente necesario por razones de interés público. Como se ha dicho, en el caso de aquellas actividades que pueden desarrollarse en mercados competitivos —en los que el precio es fijado según las reglas de la oferta y la demanda—, el rol de las autoridades estatales se circunscribe a garantizar la "defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados"[821].

Ahora bien, a diferencia de las constituciones de otros países de la región —como ser, por caso, las de Colombia[822] y Perú[823]—, el principio de subsidiariedad no ha sido receptado de manera expresa en la Constitución de

---

[817] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas", en LARA, Jose Luis y DE LA RIVA, Ignacio (directores), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 152.

[818] DE LA RIVA, Ignacio M., "Límites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad", en LARA, Jose Luis y DE LA RIVA, Ignacio (directores), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 286.

[819] RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime, "El principio de subsidiariedad (derecho público y doctrina social de la Iglesia)", en *Revista de Derecho Administrativo,* n° 107, 2016, p. 945,

[820] STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación…", op. cit., p. 195.

[821] MENDY, Tomás M., "La intervención…", op. cit.

[822] Art. 356, Constitución de la República de Colombia: "… Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios".

[823] Art. 58, Constitución Política del Perú: "Economía social de mercado. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo esta figura, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

Art. 60, Constitución Política del Perú: "… Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional".

la República Argentina. De todos modos, se ha entendido que dicho principio encuentra fundamento en los artículos 14 y 28 de la Constitución e, incluso, que tras la última reforma constitucional aquél ha sido implícitamente consagrado en el artículo 42, en tanto en él se exige a las autoridades públicas que provean a "la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados", al "control de los monopolios naturales y legales" y al establecimiento de "marcos regulatorios de servicios públicos", siendo todas estas notas propias y típicas del principio de subsidiariedad[824]. A nivel legal, en nuestro país el principio de subsidiariedad sí se encuentra previsto de modo expreso en los marcos regulatorios de diversas actividades económicas, como ser, por ejemplo, la distribución y el transporte de energía eléctrica[825] y de gas natural[826]. En materia de servicios de tecnología de la información, aunque se encontraba expresamente previsto en la derogada ley 22.285, de Radiodifusión[827], en la actual ley 26.522, de Servicios de Comunicación Audiovisual, se prevé la actuación indistinta de prestadores de gestión privada o estatal[828].

En lo que respecta a la jurisprudencia, si bien desde hace décadas la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido a la subsidiariedad su carácter de principio[829], lo cierto es que ha omitido reconocerle sustento constitucional siquiera implícito. Además, como ha sido dicho, la autolimitación que desde antaño ha venido ejerciendo aquel tribunal a la hora de ejercer el control de razonabilidad de las leyes implica el riesgo de vaciar de contenido concreto al principio de subsidiariedad que, como es sabido, importa un deslinde de competencias entre los sectores público y privado y termina habilitando a los reguladores a que entiendan que se encuentran habilitados para regular —y aún más, para hacerlo con cualquier intensidad— cualquiera sea la industria de que se trate, con tal que se invoquen fines plausibles[830].

Como suele enseñarse, el principio de subsidiariedad tiene un contenido negativo y uno positivo. Ambos inciden de un modo especial cuando se trata de la actuación empresarial del Estado en mercados competitivos. Veamos.

a) Contenido negativo del principio de subsidiariedad

En su faz negativa el principio de subsidiariedad veda la actividad empresarial estatal cuando la iniciativa privada satisficiera o pudiera satisfacer de manera

---

[824] CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal", El Derecho, del 04/11/2021, n° 15.191; íd. STUPENENGO, Juan Antonio, "Delimitación…", op. cit., p. 198.
[825] Art. 3, Ley 24.065.
[826] Art. 4, Ley 24.076.
[827] Art. 10, 11, 12, 13 y 33, Ley 22.285.
[828] Art. 21, Ley 26.522.
[829] CSJN, "Radio Universidad Nacional del Litoral S.A. c/ COMFER", 1983, Fallos: 306:1253 y "Dimensión Integral de Radiodifusión c/ Provincia de San Luis", 17/03/1998, Fallos: 321:542. En ellos el tribunal sostuvo que "el art. 107 de la ley 22.285 se inspira en el principio de subsidiariedad estatal, criterio reflejado en la nota de elevación del proyecto de ley que destacaba que la intervención del Estado no debe constituir una mera actividad mercantil o lucrativo".
[830] AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "El control judicial de razonabilidad de las medidas de intervención y regulación económica", en AAVV, *Control público y acceso a la justicia. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho,* Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Vol. 1.

adecuada las necesidades públicas. Ello pues, como se ha dicho, no es justo que el Estado asuma tareas económicas cuando ellas pueden ser debidamente realizadas por los particulares en forma razonable[831].

Este supuesto podría configurarse en los denominados mercados de competencia perfecta, entendiendo por tales aquellos en los que, al no existir empresa o consumidor suficientemente grande como para influir en el precio de los bienes o servicios que se ofrecen, las propias leyes del mercado, de oferta y demanda, asignan de manera eficiente los recursos, siendo por ello innecesaria la intervención estatal[832]. En la medida que el mercado funciona en condiciones satisfactorias con sus propias reglas —como se dijo, las de la oferta y la demanda—, no resulta necesaria más intervención pública que aquella tendiente a asegurar y reforzar la competencia[833]. En términos netamente económicos, en estos casos los costes de transacción que exhibe el mercado son resueltos por sus propias normas, por lo que no configuran fallas de mercado que requieran intervención estatal.

Como dijimos, en esta clase de mercados de competencia perfecta la intervención estatal tiende más bien al dictado de leyes de defensa de la competencia —por las que se prohíba y sancione el abuso de posición dominante, se repriman las publicidades engañosas y se procure la tutela al consumidor[834]—, de modo de garantizar la continuidad de las condiciones de competencia y, con ello, del libre juego de la oferta y la demanda. Como ejemplo de mercado perfecto se ha citado clásicamente al del trigo, en el que el mayor productor, que solo produce una parte minúscula del trigo mundial, apenas incide en su precio[835].

Con lo que llevamos dicho podemos concluir que, en principio, el desarrollo de actividad empresarial estatal en mercados de competencia perfecta —esto es, en aquellos en los que los recursos son eficientemente asignados mediante las propias leyes de oferta y demanda—, podría ser reputada contraria al principio de subsidiariedad. Así se la ha considerado, por caso, a la instalación, por un canal estatal, de una repetidora de radiodifusión en un área ya cubierta por la actividad privada[836] o la emisión de publicidad por una radiodifusora estatal mientras existen radiodifusoras privadas en condiciones de emitirla[837]. El derecho comparado registra un célebre precedente por medio del cual el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú declaró la ilegitimidad de la actividad empresarial desarrollada por la Universidad Nacional del Altiplano —consistente en la venta de pollos a la brasa— por concluir que, en tanto aquélla

---

831 CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 2da. ed. actualizada, p. 22.
832 SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., op. cit., p. 49.
833 SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, op. cit., p. 11.
834 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, p. VI-15.
835 SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., op. cit., p.49.
836 Así lo dictaminó la Procuración General de la Nación en la causa "TV Resistencia S.A.I.F. c/ LS 88 Canal 11 Formosa", 28/05/2002, aunque, en ocasión de decidir, la mayoría de Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisible el recurso extraordinario federal.
837 CSJN, "Dimensión Integral de Radiodifusión c/ Provincia de San Luis", 17/03/1998, Fallos: 321:542.

se desenvolvía en un mercado en el que existía o podía existir oferta privada suficiente, dicha actividad empresarial estatal no reunía el recaudo constitucional de ser realmente subsidiaria[838].

b) Contenido positivo del principio de subsidiariedad

En su faz positiva el principio de subsidiariedad supedita la validez de la actividad empresarial del Estado a que por su intermedio se tienda al logro de fines políticos, de interés público o común, que no podrían ser adecuadamente satisfechos ni garantizados, por un lado, mediante la exclusiva y espontánea iniciativa privada ni, por el otro, acudiendo a las clásicas técnicas de intervención estatal[839].

En cuanto a lo primero, la actividad empresarial estatal no tendría razón de ser si los intereses políticos perseguidos por el Estado pudieran ser satisfechos o garantizados mediante la actividad económica en competencia llevada a cabo por el sector privado[840]. En cambio, si la iniciativa privada exclusiva y espontánea no pudiera satisfacer ni garantizar aquellos fines públicos —por falta de incentivo del lucro o porque dicho incentivo conduciría a una política empresaria contraria a la política social que el Estado busca realizar[841]—, entonces la intervención estatal sí se encontraría justificada.

En cuanto a lo segundo, aun cuando resultase necesaria la intervención del Estado, el principio de subsidiariedad sugiere reservar la técnica de la actividad empresarial estatal para aquellos excepcionales supuestos en los que las restantes técnicas de intervención —a saber, el poder de policía, el fomento y el servicio público— no fueran idóneas para alcanzar la concreta finalidad de interés público que persigue el Estado. Ello pues, como se ha dicho, las técnicas de intervención clásicas resguardan la posibilidad de que el sector privado conserve en sus manos la operación de las actividades económicas intervenidas[842]. Incluso más, de admitirse el desarrollo de actividad empresarial estatal en competencia —por resultar insuficientes las técnicas clásicas de intervención—, el Estado deberá llevarla adelante garantizando

---

[838] INDECOPI, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala de Defensa de la Competencia nº 1, Resolución n° 3134-2010/SC1-INDECOPI ("Pollería el Rancho c/ Universidad Nacional del Altiplano – Puno").

[839] STUPENENGO, Juan Antonio, "Los principios de subsidiariedad y razonabilidad como límites a la discrecionalidad estatal para intervenir en la actividad económica", en edición.

[840] MENDY, Tomás M., "La intervención…", op. cit. Señala el autor, en este sentido, que "mientras más mínima e indispensable sea la intervención del Estado, menos distorsiones generará, y más compatible con ese cometido constitucional será. A estos efectos, las técnicas más adecuadas son las del fomento y la policía (por ser estas las menos distorsivas)".

[841] BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo,* Ábaco, Buenos Aires, 2006, t. 3, pp. 81 y 358.

[842] DE LA RIVA, Ignacio, "La empresa del Estado: un enclave estatal en territorio privado", en *Prudentia Iuris,* n° 99, 2025, p. 198, quien agrega que "[u]na intervención a través de los instrumentos clásicos (la publificación de la actividad a partir de su calificación como servicio público, la mera reglamentación de sus alcances a través de normas de policía, o su lisa y llana promoción mediante políticas de fomento), que evite al Estado asumir su prestación directa, podría hacer ahorrar, o al menos mitigar los costos fiscales derivados de una actuación empresarial ineficiente, permitiendo alcanzar los mismos propósitos de un modo más ventajoso". En análogo sentido, STUPENENGO, Juan Antonio, "Los principios…", op. cit.

mantener la competencia y procurando evitar toda forma de distorsión del mercado[843].

Diversos pueden ser los motivos de interés público que —respondiendo a objetivos estratégicos, económicos y sociales—, pueden conducir a que el Estado decida ejercer actividad comercial o industrial en mercados competitivos. Sobre este punto CASSAGNE señala que "los objetivos que suele perseguir la actividad empresarial del Estado abarcan situaciones como la relativa al restablecimiento de la concurrencia cuando existen formaciones monopólicas, hasta la realización de proyectos que actúen como factores de estímulos de determinados sectores industriales o, bien, que creen nuevas industrias en las regiones carentes de desarrollo económico"[844]. En nuestro país podemos encontrar ejemplos que dan cuenta de actuación empresarial del Estado en mercados competitivos para el logro de las más diversas finalidades de interés público, por ejemplo:

(i) Para la corrección de fallas en mercados competitivos (por ejemplo, existencia de externalidades negativas, comercialización de bienes y servicios no ofrecidos por el mercado, etc.). Tal sería el caso, por ejemplo, de Energía Argentina S.A., que, conforme a lo establecido en su norma de creación, "podrá intervenir en el mercado a efectos de evitar situaciones de abuso de posición dominante originadas en la conformación de monopolios u oligopolios"[845].

(ii) Para asegurar objetivos estratégicos mediante la producción de bienes o servicios para áreas sensibles[846]. Podemos aquí citar el caso de YPF S.A., para cuya expropiación fueron invocadas razones de "soberanía hidrocarburífera"[847] y el "logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos"[848]. También podemos citar aquí el caso de Emprendimientos Binacionales S.A., que, de acuerdo con lo dispuesto en su norma de creación, tiene como objeto principal la comercialización de la energía eléctrica proveniente de los aprovechamientos binacionales e interconexiones internacionales en los que el Estado Nacional le hubiese asignado esa función a Agua y Energía Eléctrica S.E.[849]. En la misma línea, en la ley 21.799, de creación del Banco de la Nación Argentina, se enuncian aquellas industrias

[843] MENDY, Tomás M., "La intervención…", op. cit.
[844] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso…,* op. cit., Tomo I, p. 365.
[845] Art. 4, Ley 25.943.
[846] PIAGGIO, Lucas A., "Empresa pública y servicio público en el marco del proceso de retirada del sector estatal del campo económico en la República Argentina", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública,* n° 560/561, p. 19
[847] Capítulo Único ("De la Soberanía Hidrocarburífera de la República Argentina"), ley 26.741.
[848] Art. 1, Ley 26.741.
[849] Art. 1, Dec. 616/1997. Como sostiene CARBAJALES, "se le atribuyeron expresamente derechos y obligaciones propios del Estado Nacional y se le encomendaron las funciones asignadas a AyE en los diferentes tratados internacionales referentes a la comercialización de la energía correspondiente a la República Argentina proveniente de las centrales hidroeléctricas de Salto Grande y de Yacyretá, así como la proveniente de las interconexiones e intercambios de energía eléctrica previstos en los acuerdos y contratos vigentes con empresas de Brasil, Uruguay y Paraguay (ELECTROBRAS, UTE y ANDE, respectivamente)" (CARBAJALES, Juan José, *Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE). Una nueva modalidad de empresa pública*, Astrea y Ediciones RAP, Buenos Aires, 1ra. reimpresión, 2014, p. 56).

consideradas estratégicas en las que aquél deberá prestar asistencia financiera[850].

(iii) Para la protección de empleos y sectores productivos en tiempos de crisis[851]. Ante la quiebra o retiro de empresas privadas, el Estado puede tener interés en intervenir para evitar la desaparición de sectores estratégicos o el desempleo masivo. Podemos aquí citar, por ejemplo, el caso de la adquisición, por el Estado Nacional, de las acciones de los bancos Bisel S.A., Suquía S.A. y Bersa S.A. con el invocado fin de evitar el efecto negativo que la eventual quiebra de dichas instituciones bancarias privadas, en situación de iliquidez, podría haber producido en la industria financiera[852]. También podemos citar la creación de la sociedad Líneas Aéreas Federales S.A., de participación accionaria enteramente estatal, para que continuara con las actividades aerocomerciales de las empresas Líneas Aéreas Privadas Argentinas S.A. y Dinar Líneas Aéreas S.A., virtualmente en cesación de actividades[853] o la creación de Correo Argentino de la República Argentina S.A., también de capital accionario estatal, para que se hiciera cargo de la prestación del servicio postal tras la rescisión del contrato de concesión que estaba a cargo de Correo Argentino S.A.[854].

---

[850] Art. 3, Ley 21.799: "El banco tiene por objeto primordial prestar asistencia financiera a las micro, pequeñas y medianas empresas, cualquiera fuere la actividad económica en la que actúen. En tal sentido deberá:
a) Apoyar la producción agropecuaria, promoviendo su eficiente desenvolvimiento;
b) Facilitar el establecimiento y arraigo del productor rural y, sujeto a las prioridades de las líneas de crédito disponibles, su acceso a la propiedad de la tierra;
c) Financiar la eficiente transformación de la producción agropecuaria y su comercialización en todas sus etapas;
d) Promover y apoyar el comercio con el exterior y, especialmente, estimular las exportaciones de bienes, servicios y tecnología argentina, realizando todos los actos que permitan lograr un crecimiento de dicho comercio;
e) Atender las necesidades del comercio, industria, minería, turismo, cooperativas, servicios y demás actividades económicas;
f) Promover un equilibrado desarrollo regional, teniendo en consideración el espíritu del artículo 75 de la Constitución Nacional".

[851] DROMI, José Roberto, *Derecho Administrativo…,* op. cit., pp. 121 y ss. El autor hace referencia a "razones de interés social que conducen a que el Estado rescate entidades privadas que llegan a situaciones de quiebra o desequilibrio financiero que impiden su normal funcionamiento".

[852] Por medio del Decreto 838/2002, del 21/05/2002, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la creación de tres sociedades anónimas cuyo capital social sería suscripto en un 99% por el Banco de la Nación Argentina y en un 1% por la Fundación Banco de la Nación Argentina, a las cuales fueron transferidos todos los activos y pasivos de las sociedades Bisel S.A., Suquía S.A. y Bersa S.A., entidades financieras que estaban en situación de iliquidez transitoria. En los fundamentos se justificó la decisión en "la retracción actual de la inversión privada en el sector financiero, junto a la necesidad de evitar efectos negativos que el incumplimiento tendría sobre las plazas en las que actúan y en el resto de la economía nacional".

[853] Ante la virtual cesación de actividades aerocomerciales de las empresas Líneas Aéreas Privadas Argentinas S.A. (LAPA) y Dinar Líneas Aéreas S.A., mediante el Dec. 1238/03, del 21/05/2003, fue creada la sociedad Líneas Aéreas Federales S.A. (LAFSA) con el objeto de explotar el servicio público de transporte aéreo de pasajeros, correo y carga en el orden interno e internacional, con más las actividades complementarias y subsidiarias que resulten convenientes a la actividad aerocomercial (art. 1). LAFSA fue organizada bajo la forma de una sociedad anónima regida por la ley 19.550, General de Sociedades, cuyo capital pertenecía inicialmente a Intercargo Sociedad Anónima Comercial (20%), al entonces Ministerio de Economía y Producción (40%), al entonces Ministerio de Planificación Federal (40%).

[854] Ante la rescisión, por culpa del concesionario, del contrato de concesión de Correo Argentino S.A., a través del Dec. 721/04, del 14/06/2004, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la creación de la sociedad Correo Argentino de la República Argentina S.A., a la que se le encargó la prestación del servicio oficial de correo, incluyendo todos los servicios postales, monetarios y de telegrafía (art. 1). La referida sociedad fue creada bajo el régimen de la ley 19.550, General de Sociedades (art. 1) y su paquete accionario pertenece

(iv) Para llevar a cabo una transición tendiente a preparar la futura privatización de la actividad económica en cuestión. En este sentido, la creación de la ya citada Correo Oficial de la República Argentina S.A. fue justificada como una "necesaria y conveniente etapa intermedia para alcanzar la privatización del Servicio Oficial de Correo"[855].

(v) Para el impulso de sectores claves para el desarrollo económico en áreas estratégicas, tales como la innovación, la infraestructura o el desarrollo regional. Podemos aquí citar, a modo de ejemplo, el caso de INVAP S.E.[856].

(vi) Para la regulación o el control de los precios[857] en aquellos sectores claves en los que tienen impacto directo en la economía. En este sentido, en la ley 26.741, de expropiación de YPF S.A., se previó el objetivo de "la protección de los intereses de los consumidores relacionados con el precio, calidad y disponibilidad de los derivados de hidrocarburos"[858].

Por último, la determinación de la concreta finalidad de interés público que habrá de ser perseguida con la creación de la empresa estatal destinada a actuar en competencia resulta fundamental —entre otras cosas— para el análisis de la validez de su creación a la luz del principio de subsidiariedad y, además, para posibilitar la medición de su eficacia y eficiencia. Es que, así como la eficacia de una empresa privada se mide en función de la producción del bien o servicio en cuestión con la calidad esperada y su eficiencia por la capacidad de lograrlo con el menor costo posible, la verdadera eficacia de la empresa estatal que actúa en competencia consistirá en la obtención del fin político perseguido y su eficiencia en hacerlo con el mejor aprovechamiento de los costos sociales[859]. De allí que, como señala BARRA, la eficacia y la eficiencia de la empresa estatal no deben ser medidas bajo la lógica del mercado en el que actúa —es decir, considerando los criterios que se utilizan para valorar a la empresa privada—, pues la actuación empresarial del Estado tiene una finalidad eminentemente política[860]. Este es el motivo por el cual, para el citado autor, no existe en rigor auténtica competencia entre las empresas estatales y sus pares privadas, puesto que las primeras actúan de acuerdo con una lógica política, ajena a la lógica de mercado que es propia de las segundas[861].

4.2. Principio de neutralidad competitiva

El principio de neutralidad competitiva, que proviene del derecho de la competencia, es aquel que garantiza que ninguna de las entidades que opera

al entonces Ministerio de Planificación, Inversión Pública y Servicios (99%) y al entonces Ministerio de Economía (1%)

[855] Ver considerandos del Dec. 721/04.

[856] Art. 1, Dec. 661/76 del Gobernador de la Provincia de Río Negro.

[857] PIAGGIO, Lucas, "Empresa pública y servicio público…", op. cit., p. 19.

[858] Art. 3, inc. g), ley 26.741.

[859] PIAGGIO, Lucas, "Empresa pública y servicio público…", op. cit., p. 20.

[860] BARRA, Rodolfo, "Las privatizaciones en la década del 90 y su influencia en el derecho administrativo argentino", Documentación Administrativa, Nº 269-270 [mayo-diciembre 2004], Instituto Nacional de Administración Pública [INAP], Madrid, p. 374 a 377.

[861] BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado…,* Tomo 3, pp. 462 a 467.

en un mercado económico esté sujeta a indebidas ventajas o desventajas competitivas[862].

Este principio juega un papel fundamental en el tema que nos ocupa. Todo mercado competitivo en el que el Estado ejerce actividad empresarial tiende indefectiblemente a verse, en mayor o menor medida, distorsionado por su actuación. Ello pues, en tales casos, el Estado tiende naturalmente a intervenir en el mercado con una serie de ventajas, prerrogativas y beneficios a favor de la empresa de su propiedad, como ser, por ejemplo, el aumento del capital de la empresa estatal con previsiones presupuestarias, el establecimiento de ventajas tributarias a favor de la empresa estatal, el aseguramiento de exclusividad en una porción del mercado, la asunción de su responsabilidad solidaria para evitar la quiebra de la empresa estatal[863], etcétera.

Pues bien, el principio de neutralidad competitiva busca asegurar que las empresas, ya sean privadas o públicas, compitan en el mercado en igualdad de condiciones y en función de sus propios méritos, evitando aquellas distorsiones que pudieran surgir por el acceso privilegiado de las empresas estatales a recursos, subsidios o ventajas regulatorias otorgadas por el propio Estado. Desde la óptica del mercado, el principio de neutralidad competitiva garantiza que todas las empresas se encuentren en igualdad de condiciones respecto a la propiedad, la regulación o la actividad en el mercado[864]. Desde la óptica del Estado, aquel principio veda el otorgamiento, a favor de las empresas estatales, de beneficios comerciales o ventajas competitivas indebidas. Se intenta, en definitiva, evitar que el Estado otorgue ventajas comerciales injustificadas a sus propias empresas —por caso, mediante financiación cruzada, exenciones regulatorias o fiscales o acceso exclusivo a información o recursos estratégicos—, e impedir que, de ese modo, se destruya la competencia en el mercado y se ahuyente a potenciales inversores. Como enseña ARIÑO ORTIZ, se procura convertir a la empresa pública en una empresa de verdad, lo que requiere despolitizarla, alejarla del derecho público, de la influencia política, de los privilegios y de las discriminaciones que a veces la han acompañado, asimilándola todo lo posible a la empresa privada[865].

En el derecho comunitario europeo el principio de neutralidad competitiva tiene recepción legal expresa en el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[866], en el que se establece que "[s]alvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier

---

[862] OCDE, *Competitive neutrality. Mantaining a level playing field between public and private business, 2*012, publicado en https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2012/09/competitive-neutrality_g1g1eaf0/9789264178953-en.pdf

[863] BARRA, Rodolfo Carlos, "Las privatizaciones…", op. cit., p. 378.

[864] OCDE, *Recomendaciones del Consejo sobre neutralidad competitiva. Instrumentos jurídicos de la OCDE,* publicado en file:///C:/Users/jstupenengo/Downloads/18b4af27-d7a8-469b-a119-4f6b78506040.pdf.

[865] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas", en *Revista de la Administración Pública,* n° 138 (1995), p. 11.

[866] Antiguo art. 87, Tratado de la Comunidad Europea.

forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones"[867].

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la norma comunitaria transcripta señalando que, "la calificación de una medida nacional como 'ayuda de Estado', a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, requiere que se cumplan todos los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, esa intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros. En tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia"[868]. En la misma línea se ha resuelto que "el artículo 107 TFUE, apartado 1, establece el principio de incompatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior respecto a medidas que presentan tales características y tienen tales efectos, en tanto en cuanto pueden falsear el juego de la competencia y afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros"[869].

En los que respecta a la República Argentina, si bien el principio de neutralidad competitiva no tiene recepción constitucional expresa, a nuestro modo de ver, tras la última reforma de la Constitución puede considerárselo implícitamente consagrado en el segundo párrafo de su artículo 42 —en cuanto exige a las autoridades proveer a "la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión en los mercados"—, pues la debida observancia de dicha manda exige que, al ejercer actividad económica en mercados competitivos, el Estado compita bajo las mismas reglas que los demás participantes privados y evite convertirse él mismo en un factor de distorsión de los mercados. A nivel legal, en regulaciones sectoriales y leyes especiales es posible hallar algunas aisladas y puntuales manifestaciones del principio de neutralidad competitiva. Por ejemplo, en la hoy derogada ley 13.653 se disponía que las Empresas del

[867] Art. 107, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Allí se agrega, a renglón seguido, que "2. Serán compatibles con el mercado interior: a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos; b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.
3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior: a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social; b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común; d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común; e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión".

[868] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 28/06/2018, Alemania/Comisión, C-208/16 P, EU:C:2018:506, apartado 79 y jurisprudencia citada

[869] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 23/11/2023, Ryanair/Comisión, C-209/21 P, EU:C:2023:905, apartado 27 y jurisprudencia citada.

Estado estarían sujetas a todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales, provinciales y municipales vigentes[870].

Ahora bien, más allá de lo expuesto en el párrafo anterior, en la práctica es frecuente toparse con disposiciones a través de las cuales se otorgan, a favor de diversas empresas estatales, los más variados privilegios y ventajas económicas. A modo de ejemplo, mediante diversos decretos el Poder Ejecutivo Nacional impuso a los órganos y entes de la Administración Pública Nacional el deber de contratar con el Banco de la Nación Argentina el pago de los haberes de los empleados públicos[871]; con YPF S.A., la provisión de combustible y lubricantes a autos, barcos y aviones oficiales[872]; con Aerolíneas Argentinas S.A., la venta de pasajes nacionales e internacionales para el traslado de funcionarios públicos[873]; y con Nación Seguros S.A., la contratación de las pólizas de seguro que requirieran todos los organismos públicos[874].

En ocasión de analizar esta clase de disposiciones —más precisamente, la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires y la ley 14.881 de la Provincia de Buenos Aires, por las que se obligaba a las municipalidades bonaerenses a depositar los haberes de sus empleados en cuentas sueldo del Banco de la Provincia de Buenos Aires—, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sostuvo, básicamente y en lo que ahora interesa, que aquéllas "contraponen efectos positivos para el BAPRO y negativos para el resto de los oferentes, el demandante y, también, los consumidores de servicios", motivo por el cual "tienen por efecto, entonces, una distorsión sobre el principio de neutralidad competitiva"[875].

Otro ejemplo de regulación que podría ser reputada contraria al principio de neutralidad competitiva puede ser hallado en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el decreto 1023/01, en el que se dispone —en lo que ahora importa—, que la contratación directa[876] procede para la celebración de contratos entre, por un lado, el Estado Nacional o sus entes descentralizados y, por el otro, las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud[877].

---

[870] Art. 9, Ley 13.653.
[871] Arts. 1 y 2, Dec. 1187/12.
[872] Arts. 1 y 3, Dec. 1189/12.
[873] Arts. 1 y 2, Dec. 1191/12.
[874] Arts. 1 y 2, Dec. 823/21.
[875] CNDC, Dictamen IF-2025-08537197-APN-CNDC#MEC. Se agregó que las normas cuestionadas "generan una restricción de la competencia, produciendo un perjuicio a los contratantes de este servicio afectados, entre los que se encuentra la Municipalidad de Tres de Febrero, y a los empleados que perciben sus haberes obligadamente en el banco provincial".
[876] Mecanismo de contratación pública excepcional, que implica la selección directa del contratista y, por ende, la supresión de la concurrencia.
[877] Art. 25, inc. d), ap. 8, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Dec. 1023/01: "CONTRATACIÓN DIRECTA. La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos: … 8. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato".

Pues bien, entre las novedades incorporadas por el decreto de necesidad y urgencia 70/2023, del año 2023 —llamado de "Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina"—, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso que "[l]as empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga"[878] y, en sentido análogo, que "las sociedades anónimas transformadas estarán sujetas a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades 19.550, t.o. 1984, y sus modificatorias en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna"[879]. En virtud de la prohibición establecida en las disposiciones transcriptas fueron derogados muchas de los beneficios, ventajas y prerrogativas reseñados más arriba; entre ellas, aquellos por los que se había obligado a las reparticiones estatales a contratar los bienes y servicios ofrecidos por diversas empresas estatales. En efecto, mediante el Decreto 747/24, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la derogación de los arriba citados decretos 1187/12, 1189/12, 1191/12 y 823/21, por los que habían sido establecidas las ya analizadas ventajas económicas a favor del Banco de la Nación Argentina, de YPF S.A., de Aerolíneas Argentinas S.A. y de Nación Seguros S.A., respectivamente.

De todos modos, no está de más poner de resalto que, en la medida en que aquella prohibición se encuentra contenida en una norma de carácter legislativo —como lo es el Decreto 70/23, que constituye un reglamento de necesidad y urgencia—, nada impide que un beneficio o prerrogativa específica sean dispuesto en adelante por medio de una norma especial o posterior que también tenga carácter legislativo. Tal sería el caso, por ejemplo, de la ley 26.092, por la que le fueron otorgadas ciertas exenciones impositivas a favor de Empresa Argentina de Soluciones Satelitales (AR-SAT)[880].

Por último, cabe señalar que el principio de neutralidad competitiva no impide el válido establecimiento de aquellos beneficios, ventajas o prerrogativas que se estimen razonables y fundamentales para el cumplimiento de los fines públicos tenidos en miras al momento de la creación de la empresa estatal en cuestión. A nuestro modo de ver, esta es la interpretación que —para evitar la colisión con lo dispuesto en el arriba analizado artículo 50 del Decreto 70/23[881]— debe asignársele a la disposición contenida en el artículo 149 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el que se establece, con referencia a las personas jurídicas privadas con participación estatal, que "la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando

[878] Art. 50, Dec. 70/23.
[879] Art. 48, último párrafo, Dec. 70/23.
[880] Art. 10 bis, Ley 26.091.
[881] Sobre la interpretación armónica de las normas, la Corte Suprema de Justicia de la Nacón tiene reiteradamente dicho que "[l]a inconsecuencia o la falta de previsión nunca se supone en el legislador y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras; y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (Fallos: 345:1249; 347:579 y 1313; entre muchos otros).

el interés público comprometido en dicha participación". Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la ley 26.092, por medio de la cual se autorizó a Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. (AR-SAT) el uso de la posición orbital 81° de Longitud Oeste y sus bandas de frecuencias asociadas[882].

5. Aspectos legales de las empresas estatales pasibles de incidir en su actuación en competencia

Siguiendo el cronograma trazado inicialmente, en lo que sigue abordaremos los principales aspectos jurídicos que inciden, de alguna u otra forma, en la competitividad propia de las empresas estatales. Para ello analizaremos, por un lado, lo relativo al vehículo utilizado para la realización de actividad empresarial estatal en competencia, y, por el otro, lo que hace al régimen jurídico que resulta aplicable a dicha actividad.

5.1 El vehículo utilizado para la realización de actividad empresarial estatal en competencia

Entre los factores que inciden de manera decisiva en la competitividad de la actividad empresarial estatal se encuentra el relativo al vehículo jurídico utilizado para llevarla adelante. Ello pues, como resulta evidente, la estructura legal elegida puede influir significativamente en su flexibilidad operativa, en su capacidad de adaptación al mercado y en el nivel de control político o administrativo al que está sujeta.

Desde los inicios de la actividad empresarial estatal, a mitad del siglo pasado, el legislador ha procurado poner a disposición del Estado distintas formas organizativas especialmente diseñadas al efecto. Para ello fue creada una amplia y variada gama de vehículos empresariales y societarios que, como se dijo, estaban especialmente pensados para que el Estado pudiera ejercer más eficiente y eficazmente su rol empresario; en especial, en aquellos casos en los que debía hacerlo en mercados competitivos.

En nuestro país aquel derrotero normativo comenzó a mitad del siglo pasado con la progresiva creación de tipos empresariales y societarios diseñados especialmente para la actividad comercial del Estado; entre ellas, la Sociedad de Economía Mixta[883], la Empresa del Estado[884], la Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria[885] y la Sociedad del Estado[886]. Este proceso encontró su punto cúlmine a principios de este siglo con la utilización, para el ejercicio de las más diversas actividades económicas por parte del Estado, de simples sociedades anónimas constituidas bajo la ley 19.550, General de Sociedades, y en las que el Estado se erigía como accionista único o mayoritario.

[882] Art. 10 bis, Ley 26.092.
[883] Dec.-ley 15.349.
[884] Ley 13.653.
[885] Ley 19.549, Sección VI.
[886] Ley 20.705.

Desde el plano estrictamente legal, aquella constante búsqueda del vehículo ideal para encausar la actividad empresarial estatal estuvo marcada por una clara tendencia a vincular la eficiencia y eficacia de dicha actividad a la aplicación prioritaria de las normas y los principios del derecho privado y al consiguiente desplazamiento de los propios del derecho administrativo. Esta tendencia cobró mayor fuerza aun tratándose de actividades empresariales prestadas en competencia, pues se entendía que la aplicación de los principios y de las normas del derecho administrativo a las empresas estatales implicaba someterlas a una situación de desventaja en comparación con sus competidores[887].

A continuación, analizaremos separada y brevemente algunos de estos tipos organizativos, poniendo el foco, en cada caso, en aquellas particularidades que impactaron en el desarrollo de su actividad comercial e industrial en competencia.

a) La Empresa del Estado ("EE")

Más allá de una primera etapa en la que la actividad empresarial del Estado tuvo lugar sin separación de la personería jurídica —es decir, manteniéndola como parte de la Administración central, tal como ocurrió con la actividad petrolífera[888]—, la primera forma organizativa a la que recurrió el Estado para realizar actividad empresarial o industrial con fondos exclusivamente estatales fue la EE. Esta constituía una entidad descentralizada que llevaba adelante aquellas actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos que el Estado, por razones de interés público, consideraba necesario desarrollar[889].

En lo que ahora interesa, si bien la ley 13.653, del año 1949, contenía disposiciones tendientes a evitar que la actuación económica de las EE pudiera distorsionar los mercados —como ser, por caso, su sujeción, como regla, a todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales, provinciales y municipales[890]—, lo cierto es que aquella ley se caracterizó por otorgarles claras ventajas competitivas a las EE. Entre estas se encontraban, por ejemplo, la exención respecto de ciertos otros impuestos[891], la imposibilidad de que las EE pudieran ser declaradas en quiebra[892], la responsabilidad solidaria del

[887] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, LOPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía, "La empresa pública: teoría y práctica. Líneas de reforma", en ARIÑO ORTIZ, Gaspar (coord.), *Principios de derecho público económico,* Comares, Granada. 2001, pp. 69 a 71. Los autores sostienen que estas asimetrías arrastran una tendencia natural a que las empresas estatales exhiban resultados menos satisfactorios que sus pares privados, llegando en no pocos casos a generar balances deficitarios que habrían de ser equilibrados a partir de la asistencia financiera del Tesoro.

[888] MAIRAL, Hector A., "El Estado como empresario", en PIAGGI, Ana (directora), *Tratado de la empresa,* 1ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, Tomo II-A, p. 596.

[889] Art. 1, Ley 13.653.

[890] Art. 9, Ley 13.653: "En lo sucesivo las empresas del Estado, excluidas aquellas que tengan a su cargo, la prestación de un servicio público, o la realización de actos o contratos vinculados con la defensa nacional; estarán sujetas a todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales, provinciales y municipales vigentes o a crearse, con excepción de los impuestos a los réditos, a los beneficios extraordinarios, a las ganancias eventuales y sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes".

[891] Art. 9, Ley 13.653.

[892] Art. 10, Ley 13.653.

Estado por el pago del pasivo no cubierto que resultara[893] y el acceso preferencial al financiamiento público[894].

Sin embargo, uno de los principales aspectos de la ley 13.653 que condujo a que la actuación de las EE pudiera generar distorsiones en los mercados competitivos fue el relativo al régimen legal que les era aplicable. Es que, si bien se disponía allí que las EE se regirían por el derecho privado en todo aquello que se refiriera a sus actividades específicas, a la par se las sometió en gran medida al derecho administrativo —más precisamente, en lo referido a sus relaciones con la Administración[895]—, lo que implicó el consiguiente reconocimiento, a favor de las EE, de ciertas prerrogativas propias del derecho público[896].

En algunos casos el Estado se valió de la EE para el ejercicio de su actividad empresarial. Entre ellos podemos citar el de Aerolíneas Argentinas, que fue creada como EE por medio del decreto 26.099/50 y que bajo ese ropaje ejerció gran parte de su actividad en competencia. Otros ejemplos de EE regidas por la Ley 13.653 fueron Yacimientos Carboníferos Fiscales, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Empresa Nacional de Correos y Telégrafos y la Administración General de Puertos.

b) La Sociedad del Estado ("SE")

El fracaso de la EE condujo a que el Estado comenzara a acudir, para el ejercicio de actividad comercial e industrial en competencia, a formas organizativas de tipo societario. El principal tipo societario del que se valió el Estado para la realización de aquella clase de actividades comerciales fue la SE, regida por la ley 20.705, de Sociedades del Estado.

En la ley 20.705, de Sociedades del Estado, del año 1974, fueron incluidas algunas disposiciones para evitar que las SE pudieran producir distorsiones en los mercados en los que participaban. Una de las más importantes en tal

---

[893] Art. 10, Ley 13.653.

[894] Art. 4, Ley 13.653: "Las empresas del Estado, por conducto del ministerio o secretaría jurisdiccional y con intervención de la Secretaría de Hacienda, someterán anualmente al Poder Ejecutivo, en el tiempo y forma que éste determine, el plan de acción a desarrollar durante el ejercicio respectivo, acompañando una memoria descriptiva y analítica de cada una de las actividades específicas fundamentales a cumplir por la empresa, juntamente con un presupuesto integral del programa financiero para la ejecución del referido plan, que comprenderá dos acciones:
La primera contendrá los créditos necesarios para la atención de los gastos que deriven del normal desenvolvimiento de los servicios y la segunda, los que se requieran para la realización de inversiones que signifiquen un incremento patrimonial. Dicho presupuesto determinará todos los recursos y erogaciones a realizarse durante el ejercicio, así como la estimación del probable resultado financiero de la gestión.
Los referidos instrumentos sólo podrán ser aprobados por el Poder Ejecutivo con intervención de los ministerios y secretarías competentes, antes y durante la vigencia del correspondiente ejercicio financiero, requiriendo sanción legislativa los casos que se aparten de esta norma.
Si al iniciarse un ejercicio no se hubieran aún aprobado el plan de acción y el presupuesto de explotación de una empresa, regirán transitoriamente los que estuvieron en vigencia en el período anterior, debiendo la empresa ajustase estrictamente a esos créditos autorizados, limitando los compromisos a los recursos propios y contribuciones del Tesoro nacional que legalmente pudiera corresponderle.
Los planes de acción y presupuesto de las empresas que apruebe el Poder Ejecutivo, así como también las modificaciones que introduzcan en los mismos, serán comunicados al Honorable Congreso dentro de los 30 días de su aprobación".

[895] Art. 2, Ley 13.653.

[896] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso…,* op. cit., Tomo I, pp. 356 a 358.

sentido fue la expresa inaplicabilidad, respecto de las SE, de las principales normas de derecho administrativo —a saber, las leyes de procedimientos administrativos, de obra pública y de contabilidad[897], la que contenía, a su vez, los regímenes de contrataciones públicas y de control administrativo y financiero—, lo cual brindaba a las SE cierta flexibilidad operativa y, con ello, la posibilidad de participar en el mercado de manera más eficiente y generando una competencia más dinámica con las empresas privadas.

Sin embargo, la ley 20.705 también contenía disposiciones que eran pasibles de generar cierta distorsión en los mercados en los que intervenían las SE, tales como, por ejemplo, la imposibilidad de que las SE fueran declaradas en quiebra[898] —lo que implicaba menor riesgo para los acreedores y proveedores, mayor facilidad para acceso a financiamiento y condiciones comerciales más favorables— y el mantenimiento de ciertos beneficios, tributarios y arancelarios[899], lo que significaba la reducción de los costos operativos y su consiguiente traslado a los precios.

c) La Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria ("SAPEM")

Las SAPEM son aquellas sociedades anónimas en las cuales autoridades estatales —ya sea el Estado Nacional, estados provinciales, municipios, organismos estatales legalmente autorizados al efecto y/o otras SAPEM—, detentan de manera individual o conjunta la propiedad de acciones que representen por lo menos el 51% del capital social y que son suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias[900].

La creación de este tipo societario, diseñado especialmente para el Estado, constituye un importante avance en la búsqueda de aplicar preponderantemente el derecho privado a la actividad empresarial estatal. A tal punto es ello así que, por constituir un tipo de sociedad anónima, las SAPEM se rigen, en definitiva, por las disposiciones de la Ley 19.550, General de Sociedades, aunque con las modulaciones establecidas en su Sección VI ("De la Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria"). Más abajo reseñaremos dichas disposiciones.

d) La Sociedad Anónima en manos del Estado ("SA del Estado")

En el año 1989 fue sancionada la ley 23.696, de Reforma del Estado, por medio de la cual fue declarada en emergencia la prestación de servicios públicos, la ejecución de los contratos del sector público y la situación económico-financiera de la Administración central, descentralizada, entidades autárquicas, EE, SE, SAPEM y SEM. Ello dio lugar a que muchas de estas últimas fueran objeto de privatización.

[897] Art. 6, Ley 20.705.
[898] Art. 5, Ley 20.705.
[899] Art. 9, Ley 20.705.
[900] Art. 308, Ley 19.550.

Si bien algunas de aquellas empresas estatales eran prestatarias de servicios públicos[901] —y, como tales, se desenvolvían en mercados monopólicos—, muchas otras lo hacían en mercados competitivos. Baste citar, a modo de ejemplo, a Aerolíneas Argentinas S.E., que fue transformada en Aerolíneas Argentinas S.A.; a Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S.A., que fue convertido en Correo Argentino S.A.; al Banco Hipotecario Nacional, que fue transformado en Banco Hipotecario S.A.; a YPF S.E., que fue transformada en YPF S.A.; entre muchas otras. De todos modos, hay que señalar que algunas otras empresas estatales fueron mantenidas en la órbita estatal, como, por ejemplo, Administración General de Puertos S.E., Lotería Nacional S.E., Casa de la Moneda S.E., TELAM S.E., entre otras.

Transcurrida más de una década desde aquel proceso de privatizaciones, a partir del año 2003 —con el cambio de orientación política bajo la presidencia de Néstor Carlos KIRCHNER— el Estado decidió reasumir muchas de las actividades en el campo económico que habían sido objeto de privatización. De ese modo algunas de las empresas que hacía una década habían sido privatizadas retornaron entonces a la órbita estatal. Esta reestatización fue llevada adelante bajo diferentes modalidades. En algunos casos, mediante de la rescisión de los respectivos contratos de concesión y la posterior asunción directa de las actividades en cuestión por nuevas empresas estatales. Este fue el caso, por ejemplo, de Correo Argentino S.A. y de Aguas Argentinas S.A., cuyas concesiones fueron rescindidas con causa, asignándoseles los respectivos servicios públicos a Correo Oficial de la República Argentina S.A. y Agua y Saneamientos Argentinos S.A., ambas sociedades de titularidad absolutamente estatal. En otros casos, en cambio, la reestatización tuvo lugar mediante la expropiación de la totalidad o de la mayoría del paquete accionario de las sociedades anónimas en cuestión. Así ocurrió, por ejemplo, con Aerolíneas Argentinas S.A. y con Austral Líneas Aéreas —que fueron declaradas de utilidad pública y sujetas a expropiación mediante la ley 26.412 y cuya transferencia al Estado se instrumentó a través del Decreto 2347/2008— y con YPF S.A., cuyo paquete accionario mayoritario fue expropiado a Repsol S.A. a través de la ley 26.741, del año 2012.

En lo que ahora nos interesa, durante esta nueva etapa de resurgimiento de la actividad empresarial estatal hubo una marcada tendencia[902] a prescindir de

[901] Por ejemplo, Obras Sanitarias de la Nación, que fue transformada en Agua y Saneamiento Argentino S.A.; Gas del Estado S.E., cuyo servicio fue concesionado a diversas sociedades anónimas, como ser, para el transporte de gas natural, Transportadora de Gas del Norte S.A. y Transportadora de Gas del Sur S.A., y, para el servicio de distribución de gas natural, Metrogas S.A., Gas Natural Ban S.A., Transportadora de Gas Cuyana S.A., Transportadora de Gas del Centro S.A., Litoral Gas S.A., Gasnor S.A. y Camuzzi Gas Pampeana S.A.; entre otras privatizaciones.

[902] Decimos que se trató de una tendencia –y no del total abandono de aquellas formas empresariales y societarias que habían sido especialmente creadas para el desarrollo estatal de actividad empresarial–, pues, incluso con posterioridad fueron creadas empresas estatales bajo las formas de SE, como, por ejemplo, Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.E. y Sociedad Operadora Ferroviaria S.E., creadas a través de la Ley 26.352, del año 2008; Radio y Televisión Argentina S.E., creada por medio de la Ley 26.522, del año 2009; Ferrocarriles Argentinos S.E., creada mediante la Ley 27.132, del año 2015; Contenidos Públicos S.E., creada mediante el Dec. 1222/2016, del 2016; Empresa Argentina de Navegación Aérea S.E., creada mediante la Ley 27.161, del año 2015; Fabricaciones Militares S.E., creada por medio del Dec. 104/2019, del año 2019; entre otras.

los tipos organizativos empresariales y societarias que décadas atrás habían sido especialmente creados para el Estado —a saber, la EE, la SE, la SEM y la SAPEM— y a encausar la actividad empresarial estatal, en cambio, a través de sociedades anónimas constituidas regularmente bajo la ley 19.550, General de Sociedades. Si bien en estos casos las autoridades estatales detentaban la mayoría de la tenencia accionaria, se omitió deliberadamente convertir a las pertinentes sociedades en SAPEM —tipo societario analizado en el acápite anterior—, y se optó, en cambio, por mantenerlas como simple sociedades anónimas. De todas maneras, al solo efecto de distinguirlas de las sociedades anónimas de propiedad privada, aquí las llamaremos SA del Estado[903].

En rigor de verdad, la adopción de la figura de la sociedad anónima regida por la ley 19.550, General de Sociedades, como vehículo para encausar la actividad empresarial estatal fue una reacción ante la falta de flexibilidad de los sistemas del derecho administrativo y la consiguiente necesidad de realizar una gestión eficiente en el logro del objetivo industrial o comercial perseguido[904]. Se trató de un paso más en la dirección tendiente a aproximar la actividad empresarial estatal en competencia a las normas y a los principios del derecho privado y alejarla de los propios del derecho administrativo. Se consideró, en definitiva, que una sociedad anónima estaría en mejores condiciones que una dependencia centralizada o descentralizada para el cumplimiento de los fines públicos fijados[905] y se trató, por ello, de profundizar el perfil iusprivatista de estas empresas estatales[906] de modo de evitar que la aplicación del derecho público se constituyera nuevamente en un obstáculo para el eficiente y eficaz giro comercial e industrial de la empresa estatal, sobre todo cuando ésta se desenvolvía en mercados competitivos. Ello surge claro, por ejemplo, de los considerandos del decreto 721/04 —por medio del cual fue creada Correo Oficial de la República Argentina S.A.—, en los que se señaló que "la sociedad anónima es la figura jurídica más apropiada para asegurar la fluidez operativa del servicio, a fin de que el mismo actúe en concordancia con el entorno ampliamente competitivo del mercado postal, garantizando la continuidad y regularidad de la prestación"[907].

Entre las principales SA del Estado creadas normativamente podemos citar a Nucleoeléctrica Argentina S.A.[908], para la producción y comercialización de energía nuclear; a Líneas Aéreas Federales S.A.[909], para la prestación transitoria del servicio de transporte aéreo de pasajeros, correo y carga; a Correo Oficial de la República Argentina S.A.[910], para la prestación del servicio oficial de correo; a Energía Argentina S.A.[911], para el desarrollo de actividad

[903] También han sido llamadas "Sociedades anónimas de propiedad estatal" (BALBÍN, Carlos F., *Curso…,* op. cit., Tomo 1, p. 578) y "Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)" (CARBAJALES, Juan José, *Sociedades anónimas…,* op. cit.).
[904] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso…,* op. cit., Tomo I, p. 384.
[905] CARBAJALES, Juan José, Sociedades anónimas…, op. cit., p. 88.
[906] CARBAJALES, Juan Jose, *Sociedades anónimas…*, op. cit., p. 46.
[907] Ver considerandos del Dec. 721/2004, por el cual se dispuso la constitución de Correo Oficial de la República Argentina S.A. (art. 1).
[908] Art. 1, Dec. 1540/94.
[909] Art. 1, Dec. 1238/03.
[910] Art. 1, Dec. 721/04.
[911] Art. 1, Ley 25.943.

hidrocarburífera; a Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A., para la prestación de servicios satelitales[912] y a Aguas y Saneamiento Argentinos S.A.[913], para la prestación del servicio público de distribución de agua potable y saneamiento. A su vez, producto de los respectivos procesos expropiatorios, el Estado Nacional también se constituyó en accionista mayoritario en YPF S.A.[914] y en único accionista en Aerolíneas Argentinas S.A.[915].

Luego de varias décadas de convivencia de las SA del Estado y de las EE, SE, SEM y SAPEM y con la invocada finalidad de "mejorar la transparencia y el gobierno corporativo de esas empresas", "efectuar una profunda reorganización de las empresas públicas" y "facilitar la transferencia de las acciones a sus empleados, en los casos en que se quiera avanzar en este sentido"[916], por medio del antes citado decreto de necesidad y urgencia 70/23, del 2023, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso, por un lado, la derogación de las normas que regulaban a las SEM, a las EE y a las SE —o sea, del Dec.-ley 15.349/46, de SEM[917]; de la ley 13.653, de EE[918] y de la ley 20.705, de SE[919]—, y, por el otro, que todas las empresas estatales, cualquier fuera el tipo o forma societaria adoptada, fueran modificadas en su estatus jurídico y transformadas en SAPEM o SA del Estado[920]. Para dicha transformación se estableció un período máximo de transición de ciento ochenta días —el que fue luego objeto de ampliación[921]— para que se procediera a la aplicación de dicha directiva y a la inscripción de las sociedades transformadas en los registros públicos de comercio pertinentes[922]. Fue así que, con el correr del tiempo, diversas EE, SE y SEM han comenzado a ser paulatinamente transformadas en SAPEM o en SA del Estado.

---

912 Art. 1, Ley 26.092.
913 Art. 1, Dec. 304/06.
914 Ley 26.741.
915 Ley 26.466.
916 Mediante el Dec. 70/23 el Poder Ejecutivo Nacional dispuso una serie de medidas tendientes a "promover y asegurar la vigencia efectiva, en todo el territorio nacional, de un sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre concurrencia, con respeto a la propiedad privada y a los principios constitucionales de libre circulación de bienes, servicios y trabajo", agregando que "[p]ara cumplir ese fin, se dispondrá la más amplia desregulación del comercio, los servicios y la industria en todo el territorio nacional y quedarán sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que distorsione los precios de mercado, impida la libre iniciativa privada o evite la interacción espontánea de la oferta y de la demanda" (art. 2).
917 Art. 36, Dec. 70/23.
918 Art. 37, Dec. 70/23.
919 Art. 40, Dec. 70/23.
920 Art. 48, Dec. 70/23: "Las sociedades o empresas con participación del Estado, cualquier sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en Sociedades Anónimas.
Esta disposición comprende a las Empresas del Estado que no tengan una forma jurídica societaria, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones societarias donde el Estado nacional tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias y no se encuentren constituidas como sociedades anónimas.
Las Sociedades Anónimas transformadas estarán sujetas a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984 y sus modificatorias en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna".
921 Por medio de los Decs. 553/2024 y 1120/2024.
922 Art. 51, Dec. 70/23.

En algunos supuestos la transformación de los tipos societarios fue dispuesta normativamente. Tal fue el caso, por ejemplo, de la transformación de Telam S.E. en Agencia de Publicidad del Estado S.A.U.[923]; de Yacimiento Carbonífero Río Turbio en Carboeléctrica Río Turbio S.A.[924]; del ente autárquico Banco de la Nación Argentina en Banco de la Nación Argentina S.A.[925]; de Construcción de Vivienda para la Armada S.E. en Construcción de Vivienda para la Armada S.A.U.[926]; entre muchas otras. En el ámbito de las jurisdicciones locales también tuvo lugar la transformación normativa de algunas empresas del Estado como ser, por ejemplo, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Corporación Buenos Aires Sur S.E. fue transformada en Corporación Buenos Aires Sur S.A.U.[927]; en la Provincia de Córdoba, el ente autárquico Empresa Provincial de Energía de Córdoba EPEC fue transformado en Empresa Provincial de Energía de Córdoba S.A.U.[928]; entre otros casos.

En otros supuestos la transformación del tipo societario fue efectivizada mediante decisiones adoptadas por las asambleas generales extraordinarias de las propias empresas estatales, las que posteriormente fueron inscriptas en los respectivos registros públicos. Este fue el caso, por ejemplo, de la transformación de INVAP S.E. en INVAP S.A.U.[929]; de Fabricaciones Militares S.E. en Fabricaciones Militares S.A.U.[930]; de Empresa Argentina de Navegación Aérea S.E. en EANA S.A.U; entre otros.

Ahora bien, en la medida en que los tipos societarios previstos en la ley 19.550, General de Sociedades, fueron originariamente diseñados para el ejercicio privado de actividad comercial —a diferencia de las EE, las SE y las SEM, que sí estaban pensadas especialmente para el ejercicio de actividad empresarial estatal—, su utilización por parte del Estado ofrece todo tipo de interrogantes. Entre ellos, encontramos el debate referido a si las SAPEM y las SA del Estado deben o no tener un fin de lucro. La eventual respuesta afirmativa conduciría a que la utilización de dichas sociedades por parte del Estado pudiera ser reputada ilegítima, sobre todo si se asume que toda actividad estatal, incluso la de carácter comercial o industrial, deber tender —más que a la obtención de lucro— a la persecución del cumplimiento de políticas públicas que tiendan, a su vez, a la satisfacción de intereses públicos o generales. En este sentido, coincidimos con BARRA en cuanto a que, si bien la finalidad de las empresas estatales no radica en la obtención de lucro —sino, más bien, en la consecución de los fines públicos perseguidos con su creación—, ello no impide que obtengan ganancias si ello fuese posible sin traicionar dichos fines[931].

---

[923] Art. 1, Dec. 548/24.
[924] Art. 1, Dec. 115/25.
[925] Art. 1, Dec. 116/25.
[926] Art. 1, Dec. 117/25
[927] Art. 1, Dec. 260/24 del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.
[928] Arts. 1 y 2, Res. 14/25 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Córdoba.
[929] Ver https://www.invap.com.ar/invap-adopta-nueva-figura-societaria/?utm_source=chatgpt.com
[930] Ver https://www.argentina.gob.ar/noticias/se-inscribieron-dos-nuevas-transformaciones-de-sociedades-del-estado-en-sa?utm_source=chatgpt.com
[931] BARRA, Rodolfo C., "Las privatizaciones…", op. cit., p. 375. En el mismo sentido, PIAGGIO, Lucas A., "Empresa pública y servicio público…", op. cit., p. 19.

5.2. El régimen jurídico aplicable a la actividad empresarial estatal en competencia

La determinación del régimen jurídico aplicable a la empresa estatal también es fundamental a la hora de analizar su mayor o menor competitividad y su capacidad para provocar distorsiones en el mercado. Mientras que es esperable que la preponderante aplicación de las normas y principios del derecho privado habrán de aproximar el régimen y el accionar de la empresa estatal a los de sus pares no estatales y privadas, resulta en cambio razonable asumir que la eventual mayor aplicación de las normas y principios del derecho administrativo serán pasibles de provocar ciertas distorsiones en el mercado en el que desenvuelve.

Sin embargo, esta no es una tarea simple; más bien, constituye uno de los principales desafíos que ofrece el estudio de la empresa estatal; y, en especial, de aquella que se desenvuelve en mercados competitivos. Es que, al no responder a ninguna de las categorías conceptuales tradicionalmente preestablecidas, la empresa estatal presenta regímenes jurídicos heterogéneos en los que se destaca la presencia simultánea —aunque no siempre nítida sino más bien difusa[932]— de principios y normas propios del derecho privado y otros tantos del derecho público. Como se ha expuesto con gran sentido gráfico, en tanto la empresa estatal constituye un enclave del Estado dentro del quehacer empresarial, aquélla plantea el dilema acerca de si su tratamiento legal debe atender primordialmente a su pertenencia al Estado o, en cambio, al formato societario escogido y al tipo de actividad realizada[933].

La proporción entre el derecho público y el derecho privado aplicable a la empresa estatal no siempre ha sido la misma. Ya hemos visto que la evolución de los distintos tipos empresariales y societarios creados y utilizados por el Estado para desarrollar su actividad económica ha estado marcada por un progresivo desplazamiento del derecho administrativo en favor de la aplicación del derecho privado. Mientras que en la ley 13.653, de EE, se advertía una proporción equilibrada de aplicación de ambos regímenes, dicha relación se inclinó marcadamente en favor del derecho privado en la ley 20.705, de SE, tendencia que se profundizó aún más con la figura de la SAPEM y, con mayor intensidad aún, años más tarde, en el caso de las SA del Estado[934].

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el reciente decreto 70/23, en cuanto a que las EE, SE y SEM sean transformadas en SAPEM y en SA del Estado, el análisis que sigue, referido al régimen jurídico aplicable a la empresa estatal, se centrará primordialmente en el régimen que debe ser aplicado a las SAPEM y a SA del Estado.

---

[932] CARBAJALES, Juan José, *Sociedades anónimas…,* op. cit., p. 81.

[933] DE LA RIVA, Ignacio, "La empresa del Estado…", op. cit., p. 185.

[934] En este sentido, CARBAJALES ha clasificado a las empresas estatales —en función de la mayor o menor aplicación del derecho público y/o privado— distinguiéndolas entre personas jurídicas no estatales públicas (las SE), sociedades anónimas bajo injerencia estatal "puras" (aquellas que no son expresamente excluidas del derecho administrativo [por ej., Emprendimientos Binacionales S.A., Nucleoeléctrica Argentina S.A. y Energía Argentina S.A.] y las sociedades anónimas "despublificadas" (excluidas expresamente del derecho público [por ej., Agua y Saneamiento Argentino S.A. y Correo de la República Argentina S.A.] (CARBAJALES, Juan José, *Sociedades anónimas…,* op. cit., p. 62 a 66 y 84 a 85).

5.2.1 Preponderante aplicación de los principios y de las normas de derecho privado

Del análisis de las normas que han regulado a la actividad empresarial del Estado en nuestro país se advierte que, cualquiera fuere el vehículo utilizado —aunque con mayor énfasis en las SAPEM y en las SA del Estado—, aquella ha sido preponderantemente regida por los principios y normas propias del derecho privado, mercantil en la especie[935].

Ya desde mitad del siglo pasado la regulación de la actividad empresarial estatal ha estado marcada por la aspiración de someterla exclusiva o mayoritariamente a las normas y principios del derecho privado. Se entendía que sólo de ese modo, sometiéndola al derecho privado, la empresa estatal podía desenvolverse en condiciones de agilidad, flexibilidad y eficiencia equivalentes a las de sus competidores privados, evitando así las rigideces, los formalismos y los controles propios del derecho público, que la colocarían en una posición de desventaja en el mercado.

Este fenómeno no ha sido ni es exclusivo de nuestro país. Hace ya más de medio siglo explicaba VILLAR PALASÍ, con referencia al derecho español, que "la falta de medios en el derecho administrativo tradicional ha sido fundamentalmente el motivo del auge de la sumisión al derecho privado de la actividad administrativa. Donde el derecho administrativo clásico falló en encontrar fórmulas elásticas y ágiles de actuación, se ha revivido la perenne normativa común, capaz de proporcionar esa flexibilidad necesaria a lo administrativo en sus nuevos fines"[936].

En lo que hace a la República Argentina, el afán por aproximar la actividad empresarial del Estado a los principios y normas del derecho privado —en desmedro de los del derecho público—, ya surgía de manera patente y expresa de las diversas normas que la rigieron durante décadas. Ya en la ley 13.653, de 1949, se disponía que las EE "quedan sometidas al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas"[937]. Por su parte, en la ley 20.705, del año 1974, se establecía que las SE "se someterán, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas"[938]. En las últimas décadas, aquellas leyes especiales por las que fueron creadas distintas SAPEM y SA del Estado fueron más categóricas en este punto, pues —a la par de disponerse allí que aquéllas no se regirían por las normas ni los principios del derecho administrativo—, se agregaba que la

---

[935] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso…,* op. cit., Tomo I, p. 368.

[936] VILLAR PALASÍ, José Luis, "La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo", en Revista de Administración Pública, n° 3, Madrid, 1950, p. 94.

[937] Art. 1, Ley 13.653: "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, podrán llevarse a cabo por medio de entidades que se denominarán genéricamente "Empresas del Estado".
Las empresas del Estado quedan sometidas: a) al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas: y b) al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo".

[938] Art. 2, Ley 20.705: "Las sociedades del Estado podrán ser unipersonales y se someterán, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley, no siendo de aplicación lo previsto en el artículo 31 del Decreto Ley 19.550/72".

concreta SAPEM o SA del Estado que sea creaba se regiría "por las normas y principios del derecho privado"[939]. En la misma línea, aunque con mayor cercanía en el tiempo, en el Decreto 70/23, tras disponerse la transformación de las EE, SE y SEM en SAPEN o en SA del Estado, se agregó, sobre este punto, que las nuevas sociedades "estarán sujetas a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades 19.550, t.o. 1984, y sus modificatorias"[940].

En rigor de verdad, en el caso de las SAPEM y las SA del Estado —tipos societarios en los que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 del Decreto 70/2023, deben ser transformadas todas las empresas del Estado Nacional—, la aplicación de las normas y principios del derecho privado es una derivación legal de su carácter de sociedades anónimas conformadas en los términos de la ley 19.550, General de Sociedades[941]. En efecto, a la luz de lo establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación, su carácter de sociedades comerciales permite categorizarlas como personas jurídicas privadas[942]. Ello, a su vez, conduce a que, en todo lo referido al régimen propio de las SAPEM y SA del Estado[943] —o sea, en lo que hace a su reconocimiento, su comienzo, su capacidad, su funcionamiento, su organización y el fin de su existencia—, sean regidas por disposiciones de derecho privado; más precisamente, por la ley de creación; por la Ley 19.550, General de Sociedades; por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos y por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las del Título II del Libro Primero del Código Civil y Comercial de la Nación[944].

Cabe destacar que el carácter de personas jurídicas privadas de las SAPEM y de las SA del Estado no se ve alterado por la titularidad estatal de las acciones,

---

[939] Art. 8, Dec. 1238/03, de creación de Líneas Aéreas Federales S.A.; art. 13, Dec. 721/04, de creación de Correo Oficial de la República Argentina S.A.; art. 11, Dec. 304/06, de creación de Agus y Servicios Sanitarios S.A.; entre otras.

[940] Art. 48, Dec. 70/23.

[941] CNCom., Sala E, "Diarios y Noticias S.A. c/ Servicios de Radio y Televisión de la Universidad de Córdoba", 31/10/1989, LL 1991-A, p. 365. Allí se sostuvo que "[s]urge del estatuto acompañado por la excepcionante, que el ente fue constituido como sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. Trátase, por ende, de una sociedad conformada bajo una regulación especial del derecho privado, que --más allá de su objeto y de la aplicación del derecho público que corresponda en algunos aspectos-- no puede ser asimilada a las personas de derecho público taxativamente enumeradas en la norma legal citada". En análogo sentido, CNCiv., Sala K, "Bilsky, Rafael c/ Ex Aguas Argentinas S.A.", 27/02/2008.

[942] Art. 148, inc. a), Código Civil y Comercial de la Nación: "Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: … a) las sociedades".

[943] En cambio, la categorización como persona jurídica privada o pública no tiene incidencia alguna en el régimen legal que habrá de ser aplicado a las relaciones jurídicas mantenidas por las SAPEM o SA del Estado. Dicha relación estará regida por el derecho público cuando sea de tal naturaleza (por ejemplo, pago de un impuesto, impugnación de una sanción administrativa, ofertar en una licitación pública o celebración de un contrato público) y por el derecho privado cuando tenga esta otra naturaleza (por ejemplo, celebración de un contrato con otra empresa privada o aceptación de una donación por un particular).

[944] Art. 150, Código Civil y Comercial de la Nación: "Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen:
a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;
b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;
c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.
Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades".

pues —como se lo dispone en el Código Civil y Comercial de la Nación—, la participación del Estado como accionista mayoritario o único en las sociedades comerciales no altera su condición de sujetos de derecho privado[945].

En lo que respecta específicamente a las SAPEM, como adelantamos más arriba, les resultan de aplicación las disposiciones contenidas en la Sección VI de la ley 19.550, General de Sociedades, en las que se establecen las siguientes salvedades: a) los funcionarios públicos no pueden representar al capital privado[946]; b) no hay tope en cuanto a la remuneración de los directores y el consejo de vigilancia[947]; c) el estatuto podrá prever la designación por la minoría de uno o más directores y de uno o más síndicos[948]; y d) cuando las acciones del capital privado alcancen el 20 % del capital social tendrán representación proporcional en el directorio y elegirán por lo menos uno de los síndicos, resultando inaplicable el artículo 263 de la ley 19.550, General de Sociedades, en el que se dispone el llamado "voto acumulativo"[949].

Por su parte, en cuanto a la SA del Estado, les resultarán de plena aplicación, sin más, las disposiciones de la ley 19.550, General de Sociedades.

Cabe señalar, asimismo, que tanto las SAPEM como las SA del Estado pueden ser concursadas y declaradas en quiebra[950].

Por último, debemos tener presente que —como acertadamente se ha dicho[951]—, la mayor o menor aplicación del derecho privado a las empresas estatales no debe hacernos olvidar la premisa fundamental que ha justificado en primer término la intervención estatal, que es la existencia de una finalidad de interés público. La participación estatal en una actividad privada, sometida íntegramente al derecho privado y en la que no esté involucrado de manera alguna el bien común, es un verdadero contrasentido[952].

5.2.2 Tendencia a la no aplicación de los principios y las normas de derecho público

Como venimos viendo, con la finalidad de garantizar la actuación ágil y eficiente de las empresas estatales, en las diversas normas que han venido regulando su actividad se dispuso —junto con la ya analizada aplicación preponderante del derecho privado—, la expresa exclusión de los principios y

[945] Art. 148, Código Civil y Comercial de la Nación: "Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación".
[946] Art. 310, Ley 19.550.
[947] Art. 311, Ley 19.550.
[948] Art. 311, Ley 19.550.
[949] Art. 311, Ley 19.550.
[950] FLORES, Álvaro Bautista y PAULOS, Augusto José, "La aplicación de la Ley General de Sociedades en las empresas públicas", Revista de Derecho Administrativo, n° 145, 2023, p. 63.
[951] DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/2023: La 'vexata questio' de la intervención directa del Estado en la economía", en CASSAGNE, Juan Carlos (director) y ABERASTURY, Pedro (coordinador), *Derecho público y decretos de necesidad y urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2024, 1ª. edición, p. 483.
[952] DURAND, Julio C., "Empresas públicas…", op. cit., p. 483.

las normas propios del derecho público; más precisamente, del derecho administrativo.

a) Exclusión de la aplicación de las normas y los principios propios del derecho administrativo

Tal como lo venimos reseñando, la evolución de la actividad empresarial estatal ha sido marcada por la constante búsqueda de escapar de las normas y de los principios propios del derecho administrativo. Este fenómeno, conocido como "huida del derecho administrativo"[953], tuvo como principal finalidad evitar que fueran aplicadas a las empresas estatales aquellas normas y principios típicos de derecho administrativo por los que se les imponían cargas y deberes cuyo cumplimiento podía impedir su actividad de manera competitiva. Como sostiene ARIÑO ORTIZ, se consideró que, a la empresa estatal, "hay que liberarla de las servidumbres que a veces se le imponen en cuanto a deberes informativos, exigencias de control, limitaciones a su capacidad de actuar y, en general, de cuantas discriminaciones le impone el derecho público. La consigna es… liberarla de las ataduras del derecho administrativo y someterla en su integridad a las reglas del derecho privado"[954].

La exclusión del derecho administrativo no sólo alcanza a aquellas normas por las que se les imponen cargas y deberes a las empresas estatales sino, también, a aquellas otras por las que se reconocen a su favor prerrogativas, privilegios y beneficios. Ello pues la eventual asignación e invocación de tales prerrogativas, privilegios y beneficios por las empresas estatales podría tener serios efectos distorsivos en el mercado en el que se desenvuelven, al provocar un efecto de desigualdad que desalentaría la iniciativa privada y afectaría la eficiencia del obrar público[955]. En definitiva, como sostiene CASSAGNE, cuando el Estado utiliza las formas jurídicas de derecho privado debe despojarse de aquellas prerrogativas de poder público que no guardan correspondencia ni resultan necesarias para las actividades económicas que se propone realizar[956].

Es por ello que, para que la competencia sea genuina, es necesario que la empresa estatal no se encuentre investida de prerrogativas de poder público que la coloquen en una posición de preeminencia o superioridad[957]. No resulta admisible, por ejemplo, la posibilidad de que aquélla emita actos administrativos —que, como tales, gocen de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria— ni celebre contratos con el Estado sin previa licitación pública.

---

[953] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curo de Derecho Administrativo,* La Ley, Buenos Aires, 2006, 1ª. ed. argentina, t. I, pp. 408 a 412; del SAZ CORDERO, Silvia, "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", en *Revista de Derecho Administrativo,* n° 133, enero-abril 1994, p. 57 a 98; MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, "Reflexiones sobre la 'huida' del derecho administrativo", en *Revista de Administración Pública,* n° 140, mayo-agosto 1996, pp. 25 a 67; BREWER-CARÍAS, Allan R., "El proceso de huida y de recuperación del derecho administrativo", en CIENFUEGOS SALGADO, David RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo, *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica,* 2008; entre otros.

[954] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "De la empresa pública…", op. cit., p. 12.

[955] MATA, Ismael, "Del Estado empresario al Estado regulador", en AAVV, *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación,* Buenos Aires, 1994, p. 219.

[956] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso…,* op. cit., Tomo I, p. 364.

[957] DE LA RIVA, Ignacio, "La empresa del Estado…", op. cit., p. 201.

Tampoco debe admitirse que la empresa estatal disponga expropiaciones, goce de la garantía de inembargabilidad de sus bienes, ni sea titular de beneficios de carácter tributario[958]. Es que, si la asignación de esta clase de prerrogativas de derecho público encuentra su razón de ser en el cumplimiento estatal de los fines públicos[959] —o, incluso, podría admitirse para la prestación de servicios públicos—, aquéllas pierden toda justificación cuando la actividad empresarial estatal tiende al desarrollo de actividades comerciales e industriales en condiciones de competencia[960]. Ello, aun cuando se tratara de actividades complementarias o conexas realizadas por empresas prestatarias de servicios públicos.

En la República Argentina esta tendencia, dirigida a excluir al derecho administrativo de las empresas estatales, fue tímidamente iniciada con la ley 13.653, de 1955, por la que se circunscribía la aplicación del derecho público a las EE "en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo"[961]. Como se lo ha remarcado, aquello implicaba el reconocimiento de que en tales casos —o sea, en sus relaciones con la administración o en lo que hacía al servicio público a su cargo— las EE sí podían ejercer función administrativa, ya sea emitiendo actos administrativos o celebrando contratos administrativos[962]. Años más tarde, la ley 20.705, de 1974, fue más categórica al disponer que no serían aplicables a las SE la ley de contabilidad —que contenía, a su vez, los regímenes de contrataciones y de control administrativo y financiero—, la de obras públicas ni la de procedimientos administrativos[963]. Finalmente, décadas más tardes, las leyes por las cuales fueron creadas diversas SAPEM y SA del Estado fueron implacables en este sentido, pues —a la par de disponerse en ellas que las SAPEM y SA del Estado que se creaban se regirían exclusivamente por las normas y los principios del derecho privado—, a renglón seguido se agregó que no les serían de aplicación los regímenes de la ley 19.549, Nacional de Procedimientos Administrativos, del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el decreto 1023/01 ni, en general, las normas o principios de derecho administrativo[964].

---

[958] DURÁN MARTÍNEZ, A., "Las empresas públicas y las empresas mixtas o con capital público ¿pueden someterse a la regulación para la competencia del mismo modo que los operadores privados", en *Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay,* Montevideo, 2007, nº 4, pp. 59 y ss.

[959] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., op. cist., t. I, pp. 51 a 52.

[960] FRANCO, Horacio J., "El derecho administrativo y las sociedades anónimas con simple participación estatal", La Ley 1991-E, p. 1123. En el derecho comparado, así lo sostienen DURÁN MARTÍNEZ, A., op. cit., pp. 59 y ss.

[961] Art. 1, segundo párrafo, Ley 13.653. De todos modos, en cuanto a la extinción, en la Ley 13.653 se establecían prerrogativas a favor de las EE, pues se disponía que no podían ser declaradas en quiebra, sino que, más bien, podían ser disueltas o liquidadas por el Poder Ejecutivo Nacional y que en tales casos el Estado respondía por el pago del pasivo no cubierto que resultara (art. 10, Ley 13.653). Tampoco podían ser declaradas en concurso (art. 2, Ley 24.522).

[962] DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, 6º edición actualizada, p. 517.

[963] Art. 6, Ley 20.705.

[964] Art. 8, Dec. 1238/03, de creación de Líneas Aéreas Federales S.A.; art. 13, Dec. 721/04, de creación de Correo Oficial de la República Argentina S.A.; art. 3, Ley 26.092, de creación de Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. (AR-SAT); art. 11, Dec. 304/06, de creación de Agua y Servicios Sanitarios S.A.; entre otras.

En 2015 esta tendencia fue tácitamente ratificada, para las SAPEM y las SA del Estado, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Es que, al confirmarse allí el carácter privado de las personas jurídicas en las que participa el Estado[965] y la consiguiente aplicación a su respecto de las normas del derecho privado[966], de allí se colige la imposibilidad de que aquéllas ejerzan prerrogativas públicas[967].

La tendencia de excluir a las empresas estatales de las prerrogativas de derecho público y demás ventajas y beneficios previstos en las leyes fue reforzada por el Decreto 70/2023, por medio del cual el Poder Ejecutivo Nacional dispuso —esta vez de modo expreso—, por un lado, que las SAPEM y SA del Estado transformadas debían estar sujetas a todos los efectos a las prescripciones de la ley 19.550, General de Sociedades, "en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna"[968] y, por el otro, que "las empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga"[969]. En la misma línea, meses más tarde, mediante la ley 27.742, de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, se estableció —también de manera expresa— la exclusión de las empresas estatales del ámbito de aplicación de la ley 19.549, Nacional de Procedimientos Administrativos. Ello implica, por ejemplo, que los procedimientos seguidos por aquéllas no revistan naturaleza de procedimientos administrativos, que los actos por ellas emitidos no tengan naturaleza administrativa —ni, por ende, gocen de presunción de legitimidad ni de fuerza ejecutoria[970]— y que la promoción de acciones judiciales en su contra no se encuentre sujeta al previo cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad establecidos en el título IV de aquella ley; a saber, según el caso, el agotamiento de la vía administrativa, la deducción del reclamo administrativo previo y la interposición de la demanda dentro del plazo de caducidad[971].

[965] Art. 149, Código Civil y Comercial de la Nación.
[966] Art. 150, Código Civil y Comercial de la Nación.
[967] POZO GOWLAND, Francisco, "Sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal. Ejercicio de prerrogativas públicas en materia contractual", en *Revista de Derecho Administrativo* 2021-135, p. 131.
[968] Art. 48, tercer párrafo, Dec. 70/23.
[969] Art. 50, Dec. 70/23.
[970] En igual sentido, MAIRAL, Héctor A., op. cit., p. 618. El autor señala que "cuando desciende al campo del derecho privado el Estado se encuentra en igualdad de condiciones con los particulares y, en cualquier campo en el que actúe, a menos que exista una ley que le otorgue una potestad especial, no puede afectar los derechos de terceros. El mero carácter de Estado no le confiere, frente a los particulares, ninguna prerrogativa no fundada en ley. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni frente al Estado ni frente a ningún particular".
[971] CNFed. CA., Sala I, "Maqchin Rioplatense S.A. c/ Operadora Ferroviaria S.E. s/ contrato administrativo", 23/12/2024, Expte. n° 27.204/2023, donde se sostuvo —para confirmar el rechazo de la defensa de falta de habilitación de la instancia opuesta por la empresa estatal demandada— que "los requisitos previstos en la ley 19.549 y en su decreto reglamentario para habilitar la instancia judicial no son aplicables aquí".

Por último, lo expuesto hasta aquí no impide que, como se lo establece en el propio Código Civil y Comercial de la Nación[972], la concreta ley de creación o el estatuto de la empresa estatal puedan prever derechos y obligaciones diferenciados en función del interés público comprometido en dicha participación[973]; es decir, ajustados a la concreta finalidad de interés general que se persiga con su creación[974]. Por ejemplo, en las leyes 13.653 y 20.705 se dispuso la aplicación, a las EE y SE, de determinadas y concretas normas de derecho administrativo por las que se les imponían diversas cargas y deberes[975]. Incluso en la actualidad, en tanto las empresas estatales forman parte del Sector Público Nacional[976], resultan de aplicación a su respecto muchas de las disposiciones de derecho público que regulan los mecanismos de control establecidos en dicha ley[977]. En la misma línea, en la ley 27.275, de Acceso a la Información Pública[978], se incluye a las empresas estatales entre los sujetos obligados a brindar información pública.

b) Aplicación, a la empresa estatal, de aquellas disposiciones constitucionales por las que se imponen deberes y cargas al Estado

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior, a nuestro modo de ver, la exclusión de la empresa estatal del alcance de las normas y los principios del derecho administrativo no puede incluir a aquellas disposiciones constitucionales por las que se imponen cargas y deberes al Estado. Dicho en otros términos, la pretensión de escapar de las normas y de los principios del derecho administrativo —motivada por la loable finalidad de hacer más eficiente, eficaz y competitiva la actividad empresarial estatal—, no puede tener la virtualidad de permitirle el Estado sortear exitosamente aquellos deberes y cargas que le vienen impuestas por imperio constitucional[979]. Pretender lo contrario implicaría admitir que es suficiente para el Estado constituir una empresa estatal y excluirla de la esfera del derecho administrativo para poder sustraerse exitosamente de sus obligaciones constitucionales.

Por otro lado, debe repararse en que la utilización por el Estado de figuras propias del derecho privado no constituye un fin en sí mismo; antes bien, la empresa estatal es un simple instrumento del que se vale el Estado para la

---

[972] Art. 149, Código Civil y Comercial de la Nación.

[973] En el mismo sentido, DE LA RIVA, Ignacio, "La empresa del Estado…", op. cit., p. 202, quien señala que "el derecho público en modo alguno quedará desplazado por completo, sino que deberá tener cabida en la medida necesaria para tutelar convenientemente el interés público involucrado".

[974] CARBAJALES, Juan José, *Sociedades anónimas…,* op. cit., p. 88.

[975] Por ejemplo, en la Ley 13.653, de EE, se disponía la aplicación a su respecto del entonces vigente Dec.-Ley 23.354/56, de Contabilidad, y de la Ley 13.064, de Obras Públicas (art. 11, Ley 13.653). A su vez, el Dec.-Ley 19.549/72 también les resultaba de aplicación a las EE en virtud de su ámbito de aplicación, que abarcaba a las entidades descentralizadas (art. 1, Dec.-Ley 19.549/72).

[976] Art. 8, inc. b, Ley 24.156.

[977] De todos modos, como lo sostiene CARBAJALES, en tal caso deberá analizarse si las disposiciones de la Ley 24.156, de Administración Financiera, resultan de aplicación a las empresas estatales, enunciadas en el inciso b), o tan solo a los órganos y entes enunciados en el inciso a) (CARBAJALES, Juan Jose, *Sociedades anónimas…,* op. cit., p. 87).

[978] Art. 7, inc. c), Ley 27.275.

[979] PTN, Dictámenes 301:49, Dictamen IF-2017-07159004-APN-PTN, del 24/04/2017.

consecución de cometidos de interés general[980]. De allí que, en supuestos como el ahora analizado —en los que se trata, en definitiva, de hacer efectivo el imperio de la Constitución— corresponda echar mano al principio de instrumentalidad, que permite que normas constitucionales dirigidas específicamente al Estado les sean también aplicadas a los instrumentos de los que aquél se vale para la consecución de sus fines públicos[981].

Desde ya que lo antedicho no implica renunciar a la pretensión de dotar de agilidad, eficiencia y competitividad a la empresa estatal. Antes bien, en cada caso deberá procurarse que el cumplimiento de la manda constitucional en juego pueda ser logrado sin alterar los objetivos perseguidos por el Estado mediante su constitución. Para ello, en cada caso deberá determinarse si aquella manda puede ser debidamente cumplida por aplicación de las propias normas de derecho privado y, solo ante la respuesta negativa, deberá entonces acudirse a las respectivas normas y principio del derecho administrativo.

Entre las disposiciones de raigambre constitucional por las que se imponen deberes al Estado y que, por ende, resultan también de aplicación a la empresa estatal nos interesa aquí analizar las siguientes (a) el principio de publicidad de los actos de gobierno, por aplicación del cual la empresa estatal se encuentra también obligada a dar acceso a la información pública que se encuentra en su poder; (b) el régimen de control público, en virtud del cual la empresa estatal se encuentran sujeta al control interno de la Sindicatura General de la Nación y al control externo de la Auditoría General de la Nación; y (c) las garantías de igualdad, competencia, razonabilidad y transparencia, en virtud de los cuales la contratación de bienes y servicios llevada a cabo por la empresa estatal debe tener lugar mediante procedimientos que aseguren su prevalencia.

Analicemos por separado cada uno de estos casos.

(i) Acceso a la información pública

Entre los deberes constitucionales impuestos al Estado y que son trasladables a la empresa estatal se encuentra el de garantizar el acceso a la información pública que se encuentra en su poder. Si bien dicho deber ya surgía implícito de la propia Constitución[982], tras la última reforma constitucional se vio robustecido mediante el reconocimiento de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos enunciados en el artículo 75, inciso 22, muchos de los cuales lo receptan de manera expresa[983].

---

[980] PTN, Dictámenes 301:49, op. cit.

[981] STUPENENGO, Juan Antonio, "Apuntes sobre las contrataciones de las empresas estatales", en FERNEY MORENO, Luis; MONTOYA, Milton y CASSAGNE, Ezequiel (directores), *Anuario Iberoamericano de Regulación. Regulación: claves del futuro,* Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2024, pp. 573 a 596.

[982] Arts. 1 y 33, Constitución Nacional.

[983] Entre ellos, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 13 reconoce el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado con las salvedades previstas normativamente.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "el carácter estatal de la empresa, aun parcial, tiene como correlato la atracción de los principio 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 y, en especial, de los posibles interesados directos, quienes podrán efectuar las impugnaciones que el ordenamiento permita" [984].

En línea con lo dicho más arriba, en algunos supuestos la publicidad de los actos de la empresa estatal puede ser lograda acudiendo a las propias normas de derecho privado. Tal es el caso, por ejemplo, de los balances de las SAPEM y de las SA del Estado que, por constituir sociedades anónimas, deben ser presentados por los directores para su aprobación ante la Inspección General de Justicia[985].

Sin embargo, cuando las normas de derecho privado fueran insuficientes para garantizar la difusión de la información pública que obra en poder de la empresa estatal será necesario, entonces sí, acudir por analogía a las pertinentes regulaciones de derecho administrativo. Por caso, en el célebre precedente "La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A."[986], de 1988, invocando la garantía constitucional de publicidad de los actos de gobierno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó a la empresa estatal demandada —que era una SAPEM—, que permitiera a la compañía accionante tomar vista del expediente de la licitación pública en la que había sido oferente. Décadas más tarde, similares consideraciones fueron efectuadas en "Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A."[987], de 2015, para obligar a YPF S.A. a hacer lugar al pedido de acceso a la información pública efectuado por un legislador nacional para acceder a la copia íntegra del acuerdo del proyecto de inversión que la sociedad demandada había suscripto con una compañía hidrocarburífera extranjera para la explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la Provincia del Neuquén.

Sobre la base de las consideraciones efectuadas en ambos precedentes —y, en especial, en este último—, en las normas de acceso a la información pública las empresas estatales fueron incluidas entre los sujetos obligados a brindarla. De acuerdo con lo allí dispuesto, se entiende por tales 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"[988].

[984] CSJN, "La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.", 2/05/1988, Fallos: 311:750.
[985] Art. 234, Ley 19.550 y arts. 128 a 130, Res. IGJ 15/24.
[986] CSJN, "La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A.", op. cit.
[987] CSJN, "Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora", 10/11/2015, Fallos: 338:1258.
[988] Art. 7, inc. g), Ley 27.275. Similar disposición contenía el art. 2, inc. b), del derogado Reglamento General de Acceso a la Información Pública, que había sido aprobado por medio del Dec. 1172/03.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, el deber de las empresas estatales de permitir el acceso a la información pública que obra en su poder no afecta su competitividad, por diversas razones.

En primer lugar, porque las propias normas que obligan a las empresas estatales a brindar información pública buscan proteger su competitividad por vía de asegurar que la publicidad no alcance a aquellos datos cuya divulgación pudiera generar desventajas competitivas. Para ello se exceptuó de la información pasible de ser requerida —en lo que ahora nos importa—, a la "que contenga secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado"[989]. Se procura, así, mantener un equilibrio entre la búsqueda de la transparencia y el resguardo de la competitividad de la empresa estatal en el mercado.

En segundo lugar, pues, incluso en los mercados competitivos más fuertemente regulados y en los que suelen desenvolverse las empresas estatales —por caso, en el financiero, el postal, el de las telecomunicaciones, el de los seguros, etcétera—, todas las empresas prestadoras, incluso las de capitales enteramente privados, suelen tener el deber de remitir determinada información a las respectivas autoridades regulatorias.

(ii) Control administrativo y financiero

Otra de las exigencias constitucionales que derivan de la forma republicana de gobierno está dada por la existencia de mecanismos de control sobre la gestión pública. Como se ha dicho, se trata de una concepción amplia del control, al que no solo están sujetos los órganos y entes estatales, sino, también, quienes ostentando formas jurídicas de naturaleza privada perciben custodian, administran o disponen de bienes y fondos públicos[990].

Este sentido amplio del control administrativo y financiero se ve reflejado en el artículo 85 de la Constitución, en el que se dispone que la Auditoría General de la Nación tiene a su cargo "el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada cualquiera fuera su modalidad de organización". Esta última referencia refleja la voluntad del constituyente reformador de que el control al que alude la norma alcance a cualquier forma organizativa que pueda revestir el Estado; en el caso, a la empresa estatal.

A nivel legal, en la ley 24.156, de Administración Financiera, se establece que sus disposiciones serán de aplicación al Sector Público Nacional, que —en lo que ahora interesa— se encuentra también conformado por las EE, las SE, las SAPEM, las SEM y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación

[989] Art. 8, inc. c), Ley 27.275. Similar disposición contenía el art. 16, inc. c), del derogado Reglamento General de Acceso a la Información Pública, que había sido aprobado por medio del Dec. 1172/03.
[990] PTN, Dictámenes 301:49, op. cit.

de las decisiones societarias[991]. Por su parte, el sometimiento de las EE, SE, SEM y SAPEM a los respectivos organismos estatales de control legal, económico, financiero y patrimonial ya se encontraba previsto en algunas de las leyes por las que se regulaban aquellos tipos empresariales y societarios[992] y en las leyes especiales por las que fueron creadas las diferentes SA del Estado[993]. En el mismo sentido, en el ya citado decreto 70/23 se estableció que "la Ley 24.156 y demás normativa de control del sector público solo será aplicable cuando, en las Sociedades Anónimas producto de la transformación determinada en el presente, el Estado posea participación accionaria mayoritaria"[994].

Ahora bien, como se lo dispone en muchas de estas normas, los mecanismos de control estatal derivados de las normas de administración financiera conviven con el interno propio de las sociedades comerciales. De todas maneras, los fines perseguidos por tales mecanismos de control no deben ser confundidos. Mientras que los primeros persiguen la adecuada rendición de cuentas por quienes administran recursos públicos[995], el segundo, en cambio, tiende a la fiscalización privada en interés de los accionistas[996].

Tampoco debe confundirse la fiscalización estatal permanente a cargo de los registros públicos de comercio, que tiende a llevar a cabo un control basado en un juicio de oportunidad, conveniencia o interés del Estado —no solo para proteger el interés público sino, también, a los accionistas minoritarios frente a eventuales abusos de la mayoría o a una deficiente administración de los intereses sociales[997]—, con el control interno propio de las sociedades, que, como se dijo, lo es exclusivamente en interés de los accionistas.

(iii) Selección del contratista de la empresa estatal

Por último, las compras y contrataciones estatales —y también, en lo que ahora interesa, las de la empresa estatal—, deben tener lugar previa sustanciación de procedimientos de selección mediante los cuales se garantice debida y suficientemente la observancia de los principios constitucionales de igualdad, competencia y transparencia.

Si bien el deber estatal de seguir procedimientos de selección no surge de manera expresa de la Constitución, constituye una implícita derivación de las garantías constitucionales de igualdad, publicidad de los actos de gobierno y

---

[991] Art. 8, Ley 24.156. A tal punto es amplio el ámbito de control impuesto en la Ley 24.156, que alcanza incluso a aquellas organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes estatales (art. 8, in fine, Ley 24.156).
[992] Art. 6, Ley 13.653.
[993] Art. 8, Dec. 1238/03, de creación de Líneas Aéreas Federales S.A.; art. 13, Dec. 721/04, de creación de Correo Oficial de la República Argentina S.A.; art. 6, Ley 25.943, de creación de Energía Argentina S.A.; art. 2, Ley 26.092, de creación de la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. (AR_SAT); art. 11, Dec. 304/06, de creación de Agua y Servicios Sanitarios S.A.; entre otras.
[994] Art. 52, Dec. 70/23.
[995] O'DONNELL, Guillermo, "Accountability Horizontal", en *Estudios Políticos*, Revista de la Universidad Nacional Autónoma de México, n° 19, 1998, p. 26.
[996] Arts. 284 y 295, Ley 19.550, General de Sociedades.
[997] MASCHERONI, Fernando H., *Nuevo régimen de control societario,* Buenos Aires, 1971, T. 4, pp. 17 y 18.

razonabilidad, como así también del mandato constitucional que garantiza la defensa de la competencia[998].

Ahora bien, no obstante lo anterior, en el derecho positivo no hay uniformidad acerca del deber de las empresas estatales de sustanciar procedimientos de selección para celebrar sus propias compras y contrataciones. Por un lado, en algunos regímenes de contrataciones públicas se excluye a las empresas estatales de su ámbito de aplicación[999]. Por el otro, mientras que en algunas leyes por las que se crean empresas estatales también se excluye la aplicación de las leyes generales de contrataciones públicas, en otras normas, en cambio, se dispone de manera expresa que la contratación de bienes y servicios debe estar regida por los arriba citados principios de las contrataciones públicas[1000].

A nuestro modo de ver, en virtud del principio de instrumentalidad, por encontrarse involucrados fondos públicos e, incluso, por aplicación de las propias normas de *compliance*[1001], la contratación de bienes y servicios por parte de las empresas estatales —incluso aquellas que se desenvuelven en mercados competitivos— también debe estar gobernada por los principios de igualdad, concurrencia y transparencia. Desde ya que ello no implica pretender que aquellas contrataciones deban estar regidas sin más por los regímenes generales de contrataciones públicas. Antes bien, importa exigir que en los reglamentos internos de las empresas estatales se establezca que, en la medida de las posibilidades y con sujeción a las características del mercado y de la contratación de que se trate, esta última deba tener lugar a través de procedimientos abiertos en los que se garantice el mayor grado posible de concurrencia de oferentes y la competencia entre estos (principio de concurrencia), en los que pueda ofertar todo aquel que esté en condiciones de hacerlo y se dispense un trato igualitario a todos los oferentes (principio de igualdad) y en cuyo marco se permita el acceso a la información por parte de la ciudadanía (principio de publicidad)[1002].

En este punto cabe citar las pautas establecidas en la llamada "Guía para el Desarrollo de Políticas de Integridad en Empresas con Participación Estatal", aprobada por la Oficina Anticorrupción mediante la Res. 10/2022. Allí se establece —entre otras cosas y en lo que ahora importa— que en el reglamento de compras y contrataciones de las empresas estatales debe establecerse como regla la realización de procedimientos que promuevan la mayor competencia posible y, solo de manera excepcional y justificada, admitir la contratación directa; que deberá procurarse que el gasto sea realizado de manera eficiente, garantizando la contratación de aquellos proveedores idóneos que puedan brindar los mejores servicios al mejor precio posible; que la idoneidad exigida no debe limitarse a la técnica, sino que también debe

[998] STUPENENGO, Juan Antonio, "Apuntes…", op. cit., pp. 574 a 576.
[999] Art. 2, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Dec. 1023/01.
[1000] Hemos realizado una reseña detallada del panorama normativo en este sentido en STUPENENGO, Juan Antonio, "Apuntes…", op. cit., pp. 588 a 593.
[1001] STUPENENGO, Juan Antonio, "Apuntes…", op. cit., pp. 586 a 587.
[1002] STUPENENGO, Juan Antonio, "Apuntes…", op. cit., p. 585; en el mismo sentido, GALLI BASUALDO, Martín, "Panorama de las empresas privadas de titularidad estatal en la Argentina", ED, Suplemento de Derecho Administrativo, del 28/03/2018, n° 14.377, p. 9.

comprender la idoneidad ética; que no debe bastar con la mera acreditación de la ausencia de antecedentes negativos —como la inexistencia de investigaciones avanzadas o sanciones por hechos de corrupción respecto de la persona jurídica y/o los miembros de su directorio—, sino que debe exigirse, además, la demostración de un compromiso ético por parte de las empresas estatales para la prevención de hechos de corrupción; que deben implementarse acciones tendientes a la prevención de hechos de corrupción mediante la instauración de programas de integridad[1003].

5.2.3. Aplicación de la normativa de defensa de la competencia

Por último y sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, teniendo en cuenta el objeto de este trabajo no podemos dejar de mencionar, entre las normas aplicables a la empresa estatal que actúa en mercados competitivos, aquella dirigida a regular la defensa de la competencia; a saber, el artículo 42 de la Constitución, la ley 27.442, de Defensa de la Competencia, y sus normas reglamentarias.

La manda contenida en el artículo 42 de la Constitución implica para el Estado —aparte del deber de resguardar el principio de neutralidad competitiva, tal como lo analizamos más arriba—, la obligación de sancionar leyes y dictar normas que tiendan a la protección y a la defensa de la competencia. Al reglamentar dicha norma, el Congreso de la Nación sancionó la actualmente vigente ley 27.442, de Defensa de la Competencia.

En lo que hace al ámbito subjetivo de aplicación, en esta última se dispone que quedan sometidas a sus disposiciones todas las personas humanas o jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional[1004]. Al aplicar aquella norma la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia interpretó que la ley 27.442, de Defensa de la Competencia, resulta de aplicación a todas las manifestaciones empresariales —entre ellas, a la empresa estatal—, garantizando de esa forma la neutralidad competitiva y asegurando que la actividad económica del Estado, en todos sus niveles, sea llevada a cabo en igualdad de condiciones con la actividad empresarial privada desde el punto de vista del derecho de la competencia[1005].

Al comentar análoga disposición contenida en la legislación uruguaya[1006], la doctrina extranjera ha sostenido que por su intermedio se pretende alcanzar a las personas públicas —sean estatales o no estatales—, en tanto desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, ya sea en el territorio del país

[1003] Punto 3.8 de la Guía para el Desarrollo de Políticas de Integridad en Empresas con Participación Estatal.
[1004] Art. 4, Ley 27.442.
[1005] CNDC, Dictamen IF-2025-08537197-APN-CNDC#MEC.
[1006] Art. 3, Ley 18.158 de la República Oriental del Uruguay: "Todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia.
Quedan también obligados en idénticos términos, quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto éstas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo".

como en el extranjero, en la medida en que aquellas actividades despliegan sus efectos en el territorio del país[1007].

La aplicación de la ley 27.442, de Defensa de la Competencia, a las empresas estatales implica el deber de éstas últimas —entre otras cosas— de abstenerse de llevar adelante actividades acuerdos, actos o conductas que pudieran tener por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que pudieran constituir abuso de una posición dominante en un mercado de modo que pudiera resultar perjuicio para el interés económico general[1008]. Más precisamente, las empresas estatales tienen prohibido celebrar acuerdos, entre dos o más competidores, cuyo objeto o efecto fuere concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado; establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas[1009].

6. Conclusiones

Sobre la base de lo expuesto hasta aquí podemos arribar a las siguientes conclusiones:

a) Teniendo en cuenta las características estructurales y las condiciones de concurrencia de los mercados en los que se desenvuelven, las empresas estatales pueden ser clasificadas entre las que actúan en mercados no competitivos y aquellas otras que lo hacen en mercados competitivos.

(i) Las *empresas estatales actúan en mercados no competitivos* cuando tienen por objeto la prestación o gestión de servicios públicos. Si bien, en virtud del principio constitucional de subsidiariedad, la gestión de los servicios públicos debe ser dejada primordialmente en manos del sector privado —correspondiendo, en tales casos, que el prestador particular sea elegido mediante la previa sustanciación del correspondiente procedimiento de licitación pública—, cuando el sector privado no estuviera en condiciones de gestionarlos podrán, entonces sí, ser prestados por medio de empresas estatales.

(ii) Tratándose de *mercados competitivos,* el principal deber constitucional de las autoridades estatales reside en proveer a la defensa de la competencia y evitar toda forma de distorsión de dichos mercados (art. 42, Constitución). Ello implica, como regla y en lo que ahora importa, la abstención del Estado de desempeñar actividad empresarial en dichos

[1007] VÁZQUEZ, Cristina, "El Estado compitiendo en el mercado", en LL Online, TR LALEY AR/DOC/846/2022.
[1008] Art. 1, Ley 27.442.
[1009] Art. 2, Ley 27.442.

mercados competitivos. De allí podemos derivar, entonces, que la actividad empresarial estatal en mercados competitivos reviste carácter excepcional.

b) Para que la actividad empresarial estatal en competencia sea válida deberá sujetarse a dos principios constitucionales fundamentales en la materia:

(i) *Principio de subsidiariedad*, que —en lo que ahora nos interesa— (a) en su faz negativa, veda la actividad empresarial estatal cuando la iniciativa privada satisficiera o pudiera satisfacer de manera adecuada las necesidades públicas; en estos casos, la intervención estatal debe tender, más bien, al dictado de leyes de defensa de la competencia; y (b) en su faz positiva, supedita la validez de la actividad empresarial del Estado a que tienda al logro de fines políticos, de interés público o común, que no podrían ser adecuadamente satisfechos, alcanzados ni garantizados mediante la exclusiva y espontánea iniciativa privada ni, tampoco, acudiendo a las clásicas técnicas de intervención estatal (a saber, poder de policía, servicio público y fomento).

Entre los fines de interés público perseguidos por las empresas estatales que han sido creadas en nuestro país para desenvolverse en mercados competitivos podemos encontrar, por caso, la corrección de fallas de mercado, asegurar objetivos estratégicos mediante la producción de bienes o servicios para áreas sensibles, la protección de empleos y sectores productivos en tiempos de crisis, llevar a cabo una transición tendiente a preparar la futura privatización de la actividad económica en cuestión, el impulso de sectores claves para el desarrollo económico en áreas estratégicas, la regulación o el control de los precios, entre otros.

En todos los casos la determinación de la concreta finalidad de interés público que habrá de perseguirse con la creación de la empresa estatal destinada a actuar en competencia resulta fundamental —entre otras cosas— para el análisis de la validez de dicha creación a la luz del principio de subsidiariedad y, además, para posibilitar la medición de su eficacia y eficiencia.

(ii) *Principio de neutralidad competitiva*, que garantiza que ninguna de las entidades que opera en un mercado económico esté sujeta a indebidas ventajas o desventajas competitivas. En nuestro país el principio de neutralidad competitiva se encuentra implícitamente consagrado en el artículo 42 de la Constitución, en cuanto ordena a las autoridades estatales proveer a la defensa de la competencia e impedir toda forma de distorsión de los mercados. También fue expresamente previsto en el artículo 50 del Decreto 70/23, en el que se dispuso que "[l]as empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga".

De todos modos, como se lo dispone en el artículo 149 del Código Civil y Comercial de la Nación, el principio de neutralidad competitiva no impide que en la ley o en el estatuto de las empresas estatales que se desenvuelven en mercados competitivos se prevean derechos y obligaciones diferenciados considerando el interés público comprometido.

c) El *vehículo jurídico* utilizado para llevar adelante la actividad empresarial estatal es uno de los factores que inciden de manera decisiva en su competitividad.

Si bien desde los inicios de la actividad empresarial estatal, a mitad del siglo pasado, el legislador ha procurado poner a disposición del Estado distintos vehículos y formas organizativas especialmente diseñadas al efecto —la EE, la SE, la SEM y la SAPEM—, desde principios de este siglo se advierte una marcada tendencia a que la actividad empresarial estatal en competencia sea encausada mediante las SAPEM y las SA del Estado. Esta tendencia fue consolidada por el Decreto 70/23, por el que se dispuso, por un lado, la derogación de las normas que regulaban a las SEM, a las EE y a las SE, y, por el otro, que todas las empresas estatales, cualquier fuera el tipo o forma societaria adoptada, fueran modificadas en su estatus jurídico y transformadas en SAPEM o en SA del Estado.

d) La determinación del *régimen jurídico aplicable a la empresa estatal* también es fundamental a la hora de analizar su mayor o menor competitividad y su capacidad para provocar distorsiones en el mercado. Se trata ésta de una tarea compleja, pues la empresa estatal presenta regímenes jurídicos heterogéneos en los que se destaca la presencia simultánea —aunque no siempre nítida sino más bien difusa— de principios y normas propios del derecho privado y otros tantos del derecho público. En ese sentido, cabe efectuar la siguiente distinción:

(i) El *derecho privado* resulta, como regla, preponderantemente aplicable a las SAPEM y a las SA del Estado cuando se desenvuelven en mercados competitivos. Más precisamente, en todo lo referido a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia las SAPEM y las SA del Estado se rigen por las normas imperativas de la ley de creación; por la Ley 19.550, General de Sociedades; por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos y por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las del Título del Código Civil y Comercial de la Nación.

(ii) El *derecho público*, en cambio, resulta, como regla, no aplicable a la empresa estatal que actúa en competencia, salvo disposición expresa en contrario. Dicha no aplicación del derecho público rige no solo respecto de aquellas disposiciones por las que se imponen a las autoridades cargas y deberes diferenciados —y cuyo cumplimiento pudiera impedir la actividad competitiva de la empresa estatal—, sino, también y especialmente, respecto de aquellas otras disposiciones por las que se conceden prerrogativas, privilegios y beneficios que, de ser invocados

por la empresa estatal, podrían tener efectos distorsivos en los mercados competitivos.

De todas maneras, como se lo establece en el artículo 149 del Código Civil y Comercial de la Nación, la concreta ley de creación o el estatuto de la empresa estatal pueden válidamente prever la aplicación de concretos preceptos de derecho administrativo en función del interés público comprometido.

e) Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior, la empresa estatal se encuentra alcanzada por aquellas disposiciones constitucionales por las que se imponen cargas y deberes al Estado. De todos modos, en estos casos y a fin de resguardar el accionar ágil, eficiente y competitivo de la empresa estatal, deberá determinarse si la manda constitucional en cuestión puede ser debidamente cumplida mediante la aplicación de las propias normas de derecho privado y, solo ante la respuesta negativa, deberá entonces acudirse a las respectivas normas y principios del derecho administrativo. Más precisamente:

(i) *Acceso a la información pública*: la empresa estatal debe garantizar el acceso a la información pública que se encuentra en su poder. Si dicho acceso no puede ser garantizado acudiendo a las propias normas de derecho privado, entonces serán de aplicación las del derecho administrativo; por caso, la ley 27.275, de Acceso a la Información Pública.

De todos modos, en esta última se exceptúan del citado deber aquellos casos en los que la información requerida "contenga secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado".

(ii) *Control administrativo y financiero:* en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Constitución y en la ley 24.156, de Administración Financiera, la empresa estatal se encuentra sujeta a los mecanismos de control de legalidad, gestión y auditoría allí previstos. Estos mecanismos de control previstos en la normativa de administración financiera no deben ser confundidos con el de control interno propio de las sociedades comerciales.

(iii) *Procedimientos de selección del contratista:* las compras y contrataciones de la empresa estatal que se desenvuelve en mercados competitivos deben tener lugar previa sustanciación de procedimientos de selección mediante los cuales se garantice debida y suficientemente la observancia de los principios constitucionales de igualdad, competencia y transparencia. Ello no implica pretender que dichas compras y contrataciones deban estar regidas sin más por los regímenes generales de contrataciones públicas. Más bien, importa exigir que en los reglamentos internos de la empresa estatal se prevea que, en las medidas de las posibilidades y con sujeción a las características del

mercado y de la contratación de que se trate, ésta última deba tener lugar a través de los procedimientos abiertos que allí se regulen y en los que se garantice el mayor grado posible de concurrencia de oferentes y la competencia entre estos (principio de concurrencia), en los que pueda ofertar todo aquel que esté en condiciones de hacerlo y se dispense un trato igualitario a todos los oferentes (principio de igualdad) y en cuyo marco se permita el acceso a la información por parte de la ciudadanía (principio de publicidad).

f) Por último, entre las normas aplicables a la empresa estatal que se desenvuelve en mercados competitivos cabe mencionar, desde ya, a aquellas dirigidas a regular la defensa de la competencia; a saber, el artículo 42 de la Constitución, la ley 27.442, de Defensa de la Competencia, y sus normas reglamentarias.

Capítulo VIII. La responsabilidad extracontractual de las sociedades anónimas integradas total o mayoritariamente por el Estado – Gerardo Fiol

Autor: Gerardo Fiol

Publicado en Revista Jurídica Austral | Vol. 6, N° 1 (junio de 2025): 259-288. DOI: https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.fio Licencia *Creative Commons* Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

Resumen: En Argentina, asiduamente, se ha acudido a la creación de empresas estatales con el fin de prestar un servicio público o realizar actividades comerciales, financieras o industriales. Más allá de las distintas modalidades empleadas, hoy día, la figura jurídica que recoge al rol empresario estatal es la sociedad anónima (SA), propia del derecho privado. Las SA integradas total o mayoritariamente por el Estado se hallan sometidas a un régimen jurídico mixto que oscila entre el derecho público y el privado. En este capítulo, se analiza cuál es el régimen aplicable frente a los daños y perjuicios ocasionados a terceros por las SA integradas total o mayoritariamente por el Estado. Más puntualmente, si corresponde la aplicación de la ley de responsabilidad del Estado o, en cambio, del CCyCN.

Palabras clave: empresas estatales, daños, responsabilidad.

1. Introducción

Hace tiempo ya que la adopción por parte del Estado de las formas típicas societarias del derecho privado constituye "una realidad que no se puede negar" (Bielsa, 2017) y representa —más allá de todo debate en cuanto a su encuadre jurídico— un dato socioeconómico en nuestro país (Alfonso, 2009, p. 47 nota al pie). A ellas se ha acudido asignándoles "los más diversos objetos sociales" (Pozo Gowland, 2021, párr. 11).

Ya sea en pos de la prestación de servicios públicos o bien por considerar conveniente para el interés general llevar a cabo de modo directo ciertas actividades industriales o comerciales, el Estado tiene en la actualidad una significativa injerencia en la economía de ciertos sectores, interviniendo no desde alguna de las clásicas modalidades según la clasificación tripartita de Jordana de Pozas (1949), sino más bien desde la forma empresarial y, en lo que aquí interesa, bajo el esquema típico de la sociedad anónima (en adelante, SA), regulada en la Ley General de Sociedades (LGS, Ley 19550).

Acudir al ropaje jurídico de una figura propia del derecho privado se explica a partir de considerar que dicho régimen resultará más apropiado, ágil, eficiente

y adecuado para alcanzar los fines públicos que inspiraron la decisión de las autoridades públicas de crear una nueva persona jurídica distinta del Estado.

Este fenómeno ha sido puntualmente descripto por el alto tribunal de la Nación en el renombrado fallo *Guistiniani*[1010], donde señaló que la experiencia daba cuenta de que, asiduamente, el Estado recurre a figuras empresariales o societarias típicamente privadas con el objeto de desarrollar ciertos cometidos públicos y, para ello, deja de lado las clásicas categorías de la organización administrativa en el afán de agilizar su desenvolvimiento en el mercado, lograr una mayor efectividad económica y realizar así tales cometidos públicos.

Más allá de las diversas modalidades de empresas estatales que en nuestro derecho positivo se han creado[1011], nos detendremos en el supuesto particular de las sociedades anónimas integradas total o mayoritariamente por el Estado. Ello, por cuanto la tendencia viene siendo la de preferir la utilización de dicha figura por sobre aquellas otras creadas y empleadas con anterioridad.

Además, en el orden nacional, a partir de la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023, han quedado derogadas las sociedades del Estado, empresas del Estado, sociedades de economía mixta, entre otras[1012]. A su vez, el art. 48 dispone que las sociedades o empresas con participación del Estado, cualquiera sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en sociedades anónimas, lo cual incluye 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 societarias donde el Estado nacional tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias y no se encuentren constituidas como sociedades anónimas.

En línea con este proceso de transformación, en el Capítulo II de la Ley 27742 (Ley de bases y puntos de partida para los argentinos), fueron declaradas "sujetas a privatización" diversas empresas estatales (v. gr., NASA, YCRT, Energía Argentina SA, Intercargo SAU, entre otras) y se reglamentó el modo en que ha de llevarse a cabo su efectiva privatización[1013].

En este escenario, en el que la figura de la sociedad anónima se posiciona como la protagonista para dar cauce a la intervención estatal en la economía desde un rol empresario, es dable preguntarse cómo responden dichas sociedades por los daños y perjuicios que su acción u omisión ocasionen a terceros en la realización de su objeto social (prestación de un servicio público o la ejecución de actividades comerciales o industriales).

Ello, principalmente, por la existencia de voces encontradas al respecto, tanto a nivel doctrinario como normativo. Así, un sector de la doctrina pregona la

[1010] CSJN, Fallos: 338:1258.

[1011] V. gr., Sociedades de Economía Mixta (Ley 15349), Empresas del Estado (Ley 13653), Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (Ley 17318 y 19550, arts. 308 y ccs.), Sociedades del Estado (Ley 20705), Sociedades Anónimas puras y simples en las cuales el Estado participa de manera parcial o como único accionista (ley 19.550).

[1012] Ver arts. 36 a 40 del DNU 70/2023.

[1013] Conf. arts. 7 a 23.

aplicación de la Ley de Responsabilidad del Estado (LRE) para regir el deber de resarcir de las sociedades anónimas integradas total o mayoritariamente por el Estado, mientras que otras opiniones doctrinarias y precedentes jurisprudenciales abrevan por la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).

A su vez, es de destacar que no sólo en el ámbito doctrinario se suscita esta cuestión, sino que, en el marco del fenómeno inédito que atraviesa nuestro país desde el año 2014 —denominado por algunos como la *etapa legislada* de la responsabilidad Estatal (Cicero, 2020, p. 73)— en el que la nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) han de dictar sus propias leyes de responsabilidad del Estado, se observan algunas que, al especificar su ámbito de aplicación, emplearon fórmulas que conducen a sostener que tales normas rigen para la responsabilidad de las SA en las que participa el Estado cuando éste presta un servicio público (v. gr., leyes de Mendoza y de Río Negro), mientras que otras utilizaron una técnica legislativa que arrojaría la solución contraria (v. gr., Ley nacional 26944, ley de CABA, entre otras).

En este marco, entonces, me propongo analizar cuál es la norma/régimen aplicable frente a los daños y perjuicios ocasionados a terceros por las SA integradas total o mayoritariamente por el Estado en ocasión de llevar a cabo las actividades y/o servicios objeto de su estatuto social.

2. Naturaleza y régimen jurídico aplicable. Su importancia en el tema discutido

La determinación de la naturaleza jurídica de las SA en las que participa el Estado no ha sido pacífica y aún no lo es. Así, opiniones como la de Barra (2006, p. 388) o Bianchi (1988, p. 266) apuntan a afirmar que se trata de entes descentralizados que integran los cuadros estatales y, por ende, regidos principalmente por normas y principios publicistas.

Por otro lado, se encuentran quienes sostienen que son sujetos de derecho privado y que no forman parte de la Administración descentralizada, aunque reconocen que existen aspectos específicos en los que han de aplicarse normas y principios de derecho público. En esta línea se inscriben autores como Cassagne (2021, pp. 364-369), Mairal (1981, p. 22), Mata (2009), Canosa (2008, p. 39), Carbajales (2011, p. 76), Somaglia (2005), Franco (2001), Ugarte (2015), Bello Knoll y Curá (2001).

También se ha postulado que se trata en esencia de "entes públicos no estatales" (Sayagués Laso, como se citó en Alfonso, 2009, p. 29), enfatizando en la circunstancia de que lo *público* y lo *estatal* no son conceptos equiparables.

En punto a las personas públicas no estatales, Sacristán recuerda que dicho término fue acuñado por el jurista uruguayo Sayagués Laso en la década de 1940 y receptado por nuestra doctrina nacional, aunque dicha terminología no se hizo eco en el plano normativo (Sacristán, 2012, p. 45), donde la

determinación de la naturaleza de las personas jurídicas ha gravitado siempre en torno al binomio público-privado.

David Halperin (2013) ha enseñado que las personas públicas no estatales son

(…) personas creadas por el Estado o personas privadas, a las cuales aquél, al crearlas o con posterioridad a su creación (como en el caso de haber sido creadas como personas privadas), les transmite "transestructuralmente" prerrogativas de poder público, que eran o serían de competencia de un órgano estatal, para que las ejerza la persona pública no estatal, con algún modo o grado de control estatal. (párr. 10)

Desde esta perspectiva, lo público se divorcia de lo estatal, de modo que no todo lo público es estatal y viceversa. Además, vale agregar, lo público no estatal tampoco se identifica íntegramente con lo privado. De allí que se ha dicho que "entre lo estatal y lo estrictamente privado está este 'tertium genus' de lo público no estatal. Que, no obstante su difícil caracterización, no debe confundirse con lo uno ni con lo otro, pero especialmente con lo primero" (Creo Bay, 2006, párr. 22).

Tanto si se considera que las sociedades anónimas integradas por el Estado son personas públicas no estatales o bien personas privadas, el punto es que ninguna de estas categorías integra los cuadros estatales y ello, como se verá más adelante, impediría considerar a estas SA alcanzadas por el ámbito de aplicación de las leyes de responsabilidad del Estado, por cuanto tales normas acuden principalmente a un criterio subjetivo para su régimen (es decir, regulan lo relativo a los daños que causa "El Estado" y no aquellas personas ajenas a su estructura, independientemente de si ejercen funciones administrativas o no).

Ahora bien, en el plano normativo, no puede soslayarse que el CCyCN ha adoptado una postura al respecto que resulta novedosa al compararlo con el articulado de su predecesor, el Código Velezano. En efecto, clasifica a las personas jurídicas en públicas y privadas[1014] y, dentro de estas últimas, incluye a las sociedades[1015], aclarando seguidamente que "[l]*a participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación*".

Al respecto, se ha dicho que esta norma importa que la configuración o estatus jurídico de una persona jurídica privada no se ve alterada por el hecho de que el Estado participe en su interior y que incluso la participación estatal mayoritaria no torna a aquel sujeto en una persona de derecho público (Carbajales, 2021).

En este orden de ideas, el CCyCN adopta la tesitura que predica la naturaleza jurídica privada de las SA en las que participa el Estado, sin perjuicio de que en sus normas constitutivas se les puedan asignar "derechos y obligaciones diferenciados", que no es otra cosa que reconocer la aplicación de principios e

[1014] Conf. art. 145.
[1015] Conf. art. 148, inciso a.

institutos propios del derecho público.

Aun cuando doctrinariamente persista la discusión sobre su naturaleza jurídica, entiendo que lo anterior no puede ser sin más ignorado, puesto que en el derecho vigente argentino existe una fuente de derecho que ha adoptado expresamente una postura en punto a la naturaleza jurídica privada de las sociedades anónimas, la cual no varía cuando el Estado tenga participación en ellas.

Esta posición —con la que coincido— es conteste con la circunstancia de que es el propio Estado el que acude al ámbito privado para desenvolverse en ese terreno como un particular más, despojado de las prerrogativas y potestades públicas que le sientan por su propia esencia. Desde este mirador, sería un contrasentido afirmar que el Estado puede acudir a las figuras del derecho privado y, seguidamente, aseverar que, cuando lo hace, transforma al nuevo sujeto en uno de naturaleza pública, como si —parafraseando a Carbajales (2021, p. 49)— se tratara del Rey Midas[1016].

Además, afirmar la naturaleza jurídica privada de estas sociedades no se pone en contradicción con la existencia de fines públicos que inspiraron su creación, puesto que, como afirma Cassagne (2021), ellos también pueden ser realizados por particulares, de modo que "[e]*xistiendo por lo tanto fines que pueden lograrse tanto por el Estado como por los entes privados, el criterio finalista utilizado con exclusividad para definir el encuadramiento de las entidades y el régimen de sus actos resulta ineficiente*" (p. 365).

Tampoco colisiona, a mi entender, con el concepto de sector público nacional en los términos del art. 8° de la Ley 24156, el cual —no se me escapa— incluye a las empresas y sociedades en las que participa el Estado. Es que, tal como ha explicado la doctrina, para la definición e integración del sector público nacional se ha tenido en cuenta un criterio presupuestario y no uno jurídico-orgánico (Ivanega, 2003, p. 31), con una clara intención de emplear un concepto muy amplio que pueda abarcar todos los entes públicos existentes y también a ciertos entes privados, con el objeto de unificar la aplicación del sistema de administración financiera instaurado por dicha ley en lo relativo a los procedimientos que rigen el proceso presupuestario de todas esas entidades, al sistema de crédito público, al de contabilidad y al de tesorería (Cassagne, 2006, pp. 1463-1479).

La determinación de la naturaleza jurídica de las SA que se hallan total o mayoritariamente integradas por el Estado no es un tema menor, a poco que se advierta que el régimen jurídico al que se hallarán sometidas, en gran medida, depende de la naturaleza asignada. Sin embargo, es menester aclarar que ello lo es en aras de trazar una regla general o bien residual de aplicación de normas de derecho público o privado, pero de ningún modo puede significar excluir por completo las normas y principios de un ámbito o del otro. Por el contrario, y por hallarse en definitiva rayanas entre lo público y lo privado, la coexistencia y entrecruzamiento de normas publicistas y privatistas es,

[1016] Este autor describe la doctrina que tiende a convertir todo ente en un sujeto público por la mera presencia del Estado, trazando un paralelismo con el monarca de Frigia que, según el mito griego, convertía todo lo que tocaba en oro.

ciertamente, inevitable.

Lo que sí es claro es la intención de la autoridad pública creadora (legislador o Poder Ejecutivo) de acudir al derecho privado y de someter a las SA en las que participa el Estado a un régimen eminentemente privatista, que brinde —dentro de lo jurídicamente posible— condiciones tales que les permitan insertarse en la lógica mercantil y competir en igualdad de condiciones.

En efecto, la discusión objeto de este trabajo no se agota en la postura que se adopte sobre la naturaleza jurídica, puesto que, aun cuando se considere que obedecen a una naturaleza privada, no quedan completamente exceptuadas de la aplicación de normas de corte público, y viceversa; aun cuando se les acuerde una naturaleza publicista, se admite que éstas se rijan por el derecho privado en muchos de sus aspectos.

Esta textura mixta del régimen jurídico ha sido vehementemente receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la cual sostuvo que el encuadramiento subjetivo no alcanza para delimitar el régimen jurídico de una sociedad anónima íntegramente del Estado, sino que debe estudiarse "(…) *el alcance y extensión del régimen de derecho privado, considerando que toda conclusión respecto a un aspecto específico no debía necesariamente replicarse sobre otros asuntos de la misma sociedad ni tampoco a otras empresas análogas*"[1017].

El régimen jurídico aplicable a las SA en las que participa el Estado adopta una fisonomía mixta[1018] que pivota entre el derecho privado y el derecho público. Como indica Somaglia (2005), "*tienen un pie en el Derecho Administrativo y otro en el Derecho Privado*" (párr. 8). Ello, por cuanto "[n]*o obstante que el régimen aplicable es de derecho privado, pueden coexistir conjuntamente ciertas relaciones de derecho público*" (Franco, 2001, párr. 29).

Aunque, es dable señalar, el *quid* de la cuestión radica en dilucidar en qué medida y proporción se aplica uno u otro régimen. Esto es, qué normas e institutos se aplican (Etcheverry, 1982). Como ha expresado Hutchinson, cualquiera sea la personalidad, siempre será necesario indagar al concreto negocio jurídico, en tanto es ello lo decisivo para corroborar en cada caso y aspecto de la actividad de la sociedad, si ésta se regirá por el derecho administrativo o el privado[1019].

En suma, abonar —como aquí se hace— la tesis de la naturaleza jurídica privada de las SA en las que participa el Estado arroja una primera respuesta en punto a determinar cómo ha de regirse la responsabilidad extracontractual de estas sociedades anónimas (lo cual se abordará en el punto 5), pero ello no sella el debate, dado el régimen jurídico mixto al que se hallan sometidas. De allí que habrá que continuar indagando si en punto a su responsabilidad puede estarse a la regla general que se deriva de la naturaleza jurídica acordada o bien si deben aplicarse normas de derecho público.

[1017] CSJN, Fallos: 345:1044, sentencia del 27/09/2022.
[1018] Ver Balbín (2015, p. 250).
[1019] Voto del Dr. Hutchinson en *Gas del Estado c. Ultraocean S.A*, de la Cam. Nac. CAF, Sala IV, sentencia del 26/03/85, en *La Ley*, 1986-A, 229 (Somaglia Héctor, 2005).

3. El interrogante: ¿qué régimen debe aplicarse frente a los daños ocasionados a terceros por este tipo de sociedades?

En este escenario, se suscita un claro interrogante en torno a si se aplica el derecho público o el derecho privado frente a los daños y perjuicios que las sociedades anónimas del Estado puedan provocar a terceros en ocasión del servicio que presten o las actividades que realicen.

Ello nos enfrenta a dos soluciones diferentes: por un lado, si ha de predicar se que la normativa aplicable a este aspecto es la de corte privatista, entonces, la responsabilidad extracontractual de las SA del Estado se halla regida principalmente por las normas del CCyCN (arts. 1708 y ccs); por el otro, si se considera que debe primar un régimen público, será de aplicación la Ley de Responsabilidad del Estado nacional o local, según corresponda, a la luz del derrotero histórico y jurisprudencial que el instituto de la responsabilidad estatal ha tenido en nuestro país de la mano de las sentencias de la CSJN y de la doctrina nacional que han logrado ubicarla en el seno del derecho administrativo, divorciándola del derecho de fondo.

3.1 Argumentos a favor de la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado

Desde un sector de la doctrina, se ha propiciado la aplicación del régimen de responsabilidad del Estado para resolver los casos en que las SA en las que participa el Estado provocan daños y perjuicios a terceros[1020]. Vale aclarar que esta postura se detiene en aquellas empresas estatales que gestionan un servicio público, que se hallan motivadas por un interés público directo o ejercen una función pública.

En sustancia, los autores que afirman tal postulado toman como punto de partida que tales empresas, por la constitución del capital societario y por la función desempeñada, "(…) *forman parte del Estado,* (…) *son el Estado*" (Uslenghi, 2018, párrs. 5-6).

Frente a ello, plantean que, si el legislador quiso someterlas al régimen del derecho privado (en lo que aquí interesa, al CCyCN), el primer inconveniente radica en que dicha codificación establece que las disposiciones allí previstas en torno a la responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (art. 1764), la cual se rige por las normas y principios de derecho administrativo nacional o local, según corresponda (art. 1765).

En segundo término, invocan que, por la aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario, *se llega* al Estado y proponen, así, la aplicación de la LRE por considerar que el sistema de responsabilidad estatal allí previsto resulta más beneficioso y tuitivo para las víctimas que aquel regulado en el CCyCN. Indican que el levantamiento del velo societario se justificaría por el hecho de que los damnificados verían mermados sus derechos como consecuencia de la

[1020] Ver Uslenghi (2018). También González Jovanovich (2021), entre otros.

inaplicación del derecho administrativo.

Sobre este punto, aseveran que el factor de atribución de la falta de servicio —de corte objetivo— facilita el reclamo de la víctima, toda vez que su prueba y acreditación resultan más fáciles y sencillas que los factores de atribución contemplados en el CCyCN. Agregan que, en el ámbito del derecho público, se encuentra fuertemente arraigada la responsabilidad estatal por actividad legítima, un supuesto prácticamente desconocido en el derecho privado.

Paralelamente, y más allá de esta opinión doctrinaria, si bien la mayoría de las leyes de responsabilidad del Estado hasta el momento dictadas han optado por excluir de su ámbito de aplicación a las SA en las que participa el Estado, la Ley 5339 de Responsabilidad del Estado de la Provincia de Río Negro expresamente incluye a las

(…) Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas y todas aquellas empresas donde el Estado tiene participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, excepto cuando el supuesto involucre el ejercicio de la actividad industrial o comercial propia de aquellas[1021].

A *contrario sensu*, la norma se aplicaría frente a los daños ocasionados por aquellas SA en las que participa el Estado cuando se encarga de la prestación de un servicio público.

Por su parte, también vale destacar a la Ley de Responsabilidad del Estado de la Provincia de Mendoza (Ley 8968), en tanto establece que sus disposiciones son aplicables a todos los sujetos que conforman el sector público provincial o municipal, y que la responsabilidad originada en la actuación de índole comercial, industrial, financiera o cualquier otra que sujetos del sector público provincial desplieguen bajo un régimen de derecho común, en igualdad de condiciones y circunstancias al que rige la actividad privada, queda sujeta al sistema de responsabilidad patrimonial propio de dichas relaciones[1022].

En comentario a este artículo, se ha entendido que la ley de Mendoza "[e]*stablece la regla en la aplicación del derecho administrativo y la excepción* (…) *en aquellos supuestos en que la responsabilidad extracontractual derive de la actividad comercial Industrial o financiera de estas empresas*" (González Jovanovich, 2021, párr. 45).

A su turno, Simón y Albarracín (2019) han dicho que la remisión que hace la norma mendocina al concepto de sector público provincial tiene efectos relativos y limitados, en tanto no le será aplicable a aquellas entidades que no actúen como poder público, esto es, a los sujetos del sector público provincial que desarrollan actividades de índole comercial, industrial, financiera o cualquier otra que bajo un régimen de derecho común. Dichos autores concluyeron que no ha de aplicarse la ley local de responsabilidad del Estado a

(…) Fondos fiduciarios, empresas, sociedades y otros entes públicos (en tanto estos últimos sean de índole comercial Industrial o financiera), empresas

[1021] Conf. art. 2.
[1022] Conf. art. 1°.

públicas, Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades anónimas del Estado, sociedades de economía mixta y Sociedades del Estado. (Simón y Albarracín, 2019, p. 52)

3.2 Argumentos en contra de la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado

Es dable comenzar recordando que, en sentido opuesto a aplicar el régimen de responsabilidad estatal a las SA en las que participa el Estado, se han pronunciado distintos juristas, como también la mayoría de las leyes de responsabilidad del Estado hasta el momento sancionadas.

La Ley de Responsabilidad del Estado Nacional no efectúa un detalle preciso de su ámbito de aplicación, sino que se limita a establecer que dicha ley rige la responsabilidad del Estado —sin mayores precisiones— por los daños que su actividad o inactividad les produzca a las personas. Con esta misma redacción se encuentran las leyes de Santiago del Estero (Ley 7179), Santa Cruz (Ley 3396), Chubut (Ley 560), La Rioja (Ley 10004), Catamarca (Ley 5536) y San Juan (Ley 2657-A).

Así, al comentar el articulado de la Ley 26944, Perrino (2015, pp. 42-45) ha señalado que debe descartarse la aplicación de dicha norma a las personas públicas no estatales y a las sociedades y empresas públicas en cuyo supuesto el régimen de responsabilidad aplicable sería el de la normativa del derecho privado. Andrada (2017), por su parte, ha expresado que "*(…) la LRE no ha pretendido regular la responsabilidad del Estado empresario, sino la responsabilidad del sujeto estatal en el ámbito del derecho público*" (p. 51).

La Ley 6325 de la CABA establece que sus disposiciones son de aplicación al "*(…) sector público de la Ciudad de Buenos Aires que comprende a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, las Comunas, los organismos descentralizados, entidades autárquicas, y organismos de la seguridad social*"[1023]. Si bien el concepto de sector público de la Ciudad de Buenos Aires —delimitado en el art. 4 de la Ley local 70— incluye a las SA del Estado, una primera lectura arroja que la Ley 6325 acotó a sus efectos el alcance de dicho término, excluyéndolas de su ámbito de aplicación.

Tampoco las incluye la Ley de Responsabilidad del Estado de Entre Ríos (Ley 10636), en tanto dispone que dicha norma rige la responsabilidad del Estado provincial, municipios, comunas, entes autárquicos, descentralizados y demás entes públicos estatales provinciales, municipales o comunales en todas sus manifestaciones y niveles.

Ismael Mata (2007) sostiene que la responsabilidad de las sociedades en las que el Estado participa con poder de decisión o de veto, cuando realizan actividades comerciales o industriales o bien cuando prestan un servicio público, se halla sujeta a las reglas del derecho privado, con posibilidad de que sean concursadas o declaradas en quiebra. En punto a la prestación de servicios públicos, este autor aclara que la responsabilidad estatal responde siempre a causas específicas de imputación y no a la sola circunstancia de que

[1023] Conf. art. 1.

es el titular primario del servicio (*publicatio*), de modo que ello sólo podría darse cuando falla su rol de autoridad concedente. En este sentido, concluye:

(…) las sociedades estatales están sujetas a las reglas de responsabilidad establecidas en los Códigos Civil y de Comercio; el Estado no asume responsabilidad refleja (…) y sólo le cabe la directa, en su carácter de concedente o regulador, si dichas sociedades prestan servicios públicos. (Mata, 2007, p. 361)

Por mi parte, entiendo que no cabe considerar aplicable el régimen público de responsabilidad estatal para regir lo relativo a los daños ocasionados a terceros por parte de las SA en las que participa el Estado. Por el contrario, a mi modo de ver, tales casos deben regirse por el derecho de fondo y, más puntualmente, por el CCyCN, ya sea que tengan por objeto realizar una actividad comercial, industrial o financiera o bien se instituyan para la prestación de un servicio público.

En aras de respaldar lo anterior, intentaré esbozar una serie de argumentaciones y consideraciones, abordando también los fundamentos dados por las opiniones doctrinarias que afirman lo contrario.

3.2.1 La participación del Estado en sociedades anónimas es una alternativa constitucional

Para comenzar, vale recordar que la doctrina acuerda que, en principio, no se advierten reparos constitucionales en la circunstancia de que el Estado acuda a una figura societaria del derecho privado como una modalidad específica de intervención en la economía[1024] cree un nuevo sujeto distinto de él y lo someta a un régimen eminentemente privado para realizar ciertos cometidos públicos.

Al no entrar en crisis con nuestra ley fundamental, y en la medida en que esta alternativa se halle incardinada por el principio de subsidiariedad[1025], la modalidad del Estado empresario bajo figuras propias del derecho privado se inserta dentro del elenco de posibles modos de acción que las autoridades públicas pueden emprender en aras de realizar inmediata o mediatamente el interés público. Como indica Cassagne (2021, p. 365), ninguna incompatibilidad existe para que las empresas estatales asuman las formas societarias del derecho mercantil.

En esta línea, Balbín (2015, p. 634) da un paso más y expresa que, incluso desde la óptica de la organización administrativa, no existe ningún principio que impida que el legislador establezca la creación de una sociedad anónima estatal regida por el derecho privado (Balbín, 2015, p. 634).

Es que, sin perjuicio de que el Estado es un sujeto de derecho con una personalidad jurídica única, lo cierto es que, en aras de lograr sus cometidos estatales, posee capacidad para organizarse, y dicha aptitud no se agota en las modalidades clásicas de la organización administrativa —insertas

[1024] Conf. Bielsa (2017, p. 252), Cassagne (2021, pp. 364-369), Dromi (1977, p. 297), Mairal (1981).

[1025] En razón del principio de subsidiariedad —cuya raigambre constitucional puede apreciarse del propio sistema económico consagrado en nuestra ley fundamental y, en particular, de la hermenéutica de los arts. 14, 16, 17, 19, 28, 42 y 75 incisos 18 y 19— se desprende que la intervención estatal en el campo económico debe darse sólo cuando se constata la necesidad de suplir falencias o insuficiencias del sector privado y hasta tanto se logren revertir tales deficiencias. Ver Cassagne (2015, p. 241), Barra (2006, p. 359), Sagüés (1980).

íntegramente en el ámbito público—, sino que más bien "(…) *se hace extensiva tanto al campo del derecho público, como al campo del derecho Privado*" (Somaglia, 2005, párr. 37).

En este orden de ideas, el punto de partida no es otro que la concordancia entre el bloque constitucional y el rol del Estado empresario bajo formas mercantiles, de modo que, como explicara Morel Ocaña (1998), "[l]*a creación de entes con arreglo al derecho privado, concretamente al ordenamiento de las sociedades comerciales, constituye una alternativa organizatoria frente a la clásica descentralización de servicios*" (p. 637). Más aún cuando, como ya se dijo, "(…) no existe una norma constitucional que [lo] impida" (Bielsa, 2017, p. 252).

Todo ello, en definitiva, da cuenta de que el Estado no se encuentra —para lograr sus cometidos— constreñido a emplear formas públicas de personificación, sino que bien puede, dentro del margen de actuación que en cada contexto brinde el principio de subsidiariedad, participar en calidad de socio/ accionista de una sociedad anónima del derecho privado juntamente con otros particulares o bien detentando la totalidad de las acciones de ésta.

Vale decir que la CSJN tampoco ha objetado la creación o existencia de SA integradas por el Estado, sometidas a un régimen principalmente privado, más allá del modo en que fue resuelto cada caso en punto a la aplicación de institutos específicos de derecho público a determinadas sociedades anónimas integradas por el Estado (v. gr., conflictos interadministrativos, acceso a la información pública, etcétera)[1026].

3.2.2 Creación de un nuevo sujeto de derecho privado cuya personalidad es distinta de la del Estado

Una vez consensuada la constitucionalidad de esta modalidad, entiendo, comienzan a decantarse derivaciones jurídicas de la lógica propia del derecho privado en el que incursiona el Estado.

Es decir, al acudir a la figura de las SA, el Estado ingresa en un ámbito jurídico diferente de aquel que naturalmente lo rige, cuyas normas estipulan que las sociedades son sujetos de derecho con una personalidad distinta de la de sus socios (art. 143 del CCyCN y art. 2 de la LGS). En efecto, la personalidad de la SA no se confunde con la de sus miembros, aun cuando uno de ellos sea un sujeto de derecho público. De allí que el art. 149 del CCyCN confirma que la participación del Estado en una persona jurídica privada no modifica la naturaleza jurídica de ésta.

De este modo, se crea un nuevo sujeto de derecho privado distinto del Estado, que se halla regido principalmente por el derecho común. Y ello es porque el fin público que pudo inspirar la creación de una sociedad anónima con fondos estatales o el ingreso a participar en una ya existente no trastoca la regla de la personalidad diferenciada ni mucho menos la naturaleza jurídica de la sociedad como sujeto de derecho privado.

En este contexto, una deducción lógica de lo anterior es predicar que, si las SA en las que participa el Estado causan daños a terceros, éstas deben responder en los mismos términos que todos los sujetos de derecho privado, esto es, conforme lo regula el CCyCN. Es que

[1026] CSJN, Fallos: 345:1044, Fallos: 335:258, Fallos: 338:1258, entre otros.

[l]o lógico es suponer que cuando el estado utiliza las formas jurídicas del derecho privado debe despojarse de las prerrogativas de poder público que no guardan correspondencia ni resultan necesarias para el objeto de actividades económicas que se propone realizar por la sencilla razón de que aunque la finalidades mediatas que persigue sean de interés público estas pueden constituir también la acción de entidades de derecho privado. (Cassagne, 2021, p. 364)

En este orden de ideas, asumir que, cuando el Estado acude a una forma societaria típica del derecho privado, el nuevo sujeto de derecho se rige principalmente por el régimen privatista y que a su respecto no existen objeciones constitucionales conduce a una inevitable conclusión preliminar: la responsabilidad extracontractual de ese nuevo sujeto de derecho se regirá por el derecho privado.

Esto se inscribe, a su vez, en la lógica recientemente plasmada en la modificación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LPA) en la que se dispone que dicha norma no se aplicará 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 sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias, [sino que] (…) se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado[1027].

3.2.3 Corresponde aplicar el CCyCN cuando se realizan actividades comerciales, industriales o financieras y también si se presta un servicio público

Vale aclarar que no existe prácticamente disenso en que el CCyCN es la norma que rige la responsabilidad de las SA integradas por el Estado cuando éstas llevan a cabo actividades comerciales, industriales y/o financieras[1028]. En cambio, como se viene diciendo, el disenso se presenta cuando éstas prestan un servicio público y el Estado efectúa una traslación transestructural de un cometido estatal hacia una SA integrada por él.

No cabe desconocer que la circunstancia de que las SA en las que participa el Estado tengan por objeto la realización de tareas comerciales, industriales y/o financieras o bien la prestación de un servicio público resulta, en ocasiones, determinante para definir su régimen jurídico e impone una mayor presencia de normas de derecho público aplicables en algunos supuestos.

Sin embargo, no considero que el encuadre del instituto bajo análisis (la responsabilidad extracontractual) respecto de este tipo de SA difiera de las conclusiones arriba esbozadas cuando su objeto societario persigue la prestación de un servicio público.

[1027] Conf. el art. 1°, inciso c de la Ley 19549, conforme modificación dispuesta en el art. 24 de la Ley 27742.
[1028] Incluso los juristas que abrevan por la aplicación de la LRE aclaran que ello es cuando la SA presta un servicio público. También, la ley mendocina (art. 1°, Ley 8968) y la rionegrina (art. 2°, Ley 5339), ya comentadas, excluyen de su ámbito de aplicación a las sociedades que realizan actividades comerciales, industriales y/o financieras.

Ello así, puesto que, aunque se trate de un servicio público calificado con la *publicatio*, lo cierto es que, asumida la distinta personalidad de la SA respecto de la del Estado y acordada su capacidad para contratar con este último, ella se inserta en la lógica típica de toda concesión de servicios públicos y obras públicas[1029], donde prima la regla de que quien asume a su cargo la prestación de un servicio público o la realización de una obra pública al amparo de un título jurídico de concesión o licitación en acuerdo con la autoridad competente actúa *a riesgo y ventura propios* como prestadora o cocontratante de conformidad con los marcos regulatorios pertinentes[1030].

Sobre este punto, Bielsa (2017) ha dicho:

Si la sociedad es privada y se le da una concesión, hay que llamarla por su nombre: concesionaria, y someterla al régimen de concesión, en cuyo caso siendo el Estado accionista, ella será simplemente una sociedad anónima concesionaria, y en consecuencia debe obrar por cuenta y riesgo propios. (p. 257)

Esta situación, tal como afirma Carbajales (2011), "(…) *en nada difiere de los casos en que la prestación es llevada a cabo por un concesionario o licenciatario netamente privado*" (p. 101), el cual, vale señalar, responde de modo directo por los daños y perjuicios que provocan a los usuarios y terceros en ocasión de la prestación del servicio de conformidad con las reglas de responsabilidad consagradas en el CCyCN.

En efecto, del mismo modo que el hecho de que los particulares presten un servicio público en virtud de un contrato de concesión no justifica aplicar les —por esa circunstancia— el régimen de responsabilidad extracontractual del derecho administrativo para responder por los daños que ocasionen a terceros, tampoco debería justificarse en el caso de las SA integradas por el Estado.

Así como el derecho común regula los daños que los concesionarios (compuestos por particulares) ocasionan a terceros, y ello (como se verá seguidamente) no se pone en crisis con el principio constitucional *alterum non laedere* ni se contradice con la titularidad del Estado respecto del servicio concesionado, se desvanece —a mi entender— el argumento en el que reposa la idea de que corresponde aplicar el régimen de responsabilidad estatal a las SA en las que participa el Estado por el solo hecho de que presten un servicio público.

Dicho esto, y expresadas estas primeras conclusiones, es dable entonces analizar los argumentos dados por aquellas voces doctrinarias que postulan que las SA en las que participa el Estado deben regirse por la LRE.

[1029] Ver Carbajales (2021, p. 100), Balbín (2015, p. 430), entre otros.

[1030] Explicaba Marienhoff (1966, p. 581, n. 1149) que la explotación del servicio público concesionado lo hace el concesionario a su propio costo y riesgo, lo que significa que toda responsabilidad que derive de hechos que concreten el ejercicio de la concesión le corresponde a él.

3.2.4 Principio constitucional en juego en el régimen de responsabilidad extracontractual de las SA en las que participa el Estado

Lo afirmado en punto a que las SA en las que participa el Estado deben responder en los mismos términos que todos los sujetos de derecho privado, debería ceder en caso de que ello ponga en crisis algún principio constitucional en virtud del cual deberá acudirse a las previsiones del derecho público para su salvaguarda.

Al respecto, vale recordar que en aquellos supuestos en los cuales se ha impuesto la aplicación de normas de derecho público, pese a una clara y expresa intención del legislador de que impere un régimen privado, su razón de ser estuvo en que las previsiones publicistas servían a la concreción de algún principio constitucional de ineludible observancia.

Así, a título ilustrativo, en *Giustiniani*, la CSJN entendió que YPF SA no quedaba eximida del régimen de acceso a la información pública, puesto que, pese a que su ley creadora impedía la aplicación de normas de derecho administrativo, no cabía sustraerla totalmente de las obligaciones de garantizar el derecho de acceso a la información que goza de protección constitucional y convencional a la luz de los principios de transparencia y publicidad de la gestión pública[1031]. En este caso, de no aplicarse el derecho administrativo, la consecuencia era que no se brindaría información alguna.

Otro tanto ocurre cuando se analiza el régimen aplicable a las sociedades anónimas en las que participa el Estado al momento de contratar bienes y servicios con otros particulares. Allí, el punto neurálgico radica en dilucidar si en virtud de los principios de igualdad, de publicidad de los actos de gobierno y de la defensa de la competencia este tipo de SA debe regirse o no por las normas administrativas de los regímenes generales y especiales de contrataciones públicas[1032]. De no seguirse ello (total o parcialmente), la consecuencia será la libertad contractual para la SA en la que participa el Estado, rectora en el derecho privado.

De allí que es menester evaluar si el instituto específico de la responsabilidad del Estado resulta de ineludible aplicación para el caso de las SA en las que participa el Estado en aras de asegurar la concreción o el respeto de algún principio constitucional, lo cual impondría un apartamiento del régimen privado acordado para ellas.

Ahora bien, vale apuntar que el principio constitucional que se encuentra involucrado es el *alterum non laedere*, receptado en el art. 19 de la Constitución Nacional. En razón de este principio subsiste para todos los sujetos de derecho el deber de no dañar a otro o bien la prohibición de perjudicar derechos de terceros[1033], debiendo —en caso de que así ocurra— reparar los perjuicios ocasionados. Es que, en último término, lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado es la violación del deber de no

[1031] CSJN, Fallos: 338:1258. Ver también Siseles (2015), Sacristán (2016), entre otros.
[1032] Ver Cassagne (2007), entre otros.
[1033] CSJN, Fallos: 345:884.

dañar a otro[1034].

Desde este lugar, es dable enfatizar que este principio no entra en crisis al regirse las SA en las que participa el Estado por el derecho privado en materia de responsabilidad y no por el derecho público.

Es que tanto el CCyCN como las leyes de responsabilidad del Estado nacional y locales constituyen —cada uno con sus propias modulaciones y en sus ámbitos específicos— reglamentaciones de aquel principio constitucional. De este modo, siguiendo la lógica argumentativa arriba propuesta, de no aplicarse el derecho administrativo en estos casos (LRE), la consecuencia nunca podrá ser la irresponsabilidad de las SA en las que participa el Estado, sino que, por el contrario, ellas responderán en los términos del derecho de fondo.

En efecto, someter a estas SA a un régimen privatista en este aspecto implica que quienes resulten por ellas lesionados tendrán a su alcance la reglamentación del *alterum non laedere* que ha efectuado el derecho de fondo, o sea, el CCyCN.

Todo ello demuestra, en mi opinión, que no se verifica la existencia de un principio constitucional amenazado por el sometimiento de las SA en las que participa el Estado al régimen privado y que imponga la aplicación de normas de derecho público. Lejos de ello, el principio que en todo caso se halla en juego, el *alterum non laedere*, se encuentra debidamente salvaguardado desde la reglamentación que a su respecto hace el derecho de fondo.

3.2.5 ¿Es el régimen de la LRE más beneficioso que el CCyCN desde la perspectiva de los damnificados?

En este escenario, difícil es aseverar que, en el estado actual de cosas en punto a los regímenes nacional y locales de responsabilidad del Estado, éstos resulten sin hesitación más beneficiosos para los terceros que el propio articulado del CCyCN.

La sistematización efectuada por éste es ciertamente más abarcativa y completa que aquella plasmada en las leyes de responsabilidad estatal, las cuales han merecido contundentes críticas —sobre todo la nacional— en punto no sólo a su lacónico articulado, sino también por no haber recogido fielmente varios aspectos sustanciales que habían sido consolidados por la jurisprudencia de la CSJN y por la doctrina mayoritaria[1035]. Al respecto, varios autores han manifestado que, por ejemplo, la ley 26.944 constituye una *regulación parcial* de la responsabilidad del Estado[1036].

Todo ello, sin mencionar que muchas de las cuestiones que no han sido abordadas por las legislaciones de responsabilidad estadual imponen en la

[1034] CSJN, Fallos: 344:2256.

[1035] V. gr., la omisión ilegítima solo se configura frente a la inobservancia de mandatos expresos y determinados, mas no cuando se trata de mandatos genéricos e indeterminados, a diferencia de lo que había sido sentado en la doctrina del fallo *Mosca* (Fallos: 330:563); se excluye toda regulación respecto del riesgo o vicio de la cosa como factor de atribución específico, dejando de lado pronunciamientos tales como *Meza Dora* (Fallos: 338:652), entre otras cosas.

[1036] Ello, en tanto, según aducen, muchos aspectos en los que el Estado nacional podría ser encontrado patrimonialmente responsable no han sido siquiera abordados en la ley 26944. Conf. Andrada (2017, p. 46), Mora y Trionfetti (2014, p. 435), entre otros.

praxis judicial acudir a las previsiones del propio CCyCN por vía analógica, en tanto su aplicación directa o subsidiaria ha sido vedada[1037]. A título ilustrativo, el referido código ha regulado puntos tales como la función preventiva de la responsabilidad y consagrado una acción específica al efecto (arts. 1708 y ccs.); la legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho (art. 1718); la asunción del riesgo y consentimiento del damnificado (arts. 1719/1720); los rubros indemnizatorios (arts. 1737/1748); el concepto de caso fortuito y del hecho de la víctima (arts. 1729/1730); damnificados directos e indirectos para reclamar daño moral (art. 1741); dueño o guardián de la cosa (art. 1757); prejudicialidad entre la acción penal y la resarcitoria (arts. 1774/1780); daños causados a cosas o bienes (art. 1772); daños causados por animales (art. 1759); entre otros.

Asimismo, tampoco podría afirmarse que la ley de responsabilidad del Estado es más beneficiosa que el CCyCN con base en que la falta de servicio resulta de más fácil acreditación en tanto es un factor de atribución de tipo objetivo. Es que, justamente, si bien la falta de servicio ha sido considerada objetiva[1038], lo cierto es que su configuración no opera del mismo modo que otro tipo de factores de atribución de verdadero corte objetivo (v. gr., el riesgo o vicio de la cosa). En el caso de la falta de servicio, el damnificado tiene la carga procesal de

(…) individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la activi dad o la omisión que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en lo atinente a su falta de legitimidad[1039].

Por su parte, en el caso del riesgo o vicio de la cosa, basta que la víctima demuestre que ha sufrido un daño resarcible que guarda una adecuada relación de causalidad con la cosa, debiendo su titular y/o guardián probar un supuesto de ruptura del nexo causal para eximirse de responsabilidad[1040]. En virtud de esto, la doctrina ha explicado que la falta de servicio no opera, en rigor de verdad, como un auténtico factor de atribución objetivo y se la ha llegado a describir como una *culpa objetivada*[1041].

En definitiva, a mi modo de ver, son muchos los aspectos que impiden afirmar que el régimen extracontractual de responsabilidad del Estado resulta, a la luz del principio *alterum non laedere*, más beneficioso que el régimen del CCyCN, de modo que, incluso desde esta perspectiva, tampoco se justificaría acudir a normas y principios del derecho administrativo para regir la responsabilidad

[1037] Conf. arts. 1764, 1765 y 1766 del CCyCN y art. 1° de la LRE, etc. En cuanto a las problemáticas vinculadas con la aplicación analógica de las normas del CCyCN en materia de responsabilidad del Estado en los ámbitos que no han dictado sus propias leyes. Ver Fiol (2020, p. 205).
[1038] CSJN, Fallos: 306:2030.
[1039] CSJN, Fallos: 347:128.
[1040] CSJN, Fallos: 338:652.
[1041] Al respecto, el prof. Cassagne (2022) ha abordado con profundidad el carácter subjetivo y objetivo de los factores de atribución y, en particular, el de la falta de servicio y las dificultades que presenta la inteligencia del concepto *faute* en el idioma francés.

extracontractual de la SA en las que participa el Estado.

3.2.6 La aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario no conduce a aplicar la LRE

Es importante diferenciar la responsabilidad que les cabe a las SA en las que participa el Estado, como nuevos sujetos de derecho privado de aquella que eventualmente le podría corresponder al Estado como socio de la SA. En principio, el Estado —en tanto socio— limita su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas (art. 163 de la LGS)[1042]. En esta línea de pensamiento, se ha explicado que: "Tratándose de la actuación de empresas y sociedades (…) de propiedad Estatal la responsabilidad del estado se limita a su participación en el capital social de dichas empresas o sociedades (Art. 163, Ley de Sociedades)" (Mertehikian, 2000, párr. 51).

De la regla de la personalidad diferenciada, se sigue que la responsabilidad es también distinta, pues "(…) cada persona responde por sus deudas", siendo que la "(…) responsabilidad solidaria que pueden asumir los socios (…) de una persona jurídica puede surgir del régimen especial para determinados entes, dentro o fuera del código" (Lorenzetti, 2015, p. 579).

Dicha distinción es relevante desde que la aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario opera de modo excepcional, en tanto implica la posibilidad de que el tercero damnificado impute directamente el acto lesivo, fraudulento y/o de mala fe que le produjo los daños y perjuicios al socio o a los socios que permitieron que ello ocurriera conduciendo, administrando o controlando la actividad de la SA con fines extrasocietarios o contrarios a la ley.

Cabe recordar que el art. 144 del CCyCN receptó la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que ya había sido acogida por la Ley 19550 en su art. 54. Así, el mentado art. 144 prevé que la actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica y que constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se impute a quienes —a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos—, la hicieron posible, los cuales responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

En cuanto a los efectos que posee la aplicación de este instituto, se ha explicado que "(…) la personalidad jurídica subsiste en resguardo de los acreedores sociales y de los demás socios. Solo se tornan "inoponibles" ciertos efectos de la tipicidad, de la llamada tipicidad de segundo grado, en rigor del privilegio de la responsabilidad limitada" (Moeremans, 2021, párr. 37). Esta figura puede afectar a uno, a varios o a todos los socios.

De allí que, incluso si se asumiera por vía de hipótesis su procedencia, el

[1042] Ver Carbajales (2021, p. 97 y ccs.). También Alfonso (2012) explicó que el Estado limita su responsabilidad hasta el máximo de su aporte, lo cual fue un logro obtenido a partir de la posibilidad de las SA pudieran ser declaradas en quiebra.

corrimiento del velo societario no conduciría a afirmar que estas SA se rigen por la LRE, toda vez que tal teoría no modifica ni trastoca el encuadre jurídico de la responsabilidad de la persona jurídica, sino que, en todo caso, importa la inoponibilidad de la personalidad jurídica frente a terceros y les permite a estos últimos imputar directamente a los socios de ésta los daños sufridos, quienes responderán solidariamente.

En otras palabras, esta figura permite que el hecho dañoso sea "(…) también atribuible (imputación aditiva) al socio, administrador o controlante que hizo posible la actuación de la sociedad" (Moeremans, 2021, párr. 38), pudiendo ser cada uno (la sociedad y el/los socio/s comprometido/s) responsabilizados con base en el régimen específico que le resulte aplicable a cada cual. De modo que, aun cuando se aplicara este instituto, la consecuencia no sería otra más que la posibilidad de que el damnificado impute el hecho dañoso directamente al Estado-socio, al cual naturalmente se le aplicará la LRE, pero ello de ningún modo eximirá a la SA de la responsabilidad que le pudiera caber, ni mucho menos implicará que su propia responsabilidad deba regirse por la ley de responsabilidad estatal.

Además, la CSJN ha enfatizado el carácter restrictivo y excepcional con el que debe ser abordada esta figura. Así, en el año 2014, rechazó el pedido de integración de la litis en una causa de responsabilidad por daño ambiental promovida contra YPF SA, en la que se pretendía *correr el velo societario* e incluir como legitimado pasivo a REPSOL SA en tanto era ésta la que ejercía el control y dirigía principalmente el accionar de aquella[1043]. El cimero tribunal, luego de explicar que se trata de una técnica judicial que permite adentrarse en el seno de la persona jurídica para poder revelar cualquier posible fraude o abuso que se haya cometido sobre la base de ella, destacó que dicho instituto debe ser aplicado de modo prudente, sólo en casos excepcionales y cuando las pruebas producidas en el expediente lo permitan.

También, se ha dicho:

[l]a técnica de "levantar el velo", para ver qué hay detrás de una persona jurídica, no pretende otra cosa que superar las consecuencias inicuas, derivadas de comportamientos abusivos o fraudulentos. La doctrina ha destacado el carácter excepcional de esta solución (…) evitando su conversión en una fórmula genérica de resolución de los múltiples problemas planteados en la realidad del derecho de sociedades. (Lorenzetti, 2015, p. 581)[1044]

En definitiva, como puede observarse, la invocación de la teoría del corrimiento del velo societario para justificar la aplicación de la ley de responsabilidad del Estado a las sociedades anónimas en las que participa total o mayoritariamente no se compadece con el modo en que opera este instituto ni mucho menos con las consecuencias que de su aplicación se derivan.

[1043] CSJN, Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF SA s/ daño ambiental, sentencia del 30/12/2014.
[1044] Ver también Embid Irujo (2008, p. 59).

4. Tratamiento jurisprudencial

Para finalizar, es dable pasar revista de algunos pronunciamientos judiciales, no para invalidar la discusión objeto de este trabajo, sino para vislumbrar cómo ha venido encuadrando la jurisprudencia este tipo de demandas resarcitorias.

En este sentido, se observa que las SA en las que interviene el Estado, en sus distintas modalidades e incluso a la luz de sus específicas normas creadoras, responden por los daños y perjuicios al amparo de la normativa del derecho de fondo (Código Civil de Vélez —en adelante, CC— y, actualmente, el CCyCN), ya sea que tengan por objeto realizar una actividad comercial, industrial o financiera o bien la prestación de un servicio público. Así, por ejemplo:

• AySA SA ha sido encontrada responsable por los daños y perjuicios sufridos por transeúntes que, al caminar por la acera, trastabillando ingresan el pie en una caja de llave de agua, perteneciente a la empresa, resultan lesionados, entendiéndose que dicha cosa constituía un riesgo para los transeúntes en los términos del art. 1757 del CCyCN[1045], o bien de conformidad con el art. 1113 del derogado Código Civil de la Nación[1046]. Asimismo, fue condenada —al amparo del derecho de fondo— por incumplir su obligación de custodia y conservación de las instalaciones sanitarias que se encuentran en las veredas, lo cual le requería realizar un control periódico de ellas para cerciorarse de su buen estado y remover si era necesario los escombros que fueron dejados al lado de una tapa de conexión de agua corriente luego de una reparación[1047].

• La responsabilidad de ENCOTESA ha sido analizada por la justicia civil y comercial federal en los términos del CC frente a los daños ocasionados por un presunto incumplimiento en la prestación del servicio de envío de un telegrama que el actor había remitido a su empleador para comunicarle la imposibilidad de reanudar su trabajo por razones de enfermedad[1048]. Asimismo, en dicho fuero, ENCOTESA fue condenada a indemnizar la pérdida de la *chance* sufrida por una persona a causa de la deficiente prestación del servicio conforme el art. 1067 del CC (por no haber hecho entrega de una carta documento enviada por él), en tanto ello lo privó de la posibilidad de solucionar un conflicto amigablemente, obligándolo a promover un proceso judicial[1049].

• También la responsabilidad de FERROCARRILES METROPOLITANOS SA ha sido juzgada desde el derecho común, entendiendo que los trenes constituyen

[1045] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, *Gil Alvarengo, Liliana Marta c. Aysa S.A. s/ daños y perjuicios*, sentencia del 09/11/2021; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, M*oras, Sandra Marcela c. AySA s/ daños y perjuicios*, sentencia del 11/08/2015.
[1046] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *Gullo, Juan Antonio c. Aysa S.A y otros s/ daños y perjuicios*, sentencia del 21/12/2017; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, *M., I. D. c. AYSA S.A. y otro s/ daños y perjuicios*, sentencia del 24/04/2014.
[1047] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, Fernández, Marta Elvira c. Aysa-Agua y Saneamien tos Argentinos S.A. s/ daños y perjuicios, sentencia del 01/12/2011.
[1048] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I *Marothi, Gerardo A. c. ENCOTESA Correo Argentino*, sentencia del 15/04/2003.
[1049] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, *Tassano, Oscar R. c. Encotesa*, sentencia del 06/09/2000.

cosas riesgosas en los términos del art. 1113 del CC[1050], o mismo ponderando causales de interrupción del nexo causal conforme lo disponía dicha norma[1051].

• Por su parte, la responsabilidad de AEROLÍNEAS ARGENTINAS SA — por cancelación de vuelos, pérdida de equipaje, *overbooking*, etc.— se rige por el derecho común, aunque desde las previsiones de normas que hacen a la especificidad del servicio que presta (transporte aéreo, aeronáutica civil), de modo que las leyes rectoras son el Código Aeronáutico y, supletoriamente, la Ley 24240[1052].

• En lo que atañe a YPF SA, ésta también ha sido encontrada responsable en los términos del art. 1113 del Código Velezano por los daños y perjuicios ocasionados por la contaminación de agua del acuífero, al entender que el agua de purga y los desechos de la actividad petrolífera construyen cosas riesgosas[1053].

• Asimismo, la responsabilidad endilgada en un accidente de tránsito en el que participó un vehículo de propiedad de ENARSA fue juzgada en los términos del derecho de fondo[1054].

• También ARSAT SA ha sido responsabilizada por los daños sufridos por la propietaria de un inmueble a raíz de la instalación de cables de fibra óptica a la vera de la ruta que trajeron deterioros no solo en el alambrado del terreno de la actora, sino también daños ambientales. La responsabilidad reposó, en lo que atañe a ARSAT, en el art. 1113 del CC por tratarse de la dueña de la obra en ejecución[1055].

• BELGRANO CARGAS SA ha sido considerada responsable ante la muerte de un ciclista que fue arrollado por un tren, conforme el Código Civil de Vélez, por la falta de adecuadas medidas de seguridad y señalización de un paso a nivel que carecía de barreras, de laberintos peatonales y de señalización vertical[1056].

• En este mismo sentido, CORREDORES VIALES SA ha sido responsabilizado por los daños sufridos por la presencia de perros en la ruta que colisionaban con automotores, en virtud de la Ley 24240 y de las previsiones del Código Civil de la Nación[1057], haciéndose aplicación de la doctrina de la CSJN en

---

[1050] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, *M., F. R. v. Ferrocarriles Metropolitanos S.A. Línea Belgrano*, sentencia del 26/04/2010.

[1051] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *Carpintero, María y otros c. Empresa Ferrocarriles Metropolitanos S.A.*" sentencia del 23/11/2007.

[1052] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, *Saab, Juan Martín y otro c. Aerolíneas Argentinas SA s/ pérdida daño de equipaje*, sentencia del 30/05/2024; Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala II, *Calvo, Héctor Raúl y otro c. Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Daños y Perjuicios*, sentencia del 28/03/2023, entre muchos otros (conf. art. 63 de la norma consumeril).

[1053] Corte Suprema de Justicia de Mendoza, *Mastroeni, José c/ YPF SA s/ daños y perjuicios*, sentencia del 04/07/2016.

[1054] Cámara Federal de la Plata, Sala II, Melogno, Cristian Ezequiel c/ Energía Argentina S.A. (ENARSA) s/ daños y perjuicios, sentencia del 05/03/2021.

[1055] Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Cipolletti, "*Bravo, Ariela Beatriz c. Arsat SA y otro s/ daños y perjuicios*", sentencia del 04/03/2020.

[1056] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "*V., R. de la C. y otros c. Belgrano Cargas S.A. y otros*", sentencia del 25/06/2007.

[1057] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala III, "*Villalba, Natalia Isabel c. Uni dad Ejecutora Corredor Vial n° 9 s/sumarísimo (daños y perjuicios)*", sentencia del 14/12/2021.

relación con la responsabilidad de los concesionarios por animales sueltos en ruta (v. gr., *Bianchi*[1058], entre otros).

En definitiva, de la casuística reseñada puede apreciarse que el tratamiento que reciben las demandas de daños y perjuicios entabladas contra las SA en las que participa total o mayoritariamente el Estado se encuadra desde las previsiones del entonces vigente Código Civil de la Nación y actualmente del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo, en esencia, analizada la responsabilidad de este tipo de SA del mismo modo en que se lo hace respecto de cualquier otro sujeto privado.

5. Conclusión

El instituto de la responsabilidad extracontractual no escapa a la compleja coyuntura que trae aparejado el régimen jurídico mixto de este tipo de SA, por lo que se torna imprescindible realizar un análisis detallado para dilucidar si ellas responden a la luz de las normas públicas o bien de las del derecho de fondo.

En punto a ello, y con mucho tino, el profesor Cassagne (2021) ha remarcado que "(…) la misión del jurista es la de desentrañar el régimen jurídico de esta institución cuidando que las ideas propias no influyan para atribuirle carácter público Estatal a lo que se rige por el derecho privado y viceversa" (p. 365).

Bajo estas premisas, en el presente trabajo se ha intentado demostrar que la responsabilidad extracontractual de las SA en las que participa el Estado debe regirse por el CCyCN y no por las previsiones de las leyes de responsabilidad del Estado, ya sea que tengan por objeto realizar actividades comerciales, industriales o financieras o bien prestar un servicio público, o bien que el Estado revista la calidad de socio/accionista mayoritario o bien detente la totalidad de las acciones societarias.

Bibliografía

Alfonso, M. L. (2009). *Régimen de nacionalización de empresas privadas* (1ª ed.). RAP. Alfonso, M. L. (2012). Las nuevas empresas públicas (desde la ex LAFSA hasta AySA). *RAP*, (405), 141-148.

Andrada, A. D. (2017). *Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios. La situación en las provincias*. La Ley.

Balbín, C. F. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo II). La Ley. Barra, R. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo III). Ábaco.

Bello Knoll, S. I. y Curá, J. M. (2001). *La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (Su naturaleza jurídica a la luz de un fallo clarificador)*. TR La Ley AR/DOC/1473/2001. Bianchi, A. B. (1988). Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y función administrativa. *El Derecho*

[1058] CSJN, Fallos: 329:4944.

Administrativo, (129), 266-276.

Bielsa, R. (2017). *Derecho Administrativo* (7ª ed., Tomo I). La Ley.

Canosa, A. N. (2008). *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos* (Tomo 1). Abeledo Perrot. Cassagne, E. (2006). Sobre el concepto de Sector Público Nacional contenido en la Ley Nº 24.156 (su aplicación a ciertos casos puntuales). En *Summa de Derecho administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia* (pp. 1463-1479). La Ley.

Cassagne, J. C. (2007). Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas. *El Derecho Administrativo*, (548), 547-550.

Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*. Thomson Reuters-La Ley.

Cassagne, J. C. (2021). *Curso de Derecho Administrativo* (13ª ed., Tomo I). Thompson Reuters. Cassagne, J. C. (2022). *El factor de atribución en la responsabilidad estatal por actividad ilícita o ilegítima*. TR La Ley, AR/DOC/104/2022.

Carbajales, J. J. (2011). *Las Sociedades Anónimas bajo injerencia estatal* (1ª ed.). RAP. Carbajales, J. J. (2021). *Manual de empresas públicas en Argentina (1946-2020)*. EDUNPAZ. Cicero, K. N. (2020). *La Responsabilidad del Estado para el aula de grado y de posgrado en Derecho*. Eudeba.

Creo Bay, H. D. (2006). *Las personas públicas no estatales y los límites del Estado*. TR La Ley, AR/ DOC/3861/2006.

Dromi, R. (1977). *Derecho Administrativo Económico* (Tomo I). Astrea.

Embid Irujo, J. M. (2008). Abuso de la forma social y levantamiento del velo de la personalidad jurídica: algunas reflexiones desde el derecho español. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (3), 55-67.

Etcheverry, R. (1982). Reflexiones sobre las Sociedades del Estado frente al control Provincial. *El Derecho, 99*(861).

Fiol, G. (2020). La responsabilidad del Estado en CABA y en las provincias que no han legislado la materia en sus respectivos ámbitos. *Derecho Administrativo*, (127), 205-239. Franco, H. (2001). *El derecho administrativo y las sociedades anónimas con simple participación estatal.* TR La Ley, AR/DOC/10869/2001.

González Jovanovich, R. (2021). *La Ley de Responsabilidad del Estado y las Sociedades Anónimas controladas*. La Ley, AR/DOC/2534/2021.

Halperin, D. A. (2013). *Naturaleza de los actos emanados de las personas públicas no estatales*. TR La Ley, AR/DOC/5433/2013.

Ivanega, M. M. (2003). *Mecanismos de control público y argumentos de responsabilidad*. Ábaco. Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, (48), 41-54.

Lorenzetti, R. (Dir.). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.

Mairal, H. (1981). *Las sociedades del estado o los límites del derecho administrativo*. La Ley, *1981-A*, 790. Marienhoff, M. S. (1966) *Tratado de Derecho Administrativo* (2ª ed., Tomo III-B). Abeledo Perrot. Mata, I. (2007). La intervención económica del Estado a través de sus empresas. En *XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*. RAP.

Mata, I. (2009). *Los actos de las empresas y sociedades del Estado*. En *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo.* RAP.

Mertehikian, E. (2000). La responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de entidades descentralizadas. *RAP*, (265), 11-19.

Moeremans, D. E. (2021). Inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación. *TR La Ley*, AR/DOC/985/2021.

Mora, A. y Trionfetti, R. (2014). El nuevo paradigma de la responsabilidad estatal. En Ávila, S. M. (Coord.), *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (pp. 435-441). Infojus.

Morel Ocaña, L. (1998) *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I, 4ª ed.). Aranzadi. Perrino, P. E. (2015). *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*. La Ley. Pozo Gowland, F. (2021). Sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal. Ejercicio de prerrogativas públicas en materia contractual. *TR La Ley*, AR/ DOC/938/2021.

Sacristán, E. B. (2012). Las personas no estatales como instrumento de gobierno. *Rap*, (408), 45-56. Sacristán, E. B. (2016). Acceso a la información: a propósito de los casos "PAMI" y "Giustinia ni". *TR La Ley*, AR/DOC/4159/2016.

Sagüés, N. P. (1980). *Principio de subsidiaridad y principio de antisubsidiaridad. Jurisprudencia Argentina, 1980-II*, 775-780.

Siseles, O. E. (2015). *Acceso a la información (especial referencia a las sociedades con participación estatal). TR La Ley*, AR/DOC/5676/2015.

Simón, F. y Albarracín, A. (2019). *Ley de Responsabilidad de la Provincia de Mendoza. Ley Provincial N° 8-968, Comentada y concordada con la Ley Nacional N° 26.944*. ASC.

Somaglia, H. G. (2005). Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM) ¿Personas jurídicas públicas o privadas? *TR La Ley*, AR/DOC/41/2005.

Ugarte, J. M. (2015). Ministerios. En Cicero, N. K. (Dir.), *Legislación usual comentada*. *Derecho Administrativo* (Tomo II, pp. 1-146). Thompson Reuters. La Ley.

Uslenghi, A. (2018). *El Régimen Jurídico de Responsabilidad Extracontractual de las Empresas Públicas*. Jornadas sobre Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, Buena Administración y Derechos Individuales. Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.

Legislación citada

Constitución Nacional

Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023

Ley 13653

Ley 15349

Ley 17318

Ley 19550

Ley 20705

Ley 26944

Ley 26994

Ley 27742

Ley CABA 6325

Ley Catamarca 5536

Ley Chubut 560

Ley Entre Ríos 10636

Ley Mendoza 8968

Ley La Rioja 10004

Ley Río Negro 5339

Ley Santa Cruz 3396

Ley Santiago del Estero 7179

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Vadell, Jorge c/Provincia Buenos Aires*, 18/12/1984, Fallos: 306:2030.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bianchi Isabel c/Provincia Buenos Aires*, 07/11/2006, Fallos: 329:4944.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mosca Hugo c/ Provincia Buenos Aires*, 06/03/2007, Fallos: 330:563.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *YPF SA c/AFIP*, 13/03/2012, Fallos: 335:258. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación de Superficiarios*

de la Patagonia c/ YPF, 30/12/2014, A. 1274. XXXIX. IN2.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Meza Dora c/Provincia de Corrientes*, 14/07/2015, Fallos: 338:652.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Giustiniani Rubén c/YPF SA*, 10/11/2015, Fallos: 338:1258.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Grippo Guillermo c/Campos Enrique*, 02/09/2021, Fallos: 344:2256.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gonzalez Domingo c/Provincia de Tucumán*, 06/09/2022, Fallos: 345:884.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Correo Oficial República c/DGI*, 27/09/2022, Fallos: 345:1044.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lacave Flora c/Provincia Buenos Aires*, 05/03/2024, Fallos: 347:128.

Corte Suprema de Justicia de Mendoza, *Mastroeni, José c/ YPF SA s/ daños y perjuicios*, sentencia del 04/07/2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, *Tassano, Oscar R. c. Encotesa*, sentencia del 06/09/2000.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I *Marothi, Gerardo A. c. ENCOTESA Correo Argentino*, sentencia del 15/04/2003.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, *V., R. de la C. y otros c. Belgrano Cargas S.A. y otros*, sentencia del 25/06/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *Carpintero, María y otros c. Empresa Ferrocarriles Metropolitanos S.A.*, sentencia del 23/11/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, *M., F. R. v. Ferrocarriles Metropolitanos S.A.* Línea Belgrano, sentencia del 26/04/2010.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, *Fernández, Marta Elvira c. Aysa-Agua y Saneamientos Argentinos S.A. s/ daños y perjuicios*, sentencia del 01/12/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala III, *Villalba, Natalia Isabel c. Unidad Ejecutora Corredor Vial n° 9 s/sumarísimo (daños y perjuicios)*, sentencia del 14/12/2021. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, *M., I. D. c. AYSA S.A. y otro s/ daños y perjuicios*, sentencia del 24/04/2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, M*oras, Sandra Marcela c. AySA s/ daños y perjuicios*, sentencia del 11/08/2015.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *Gullo, Juan Antonio c. Aysa S.A y otros s/ daños y perjuicios*, sentencia del 21/12/2017.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Cipolletti, *Bravo, Ariela Beatriz c. Arsat SA y otro s/ daños y perjuicios*, sentencia del 04/03/2020.

Cámara Federal de la Plata - sala II, *Melogno, Cristian Ezequiel c/ Energía Argentina S.A. (ENAR SA) s/ daños y perjuicios*, sentencia del 05/03/2021.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, *Gil Alvarengo, Liliana Marta c. Aysa S.A. s/ daños y perjuicios*, sentencia del 09/11/2021.

Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala II, *Calvo, Héctor Raúl y otro c. Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Daños y Perjuicios*, sentencia del 28/03/2023.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, *Saab, Juan Martín y otro c. Aerolíneas Argentinas SA s/ pérdida daño de equipaje*, sentencia del 30/05/2024.

Capítulo IX. El control público de las empresas estatales nacionales en la República Argentina – Daniel Reimundes

Autor: Daniel Reimundes[1059]

Publicado como Reimundes, D. (2025). El control público de las empresas estatales nacionales en la República Argentina. República Y Derecho, 10(10), 1–41. https://doi.org/10.48162/rev.100.133[1060]

Resumen: Siempre que se encuentre a una autoridad estatal ejerciendo cierto grado de dirección en una actividad económica que pudiere llevar a cabo un privado, se estará, a los fines de este estudio, frente a una "empresa estatal". Resulta medular que estas empresas estatales cumplan sus cometidos satisfactoriamente en tanto que ello involucra al bien común. Por esa razón, deviene imprescindible que sean controladas eficazmente. En el presente trabajo se abordan las características más salientes que posee el sistema de control público establecido para las empresas estatales nacionales en la República Argentina, el cual se encuentra estructurado sobre cuatro ejes: el "corporativo", el "administrativo", el "político" y el "democrático".

Palabras clave: empresa estatal; control público; Auditoría General de la Nación; Sindicatura General de la Nación; acceso a la información pública

1. Delimitación conceptual del término "empresa estatal"

El auge de la figura de las empresas estatales obedece, primordialmente, a cierto consenso que empezó a gestarse a partir de la finalización de la primera guerra mundial en torno a la necesidad de que el Estado ostente una mayor injerencia en la marcha de la economía.

Acompañando aquella idea directriz, "[l]a empresa pública, en su concepción moderna como instrumento de política gubernamental, surge de la necesidad de los gobiernos de crear nuevas y más ágiles instituciones, evitando los controles tradicionales a las que se sujetan las funciones públicas típicas del gobierno"[1061].

[1059] Abogado, Especialista y Magíster en Derecho Administrativo Económico y Doctor en Ciencias Jurídicas, todos por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) con sede en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina.

[1060] El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación sobre "Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la Economía", desarrollado bajo la dirección del Dr. Ignacio de la Riva durante los años 2022-2024 en el marco del "Programa Ius" de la Dirección de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: dfreimundes@gmail.com.Reimundes, D. (2025). El control público de las empresas estatales nacionales en la República Argentina. República Y Derecho, 10(10), 1–41. https://doi.org/10.48162/rev.100.133

[1061] VALDÉS (1984)

Bajo esa inteligencia, "surgieron formas jurídicas nuevas con regímenes heterogéneos que van, en nuestro país, desde las clásicas empresas del Estado hasta la sociedad anónima mercantil, pasando por las figuras de las sociedades anónimas de participación estatal mayoritaria hasta las sociedades del Estado"[1062].

La variedad de tipos societarios que germinaron en el diseño institucional de las empresas estatales sigue un sesgo fuertemente casuístico, sin que hubieran sido incorporadas previa constitución de un marco general que recepte todos los supuestos.

Esta metodología, "lejos de ser criticable, constituye una de sus notas características: la complejidad propia de una impronta intensamente teñida de dinamismo, flexibilidad y amalgamiento con las formas privadas y prácticas de mercado, porque –desde siempre– existen diferencias demasiado profundas entre las distintas clases de empresas públicas que están destinadas a tener importantes consecuencias sobre su diseño"[1063].

Se constata, así, que "[e]n nuestro derecho existen las formas más variadas de empresas públicas, al igual que en el derecho comparado, sin que haya una única causa de justificación ni un régimen jurídico unitario para regular su actuación"[1064].

A los fines del presente trabajo, se considerará a las "empresas estatales" de forma genérica, como todas aquellas unidades que pertenecen en parte o en su totalidad al Estado o están jurídicamente controladas por el Estado nacional, producen bienes y servicios de manera directa o tienen una misión pública explícita[1065].

2. Las distintas tipologías societarias adoptadas por las empresas estatales en la República Argentina

El Estado nacional ha utilizado, a partir de la segunda mitad de los años 1940, distintas figuras para desplegar una actividad comercial o industrial. A inicios de la década del 1990, sin embargo, atravesó un proceso por cual se fue desprendiendo de estas estructuras empresariales tradicionales.

A partir de los 2000, el Estado retomó activamente su intervención en la economía, mas recurriendo, casi con exclusividad, a la figura de las sociedades anónimas. Dos situaciones se han presentado a partir de allí: la primera, que las empresas estatales que se crearon resultaban un calco de aquellas contempladas en la ley general de sociedades comerciales (ley 19550); la

[1062] CASSAGNE (2007)
[1063] DAMSKY (2016)
[1064] CASSAGNE (2006)
[1065] De allí que la noción de empresa estatal "no se define por la adscripción a un régimen determinado, de derecho público ni de derecho privado. Simplemente, y de ahí su nombre, se trata de entes u órganos que pertenecen a la Administración pública, algunos encuadrados en la organización administrativa y otros que, fuera de ella, realizan actividades industriales o comerciales o de servicios públicos de esa naturaleza" [CASSAGNE (2011)].

segunda, la expresa determinación de aplicar, sobre esta especie, normas de derecho privado y de excluir, deliberadamente, las de derecho público.

Hasta diciembre del año 2023, el ordenamiento nacional reconocía formalmente un cúmulo de figuras societarias que llevaban adelante actividades industriales, comerciales o de servicios públicos[1066].

A partir del dictado del decreto de necesidad y urgencia N° 70 del 21 de diciembre de 2023 (B.O. N° 104706), se avanzó "en la reconfiguración de la relación público-privado en materia de producción de bienes y servicios, a efectos de plasmar en un programa orgánico el mentado 'principio de subsidiariedad' por medio del cual el Estado asume un rol secundario o suplente en la economía"[1067].

Tanto el Poder Ejecutivo nacional como sus empresas estatales deberán retirarse de forma progresiva de todo tipo de intervención directa en el mercado, delegando esa función a la libre iniciativa privada.

En este contexto, el título III de "Reforma del Estado" del mentado decreto de necesidad y urgencia N° 70/2023 (arts. 36, 37 y 40) deroga los regímenes jurídicos que regulan la mayoría de las empresas estatales: (i) la ley 20705, (ii) la ley 13653 y (iii) el decreto-ley 15349/1946.

Así las cosas, se dispuso que, cualquiera sea el tipo o forma adoptada, la totalidad de las empresas estatales serán transformadas en sociedades anónimas en un plazo máximo de ciento ochenta días, quedando en pie las reguladas por la sección VI de la ley 19550 y por el Código Civil y Comercial de la Nación cuando ello se perfeccione.

La conversión de las sociedades del Estado, por ejemplo, en sociedades anónimas no es una mera cuestión de forma, sino que "[s]upone un conjunto de efectos jurídicos sustanciales que modifican tanto la naturaleza de estas entidades como su régimen de responsabilidad, control y funcionamiento"[1068].

Además, se estableció que las empresas estatales no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público. El Estado nacional, entonces, no podrá disponer de ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga.

Por último, el decreto de necesidad y urgencia N° 70/2023 determinó que la ley 24156 (de "Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional") solo será aplicable a las sociedades anónimas cuando el Estado nacional posea participación estatal mayoritaria.

[1066] A saber: (i) las empresas del Estado en sentido estricto, regidas por la ley 13653 y sus modificatorias; (ii) las sociedades del Estado, constituidas conforme a la ley 20705; (iii) las sociedades anónimas de participación estatal mayoritaria, reguladas por la ley 19550 (sección VI); (iv) las sociedades de economía mixta, cuyo régimen legal se establece en el decreto-ley 15349/1946 (ratificado por la ley 12962) y (v) las sociedades anónimas previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

[1067] Carbajales (2023)

[1068] HADAD (2025)

Esto significa que, "además del control interno ejercido por el Estado como único accionista, las sociedades estarán sometidas a: [i] Control externo de la Sindicatura General de la Nación y a la fiscalización por la IGJ u organismo local competente, conforme al domicilio social [y que ii] Esta carga, aumenta los estándares de transparencia y publicidad, aunque también genera burocracia y rigideces innecesarias para la operación cotidiana"[1069].

Si bien plantea desafíos y dudas en cuanto a su implementación en la práctica, lo cierto es que el decreto de necesidad y urgencia N° 70/2023 marcará "un cambio significativo en la estructura y regulación de las entidades con participación pública, con el objetivo declarado de mejorar la transparencia, el gobierno corporativo y la eficiencia económica"[1070].

Los treinta y cinco años transcurridos desde 1990 a la fecha nos muestran que las empresas estatales en nuestro país "han vivido y viven permanentemente en el conflicto de cambiantes, pero siempre existentes controles administrativos, pues ellas mismas, directa o indirectamente, se acercan al derecho público cuyos controles luego cuestionan"[1071].

En todo momento, se presenta una constante colisión entre "dos fuerzas poderosas: de una parte, el interés público, que exige que se vigile la actuación de la empresa pública para que ésta cumpla los fines para los que fue creada; de otra, la necesidad de la empresa de desenvolver su actividad dentro de un marco flexible, compatible con la agilidad y prontitud propias de toda empresa pública o privada"[1072].

Mientras que insistir en el interés público podría generar "el peligro de asfixiar la vida misma de la empresa con un corsé burocrático incompatible con las actividades mercantiles e industriales", focalizar en su flexibilidad podría degenerar en "soluciones que hagan de la empresa pública un ente dotado de tan excesiva autonomía que pueda desenvolver –ignorando el fin público para el que fue creada– actividades poco o nada diferentes de las de la empresa privada"[1073].

De allí, la dificultad de analizar desprovistos de un marco contextual determinado a las empresas estatales; en definitiva, "la figura de empresa pública trasunta el clásico concepto de empresa, en el sentido de una organización de medios materiales y humanos puestas al servicio, en este caso, del interés general inmediato o mediato, el cual se orienta a la prestación de una actividad económica que pertenece, por su naturaleza, al giro o tráfico mercantil"[1074].

En las próximas líneas, se abordarán las características más salientes que posee el sistema de control público establecido para las empresas estatales en la República Argentina, el cual, como se verá, está estructurado sobre cuatro

[1069] HADAD (2025)
[1070] Molina Sandoval (2023)
[1071] GORDILLO (2015)
[1072] Lozano Irueste (1971)
[1073] Lozano Irueste (1971)
[1074] CASSAGNE (2006)

ejes: el "corporativo", el "administrativo", el "político" y el "democrático"[1075].

El desarrollo de cada uno de estos cuatro ejes constituye la propuesta principal del presente trabajo. Previo a adentrarse en su tratamiento, resulta preciso formular tres aclaraciones.

La primera, que no se abordará sobre el control societario que ejercen cada una de las jurisdicciones provinciales (o la Inspección General de Justicia de la Nación en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires) en tanto que este estudio se ciñe exclusivamente a la órbita nacional (o federal).

La segunda, que no se hará referencia particular al "control jurisdiccional", que si bien reviste la calidad de "público", es eminentemente homogéneo en tanto "existe en todos los países y se pone en movimiento a pedido de parte: [c]uando una persona se considera lesionada en sus derechos por los actos o hechos de una empresa pública, tiene abierta la vía jurisdiccional para demandarla"[1076].

Y la tercera es que se hará mención solamente a los dispositivos con los que cuenta el Estado nacional para controlar el funcionamiento de las empresas estatales y no sobre aquellos diseñados exclusivamente para perseguir hechos de corrupción (por ejemplo, la Procuraduría de Investigaciones Administrativas[1077] o la Oficina Anticorrupción, dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación[1078]).

3. El sistema de control público de las empresas estatales en la República Argentina

Efectuada esta primera delimitación conceptual, cabe ahora adentrarse en lo que se entenderá como "control público" aplicado al ámbito de la empresa estatal, siendo que el término "control" presenta un significado que, en no pocas oportunidades, se ha prestado a una gran ambigüedad.

En la práctica, suele asociárselo como una medida que se lleva a cabo *ex post*, en vigilancia de lo ya decidido con anterioridad; remite a la "posibilidad de

[1075] N. del A: estas cuatro denominaciones referidas a los "controles públicos" –el "corporativo", el "administrativo", el "político" y el "democrático"- son originales del autor.
[1076] GORDILLO (2015)
[1077] La Procuraduría de Investigaciones Administrativas integra la Procuración General de la Nación como órgano especializado en la investigación de hechos de corrupción e irregularidades administrativas cometidas por agentes de la administración pública nacional. Dentro de las competencias de la PIA se encuentra la de investigar la conducta administrativa, y en su caso denunciar a los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación. Puede asumir, en cualquier estado de la causa, el ejercicio directo de la acción pública, cuando los fiscales competentes ante el tribunal donde quede radicada la denuncia tuvieren un criterio contrario a la prosecución de la acción.
[1078] La Oficina Anticorrupción es un organismo desconcentrado dependiente del Poder Ejecutivo nacional y tiene funciones de prevención y asesoramiento en políticas contra la corrupción. Es así como se encarga de investigar y perseguir (pudiendo formular denuncias penales y actuar como querellantes en las causas penales) casos de corrupción política en el ámbito de la administración pública nacional centralizada y descentralizada. Su principal debilidad, de forma similar a la Sindicatura General de la Nación y las Unidades de Auditoría Interna (UAI), radica en que depende en forma directa del Ministro de Justicia de la Nación, por lo cual carece de independencia frente a las máximas autoridades del Poder Ejecutivo nacional.

verificar algo que se ha informado, confirmando su veracidad o precisión, sometiéndolo a examen, reconociendo para determinar o emitir juicio sobre lo verificado y, en fin, para resolver sobre el particular"[1079].

Así, se ha definido al "control" dentro del campo de la ciencia de la Administración pública como "el examen y evaluación de los resultados obtenidos de una actividad o gestión, determinando su eficacia, eficiencia y economía"[1080].

Desde esta perspectiva, el control de la ejecución presupuestaria representa el "conjunto de medidas constitucionales y legales tendientes a asegurar el fiel cumplimiento de la ley de Presupuesto, de las leyes especiales de orden financiero y sobre acuerdo de gastos"[1081].

La tendencia predominante en el acercamiento dado precedentemente es, pues, a enfatizar la supervisión *a posteriori* que supone el "control" de un determinado evento, emparentándolo con las ideas de fiscalización o de auditoría.

Es decir, se asocia la idea de "control" al instrumental con el que se cuenta para evaluar las acciones ya consumadas y no para orientar aquellas que vayan a acometerse en el futuro.

De esta manera, se pueden identificar, como ya se mencionó, cuatro tipos de "controles públicos", que pueden ser ejercidos de forma concomitante: el "corporativo", el "administrativo", el "político" y el "democrático".

El primero, el que se lleva adelante a nivel "corporativo" o interno de la empresa estatal, incluyéndose en esta especie no solo al que se realiza estrictamente dentro de su propio seno, sino también el que ejerce la autoridad gubernativa (ministerial o secretarial) de la cual esa misma empresa estatal depende jerárquicamente.

El "control corporativo" dentro de las empresas estatales lo realiza el órgano de fiscalización que fuera determinado específicamente en su instrumento de creación (estatuto), respondiendo sus características al perfil particular del ente o del sector económico donde el Estado desarrolle la actividad empresarial.

Al respecto, cabe aclarar que "[c]onstituye una observación común de la doctrina latinoamericana el señalar que el tipo de control sobre la empresa pública varía conforme al tipo jurídico de que estemos tratando"[1082].

La variedad que ofrecen las distintas figuras empresariales que puede adoptar el Estado se propaga también al menú de controles corporativos que se pueden determinar dentro de la empresa, obligando –en caso de pretenderse una reglamentación homogénea- "asignar excepciones a los principios generales

[1079] BADILLOS (2003)
[1080] BADILLOS (2003)
[1081] BADILLOS (2003)
[1082] GORDILLO (2015)

en cada caso"[1083].

Es, precisamente, por esta dispersión que el control corporativo interno de las empresas estatales, que no puede ser abarcado en su totalidad, ni al máximo detalle, durante la consecución del presente trabajo.

No obstante, sí se hará referencia a los "Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina" aprobados por la decisión administrativa N° 85/2018, de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, en tanto acto de alcance general con vocación de regular la totalidad del espectro de empresas estatales.

El "control corporativo" comprende, a su vez, aquel que ejerce la dependencia gubernativa que tiene a su cargo la dirección política de la empresa estatal, en lo que representa una variedad de "sub-control corporativo" que supone, a grandes rasgos, el poder de nombramiento (y su eventual revocación) de las personas destinadas a integrar sus directorios u órganos de administración.

La segunda especie de control público, el "control administrativo", refiere, en pocas palabras, a la revisión que emprende, por ejemplo, un "tribunal de cuentas" o un ente de similar envergadura, que habita dentro de las filas de la Administración pública (de allí su nombre), pero de forma autónoma al órgano que tiene a su cargo la política directiva (sea en el directorio de la empresa o en el nivel gubernativo).

De este modo, pretende este órgano administrativo impactar a través de verificaciones sucesivas y constantes en la vida interna de la empresa estatal, disciplinando a cada una de las haciendas (empresas estatales) a las que debe fiscalizar uniformemente y con carácter de generalidad[1084].

El tercero, el "control político", es aquel que se desarrolla, por lo general, dentro de la órbita parlamentaria, involucrando a las comisiones especializadas de las distintas cámaras legislativas; se trata de un control que realiza un órgano estatal que no se encuentra dentro del ámbito de la Administración pública, como lo sí lo están el "corporativo" o el "administrativo".

Sobre esta especie, se ha opinado que, en la práctica, no constituye "un modo significativo de control de la empresa pública en América Latina, sin perjuicio de que debería tratarse de que lo sea"[1085].

Mas, se aclara que esta crítica interpela, en realidad, al "fortalecimiento de la institución parlamentaria, no el de control de la empresa pública […] y en tanto no exista parlamento fuerte no habrá control parlamentario posible de las empresas públicas".

Este tipo de control en particular se encuentra relacionado con la labor que, en nuestro ordenamiento jurídico, lleva adelante la Comisión Mixta Revisora de Cuentas del Congreso federal bajo la dirección técnica de la Auditoría

[1083] VARANGOT (1979)
[1084] VIGNOCCHI (1979)
[1085] GORDILLO (2015)

General de la Nación.

Con la ley 24156 se adoptó una estructura de fiscalización de los sujetos por ella alcanzados (art. 8°) que combina el "control administrativo" (a cargo de la Sindicatura General de la Nación) y el "político" (a cargo de la referida Auditoría General de la Nación). Por esa razón, se aludirá al sistema de control de la ley 24156 como "dual".

Además, se entiende conveniente relacionar a ambos de forma conjunta en un mismo capítulo habida cuenta de que ese fue, precisamente, el diseño que utilizó la ley 24156 para el control de los sujetos por ella alcanzados.

En consecuencia, se hará referencia a ambos, al "control administrativo" y al "control político" de forma conjunta, englobada bajo la categoría de "control institucional", pero siempre destacando la incumbencia fiscalizadora propia de uno y de otro.

Finalmente, cabe agregar una cuarta modalidad que se cataloga como "control democrático", implicando éste la participación activa de la ciudadanía en la supervisión de la actividad empresarial del Estado.

La evolución del modelo democrático-constitucional se fue construyendo sobre una lógica de poderes y mandatos de representación que no quedó reducida únicamente a la división de funciones y competencias, sino que propicia, a su vez, otro tipo de controles más directos que, en la búsqueda de una mayor legitimación social del gobierno, exigen hacerla más transparente, participativa y responsable frente a los ciudadanos.

Se trata de un ideario de gobernabilidad que tiende a profundizar los modos de acción y la cultura tanto de la sociedad civil como de los gobernantes de turno en la búsqueda de consolidar un nuevo paradigma de "gobierno abierto"[1086].

Esta forma de involucramiento del particular en la marcha de la empresa pública se inscribe en una demanda de la moderna teoría administrativista que viene, desde hace ya un tiempo, exigiendo "una mayor garantía de la democratización de la actuación de la Administración pública, esto es, la participación de los administrados o, más precisamente, de los grupos de interés de los administrados en la toma de decisiones de la Administración pública"[1087].

[1086] La doctrina especializada ha definido la idea de gobierno abierto –*open government* en su idioma originario- como la evolución del tradicional modelo de democracia representativa hacia un modelo de democracia más abierta y participativa que permite y estimula a los ciudadanos a que, saliendo del ejercicio aislado del derecho de sufragio cada cierta cantidad de años, tomen un rol más activo en los procesos previos a la toma de decisiones de los distintos departamentos de gobierno, especialmente en lo que hace a la rama ejecutiva. En la actualidad, con el avance de las tecnologías informáticas, el desafío para los gobiernos se potencia al tener frente a sí un renovado y amplísimo catálogo de novedosos canales, que se presentan como más ágiles y eficientes para dar respuesta efectiva a las ascendentes demandas de mayor participación ciudadana (CALDERÓN Y LORENZO, 2010).

[1087] BARRA (1981)

4. El sistema de control corporativo de las empresas estatales adoptado en la República Argentina

No existe un marco normativo común que regule de manera homogénea para el variopinto entramado de empresas estatales existentes a nivel nacional el proceso de designación (y remoción) de sus directores, que es, en definitiva, el hito sobresaliente con el cual se ejerce el "control corporativo". Cada empresa estatal define estos procedimientos sobre la base de lo que dictan sus propios estatutos o instrumentos constitutivos.

El único tipo societario que se ve obligado a seguir alguna previsión general son las sociedades anónimas con participación estatal, siendo que los directores de aquellas deben ser elegidos, forzosamente, a través de la asamblea de accionistas, tal como lo exige el art. 255 de la ley 19550.

Fuera de esta directiva, el marco normativo argentino consagra los ya señalados "Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria definidos por la Jefatura de Gabinete de Ministros" establecidos por la decisión administrativa N° 85/2018.

Allí no solo se menciona la importancia de establecer pautas previas para la designación de los miembros del directorio y contar con un porcentaje de directores independientes, sino que "constituyen diferentes aspectos que el Estado nacional como accionista entiende que se encuentran vinculados a la "buena administración" de sus empresas"[1088].

Además de establecerse "buenas prácticas de organización y funcionamiento de los directorios y gerencias de las Empresas de Mayoría Estatal, incluyendo prácticas de evaluación del desempeño, transparencia e integridad", se prevén "componentes relacionados a políticas específicas de auditoría y control, desempeño económico, compras y abastecimiento y sustentabilidad"[1089].

Asimismo, las "Normas Mínimas de Control Interno para el Buen Gobierno Corporativo de Empresas y Sociedades del Estado" previstas en la resolución N° 37/2006 de la Sindicatura General de la Nación conminan a los directores que integran los "Comités de Auditoría" a ser independientes, lo cual implica que no deben tener relaciones profesionales o comerciales, sea de forma directa o indirecta (a través de sociedades o asociaciones o de familiares), con la empresa estatal o con sus accionistas.

Por último, es dable destacar que la mayoría de los estatutos de las empresas estatales tampoco detallan las condiciones de idoneidad que deben reunir sus directores, limitándose –nuevamente- a las prohibiciones e incompatibilidades consagradas en la ley 19550 (*id. est.*, art. 264) para las sociedades anónimas con participación estatal.

[1088] DATES (2018)
[1089] DATES (2018)

5. El sub-sistema de control corporativo de los directores designados por el Estado nacional en ciertos perfiles de sociedades anónimas

El caso de los directores que el Estado nacional designa en las sociedades anónimas producto de las acciones adquiridas merced de la derogación del régimen de administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones (AFJP) es distinto al común de las empresas estatales en tanto ofrece mayor precisión normativa.

Cabe recordar que, en el año 2008, el Estado nacional derogó, por medio de la ley 26425, el régimen de AFJP y unificó el sistema previsional en un régimen de reparto único.

Las acciones y títulos que anteriormente pertenecían a las AFJP fueron transferidas al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto, que administra la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

A través de la estatización de las AFJP, el mencionado Fondo adquirió tenencias minoritarias en numerosas sociedades anónimas admitidas al régimen de oferta pública que cotizan sus acciones en el mercado.

Estas tenencias otorgan al Fondo los derechos políticos, sociales y económicos que les corresponde en su carácter de accionista, incluyendo el derecho de votar la designación de directores y síndicos en estas sociedades.

En algunos casos, el Fondo tiene mayoría suficiente para designar uno o más directores y/o síndicos. Así las cosas, por conducto del decreto N° 1278/2012, se centralizó la administración de los activos obtenidos mediante dicha expropiación en la Secretaría de Política Económica (u organismo que en el futuro la reemplace), dependiente del Ministerio de Economía de la Nación.

La referida norma faculta a la Secretaría en cuestión a impartir instrucciones a los representantes del Estado nacional en dichas sociedades anónimas[1090]. Por su parte, en el decreto N° 1278/2012 se aprueba un "Reglamento de Representantes y Directores designados por o a propuesta del Estado nacional" donde se crea un régimen especial que difiere del aquel que aplica a los restantes directores y representantes bajo las normas de la ley 19550.

Entre las funciones que deberán cumplir los representantes del Estado nacional se encuentran las de asistir a las asambleas o reuniones de socios y votar cada uno de los puntos del orden del día conforme a las instrucciones impartidas por la Secretaría, y solicitar que se deje constancia del sentido de su voto en la respectiva acta.

[1090] Dentro del cúmulo de atribuciones que se enumeran en su art. 2°, resalta la de "designar a los representantes del Estado nacional en las respectivas asambleas" (inc. b), "impartir instrucciones a las que deberán ajustar su actuación los representantes del Estado nacional en las asambleas o reuniones de socios" (inc. c) e "impartir directivas y recomendaciones a los directores o administradores designados a propuesta del Estado nacional, a fin de que la administración de los negocios sociales resguarde el interés público comprometido en la actuación de la sociedad" (inc. f).

Lo más llamativo de este plexo reglamentario es que se prevé que los directores designados o propuestos por el Estado nacional deben asumir las responsabilidades propias de su carácter de funcionarios públicos, así como aquellas que surgen de la ley 19550[1091].

A su vez, se limita la responsabilidad de los directores dado que dispone que el Estado nacional garantizará la indemnidad de los mismos siempre que su actuación se haya basado en las directivas y recomendaciones impartidas por la mencionada Secretaría de Política Económica[1092].

Finalmente, se dispone que los directores designados no estarán alcanzados por las disposiciones del art. 264, inc. 4°, de la ley 19550, por la cual se prohíbe expresamente la designación de los funcionarios de la Administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad[1093].

Como bien se apunta, el decreto de necesidad y urgencia N° 70/2023 no derogó el decreto N° 1278/2012 por lo que "[c]abe, entonces, preguntarse: (i) ¿Se aplica a todos los tipos societarios?; (ii) ¿A las nuevas SA con participación estatal?; (iii) para el decreto los directores son funcionarios públicos; (iv) ¿limita responsabilidad de directores y garantiza indemnidad si se bajó en directivas estatales?; (v) atento a que establece que esos directores no están alcanzados por el art. 264, inc. 4, LGS, ¿se aplica?; (vi) no cobrarán honorarios de la sociedad, sino que dichos honorarios se depositarán en el Ministerio de Economía (y el EN calculará una remuneración); (vii) deber de abstención para deliberar en caso de tratarse un tema vinculado a la competencia funcional directa del director funcionario público"[1094].

En definitiva, mediante el decreto N° 1278/2012 se instituyó un sub-sistema de control corporativo que supone la designación y/o remoción por parte de un ente específico (Secretaría de Política Económica) de aquellos directores que representan los intereses del Estado nacional en las tenencias accionarias que se hubieran obtenido en ciertas sociedades anónimas a raíz de la derogación del régimen de AFJP.

[1091] El art. 5°, primera parte, del decreto N° 1278/2012 establece que los directores "deben asumir las responsabilidades ilimitadas y solidarias que para dicho cargo impone la ley Nº 19550, así como también las que le pudieran corresponder en materia penal, civil, administrativa y profesional, además de las responsabilidades propias de su carácter de funcionarios públicos".

[1092] El art. 5°, segunda parte, del decreto N° 1278/2012 establece que el "Estado nacional garantizará la indemnidad de los Directores alcanzados por el presente, cuando la actuación en virtud de la cual se pretendiese hacer valer su responsabilidad, se basase en el cumplimiento de las Directivas y Recomendaciones que hubieran sido emitidas por la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS".

[1093] El art. 12, primera parte, del decreto N° 1278/2012 establece que la "designación de Director societario propuesta por las acciones o participaciones societarias del Estado Nacional no resultará alcanzada por el artículo 264, inciso 4°, de la ley Nº 19550".

[1094] Molina Sandoval (2023)

6. El sistema de control institucional de las empresas estatales adoptado en la República Argentina a partir de la sanción de la ley 24156

A primera vista, podría esgrimirse que el control institucional supone la función de verificar el cumplimiento formal y material de los objetivos y políticas prefijadas a cada órgano, sea que por su norma de creación o por ley de presupuesto[1095].

Aquí, por supuesto, no se intenta considerar solo al ejercicio de la actividad de control sobre estas empresas estatales simplemente como una potestad de la autoridad pública competente, sino como un deber propio derivado de la responsabilidad que le viene añadido, que incluye la obligatoriedad de rendir cuentas de sus actos.

Sin duda, "[l]a noción de control gubernamental debe apreciarse, además, en su vinculación con la noción de responsabilidad pública. Así, el control es la consecuencia natural del ejercicio de esa responsabilidad y no, como en ocasiones se expresa, el resultado de una delegación de la responsabilidad"[1096].

De modo que el control institucional de las empresas estatales se erige como un principio esencial de la estructura misma del poder estatal: no puede haber poder sin control, siendo éste una cualidad intrínseca del sistema republicano de gobierno[1097].

Con la sanción de la ley 24156 en el año 1992, el Estado nacional instituyó un sistema de control institucional homogéneo para todas las dependencias que orbitan dentro de su esfera, sin detenerse en los rasgos distintivos que cada una de ellas pudieran exhibir.

Este diseño fue pensado "para acompañar la finalidad de entonces, de achicamiento del Estado, exteriorizado en el objetivo de implantación de una reforma administrativa intentada como correlato del anterior modelo de Estado mínimo privatizador"[1098].

La ley 24156 constituyó, pues, una reforma integral, totalmente disruptiva y de avanzada, de las estructuras de control del Estado que, lejos de implicar una mera reformulación del régimen anterior establecido por el decreto-ley N° 23354/1956, ratificado por ley 14467 (ley de Contabilidad), tradujo una profunda transformación del existente sistema de fiscalización del sector público nacional[1099].

A partir de su entrada en vigencia, se implantó una técnica de auditoría institucionalizada focalizada en el "control de las actividades", para revisar el "ejercicio vencido" bajo la exclusiva modalidad del "control posterior",

[1095] Romero Villanueva (1996)
[1096] VALDÉS (1984)
[1097] Romero Villanueva (1996)
[1098] DAMSKY (2016)
[1099] En efecto, mediante el art. 137, inc. a), de la norma mencionada se dispuso la derogación de la ley de Contabilidad con excepción de los arts. 51 a 54 referidos a la gestión de los bienes del Estado.

suprimiendo la anterior técnica de "control sobre los actos" que otrora ejercía con "carácter previo y concomitante" el extinto Tribunal de Cuentas de la Nación[1100].

Cabe aclarar que el "control sobre los actos" es aquel que "requiere autorización o aprobación para determinados actos concretos [por lo que] corresponde a los ministerios de adscripción conferirlas o denegarlas"[1101].

Siempre bajo la premisa de adoptar un "sistema uniforme, interconectado y dinámico" de los órganos supervisores para todas las dependencias del Estado federal, esta norma fijó los principios y procedimientos que rigen el andamiaje presupuestario del sector público nacional sobre la base de estatuir un control "dual" ("control institucional"), tanto interno ("control administrativo") como externo ("control político"), y lo extendió no solo a las cuestiones económico-contables sino, también, de índole administrativo y legal[1102].

A continuación, se realizará una aproximación más detenida sobre los alcances de cada una de las aristas incluidas dentro del "control público institucional" que desarrolla el Estado sobre las empresas que se hallan bajo su custodia según las prescripciones contenidas en la ley 24156.

6.1 Los alcances de la actividad de control público institucional de las dependencias del sector público nacional a partir de la ley 24156

El mayor grado de objetividad con el que puede contar toda organización en su afán de efectuar una fiscalización *a posteriori* es la modalidad de la auditoría externa, donde un tercero ajeno a la organización dictamina sobre sus estados financieros y contables.

En tal sentido, existen técnicas de auditoría operacional y administrativa que permiten realizar la tarea de supervisión lo más cercanamente posible al momento mismo de la decisión mediante programas de operación para conocer con anticipación las tareas a desarrollar, los presupuestos y las compras proyectadas.

Siguiendo estos lineamientos, la ley 24156 instruyó a los organismos que integran el sector público nacional para que formulen los programas de operación con procedimientos y técnicas homogéneas de modo de facilitar la actividad de control.

Para describir el perfil del control instituido en la ley 24156, resulta necesario puntualizar que éste puede ser clasificado por su "objeto", por su "alcance", por su "ubicación" o por el "momento" en que se desarrolla.

Por su "objeto", puede ser "financiero", "patrimonial" o de "costos". El primero, "implica el control de ejecución de movimientos de fondos o sea la llamada rendición de cuentas".

El "patrimonial" alude "al aumento y disminución del activo y pasivo del

[1100] DAMSKY (2016)
[1101] GORDILLO (2015)
[1102] Romero Villanueva (1996)

Estado". Y el de "costos" refiere "al costo global de los servicios, aspecto que con la ley 24156 se ha superado"[1103].

Por su "alcance", el control puede ser de "legalidad", de "mérito" o de "gestión". El control de "legalidad" consiste en "comprobar si los actos administrativos (en sentido amplio) se ajustan a las disposiciones legales, o más precisamente si se corresponden con el bloque de legalidad".

El control de "mérito" es aquel que se enfoca "en apreciar el valor, oportunidad, productividad y conveniencia del acto" y el de "presupuesto general", que "solo puede ser realizado por el Congreso", es el que restringe *ex ante* el nivel de gastos que puede asumir una determinada organización[1104].

Por la "ubicación" del órgano a cargo del control, éste puede ser "interno" o "externo". El control "interno" es desarrollado por la propia Administración pública cuando investiga, comprueba y, en su caso, sanciona la ilegalidad e ineficiencia de la actuación de sus órganos.

El control "externo", en cambio, sucede cuando el examen, el juicio y, en su caso, la exigencia de responsabilidades corresponde a órganos ajenos a la Administración pública[1105].

Finalmente, por el "momento" en que se lleva a cabo el control, puede ser "preventivo", "simultaneo" o "posterior". En el "preventivo", el acto se revisa antes de su emisión y/o a ejecución, requiriendo una aprobación previa, visto bueno o autorización.

En el "simultáneo", el acto se supervisa durante su ejecución. Y en el "posterior", se desarrolla, generalmente, a través de órganos especializados en auditar la regularidad y legalidad de los elementos constitutivos de la decisión[1106].

Estas clasificaciones, como toda postulación teórica, no se constatan en la realidad de forma pura y simple, sino que suele presentarse con algunos matices que la alejan de su modelo preconcebido.

Dicho esto, el formato que adoptó uniformemente la ley 24156 para todas las dependencias del sector público nacional –y que incluyen a las empresas estatales- es el de un control "financiero", de "legalidad", "interno y "dual" (tanto "externo" como "posterior").

6.2 Las empresas estatales como sujetos expresamente alcanzados por el control público establecido en la ley 24156

El art. 8° de la ley 24156[1107], modificado por las leyes 25565 y 25827, establece

[1103] BADILLOS (2003)
[1104] BADILLOS (2003)
[1105] Romero Villanueva (1996)
[1106] Romero Villanueva (1996)
[1107] El aludido art. 8° de la ley 24156 explicita que el "sector público nacional" quedará integrado por los siguientes órganos: a) la Administración nacional, conformada por la Administración central y los organismos

que sus disposiciones serán de aplicación a todo el "sector público nacional", no limitándose, pura y exclusivamente, al fenómeno esencialmente "estatal".

La simple constatación de los sujetos alcanzados por el control establecido por la ley 24156 permite colegir que "para la definición e integración del sector público nacional se ha tenido en cuenta un criterio presupuestario y no jurídico-orgánico, confirmado por la modificación a la referida ley 24156, en su título II y III, que actualmente regulan por separado el presupuesto de la Administración nacional (incluyendo la Administración central y descentralizada, que respondería a los incisos a y b del artículo 8º), y el de las empresas públicas, fondos fiduciarios y entes públicos no comprendidos en la Administración nacional (vinculado a los incisos c y d del artículo 8º)"[1108].

Se observa así que el sujeto alcanzado por el control de la ley 24156 es toda la Administración pública nacional en un sentido amplio, en tanto que, hablar de dicho término, "implica una sinonimia al empleo de la expresión al nivel en que se mueve la administración del Estado, que es la administración del Estado por excelencia, pero este concepto conlleva a un reduccionismo, por cuanto existe una pluralidad de Administraciones públicas, todas ellas titulares de relaciones jurídicas-administrativas"[1109].

De esta manera, la ley 24156 reconoce el "principio de presupuesto único e indivisible"[1110] al disponer que el sistema presupuestario será de aplicación a todo el sector público nacional sin excepciones y que, en consecuencia, ello incluye a toda "entidad" y a toda "jurisdicción".

Respecto a esta última distinción, cabe apuntar que en el art. 9° de la ley 24156 se relaciona al concepto de "entidad" con toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferenciándolo del de "jurisdicción" que refiere al Poder Legislativo nacional, al Poder Judicial nacional, a la Presidencia de la Nación y a los ministerios y secretarías del Poder Ejecutivo nacional[1111].

Por su parte, se puede advertir que los distintos tipos de empresas estatales se encuentran prolijamente listadas como tales en el inc. b), del art. 8° antes citado. También es dable señalar que la mentada referencia es sobreabundante habida cuenta que éstas ya "se encontraban incluidas en el inciso a) de ese mismo artículo, toda vez que las empresas del Estado

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

[1108] CASSAGNE (2006)

[1109] Romero Villanueva (1996)

[1110] CASSAGNE (2006)

[1111] Romero Villanueva (1996)

constituyen expresiones propias de la descentralización administrativa nacional"[1112].

Esta última apreciación dista de ser ociosa. Por el contrario, subsumir a las empresas estatales dentro de una categoría más amplia (esto es: en la de los organismos descentralizados de la Administración Pública nacional) permite un mejor entendimiento de la naturaleza jurídica de los entes "empresas y sociedades del Estado" sometidos al control público institucional delineado en la ley 24156.

Es que las empresas estatales participan de todos los elementos comunes que la Procuración del Tesoro de la Nación lista como pertenecientes a los entes descentralizados.

A saber, "a) son creados por el Estado, b) poseen personalidad jurídica propia, c) tienen una asignación legal de recursos, además de una capacidad de autoadministración, d) están sujetos al control del Estado y e) tienen como sustento la voluntad del legislador" (Dictámenes: 207:597).

En igual sentido, Cassagne apunta que "dentro de las entidades públicas estatales (Administración descentralizada) coexisten tanto formas jurídicas llamadas puras –con un régimen típico de derecho público- (v.gr. entidades autárquicas) con aquellas entidades descentralizadas que realizan actividades industriales y comerciales –dotadas de un régimen jurídico mixto de derecho público y privado– (por ej.: las empresas del Estado que tipifica la ley 13653)"[1113].

Y, agrega, el mentado jurista que "[l]os rasgos característicos de estas entidades son la creación estatal y la pertenencia a la organización administrativa", con lo cual, no existe justificación dentro de una mirada netamente técnica para la discriminación entre unos y otros.

En definitiva, el sector público nacional definido en el art. 8° de la ley 24156 abarca tanto formas jurídicas públicas como privadas, utilizando nociones amplias y lo más abarcativas en pos de incluir dentro de este concepto a toda intervención estatal o donde el Estado tenga alguna incidencia, como lo son, en efecto, las empresas estatales.

6.3 La estructura de supervisión de la actividad empresarial del sector público nacional en la República Argentina delineada en la ley 24156

La ley 24156, como lo indica su título, regula sustancialmente dos aspectos del régimen del "sector público nacional": la "administración financiera" y los "sistemas de control", interesando a los fines del presente trabajo solo lo concerniente al segundo de éstos.

En esa inteligencia, su art. 3° indica que "[l]os sistemas de control comprenden las estructuras de control interno y externo del sector público nacional y el

[1112] CASSAGNE (2006)
[1113] CASSAGNE (2007)

régimen de responsabilidad que estipula y está asentado en la obligación de los funcionarios de rendir cuentas de su gestión".

Así, la ley 24156 creó un sistema "dual" de control: uno interno, dentro del ámbito del Poder Ejecutivo nacional a cargo de la Sindicatura General de la Nación (al que se denominó "control administrativo") y otro externo, en el ámbito del Poder Legislativo nacional a cargo de la Auditoría General de la Nación (al que se denominó "control político").

Por control interno (o "control administrativo"), se denomina al "conjunto de elementos, normas y procedimientos destinados a lograr, a través de una efectiva planificación, ejecución y control, el ejercicio eficiente de la gestión para el logro de los fines de la organización" [1114].

El órgano rector del sistema de control interno es la Sindicatura General de la Nación, entidad de carácter normativa, de supervisión y coordinación, de la cual dependen funcionalmente las Unidades de Auditoría Interna (UAI), creadas en cada una de los órganos internos del Poder Ejecutivo nacional.

Está a cargo de un síndico general de Estado (art. 108, ley 24156) que es asistido por otros tres síndicos generales adjuntos, con rango de subsecretarios de Estado (decreto N° 1413/1994), siendo requisitos comunes para ser designados en la función poseer título universitario en ciencias económicas y una experiencia en administración financiera y auditoría no inferior a los ocho años.

Como se explicitó, el servicio de auditoría interna se presta a través de ciertas unidades que se encuentran dentro de los órganos del Poder Ejecutivo nacional y, a grandes rasgos, verifican el cumplimiento de las normas y planes de trabajo, el curso seguido a las observaciones y recomendaciones acordadas con los responsables y fijan los requisitos profesionales que debe poseer el personal.

A partir del decreto N° 72/2018 –modificatorio del decreto N° 1344/2007-, el Síndico General de la Nación es el responsable de la designación y remoción de los auditores internos titulares.

Sobre los sujetos alcanzados por el control interno de la Sindicatura General y de las Unidades de Auditoría Interna (UAI), el art. 98 de la ley 24156 dispone que "[e]s 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".

De esta manera, el legislador "delimitó la competencia de la SIGEN para cumplir esa finalidad únicamente a algunos organismos, éste último ámbito de acción específico es el aplicable a dicho ente, y no aquel sector público nacional consagrado en forma genérica en los primeros artículos de la propia ley"[1115].

[1114] Romero Villanueva (1996)
[1115] CASSAGNE (2007)

Sin embargo, esta última afirmación "se enfrenta a una tendencia doctrinaria que postula la interrelación de los arts. 8º y 98 a los efectos de la determinación de los sujetos sometidos al control de la SIGEN, sosteniendo de esa forma que dicho organismo abarca ambos campos"[1116].

No se puede soslayar "la delimitación de competencia establecida por el legislador en el art. 98 de la ley 24156, máxime si se trata de un control interno del Poder Ejecutivo que no debiera extenderse a otros ámbitos que no sean de su estricta competencia, como podría darse en el caso de pretender extender la competencia de la SIGEN a todo el sector público nacional contenido en el art. 8° de dicha ley"[1117], so pena de incurrir en un indebido exceso reglamentario.

Parecería, pues, que el modelo de control interno abarca tanto los aspectos presupuestarios, financieros, económicos y de gestión, como la evaluación de programas, proyectos y operaciones de las jurisdicciones y entidades sujetas a su control que son, como lo determina el art. 98 de la ley 24156, "las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo".

Sobre este espectro delimitado de entidades controladas es que, a partir de la decisión administrativa N° 85/2018 por parte de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, se introdujeron nuevos estándares en materia de gestión de las empresas estatales.

Allí, se señala que "[l]os Lineamientos de Buen Gobierno para empresas de Mayoría Accionaria Estatal constituyen un conjunto de buenas prácticas de gobernanza y gestión de empresas en donde el Estado es accionista", siendo que "[s]u principal objetivo es comunicar a las empresas las expectativas que el Estado tiene con relación a cómo las mismas deben organizarse y funcionar".

Agrega que, "[a] través de los Lineamientos, el Estado como accionista comunica a las empresas lo que éste espera de las mismas en términos de prácticas de gobierno y gestión".

A los fines de cumplir con dicha manda, "las empresas cuentan con libertad para elegir el diseño institucional que crean más conveniente para su implementación" sin reemplazar las "competencias legales establecidas en instrumentos normativos aplicables".

No debe perderse nunca de vista que la "buena administración" comprende "no sólo la exigencia de un comportamiento ético de todo aquel que gestione recursos públicos, sino también la necesidad de un *management* público eficiente que genere una actividad estatal de calidad y brinde un servicio de valor agregado a la ciudadanía"[1118].

En otras palabras, los lineamientos de buen gobierno constituyen un marco a

[1116] CASSAGNE (2007)
[1117] CASSAGNE (2007)
[1118] DATES (2018)

observar por los organismos de gobierno en materia de gobernanza de empresas cuya composición accionaria es de mayoría estatal.

Las pautas allí esbozadas se rigen por seis principios que los estructuran y brindan fundamento. La decisión administrativa N° 85/2018 las enumera y define del siguiente modo: (i) eficiencia, (ii) transparencia, (iii) integridad, (iv) generación de valor, (v) estándar de empresa listada y (vi) roles diferenciados del Estado.

Estos seis principios son operativizados, a su vez, mediante siete lineamientos, cada uno de los cuales contiene, al mismo tiempo, cinco principales aplicaciones prácticas a fin de facilitar el diseño de políticas específicas por parte de las empresas en materia de buen gobierno corporativo, adoptando acciones concretas en tal sentido en su organización y funcionamiento.

El séptimo lineamiento, denominado "Auditoría y Control", se vincula al cumplimiento de la legislación vigente, como así también al diseño de una arquitectura de control interno que identifique riesgos críticos del negocio y el impacto de las políticas corporativas, asumiendo el control interno como inherente a sus responsabilidades y complementando la labor de la Sindicatura General de la Nación.

En ese orden de ideas, el lineamiento en trato "sugiere que la unidad de auditoría interna sea independiente y profesionalizada y que existan auditorías externas de tipo integral realizadas por profesionales designados mediante procesos abiertos y competitivos"[1119].

Se asume, así, como relevante contar con auditorías externas integrales, que analicen el balance, los estados contables y el cumplimiento por la empresa de su plan estratégico.

A partir de la decisión administrativa N° 85/2018, la Sindicatura General de la Nación dictó la resolución N° 37/2006 por la cual aprobó las "Normas Mínimas de Control Interno para el Buen Gobierno Corporativo en Empresas y Sociedades del Estado".

Luego, produjo una revisión de la citada resolución, incorporando instrumentos que permitan una adecuada gestión de riesgos, del control y de la sostenibilidad de la empresa estatal.

En ese marco, dictó la resolución N° 206/2022, de "normas mínimas y buenas prácticas de control interno para los sujetos comprendidos en el artículo 8°, inciso b), de la Ley N° 24156. Funcionamiento del Comité de Auditoría", fortaleciendo, como su denominación lo deja claro, la figura del Comité de Auditoría dentro de la empresa estatal en tanto herramienta del sistema de control interno.

Allí, se estableció, entre sus competencias, la de asistir al órgano de administración/dirección de las empresas estatales en relación "con la implementación de un sistema de control interno efectivo, que contribuya al

[1119] DATES (2018)

logro oportuno de los objetivos y metas institucionales, con enfoque a resultados; y supervisar el funcionamiento y fiabilidad de los sistemas de control interno y administrativo-contable y de toda la información financiera".

En conclusión, la Sindicatura General de la Nación tiene a su cargo el control administrativo de las empresas estatales, valiéndose a tales efectos de los diferentes dispositivos que se fueron suscitando en ordenamiento normativo a partir de la sanción de la ley 24156.

7. El control externo que ejerce el Congreso federal a través de la Auditoría General de la Nación

El órgano rector del control externo ("control político") es la Auditoría General de la Nación, cuyas funciones se encuentran establecidas en los arts. 117 y ss. de la ley 24156.

La más reciente reforma constitucional del año 1994 incorporó expresamente a este organismo, estableciendo en su art. 85 los alcances y el ámbito que le corresponde ejercer.

Bajo el mandato de la norma de excelencia, la Auditoría General de la Nación asiste técnicamente al Congreso federal con autonomía funcional para el ejercicio de su actividad, debiendo su presidente ser designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el parlamento.

La Auditoría General de la Nación está a cargo de siete miembros, designados cada uno como auditor general, los que deben ser de nacionalidad argentina, con título universitario en la carrera de ciencias económicas o derecho y con probada especialización en administración financiera y control.

Depende de la Comisión Mixta Revisora de Cuentas del Congreso de la Nación, que está integrada por seis senadores y seis diputados y que tiene a su cargo aprobar el programa de acción anual de control externo de la Auditoría General de la Nación, encomendar los estudios, investigaciones y dictámenes especiales sobre la materia de su competencia, analizar la memoria y el balance del organismo y la marcha de los planes anuales de trabajo.

El sistema de control político incorpora la auditoría de los estados contables de los entes descentralizados, inclusive los bancos oficiales nacionales y las empresas y sociedades del Estado y de aquellas entidades en las que el Estado nacional participa en las decisiones.

Asimismo, la Auditoría General de la Nación tiene atribuciones para verificar actos y contratos, controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y verificar la existencia del registro patrimonial de funcionarios.

También puede realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control,

así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones.

El ámbito competencial de la Auditoría General de la Nación asignado por la vía legal presenta un caso similar al de la Sindicatura General de la Nación expuesto precedentemente: no se circunscribe estrictamente a todo el sector público nacional contenido en el art. 8° de la ley 24156, sino a lo que el legislador expresamente estableció en el título VII[1120].

En efecto, el art. 117 de la ley 24156 preceptúa que "es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables 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 de los respectivos contratos".

Así, la competencia de la Auditoría General de la Nación quedó limitada a los supuestos señalados en el art. 117 antes citado, aunque es dable advertir que, por mandato legal, "el Congreso de la Nación podrá extender su competencia de control externo a las entidades públicas no estatales o a las de derecho privado en cuya dirección y administración tenga responsabilidad el Estado nacional, o a las que éste se hubiere asociado, incluso a aquella a las que se les hubiere otorgado aportes o subsidios para su instalación o funcionamiento y, en general, a todo ente que perciba, o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública"[1121].

En definitiva, el sometimiento al control del Estado de la totalidad de las jurisdicciones integrantes de Administración centralizada y descentralizada y del Poder Legislativo no solo se efectiviza al momento de aprobar la ley de presupuesto, sino también a través de la Auditoría General de la Nación, órgano dependiente de este último que tiene por función efectuar un "control político", externo y posterior en sus aspectos contables, legales, financieros, presupuestarios, económicos y de gestión del sector público nacional.

8. El control democrático de la actividad empresarial del Estado

El acceso a la información pública es el instrumento por antonomasia que el ordenamiento jurídico argentino le provee a los particulares para ejercer el control sobre la marcha de las empresas estatales.

Es una herramienta que pone en cabeza del ciudadano la fiscalización de las actividades, los programas, los proyectos, la información no confidencial y los gastos en los que estos entes empresariales incurren.

De esta manera, el ciudadano puede escrutar todo lo referente a la gestión que llevan adelante las empresas estatales, los criterios y los recursos

[1120] CASSAGNE (2006)
[1121] CASSAGNE (2006)

utilizados en la implementación de las medidas y la conducta de sus directivos.

El acceso a la información pública se encuentra, centralmente, regulado en la ley 27275, considerándose como "información pública" a todo tipo de dato contenido en documentos de cualquier formato que los sujetos obligados enumerados en su art. 7° obtengan, transformen, controlen o custodien (art. 3°, inc. b, de la ley 27275).

Como se puso de relieve, en el art. 7° de la ley 27275 se detallan todos los organismos públicos y entidades privadas obligadas a brindar acceso a la información pública, destacándose la inclusión de "las empresas y 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 (inc. g), así como "las empresas y sociedades en las cuales el Estado nacional tenga una participación minoritaria, pero sólo en lo referido a la participación estatal" (inc. h).

Sin embargo, las diversas formas societarias que asumen las empresas estatales, las realidades organizacionales y las prácticas informales pueden operar, a veces, como obstáculos reales al momento de la aplicación de los preceptos contenidos en la norma.

En este sentido, la Agencia de Acceso a la Información Pública creada por la misma ley 27275 (capítulo IV) debe contemplar que las empresas estatales, por su naturaleza, difieren del resto de los organismos de la Administración pública nacional en materia de regulación, finalidad, estructura, financiamiento, gobierno, rendición de cuentas, entre otros aspectos.

Ello ameritaría que la referida Agencia asuma la tarea de desarrollar criterios y exigencias específicas, adaptadas a las características de las empresas estatales, generando guías orientadoras para colaborar con ellas en el cumplimiento de la norma, determinando incluso plazos y definiendo herramientas.

Sin perjuicio de lo anterior, las solicitudes de información pública que se eleven a las empresas estatales no deben nunca demandar formalidades que enerven su acceso y solo deberá exigirse la identificación clara de lo que se pide y de la identidad del solicitante y sus datos de contacto a los fines de enviarle la información o anunciarle que está disponible.

Asimismo, se dispone en la norma que el funcionario responsable de cumplimentar con el requerimiento informativo que, en forma arbitraria, obstruya el acceso a la información pública, o la suministre en forma incompleta, u obstaculice de cualquier modo el cumplimiento de la ley 27275, incurre en una falta grave (art. 18), sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, patrimoniales y penales que pudieran caberle.

Por su parte, en su art. 32 se establece la información que los sujetos obligados deben publicar de manera proactiva y en forma completa, actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos.

Más allá de las especificaciones que se detallan en la norma, es preciso resaltar que las empresas estatales llevan adelante una actividad empresarial de producción de bienes y servicios y, por lo tanto, existen aspectos específicos de su actividad que cobran relevancia al momento de transparentar su gestión.

En definitiva, el acceso a la información pública representa el instrumento idóneo con el que cuenta el particular para controlar la actividad empresarial del Estado, sumándose así a los dispositivos convencionales (corporativo, administrativo y político) que fueron tratados con anterioridad.

9. El control democrático en las sociedades anónimas sujetas al régimen de oferta pública

El art. 8° de la ley 27275 establece un régimen de excepciones a los sujetos obligados a proveer información pública, cuyo fundamento es que su acceso no es un derecho de carácter absoluto, sino relativo y, como tal, sujeto a reglamentación.

Sin embargo, estas excepciones previstas deben ser taxativamente fijadas por una norma, son de interpretación restrictiva y la negativa de entregar la información solicitada por parte del sujeto obligado deberá estar debidamente fundamentadas, so pena de que su reticencia sea considerada injustificada y ello traiga aparejada la aplicación del dispositivo sancionatorio contenido en la ley 27275.

Ello, por cuanto de conformidad con los principios contenidos en dicha norma, el acceso a la información debe ser efectivo (art. 1°) y lo más amplio posible (art. 33), por lo que, en la práctica, las excepciones no pueden transformarse en la regla general[1122].

Dentro del menú de excepciones que contempla la ley 27275 destaca, en lo tocante a empresas estatales, el de brindar la "información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública" contenida en el art. 8°, inc. m), siendo ello solo aplicable, al momento, a la situación de la empresa YPF S.A.

No se saben con exactitud los motivos tenidos en miras por la ley 27275, que fue sancionada en el año 2016, para justificar dicha exclusión. Podría ser la falta de recepción de fondos públicos (partidas presupuestarias) por parte de este tipo de empresas.

Quizás, también, porque se considere que, debido a su naturaleza jurídica propiamente privada, se encuentran alcanzadas a los controles más estrictos

[1122] Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que "el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a la información en control del Estado, a través de la práctica de las autoridades y sin cumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, crea un campo fértil para la articulación discrecional y arbitraria del Estado en la clara inseguridad jurídica en relación con el ejercicio de dicho derecho; como también sobre el alcance de las facultades estatales para restringirlo" (Corte IDH, caso "Claude Reyes y otros vs. Chile", sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, Nro. 151, párr. 98).

a los que están sujetos las sociedades cotizantes. O, bien, que el régimen de información amplio al que están sujetas estas empresas abiertas suple, de algún modo, la transparencia del régimen público.

Lo cierto es que su inclusión no parece responder a un tipo determinado de información que suele encontrarse en su poder, sino a la particularidad de ser una sociedad anónima de las denominadas abiertas.

Este tipo de sociedades se encuentra ya controlada por la Comisión Nacional de Valores (CNV) en el ámbito federal y por el registro público de comercio la jurisdicción provincial donde se encuentra inscripta.

El primer organismo mencionado presta conformidad a las reformas estatutarias y fiscaliza en forma permanente el funcionamiento de las sociedades comerciales que cotizan en el mercado de valores y, específicamente, las variaciones de capital, la disolución y la liquidación.

Una de las particularidades de la fiscalización es la publicidad de gran cantidad de información financiera de esas sociedades a través de medios electrónicos, satisfaciendo de antemano cualquier requerimiento que pudiera tener el ciudadano.

Se considera que, a futuro, será importante que se precise la expresión "sujeta al régimen de oferta pública" a los fines de resolver si se refiere solo a las acciones o también se incluyen otros los valores negociables.

Ninguna norma reglamentaria del art. 8°, inc. m), de la ley 27275, por su parte, aclara nada al respecto, quedando pendiente una elucidación en tal sentido por parte de la Agencia de Acceso a la Información Pública o de la Jefatura de Gabinete de la Nación, siempre con el enfoque en garantizar el más amplio acceso a la información por parte del particular.

10. Conclusiones

El sistema de "control público" de las empresas estatales nacionales en la República Argentina se estructura desde cuatro vectores distintos que suelen desenvolverse de forma concomitante, pero sin necesidad de articulación conjunta.

El primero, de mayor cercanía con el ente supervisado, es el denominado "control corporativo", que se ejerce tanto dentro del mismo seno de la empresa estatal a través de su consejo de fiscalización como desde el órgano administrativo que tiene a su cargo la dirección política de la misma.

Como se dio cuenta a lo largo del presente estudio, este tipo de control carece de un bagaje normativo común a todas las empresas estatales nacionales, debiendo acudirse a cada uno de sus estatutos (o instrumentos de creación) para obtener alguna referencia precisa en esta materia.

Y, aun así, los mentados estatutos no suelen abundar en normas de fiscalización de las empresas estatales nacionales. Solo se logró un primer

acercamiento general en esta temática con los "Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina" y con las normas que se dictaron en consecuencia, mas sin que se abunde lo suficiente en su "control corporativo".

Parecería entonces que el "control corporativo" se encontraría limitado a la designación (y remoción) de los miembros del directorio de las empresas estatales, cuya atribución se aloja primariamente en la dependencia gubernativa donde aquella reviste orgánicamente.

Aquí, tampoco, el ordenamiento jurídico provee, salvo muy contadas excepciones, de criterios o pautas que seguir en la designación o remoción de los miembros de los directorios de las empresas estatales nacionales a cargo de un determinado funcionario político, dejándose un amplio margen para decisiones discrecionales.

El segundo y tercer tipo de "control público", en cambio, han recibido un profundo tratamiento normativo a partir de la ley 24156 y de todas las reglamentaciones que se dictaron como consecuencia de su sanción.

En efecto, este plexo legislativo constituyó un hito revolucionario en materia de control del sector público nacional a tal punto que, a más de treinta años de su incorporación a la vida institucional argentina, continúa siendo un verdadero refugio en el cual recostarse.

En ella fueron tratadas conjuntamente los denominados "control administrativo" y "control político" (de allí que se aluda a un sistema de control "dual"), quedando ambas abarcadas bajo la categoría de "control institucional".

El "control administrativo" es, precisamente, el que pormenorizadamente tiene que afrontar la propia Administración pública nacional a través de su órgano técnico especializado (la Auditoría General de la Nación).

El "control político", por su parte, se relaciona con aquel que se encuentra a cargo de la institución más representativa de la voluntad de los argentinos, el Congreso federal, que se ejerce a través de la Comisión Mixta Revisora de Cuentas y, muy especialmente, bajo la dirección técnica de la Auditoría General de la Nación.

No se observa, desde un punto de vista de la esencia de la supervisión que ambos entes deben llevar a cabo, que las tareas encomendadas a cada uno de ellos se diferencien demasiado, sea por las materias alcanzadas por el control que tienen a su cargo como por los sujetos pasibles de dicha fiscalización.

En efecto, el formato que adoptó uniformemente la ley 24156 para todas las dependencias del sector público nacional –y que incluyen a las empresas estatales– es el de un control "financiero", de "legalidad", "interno y "dual" (tanto "externo" como "posterior").

En todo caso, la lógica tenida en miras por la ley 24156 fue la de dividir el

margen de error en la tarea controladora, permitiéndole a la propia Administración pública advertir prontamente alguna irregularidad y al Congreso nacional de que dicha irregularidad, eventualmente, pueda ser puesta en evidencia a la mayoría de los ciudadanos.

Finalmente, el ordenamiento jurídico incorporó formalmente al "control democrático" como un vector más del sistema de "control público" de las empresas estatales. Y lo hizo, primordialmente, a través del instituto del acceso a la información pública, otorgándole al particular la posibilidad de interpelar, ya sin intermediarios, a los distintos sujetos del sector público nacional, dentro del cual se encuentran las empresas estatales, mediante la obligación de que éstos den respuesta a los requerimientos informativos de los ciudadanos.

Del paneo que se intentó brindar a través de este trabajo y que puede visualizarse en el esquema que se presenta seguidamente, se vislumbra que, luego de despejarse el escenario en el quedarán las empresas estatales a resultas de los postulados del decreto de necesidad y urgencia N° 70/2023, el ordenamiento normativo debería propender hacia (i) una institucionalización del "control corporativo", (ii) un *aggiornamento* del "control institucional" y (iii) una intensificación del "control democrático".

Tipo de control		**Características principales**	**Órganos intervinientes**	**Alcance**	**Observaciones**
Corporativo		Interno dentro de la empresa Vinculado a los estatutos internos Supervisión desde la dependencia gubernativa	Directorio de la empresa Ministerio/secretaría de dependencia	Individual (por empresa)	Muy dispar (según estatuto) Escasa normatividad común. Regulación parcial mediante los Lineamientos de Buen Gobierno (DA 85/18)
Institucional	Administrativo	Interno a la Administración Pública Nacional Evaluación técnica y legal Enfoque en legalidad y eficiencia de gestión	Sindicatura General de la Nación (SIGEN) Unidades de Auditoría Interna (UAI)	General (sector público nacional)	Basado en la ley 24156 Control posterior, financiero y de legalidad.
	Político	Externo a la administración	Auditoría General de la Nación (AGN)	General (órbita parlamentaria)	También bajo la ley 24156.

		Fiscalización parlamentaria Evaluación contable, legal, financiera y de gestión	Comisión Mixta Revisora		"Control externo" o de rendición de cuentas.
Democrático		Participación ciudadana directa Acceso a información pública	Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP) Ciudadanía	General (cualquier ciudadano)	Regulación principal: ley 27275. Control descentralizado, basado en la transparencia y rendición de cuentas públicas.

Tabla 1. Control público sobre empresas estatales

11. Bibliografía

Badillos, Ana (2003), "Control presupuestario y de gestión de los entes descentralizados", publicado en la revista "Derecho Administrativo - Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Practica", págs. 805-846.

Balbín, Carlos (2005), "Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado", publicado en AA.VV., "Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público", 1° edición, Editorial RAP, Buenos Aires, págs. 625 a 637.

Barra, Rodolfo C. (1981), "La empresa pública y el logro de los fines de interes público", publicado en la revista Prudentia Iuris, N° V, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, págs. 39 a 50.

Calderón, César y Lorenzo, Santiago (Coord.) (2010), "*Open Government*: Gobierno Abierto", Algodón Editores, Alcalá la Real (Jaén).

Carbajales, Juan José (2023), "DNU 70/2023: desregulación energética y transformación de empresas públicas", publicado en la revista La Ley, tomo 2023-F, pág. 643

Cassagne, Ezequiel (2006), "Sobre el concepto de sector público nacional contenido en la ley Nº 24.156 (su aplicación a ciertos casos puntuales)", publicado en Revista de Derecho Administrativo Nº 56.

Cassagne, Juan Carlos (2007), "Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas", publicado en la revista El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Tomo 2007, pág. 548.

Cassagne, Juan Carlos (2011), "El régimen de contrataciones de la empresa pública", publicado en "Derecho Económico Empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría, Editorial La Ley, Buenos Aires, pág. 77-99.

Damsky, Isaac Augusto (2016), "Aproximaciones a las racionalidades del

control de las actuales empresas públicas", en "Control público y acceso a la justicia", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial RAP, págs. 49-73.

Dates, Luis E. (2018), "Lineamientos de buen gobierno para Empresas con Participación Estatal Mayoritaria", publicado en "La Ley", cita: LA LEY2018-A, 1166.

Gordillo, Agustín (2015), "El control de las empresas públicas", en "Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo", primera edición, 1ª edición, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, págs. 143-166.

Hadad, Lisandro (2025), "La transformación de las Sociedades del Estado en Sociedades Anónimas Unipersonales. Análisis jurídico, operativo e institucional", publicado en "La Ley", cita: LA LEY 06/06/2025, 1.

Molina Sandoval, Carlos A. (2024), "Sociedades con participación estatal y DNU 70/2023", publicado en "La Ley", cita: LA LEY2024-B, 703.

Lozano Irueste, José María (1971), "Control de la Empresa Pública", publicado en la Revista de Economía Política, págs. 23-37.

Romero Villanueva, Horacio J. (1996), "Algunos apuntes sobre la ley de administración financiera y de los sistemas de control del Sector Público Nacional (ley 24156)", publicado en Jurisprudencia Argentina.

Valdés Rodríguez, Manuel (1984), "El Control de las Empresas Públicas", publicado en la Revista de la Administración Pública (RAP) N° 59/60 del Instituto Nacional de Administración Pública, México.

Varangot, Carlos Jorge (1979), "La empresa pública en la República Argentina", publicado en "La Empresa Pública", Real Colegio de España en Bolonia, págs. 1807-1822.

Vignocchi, Gustavo (1979), "Los controles sobre las haciendas autónomas y sobre las empresas con participaciones estatales", publicado en "La Empresa Pública", Real Colegio de España en Bolonia, págs. 1517-1561.

Capítulo X. La sujeción tributaria de las Empresas del Estado – Bastiana T. Locurscio

Autor: Bastiana T. Locurscio[1123]

Resumen: Este capítulo aborda la pregunta: "¿Deben las Empresas del Estado estar sujetas al régimen tributario general?". Se analizan posturas doctrinarias y jurisprudenciales que niegan su gravabilidad, basadas en los principios de soberanía fiscal, alteridad y capacidad contributiva, y se evalúa su aplicación a esas empresas. Asimismo, se examinan principios que justificarían su sujeción fiscal, como la neutralidad tributaria y la buena administración financiera. Desde el plano normativo, se revisa su tratamiento a nivel nacional, identificándose tres etapas: no gravabilidad, gravabilidad y anarquía. El capítulo concluye con la respuesta que se propone a partir del análisis sistemático de los argumentos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos examinados.

Palabras claves: Empresas del Estado. Sujeción tributaria. Administración financiera. Capacidad contributiva. Principio de neutralidad.

1. La pregunta que formulo

Este trabajo es elaborado en el ámbito del Proyecto de Investigación "Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la economía" del Programa Ius de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

A lo largo del proceso de investigación, en reuniones intragrupo y conversatorios con expertos, los integrantes del proyecto hemos reflexionado sobre las Empresas del Estado, la razón de su existencia, su regulación –tanto desde un plano positivo (*¿cómo es?*) como normativo (*¿cómo debería ser?*)– y los motivos de su (*in*)eficiencia, entre otros aspectos.

Este capítulo busca ser una instancia de reflexión sobre una pregunta basal en lo que hace a la sujeción tributaria de las Empresas del Estado:

¿Deben las Empresas del Estado estar sujetas al régimen tributario general?

A partir de este disparador se desarrolla una elaboración que comprende dos generalizaciones y una restricción.

En cuanto a las generalizaciones, se alude al concepto de *Empresas del Estado* y se incluyen, indistintamente, a las empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades

[1123] Abogada y licenciada en Economía (UBA). Magíster (LL.M.) en Tributación (NYU). Especialista en Derecho Tributario y Posgraduada en Derecho Aduanero (UBA). Profesora de grado (UCA, UMSA) y posgrado (UCA).

de economía mixta y otras organizaciones empresariales donde el Estado tiene participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones[1124]. El empleo de la referencia genérica, no obstante, es acompañada con referencias particulares cuando el análisis atienda a quienes detentan el capital social y la finalidad que persiguen con su participación.

A su vez, se analiza el tratamiento de las Empresas del Estado en los tributos en general, pero con énfasis en los impuestos, que conforman la especie tributaria de mayor relevancia en términos de recaudación. Solo someramente se detallan particularidades de la gravabilidad a través de tasas y contribuciones especiales, tributos cuya causa jurídica y cuantificación difieren de la propia de los impuestos[1125].

En cuanto a la restricción, no se estudian las hipótesis de incidencia de los impuestos que conforman el régimen tributario argentino y si ellas pueden ser verificadas por el Estado (por ejemplo, si el Estado puede tener renta bajo el Impuesto a las Ganancias). Tales líneas de estudio se dejan pendientes para posteriores abordajes que profundicen la temática en estudio.

El trabajo organiza los aspectos ponderados en dos partes, para dar respuesta a la pregunta formulada.

En la primera, se aborda la cuestión desde la teoría y la jurisprudencia. Por un lado, se describen las principales posiciones doctrinarias y jurisprudenciales negatorias de la gravabilidad del Estado: el principio de soberanía fiscal, el requisito de alteridad y el principio de capacidad contributiva. Para cada una de estas posturas, se pondera la pertinencia de su aplicación a la figura de la Empresa del Estado.

Por el otro, se analiza si existen principios que justifiquen la gravabilidad de las Empresas del Estado, aun cuando se considere que la soberanía fiscal, la falta de alteridad o la inexistencia de capacidad contributiva llevarían a un resultado de improcedencia de sujeción.

En la segunda parte, se examinan las principales normas nacionales sobre la temática y se distinguen tres etapas que ha tenido el abordaje normativo de la cuestión: una primera etapa de *no gravabilidad*, una segunda etapa de *gravabilidad* y la etapa vigente, de *anarquía*.

[1124] En el ámbito nacional tales entes son agrupados bajo la nomenclatura "Empresas y Sociedades del Estado" (cf. ley 24.156, art. 8, inc. b). Todos ellos, a partir del decreto 70/2023, comenzaron a converger en la tipología de sociedades anónimas (cf. decreto 70/2023, art. 48).

[1125] Las tasas son tributos cuyo cobro se corresponde (o encuentra presupuesto) en la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (cf., *v.gr.*, Fallos: 236:22; 344:2728; 347:653).

Las contribuciones especiales también son tributos que nacen en razón de una actividad estatal determinada, pero en los que la actividad no se especifica en el contribuyente, aunque lo beneficia. ATALIBA (2011) refiere a una actuación estatal mediatamente referida al obligado, esto es, que no lo tiene por destinatario específico, pero que produce en él un efecto distintivo (tal como ser la valorización inmobiliaria en el caso de la contribución de mejoras).

En razón de su origen, en las tasas existirá una limitación al cobro derivada del costo global del servicio de que se trate y, en las contribuciones, el *quantum* estará limitado adicionalmente por el beneficio generado al sujeto.

En la última sección presento la respuesta que propongo en este estadio del análisis.

2. Aspectos ponderados

2.1 Abordaje doctrinario y jurisprudencial

Las posturas que niegan que el Estado pueda estar alcanzado con tributos suelen basarse (explícita o implícitamente) en alguno de estos tres enfoques:

- Desde un enfoque "federalista", ha preponderado el criterio de la soberanía fiscal, como obstáculo a la aplicación de heteronormas tributarias que afecten el actuar de un nivel del Estado por parte de otros.
- Desde un enfoque "lógico", se ha sostenido que la bilateralidad de la relación jurídica tributaria impide la coincidencia subjetiva entre el sujeto activo que impone la carga y el pasivo que debe soportarla, por el absurdo de referir a obligaciones autoimpuestas.
- Desde un enfoque propiamente "tributario", se argumenta la inexistencia de capacidad contributiva frente a un sujeto que tiene afectada su renta, su patrimonio y su consumo a la consecución de fines estatales.

Es de notar que el abordaje de la temática no es indiferente a la presencia de hetero o autoimposición: restricciones a ser gravado por otro sujeto y el eventual conflicto de poderes sólo se darán en el primero de los ámbitos, en tanto la exigencia de dualidad de sujetos en la relación tributaria resultará pertinente en los supuestos de autoimposición. Por oposición, el argumento de la capacidad contributiva está presente en uno y otro caso, pero resultará en crisis ante abordajes de tributos distintos a los impuestos fiscales.

Por estos y otros motivos, estos enfoques no son excluyentes entre sí y, como se verá, han sido adoptados alternadamente por la jurisprudencia judicial y la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN).

2.1.1 ¿Vulnera la gravabilidad del Estado el principio de soberanía fiscal?

2.1.1.1 El alcance del principio de inmunidad impositiva heteronormativa

La corriente más difundida sobre la no gravabilidad del Estado enfoca el asunto desde la *soberanía fiscal*, a partir de un principio que suele ser denominado de "inmunidad de los actos de gobierno" o, desde una precisa terminología tributaria –aunque no tan difundida–, "principio de inmunidad impositiva recíproca entre el Estado Nacional y las provincias" (*v.gr.*, Fallos: 333:538; Dictamen PTN 101/2011).

Siguiendo a BIDART CAMPOS (1973), "la soberanía es la cualidad del poder del Estado que, para organizarse jurídicamente, no reconoce dentro del ámbito de relaciones que rige, otro orden superior del cual provenga o derive su propia validez positiva" (p. 230). La soberanía fiscal reflejaría esa cualidad en materia

tributaria, esto es, la cualidad del Estado federal de no estar sujeto a tributación por parte de entes provinciales o municipales en su ámbito de actuación, y viceversa.

Surge del propio concepto de soberanía –en tanto se explica en relación con otros sujetos– que este enfoque se limita a los supuestos de heteroimposición, dado que se fundamenta en la negación de toda dependencia o subordinación del poder soberano (cf. BIDART CAMPOS, 1973). De este modo, quedan por fuera de cualquier alcance que se pueda dar al principio la definición de la gravabilidad de un Estado y sus entes por parte de la normativa que él mismo dispone[1126].

La Constitución Nacional (CN) argentina, a diferencia de la Constitución de la República Federativa de Brasil[1127], no contiene una prohibición expresa de heteroimposición entre el estado federal y los provinciales o municipales. La doctrina y jurisprudencia argentina ha formulado originariamente el principio a partir de pronunciamientos judiciales de los Estados Unidos de América, a través de los cuales se ha elaborado una línea interpretativa referida al alcance con el que un Estado puede afectar o incidir en la actuación de otro a través de impuestos.

Es de notar que la jurisprudencia estadounidense no ha sido uniforme, y se ha delineado desde un contorno amplio –tanto desde los sujetos como las actividades abarcadas–, hacia otro específico –atinente a facultades propias de los poderes públicos y a la figura de estos como contribuyentes de los impuestos–. Este mismo discurrir se observa en el caso de Argentina, con un estrecho vínculo con la prestación directa de nuevas actividades por parte de los Estados.

En efecto, en "*McCulloch vs. Maryland*" (1819), pronunciamiento emblemático en la materia, la Suprema Corte de Estados Unidos resolvió sobre la posibilidad de un Estado de gravar una sucursal del Banco Federal de los Estados Unidos, con un tributo aplicable a bancos no constituidos en Maryland. Para resolver en contra de la gravabilidad, el tribunal sostuvo que los poderes de un Estado no se extendían sobre los medios empleados por el Congreso Federal para llevar a cabo las facultades que el pueblo de los Estados Unidos había depositado en él. Agregó que los poderes del Gobierno Federal no habían sido dados por la población de un solo Estado sino por la población de los Estados Unidos, y que los vecinos del Estado en cuestión no podían haber dado a este

[1126] JARACH (1982) descarta que el principio de inmunidad se pueda relacionar con la *soberanía fiscal*, dado que la soberanía, para él, es la cualidad que permite al Estado dictar leyes fiscales y, si éste la ejercita mediante un hecho imponible que se pueda atribuir a entidades públicas, la mentada soberanía no disminuiría. Agrega el referido autor que responsabilizarse de las consecuencias de sus actos de gobierno no podría verse como una mella a la soberanía siendo que cuando el Estado provoca un daño, por ejemplo, y es responsable de su reparación, de modo alguno ello puede entenderse como restrictivo de su soberanía en el ejercicio de actos de gobierno.

[1127] Constitución de la República Federativa de Brasil, art. 150, pto. VI ("Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, está prohibido a la unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios…establecer impuestos sobre: a) patrimonio, renta o servicios, unos de otros").

último una soberanía que se extendiera por sobre los poderes otorgados al Gobierno Federal por la población del país en su conjunto.

Con análogos fundamentos, ese mismo tribunal consideró improcedente que un Estado gravase el sueldo de un guardacostas del estado federal (*Dobbins v. Comm'r of Erie County*, 1842) o el salario de un empleado de Panama Rail Road Company (*New York ex. rel. Rogers v. Graves*, 1937). En ambos casos se entendió que los empleados eran instrumentos utilizados por el Gobierno Federal para el ejercicio de sus fines.

Por oposición, se reputaron gravables por un impuesto estadual sobre los ingresos brutos, los ingresos obtenidos por un contratista del Estado Federal (*James, State Tax Commissioner v. Dravo Contracting Co*, 1937). Se enfatizó que el impuesto no pesaba sobre una instrumentalidad del Gobierno Federal, sino sobre un contratista independiente. Misma solución se aplicó en casos en que el impuesto local terminaba recayendo sobre el Estado Federal por determinarse la contraprestación que el contratista recibiría como un adicional sobre costos (*Alabama v. King & Boozer*, 1941; *United States v. New Mexico et al*, 1982).

La diferenciación de sujetos también se abordó en la reversión de la postura de no gravabilidad de empleados federales (*Helvering v. Gerhardt*, 1938; *Graves et al., Commissioners Constituiting The State Tax Commission of New York v. New York ex rel. O'Keefe*, 1939) y en el caso de intereses de bonos emitidos por Estados, por no encontrarse razón suficiente para que un sujeto privado quedase exento de gravamen cuando cobraba este tipo de intereses y no otros provenientes de entes privados (*State of South Carolina, Plaintiff v. James A. Baker, III, Secretary of The Treasury of the United States*, 1988).

La Suprema Corte de Estados Unidos diferenció también por actividad emprendida. Ya en 1905 sostuvo que un Estado puede controlar la venta de bebidas alcohólicas mediante el sistema de dispensarios, pero que, al hacerlo, se dedicaba a negocios privados ordinarios que, por el mero hecho de ser conducidos por un Estado, no estaban exentos del poder tributario del Gobierno Nacional (*South Carolina v. United States*, 1905; *Ohio v. Helvering*, 1934). Sostuvo también que la doctrina de "*McCulloch vs. Maryland*" no era aplicable para desgravar de tributos nacionales a una actividad de embotellado y venta de agua mineral (*New York et al v. United States*, 1946). En esta línea de casos, se trazó una división entre "*the state as goverment*" y "*the state as trader*", separándose la no tributación de las funciones históricamente reconocidas a los Estados, de la sujeción de aquellos negocios que los Estados pueden emprender, pero que previamente fueron llevados a cabo por empresas privadas (cf. asimismo *South Caroline v. United States*, 1905).

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha pronunciado su *doctrina de inmunidad de los actos de gobierno*, en los siguientes términos[1128]:

[1128] Fallos: 186:170; 196:369; 247:325.

"Los instrumentos, medios y operaciones a través de los cuales el Gobierno Nacional ejercita sus poderes están exentos de impuestos por los Estados, y, recíprocamente, los instrumentos, medios y operaciones de que se valen las provincias para ejercitar los poderes que les pertenecen están exentos de impuestos por el Gobierno Nacional, en virtud del principio implícito de completa independencia de la Nación y de las provincias dentro de sus respectivas esferas de acción."

Recientemente, en Fallos: 346:613, se discutió la gravabilidad de *transferencias* recibidas por el Ente Administrador del Astillero Río Santiago, entidad autárquica de la Provincia de Buenos Aires, en el Impuesto a las Ganancias (gravamen en el que el ente estaba inscripto). En esa ocasión, por remisión al dictamen de la Procuradora General, sostuvo:

"Pretender que dichos conceptos integren la base imponible del impuesto a las ganancias del ente autárquico provincial implicaría aceptar que una actividad gubernativa propia de la Provincia quede sometida a la incidencia directa ("direct burden") de un gravamen nacional, lo cual –desde mi punto de vista– representaría, además del desconocimiento del principio de solidaridad federal, una palmaria interferencia del poder nacional sobre el local, junto a una inadmisible limitación de su autonomía."

Análoga solución se adoptó respecto de tributos que recaían sobre actos emitidos en el marco de concesiones (Fallos: 327:5012).

El tipo organizativo o la participación social de privados no fue primeramente obstáculo para la aplicación de esta doctrina. En efecto, el Alto Tribunal sostuvo que aun cuando los particulares aportasen la mitad del capital y predominasen en su gobierno, no correspondía cargar sobre los bancos provinciales el Impuesto sobre los Réditos, por tratarse de instituciones públicas a cargo de funciones públicas asignadas por ley (Fallos: 186:219, para el Banco de la Provincia de Buenos Aires; Fallos: 196:369, para el Banco de Mendoza). Incluso resolvió que debían considerarse exentos en el Impuesto a los Réditos los dividendos de las acciones del Banco de la Provincia de Buenos Aires y los intereses devengados por los bonos hipotecarios emitidos por la entidad, a fin de que ese gravamen no incidiera en las actividades de la provincia (Fallos: 186:170).

Al igual que en Estados Unidos, en una revisión de su jurisprudencia, el principio se restringió luego con la diferenciación por sujeto incidido por la gabela. Así, en Fallos: 187:687 se sostuvo que, sin perjuicio del deber de las provincias de organizar la administración de justicia, ello no eximía a los fiscales y defensores del pago de tributos nacionales. A su vez, en Fallos: 247:325, se sostuvo la procedencia de la gravabilidad de los accionistas privados del Banco de Mendoza en el Impuesto a los Réditos en relación con utilidades no distribuidas y dividendos de acciones al portador. Entre otras cuestiones, para así decidir se enfatizó la falta de demostración de que la aplicación del impuesto imposibilitase o entorpeciera la actividad del banco.

Otro eje demarcatorio del alcance de la doctrina del tribunal argentino, fue la magnitud de la incidencia de la gabela. A este respecto, se ha considerado que la improcedencia de gravamen rige cuando por su magnitud significa un "entorpecimiento a la marcha de las instituciones" sobre las que recae (cf. Fallos: 115:111, sobre un gravamen de un 50% sobre un legado en favor de dos iglesias y Fallos: 192:53, sobre un reclamo del Banco de la Nación respecto de una tasa de inspección de instalaciones electromecánicas, térmicas e inflamables cobrada por la Municipalidad de Buenos Aires).

También, y de particular relevancia al objeto de estudio de este trabajo, se ha delimitado el alcance de la doctrina según el tipo de actividades involucradas, en consonancia con la jurisprudencia estadounidense referida. Así, en Fallos: 186:170, se consideró que la aplicación del criterio de inmunidad presuponía la distinción entre operaciones o instrumentos esenciales para la ejecución de las funciones de gobierno y aquellas actividades de carácter privado. "Las primeras se hallarían fuera del alcance del poder impositivo del Gobierno Federal; las segundas, aunque sujetas al contralor de los gobiernos estaduales y ejercidas mediante concesiones de derecho público pueden, en cambio, ser gravadas" (Fallos: 186:170). Se entendió que, en el caso, al tratarse de un banco público, este segundo supuesto no se daba.

Sin perjuicio de los antecedentes reseñados, agregativamente, es de recordar la incidencia de la Nación en los tributos provinciales a través de facultades que le son reconocidas en la CN. En efecto, si bien permanecen ciertas discusiones en doctrina[1129], es dominante la postura que admite restricciones a los poderes tributarios provinciales con base en las denominadas cláusulas de potestades tributarias implícitas de la Nación tales como son la cláusula del comercio[1130], la cláusula relativa a establecimientos de utilidad nacional[1131], la cláusula de los códigos de fondo[1132] y las cláusulas de progreso y "nuevo progreso"[1133]. Como criterio general, se ha sostenido que las provincias no pueden restringir o afectar propósitos nacionales mediante tributos locales y que resulta válido que la Nación disponga *expresamente* la aplicación de limitaciones a las potestades tributarias locales a esos efectos (Fallos: 324:933, Dictamen de la Procuración General de la Nación -PGN-)[1134]. Bajo estos

[1129] LUQUI (1993) señala que hay 3 posturas principales en materia de exenciones de impuestos provinciales dispuestas por leyes de la Nación: por un lado, algunos autores niegan en absoluto que el Congreso tenga facultades para sancionar ese tipo de exenciones, otros autores afirman que el Congreso está habilitado en cualquier caso para crear dichas exenciones sin que para ello sea menester fundarlas en un poder delegado y, una tercera postura, en un camino intermedio, sostiene que el Congreso de la Nación está impedido constitucionalmente para sancionar esas exenciones salvo los casos establecidos en la CN (entre los que se encuentran las facultades implícitas).

[1130] CN, art. 75, inc. 13.

[1131] CN, art. 75, inc. 30. En esta norma expresamente se menciona que "Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines."

[1132] CN, art. 75, inc. 12.

[1133] CN, art. 75, incs. 18 y 19.

[1134] A la fecha, una de las principales discusiones sobre esta cuestión es en materia bancaria. A modo de ejemplo cabe referir a que, en 2022, la CSJN resolvió un reclamo de la Asociación de Bancos de la Argentina en el que se alegaba la interferencia local en el ejercicio de las funciones del Banco Central de la República Argentina para regular la actividad bancaria, al haberse establecido un régimen de retención y percepción del Impuesto sobre Ingresos Brutos provincial a ser implementado por entidades bancarias. Al declarar su

supuestos, aun cuando el gravamen no recaiga necesariamente sobre el Estado Nacional y sus entes, es ampliamente reconocido que el ejercicio de facultades propias del Congreso Nacional puede importar una limitación de las potestades tributarias de las provincias y los municipios.

En cuanto a la doctrina de la PTN, es su postura que "los casos vinculados a la inmunidad tributaria del Estado no son pasibles de resolverse todos con un criterio uniforme" (Dictámenes: 199:128; 277:226). Es de resaltar un pronunciamiento en el que admitió un gravamen sobre la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires que encontraba origen en actividades que no eran la propiamente legislativa.

En efecto, en el Dictamen: 277:226, la PTN evaluó la aplicación del impuesto sobre las salidas no documentadas a la referida Cámara de Diputados, por erogaciones de esa dependencia respaldadas por comprobantes inválidos[1135]. Allí opinó que la inmunidad fiscal no impedía que se obligue a esa Cámara a actuar en reemplazo del tercero que había recibido los fondos, ya que "el impuesto en cuestión no alcanza el regular ejercicio de la potestad pública de que es titular la Honorable Cámara de Diputados provincial, sino toda aquella erogación que …*carezca de documentación*…". Agregó que no surgía del expediente que el gravamen pudiera afectar u obstaculizar la función legiferante por excelencia de ese órgano legislativo.

2.1.1.2 Su aplicación a las Empresas del Estado

Como se mencionó en el punto anterior, la forma jurídica adoptada por los Estados no ha sido uno de los criterios demarcatorios trazados por el Alto Tribunal para la aplicación del criterio de inmunidad soberana frente a pretensiones fiscales de otros niveles de gobierno. Sí lo ha sido el tipo de actividades emprendidas, admitiéndose la sujeción respecto de aquellas "de carácter privado".

No hay una línea demarcatoria trazada por el Máximo Tribunal y la PTN sobre cuándo se estaría en presencia de este tipo de actividades, mas se las ha opuesto *a la ejecución de políticas gubernamentales* (Fallos: 332:531) y al cumplimiento de fines públicos específicos y propios del Estado (Dictámenes PTN 232:164).

---

incompetencia para intervenir en el asunto con carácter originario, el Alto Tribunal consideró que la referida carga pública impuesta por el Estado provincial, no autorizaba a concluir que la normativa impugnada se inmiscuyera en el poder de policía bancario y financiero que corresponde a la Nación, distinguiéndose el caso de los precedentes de Fallos: 330:4953 (un tributo que gravaba los fondos captados por entidades financieras, incluso los encajes bancarios) y de la causa CSJ 2103/2006 (42-A)/CS1 "Asociación de Bancos de la Argentina y otros c/ Misiones, Provincia de y otro s/ acción de repetición y declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 11 de noviembre de 2014 (frente al impedimento dispuesto por la provincia de trasladar el Impuesto de Sellos sobre ciertas operaciones bancarias y, por tanto, establecer un elemento condicionante de la relación contractual y la fijación de las comisiones), entre otros (Fallos: 345:1170).

[1135] Por ese gravamen se exige el ingreso de un impuesto a quien realiza un pago a otro sin comprobante suficiente, en reemplazo del tributo que presumiblemente este último no ingresará a las arcas fiscales.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal ha decidido que la facultad de las provincias para gravar la *actividad comercial e industrial* que se desarrolle dentro de su territorio tiene como límite, entre otros, aquellas que expresamente han sido reservadas a la Nación, *tales como las de correo y aduana* (Fallos: 179:42; 278:210; 320:1302).

Sobre la primera (correo), se ha resaltado la "intangibilidad inherente a la magnitud de los ingresos que constituyen la renta [de correos]" –por ser del tipo de ingresos que, según la CN forman parte del Tesoro Nacional–, como fundamento para rechazar la pretensión de cobro del Impuesto sobre los Ingresos Brutos sobre la actividad de la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (Fallos: 324:1127). Este entendimiento fue reiterado en dos recientes pronunciamientos del 29 de mayo de 2025, aplicándoselo tanto al Impuesto a los Ingresos Brutos como al Impuesto de Sellos, sin analizarse específicamente si esos gravámenes recaen sobre la renta, el patrimonio o el consumo (Fallos: 348:338, sobre el Impuesto sobre los Ingresos Brutos; "Correo Oficial de la República Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sobre el Impuesto de Sellos).

Sobre la actividad de aduana, si bien se la suele equiparar a la de correos en cuanto a la reserva de la actividad en el marco nacional, es de notar que en el artículo 4° de la CN no se menciona a la "renta de aduana" como formadora del Tesoro (tal como sucede en el caso del correo) sino al "producto de derechos de importación y exportación". Solo a partir de esta diferencia cabría compatibilizar el que en tanto en el fallo de Impuesto de Sellos sobre el Correo Oficial no se meritó la magnitud del gravamen, en un caso en el que se discutía la obligación de la Aduana de abonar la tasa municipal de alumbrado, barrido y conservación de la vía pública cobrada por la Municipalidad de Bahía Blanca, el Alto Tribunal sostuvo que "la Aduana no ha intentado siquiera demostrar de qué manera la pretensión tributaria local frustraría o dificultaría el cumplimiento de los fines nacionales que tiene a su cargo" ("Administración Nacional de Aduanas c. Municipalidad de Bahía Blanca s/ acción meramente declarativa", 3 de abril de 2001).

En resumen, cabe considerar que la doctrina de la soberanía fiscal no aplicaría respecto de actividades comerciales e industriales que lleven a cabo las Empresas del Estado (dejándolas por tanto dentro de la órbita de imposición), excepto aquellas reservadas a la Nación en la Constitución Nacional y sólo con el alcance estipulado en ella y en atención a la especie tributaria en trato.

2.1.2 ¿Se requiere alteridad en la relación jurídica tributaria?

2.1.2.1 El alcance de la exigencia

La relación jurídica tributaria ha sido clásicamente definida como una relación entre dos partes: un sujeto activo perceptor del tributo, y un sujeto pasivo que –en el supuesto general– verifica el hecho imponible y debe ingresar la gabela. La igualdad entre las partes y su caracterización como una relación jurídica en la que debe primar un trato de igualdad (por oposición a una sujeción de

poder), ha sido el foco de la doctrina tributaria moderna. Sin perjuicio de ello, su estudio también ha sido abordado por algunos autores en la materia que nos ocupa.

HERRERA MOLINA (1990) considera que, *por exigencias lógicas,* la Administración Pública no puede estar *sujeta* a *sus propios tributos* en sentido propio, sin perjuicio de que por razones técnicas o económicas puedan establecerse preceptos que expresamente establezcan esa sujeción. Ha dicho al respecto que "[c]uando una norma establece expresamente la sujeción, en realidad regula vínculos jurídicos distintos de la obligación tributaria" (p. 45).

Específicamente para los supuestos de autoimposición, RODRÍGUEZ VILLALBA (1997) ha sostenido que cuando el estado se autoimpone un gravamen, se trata de una "liquidación formal del tributo", por oposición a un vínculo obligacional bipartito.

También BERLIRI, cit. en ALSINA *et al* (2011), ha abordado la exigencia, pero ha entendido que "la ausencia de la doble personalidad el acreedor y deudor sería suplida por la posibilidad de relaciones interorgánicas" (p. 840).

La exigencia de alteridad (y las consecuencias de su ausencia) fue remarcada por la PTN en algunos de sus pronunciamientos y quedó expuesta en amplitud en el Dictamen: 232:164.

En esa ocasión, la PTN fue consultada por el ente recaudador nacional de ese entonces, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), en relación con la solicitud de diversos entes y órganos (el Servicio de Transportes Navales de la Armada Argentina, el Instituto de Tecnología Agropecuaria, la Fuerza Aérea Argentina y la Dirección de Arsenales del Ejército Argentino, entre otros) de que se los excluyera del denominado "impuesto docente".

El órgano superior del Cuerpo de Abogados del Estado sostuvo que al disponerse en el artículo 4° de la CN que el Tesoro Nacional se conformaba con contribuciones impuestas "a la población", ello aportaba un claro sustento normativo al principio de inmunidad fiscal del Estado. Mencionó que esa norma "explicita cuáles son los dos extremos de la relación tributaria –que es una relación de subordinación: el Congreso es el poder que crea el gravamen, el que recae según la Constitución sobre la población". También consideró que del principio de igualdad contemplado en la parte dogmática de la CN resultaba que "el sujeto pasivo del impuesto no es el Estado, sino los particulares".

En el dictamen también se recalcó que dada la inmunidad fiscal de las entidades públicas y sus dependencias –como consecuencia lógica de la naturaleza misma del hecho imponible– frente a impuestos nacionales (con cita de Dictámenes: 35:68, 90:228), "[n]o es sino con cierta violación conceptual que pueda llegar a admitirse lo contrario respecto de aquellas entidades públicas y sus dependencias en tanto las mismas cumplan fines públicos específicos y propios del Estado" (con cita de Dictamen: 118:333).

Por último, enfatizando la exigencia en análisis, resaltó que "carece de sentido que el Estado-poder público se grave a sí mismo. Ello es así porque, al

presentarse el Derecho Tributario como expresión de la justicia contributiva y ser la noción de *alteridad* inherente al concepto de *justicia* entendida como *el bien de otro*, no parece jurídicamente posible concebir una relación de Derecho en la que un sujeto contribuya consigo mismo".

Cabe enfatizar que, en el caso, el tributo no era un gravamen coparticipable. En este tipo de gravámenes, al igual que en los tributos aduaneros, no está presente el elemento federal propio de aquellos cuya imposición por la Nación y distribución compartida ha sido acordada bajo la ley 23.548, de coparticipación federal de impuestos.

2.1.2.2 Su aplicación a las Empresas del Estado

La doctrina no distingue las diferentes manifestaciones de un mismo nivel de gobierno para sostener la improcedencia de gravamen frente a la falta de alteridad.

En efecto, en los dictámenes referidos se incluye dentro de la misma tesitura tanto a dependencias que carecen de personería jurídica como a entes que sí la detentan. Siendo el foco el hecho de que un sujeto no puede establecer lógicamente una obligación jurídica sobre sí mismo, su alcance comprendería a las Empresas del Estado en tanto se trate de empresas creadas en el mismo nivel de gobierno del gravamen que se analice.

Es de notar que se ha admitido que, aun bajo este entendimiento, el mismo nivel de Estado pueda optar por disponer el pago de la gabela por otros motivos. BERLIRI, cit. en ALSINA *et al* (2011), ha destacado que "no puede desconocerse que la aplicación de los tributos determina relevantes fenómenos económicos por efecto de su traslación hacia adelante o hacia atrás, y que, por tanto, la imposición de las empresas estatales puede encontrar su justificación precisamente en la necesidad o por lo menos en la oportunidad, de no situarlas en una posición de privilegio frente a las empresas privadas" (p. 840). Estos otros aspectos serán abordados más adelante en este estudio.

2.1.3 ¿Tiene el Estado capacidad contributiva?

2.1.3.1 El alcance del concepto

La teoría impositiva clásica indica que los *impuestos*, *para tener una causa fuente legítima*, tienen que estructurarse con atención preponderante a la capacidad contributiva del sujeto pasivo del tributo, sea esta manifestada en forma directa (por patrimonio o renta) o indirecta (por consumo)[1136]. Adicionalmente, la capacidad contributiva se vincula con la cuantificación de la obligación impositiva –en donde encuentra relación con el principio de no

[1136] ALTAMIRANO (2006) sostiene que "[El principio de capacidad contributiva] representa una sensible restricción a la discreción legislativa, en la medida que no autoriza como presupuesto de la aplicación de impuestos, hechos que no sean reveladores de riqueza. El legislador puede escoger libremente las manifestaciones de riqueza que considere relevantes para efectos tributarios, pero siempre deberá proceder a esa elección entre las situaciones de la vida reveladoras de capacidad contributiva y siempre se ha de referir a ésta la definición de los criterios de la medida del tributo" (p. 273).

confiscatoriedad (VALDÉS COSTA, 2004)– y con la distribución del costo global del servicio en la tasa (Fallos: 287:184).

El concepto no tiene una acepción única. JARACH (1982) califica a tal capacidad como "la potencialidad de contribuir a los gastos públicos que el legislador atribuye al sujeto particular" (p. 87). TARSITANO (2013), por su parte, la define como "la condición idónea de una persona para ser llamada a sostener el gasto público por poseer una riqueza objetiva, que el legislador transforma en categoría imponible por la ponderación discrecional de un conjunto de factores políticos sociales o económicos" (p. 190).

En Argentina, se trata de un principio que no se encuentra receptado en forma expresa en la CN, a diferencia de lo que sucede en algunas provincias argentinas[1137] y en otros países[1138]. Ello tendría origen en que su desarrollo se ha producido en la segunda mitad del siglo XIX (CASÁS, 2005; TARSITANO, 2013). No obstante, la doctrina considera que su recepción constitucional es implícita, desprendiéndose del contenido de los artículos 4º (equidad y proporcionalidad), 16 (igualdad), 17 (propiedad), 28 (razonabilidad) y 33

[1137] El principio es receptado en forma expresa en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en 6 constituciones provinciales. Cf. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, art. 51, segundo párrafo ("El sistema tributario y las cargas públicas se basan en los principios de legalidad, irretroactividad, igualdad, no confiscatoriedad, equidad, generalidad, solidaridad, capacidad contributiva y certeza."), Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 71, primer párrafo ("El sistema tributario y las cargas públicas se fundamentan en los principios de la legalidad, equidad, capacidad contributiva, uniformidad, simplicidad y certeza."), Constitución de la Provincia de Chaco, art. 59, primer y tercer párrafos ("El sistema tributario y las cargas públicas se fundamentan en los principios de legalidad, equidad, igualdad, capacidad contributiva, uniformidad, proporcionalidad, simplicidad, certeza y no confiscatoriedad…Los gravámenes afectarán preferentemente las manifestaciones de capacidad contributiva derivadas de la acumulación patrimonial, de la especulación y del ejercicio de actividades no productivas, los beneficios o ingresos no provenientes del trabajo personal, y los bienes suntuarios o económicamente improductivos."), Constitución de la Provincia de Santa Fe, art. 8, tercer párrafo ("El sistema tributario se organiza considerando la función económica y social de los tributos y se inspira en los principios de legalidad, generalidad, no confiscatoriedad, irretroactividad, igualdad, equidad, razonabilidad, capacidad contributiva, simplicidad y certeza."), Constitución de la Provincia de San Luis, art. 270, pto. 9 –sobre los recursos de los municipios– ("Los de coparticipación federal y provincial, debiendo asegurarse el porcentaje y distribución automática por ley en base de los principios de solidaridad y equidad que contribuya a asegurar la autosuficiencia económica de los municipios, teniéndose en cuenta la promoción del crecimiento económico sostenido, integrado y armónico de las distintas poblaciones de la Provincia y las exigencias de las prestaciones de servicios, su capacidad contributiva y poblacional. En la contribución se debe favorecer a los municipios de menores recursos propios."), Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, art. 18, cuarto párrafo ("En materia tributaria la igualdad, la equidad, la proporcionalidad y la progresividad de acuerdo a la capacidad contributiva, son la base de los impuestos y de las cargas públicas.") y Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, art. 68, primer párrafo ("La legalidad, igualdad, uniformidad, simplicidad, capacidad contributiva, certeza y no confiscatoriedad constituyen la base del sistema tributario y las cargas públicas, los que se establecerán inspirados en principios de equidad y justicia, asegurando que resulten convenientes en relación a su costo de recaudación.").

[1138] Por ejemplo: Constitución del Reino de España (art. 31, pto. 1: "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio."), Constitución de la República Italiana (art. 53: "Todos estarán obligados a contribuir a los gastos públicos en proporción a su capacidad contributiva. El sistema tributario se inspira en criterios de progresividad.") y Constitución de la República Federativa de Brasil (art. 145, pto. 1: "Siempre que fuese posible, los impuestos tendrán carácter personal y se exigirán de acuerdo con la capacidad económica del contribuyente, pudiendo la Administración Tributaria, en especial para conferir efectividad a estos objetivos, identificar, respetando los derechos individuales y en los términos de la ley, el patrimonio, los rendimientos y las actividades económicas del contribuyente.").

(derechos y garantías implícitos) de la Carta Magna (cf. JARACH, 1982, CASÁS, 2005, TARSITANO, 2013, entre otros).

La CSJN también ha postulado a "la existencia de una manifestación de riqueza o capacidad contributiva como indispensable requisito de validez de todo gravamen" (Fallos: 312:2467) e indicado que el principio tiene carácter constitucional (cf. dictamen de la PGN al que remitió la CSJN en Fallos: 332:936).

En dictámenes de la PGN a los que ha remitido la CSJN se ha dicho que "el deber de tributar se encuentra fundado en sólidas bases de naturaleza ética y en principios sociales, jurídicos y políticos, en virtud de los cuales no parece discutible que quienes se encuentran en relación con ciertas manifestaciones de capacidad contributiva elegidas por el legislador, deban respetar el pago de determinados gravámenes" (Fallos: 344:1887).

Por oposición, otros autores –cada vez más numerosos– sostienen que el principio de capacidad contributiva recepta un encomiable criterio de justicia que debe guiar al legislador, pero que no puede ser erigido como una condición o dogma jurídico.

Así, GIULIANI FONROUGE (2004) sostiene que no corresponde prescindir del concepto, pero que "no debe adoptársele con carácter general y absoluto, como requisito de validez del poder tributario" (p. 278). Considera el autor que es dable atender a él como "un punto de mira, una meta deseable a alcanzar, pero que tampoco debe revestir tal grado de rigidez y absolutismo que haga imposible otras formas de tributación" (p. 278). NAVEIRA DE CASANOVA (2012) ha dicho que "existe coincidencia en la doctrina en cuanto a que en la actualidad, el principio de capacidad contributiva no conforma el criterio exclusivo de justicia en el ámbito tributario, si bien se relaciona con ella estrechamente" (p. 152).

La mayor o menor preponderancia del principio cobra particular énfasis ante gravámenes que persiguen fines principales distintos al recaudatorio, tales como son los "tributos extrafiscales". En esos casos, el tributo persigue propósitos de ordenación –p. ej., el desincentivo de ciertos comportamientos (piénsese en los tributos ambientales)–, y la finalidad recaudatoria (o "fiscal") es reemplazada o complementada por otras (de allí su denominación de "tributos extrafiscales"). Esos casos han llevado a una "crisis del principio de capacidad contributiva" (NAVEIRA DE CASANOVA, 2012, p. 155)[1139] y a sostenerse que la aceptación de la finalidad extrafiscal de los tributos "supone concebir tal finalidad como una excepción a la clásica definición de la capacidad económica como límite cualitativo a la soberanía del legislador tributario, que determinaría la inconstitucionalidad de cualquier tributo que no tomase como

[1139] Sobre las diversas posturas respecto de la relación del principio de capacidad contributiva con la tributación extrafiscal, cf. ponencias en el Tema I ("Il sistema tributario come strumento di incentivo allo sviluppo: verso una teoria della giustizia della non imponibilità") de las XXI Jornadas del Instituto Latino Americano de Derecho Tributario-ILADT, disponibles en http://www.uckmar.net/ILADT/indexIT.htm.

hecho imponible algún dato o elemento revelador de tal capacidad económica" (GARCÍA NOVOA, 2012, p. 294).

La CSJN ha dictado numerosos pronunciamientos en los que reconoce al tributo como herramienta de política económica y ha admitido imposiciones que superan el 33% de la base imponible cuando están en juego fines extrafiscales (Fallos: 289:443). También ha dicho que el poder fiscal "tiende, ante todo, a proveer de recursos al tesoro público, pero constituye, además, un valioso instrumento de regulación económica...que a veces linda con el poder de policía y sirve a la política económica del Estado, en la medida que corresponde a las exigencias del bien general, cuya satisfacción ha sido prevista en la ley fundamental como uno de los objetos del poder impositivo" (Fallos: 243:98; 289:443).

A su vez, el 14 de agosto de 2025, el Alto Tribunal resolvió una causa en que fines extrafiscales llevaron al legislador a establecer una tributación con alícuotas efectivas *regresivas* sobre la base (el impuesto mínimo en la tributación de los cigarrillos dispuesto en la reforma tributaria de 2017). En el marco de diversas medidas cautelares dictadas en ese proceso, el Tribunal había sostenido que al ponderar el principio de igualdad y capacidad contributiva, no debían descartarse los fines extrafiscales que en la creación de hechos imponibles y la cuantificación de los tributos podía haber tenido el legislador, cuestiones propias del diseño de una política fiscal ajena a la intervención del Poder Judicial, salvo en caso de discriminación o distingo arbitrario o injusto (Fallos: 344:1051; en el mismo sentido, CAF 8093/2018/6/3/RH10 y CAF 8093/2018/6/2/2/RH12, "Tabacalera Sarandí S.A. c. EN –AFIP – DGI s/ inc. de medida cautelar" y CAF 8093/2018/6/4/RH11 y CAF 8093/2018/6/2/3/RH13 "Tabacalera Sarandí S.A. c. EN -AFIP - DGI s/ inc. de medida cautelar", ambos del 28 de mayo de 2024; "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Bronway Technology S.A. c. AFIP s/ apelación", del 4 de junio de 2024).

Al sentenciar el fondo de la causa consideró que debía atenderse a que el gravamen estaba alineado con las recomendaciones de diversos organismos internacionales en materia de salud, y que no se había demostrado que la normativa impugnada contradijera las finalidades *extrafiscales* relativas a la tributación del tabaco ni que cumplir con los pagos que se requerían conduciría indefectiblemente a la inviabilidad de la actividad comercial de la actora ("Tabacalera Sarandí S.A. c/ EN – AFIP – DGI s/ proceso de conocimiento").

En el marco del estudio de este principio se erige una corriente doctrinaria que considera que el Estado no tiene capacidad contributiva. En Argentina, JARACH (1982) y, más recientemente, NAVEIRA DE CASANOVA (2010) comparten esta visión.

En efecto, JARACH (1982) explica que la no atribuibilidad de los hechos imponibles al Estado debe ser vinculada al concepto de capacidad contributiva ya que esta última significa la apreciación por parte del legislador de que, a partir de la verificación de un cierto hecho económico, se observa que un sujeto puede distraer una suma de dinero de sus necesidades privadas para

destinarla a contribuir a los gastos públicos. Por oposición, en el caso del Estado o sus entidades dependientes, *toda su riqueza ya sirve directamente a finalidades públicas* y "sería sin sentido atribuirle una capacidad de contribución a las finalidades para las cuales toda su actividad y su existencia misma están destinadas" (p. 200).

NAVEIRA DE CASANOVA (2010) argumenta que "al Estado, con independencia de cual fuere su situación patrimonial o financiera concreta en un momento dado, nunca le «sobra» la riqueza que posee, ni siquiera una parte, puesto que toda ella, sin importar su magnitud ni su composición, se encuentra destinada al cumplimiento de su objetivo" (p. 1219).

Agrega el referido autor que "el Estado carece a todas luces de capacidad contributiva en sentido absoluto o, mejor, en el sentido de «causa» de las obligaciones de naturaleza tributaria. Ciertamente no posee la riqueza como los particulares (sean personas físicas o jurídicas), puesto que todo el patrimonio estatal está destinado y –afectado– a cumplir con su cometido constitucionalmente expresado: el afianzamiento de la justicia en sentido general y abarcador de todos aquellos fines loables que atribuyamos al Estado, desde cualquier perspectiva política democrática" (p. 1219).

GARCÍA NOVOA (2012) ha indicado que el principio de capacidad contributiva surge como "un límite cual es exigir como fundamento del tributo la presencia de riqueza, *cualificada por la necesidad de respetar la pervivencia de un orden económico privado*, y desde la perspectiva de la justicia tributaria" (p. 110, sin destacado en el original).

Este entendimiento pareciera ser la tesitura adoptada por la CSJN en una causa sobre la aplicabilidad del Impuesto sobre los Créditos y Débitos Bancarios a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Abogados y Procuradores de la Provincia de Mendoza, una entidad autárquica creada por la provincia para asegurar las jubilaciones y pensiones respecto de ciertos sujetos (Fallos: 332:936). En el dictamen de la PGN al que la CSJN remitió se sostuvo que, *teniendo en miras el fin considerado al tiempo de la creación del ente*, que[1140]:

"en tales condiciones, estimo que la caja carece de aptitud suficiente para ser llamada al levantamiento de las cargas públicas tributarias o, dicho en otros términos, no demuestra tener capacidad contributiva, en las claras pautas que, respecto de este principio constitucional de la tributación ha fijado el Tribunal."

Cabe precisar que incluso quienes pregonan que el Estado –y sus manifestaciones– no tiene capacidad contributiva, hacen una distinción según cuál sea la especie tributaria en trato. Así, JARACH (1982) entiende que dado que la capacidad contributiva no es un elemento estructurante de las tasas –cuya causa jurídica se relaciona con una actividad inmediata o mediatamente vinculada con un sujeto–, el principio de inmunidad soberana no puede

[1140] En el dictamen se sostuvo: "estimo que los movimientos bancarios realizados en las cuentas de la actora no pueden reputarse, siquiera indiciariamente, como manifestaciones de esa particular aptitud que todo sujeto ha de tener para poder ser sujeto pasivo de cualquier gabela".

erguirse como fundamento para su no pago por parte del Estado, en contraposición con lo que sucede con los impuestos. Con análogo criterio, NAVEIRA DE CASANOVA (2010) considera que el que no se pague por servicios que se recibe no resulta una consecuencia admisible de la inmunidad fiscal.

2.1.3.2 Su aplicación a las Empresas del Estado

Desde los postulados expuestos, las Empresas del Estado tampoco detentarían capacidad contributiva por tener su patrimonio afectado a fines públicos. Así, la forma en que el Estado se organice para el desarrollo de sus actividades inherentes o aquellas otras que defina emprender en miras al bien común, serían indistintos frente a la (in)existencia de capacidad contributiva.

Sin perjuicio de ello la aplicación de este entendimiento en el campo de las Empresas del Estado requiere de ciertas consideraciones adicionales, principalmente por cuanto no todas estas empresas tienen un capital de titularidad del Estado en su totalidad del que se pueda predicar que haya sido aportado con la finalidad de cumplir con un cometido constitucional.

En efecto, aun cuando la Empresa del Estado en sí misma persiga un fin socialmente valioso, los patrimonios privados que fueron aportados al ente público no tienen esa finalidad y, al afectárselos, no se estarían vulnerando patrimonios que de por sí estén afectados a la atención de finalidades públicas (piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de disposición de esa participación por parte de los privados).

2.1.4 ¿Existen otros principios que justifiquen la gravabilidad del Estado y las Empresas del Estado?

Frente a las posturas negatorias de la procedencia de la gravabilidad del Estado por soberanía fiscal, falta de alteridad o inexistencia de capacidad contributiva, cabe atender a otros principios y razones que podrían resultar fundantes de la procedencia de la tributación por parte del Estado, sus reparticiones y entes, tanto desde la hetero como desde la autoimposición.

Desde un abordaje general —en lugar de uno por gravamen—, los argumentos centrales que se han dado a este respecto descansan en el principio de neutralidad tributaria y en razones de buena administración financiera. Por oposición, los principios de generalidad e igualdad no serían apropiados para fundamentar la gravabilidad de los entes públicos en caso de que se comparta la inexistencia de capacidad contributiva ya que postulan, en términos generales, un gravamen símil entre quienes detentan igual capacidad para contribuir con los gastos públicos.

2.1.4.1 El principio de neutralidad tributaria

La estructura tributaria se encuentra sujeta a principios que orientan su diseño e incluso, para algunos autores[1141], definen su validez. TORRES (1977) señala

[1141] Cf., *v. gr.*, NAVEIRA DE CASANOVA (2012).

que "[e]stos principios, se admite en general, son a su vez una consecuencia de las metas que se consideran objetivos adecuados del sistema económico" (p. 272). Entre los principios de referencia más habituales se encuentran el principio de "equidad" (o "progresividad"), el de costos indirectos mínimos (o "economicidad) y el de neutralidad económica[1142].

A la fecha, la jurisprudencia argentina ha sostenido principalmente una aplicación segmentada de los principios de las finanzas públicas y el derecho tributario, esto es, en relación con alguno de sus elementos (p. ej., tributos o normas de procedimiento) y no desde una perspectiva de sistema[1143]. En particular, cabe notar que las cláusulas constitucionales que establecen la equidad, solidaridad y grado equivalente de desarrollo como pautas generales que deben regir las leyes de presupuesto[1144] y el régimen de coparticipación[1145] no han tenido control judicial.

Interesa en especial a este análisis, el principio de neutralidad tributaria. El principio refiere a las relaciones del sistema tributario con el sistema económico, o de mercado, posicionándose como un principio que aborda directamente las relaciones externas entre el mercado y los tributos. Su fundamento guarda vinculación estrecha con el concepto de mercados en competencia perfecta, supuesto bajo el cual es en el mercado donde se deben asignar libremente los recursos para lograr alcanzar un óptimo. Frente a tales supuestos, el Estado debe ejercer la menor influencia distorsiva posible sobre la conducta de los agentes[1146].

TORRES (1977) ha referido a que tal principio "pretende que el sistema tributario interfiera en el menor grado posible en el circuito económico, modificando las decisiones de los productores o alternando las preferencias de los consumidores" (p. 273) y ha citado a HALLER en cuanto a que "hay que configurar la imposición de manera que mediante ella, no se perturbe ni la racionalidad interna de la producción, ni la coincidencia óptima de la producción con la estructura de las necesidades (racionalidad externa de la producción)" (p. 274). Por sujeción a este principio "el impuesto no debe provocar distorsiones en la competencia considerando a la misma como una institución «esencialmente trascendente para el orden económico»" (GARCÍA NOVOA, 2012).

Si bien en la década del '70 se sostenía que los Estados habían abandonado parcialmente este principio y utilizaban la imposición como instrumento orientador de la economía (TORRES, 1977, pp. 275-276), el principio retomó su relevancia a partir del desarrollo del principio de neutralidad competitiva en el

[1142] Cf. TORRES (1977).
[1143] Alguna doctrina considera que la CSJN ha admitido el control judicial de la confiscatoriedad por acumulación de tributos en Fallos: 322:3255. Cf. NAVEIRA DE CASANOVA (2012) y sus citas. En sentido contrario, cf. GIULIANI FONROUGE (2004).
[1144] Cf. CN, art. 75. inc. 8.
[1145] Cf. CN, art. 75. inc. 2.
[1146] En el marco del derecho tributario se entienden como menos distorsivos a los impuestos de capitación, impuestos generales a los consumos o proporcionales a la renta (TORRES, 1977).

derecho comunitario[1147] y la evolución del derecho de la defensa de la competencia, como rama jurídica.

Así, GARCÍA NOVOA (2012) lo menciona como un *nuevo principio propio del derecho tributario* y lo relaciona con los ordenamientos de integración económica, que conciben al derecho como un instrumento para el logro de fines económicos de integración que propugnan la libre competencia y la neutralidad. Indica el referido autor que "[e]n la medida en que lo importante es la armonización fiscal y las libertades económicas, en esta concepción del tributo el principio clave es la neutralidad y no la justicia ni la capacidad económica" (p. 119).

Su relevancia y límites son objeto de continuo debate. Mismo desde la economía existe consenso en que los mercados no siempre funcionan en un esquema de competencia perfecta que justifique la abstención de intervención por parte del Estado[1148]. Además, incluso cuando se considerara que el mercado funciona en competencia perfecta, la sociedad puede no estar conforme con los resultados que provienen de éste y ser necesaria una intervención redistributiva, no neutral.

Sin perjuicio de ello, el principio se erige como un valladar a las interferencias no justificadas, bien sea a través de un único tributo o a través de la combinación de varios de ellos (cf. como una primera aplicación concreta del control judicial sobre esta cuestión: CNACAF, Sala IV, "Tabacalera Sarandí SA", 31/10/2023). LOZANO Y BAYLE (2025) sostienen que el examen de constitucionalidad de los tributos debe incluir el de la legitimidad constitucional del efecto que se pretende por fuera del recaudatorio, ya que el tributo debe cumplir un propósito legislativo legítimo (p. 5).

A su vez, no puede desconocerse la relevancia política y social que han cobrado las corrientes que revalorizan al mercado como medio de asignación eficiente y definitiva de recursos, y la retracción de políticas intervencionistas. Se ha dicho que aun siendo inimaginable un escenario de competencia perfecta, el principio esbozaría la contemplación de las libertades económicas como variables a proteger por el orden jurídico (GARCÍA NOVOA, 2012).

Complementariamente, el reconocimiento de la defensa de la competencia como derecho constitucionalmente receptado en la reforma de 1994 (CN, art. 42), genera nuevos enfoques para el principio. Nótese que en la discusión de la afectación en los mercados a través de un impuesto mínimo (que restringía

[1147] En el apartado 1 del artículo 87 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se dispone que "[s]alvo disposición en contrario del presente Tratado, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".

[1148] Las fallas que se reconocen en los mercados (y que los apartan de un esquema de competencia perfecta) son, entre otras, *(i)* la inexistencia de múltiples sujetos que operan desde la oferta en un ámbito de competencia perfecta en situaciones de mono u oligopolio y, desde la demanda, ante mono u oligopsonio; *(ii)* la máxima de información completa no se cumple en mercados en que una de las partes no puede acceder a ella (por no ser asequible sea desde su acceso puro o su entendimiento); *(iii)* los precios muchas veces no resultan útiles para incorporar externalidades negativas o positivas, y *(vi)* el consumo no excluyente ni rival de los bienes públicos impide una asignación eficiente en el mercado.

la competitividad de los productores de bienes de menor costo, al obligarlos a elevar sus precios y reducir su diferencial frente a otros oferentes en el mercado), la CSJN no desconoció la relevancia de la cuestión sino que sostuvo que el ámbito tributario no era *la vía adecuada* para discutir la temática[1149].

En este marco, la relación de las empresas públicas con el principio de neutralidad se presenta como bipartita. Por un lado, se podría considerar la afectación de la neutralidad de la actuación del Estado en la economía a través de este tipo de vehículos[1150]. Por el otro, y en lo que interesa a la tributación, en relación con la justificación de tratamientos tributarios especiales.

Sobre esto último, cabe destacar que permitir que un sujeto opere bajo reglas distintas dentro de un mismo mercado distorsiona la toma de decisiones de los operadores económicos, precisamente aquello que el principio busca evitar. Esta afectación no se limita a los mercados ya existentes, sino que también incide en los mercados potenciales, desincentivando el ingreso de nuevos competidores ante la presencia de un actor que goza de un tratamiento más favorable al que ellos podrían acceder.

NAVEIRA DE CASANOVA (2010) considera que el prisma de la igualdad ante las cargas públicas no es el que debiera ser aplicado para dirimir el tratamiento de las empresas públicas que actúan en competencia[1151]. Pese a ello sostiene "sí interesa la igualdad como principio protector de la competencia, de los mercados y de la transparencia, tanto para consumidores como para los demás agentes económicos. En este sentido, si las empresas estatales concurren junto con otras privadas, y en el costo de sus bienes y servicios no se incluye el elemento tributario (que sí deben pagar las privadas), habrá una ruptura en el plano de la igualdad, de la competencia, que no parece admisible" (p. 1245)[1152].

Se suma a estos fundamentos la neutralidad que importa que las Empresas del Estado carguen con igual peso de los tributos que las que no lo son, a fin de que los inversores definan en qué tipo de ente participar en el capital: no sería neutral a la decisión un distinto régimen tributario para los rendimientos que se pudieran obtener en uno y otro supuesto.

[1149] "Los posibles efectos que las leyes tributarias –como sucede con el impuesto mínimo al tabaco aquí impugnado– pudieran tener sobre la competencia y la regulación de los mercados constituyen cuestiones de relevancia constitucional que cuentan con mecanismos específicos de protección, ajenos a la pretensión fiscal. El tratamiento de tales cuestiones, representadas por el agravio de la actora sobre el fortalecimiento del oligopolio del mercado del tabaco que –a su entender– provocaría la convalidación del impuesto impugnado, no podía ser desplazado de su ámbito específico e idóneo de discusión, ni abordado a través de una aplicación matizada de los principios constitucionales de la tributación". "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Bronway Technology S.A. c. AFIP s/ apelación", del 4 de junio de 2024.

[1150] Otros trabajos elaborados en el marco del proyecto de investigación se vinculan esta temática. Cf. Juan José Galeano, "Empresa estatal, políticas públicas y subsidiariedad".

[1151] El principio de igualdad tributaria postula un tratamiento igualitario ante símil capacidad contributiva. El autor considera que el Estado y sus entes no tienen capacidad contributiva.

[1152] NAVEIRA DE CASANOVA (2010) sostiene que cuando se grava al Estado en función de un resguardo de principios de igualdad de mercado o por el cobro de tasas, las obligaciones respectivas no serían en verdad tributos. "Esas transferencias serán sumas pagadas para satisfacer otros fines … pero sin que pueda sostenerse que configuran un tributo en el sentido aquí tratado" (p. 1250).

Por último, cabe también atender a las distintas especies de tributo y su cuantificación ante el otorgamiento de una exención a un cierto sujeto. Así, por ejemplo, siendo que la tasa retribuye el costo global de un servicio, no es neutral para el resto de los contribuyentes la definición de exclusiones o exenciones para ciertos sujetos. Similar es lo que sucede ante la distribución del costo de una obra por vía de las contribuciones de mejoras[1153].

2.1.4.2 Razones de buena administración financiera

La medición de la eficiencia de las Empresas del Estado y su comparación con aquellas que no lo son, torna necesario que se apliquen a unas y a otras símiles normas tributarias, o que exista una cuantificación precisa de los efectos de la no aplicación de gravámenes en uno de los casos.

La transparencia en materia de gastos tributarios presenta serias dificultades en países como Argentina, en donde no existe una larga tradición en su cuantificación y evaluación periódica. Por ello, la aplicación de inmunidades, exenciones u otros, sin estimación de su costo y por tiempo indeterminado se presenta como un obstáculo al ejercicio de una buena administración financiera.

En contraposición, el soporte del costo de las Empresas del Estado a través de transferencias se muestra como más virtuoso, en tanto expone el *quantum* dinerario que requieren esos entes para su financiamiento y requiere de la aprobación legislativa periódica de una política pública en ese sentido. Este tipo de práctica, además, importa la priorización anual y explícita de este gasto frente a otros que se definen y autorizan en la formulación y sanción anual de las leyes de presupuesto.

Como se verá, transparentar las cuentas públicas, sincerando la situación de las empresas que mostraban balances no incididos por cargas tributarias generales, fue uno de los principales propósitos tenidos en miras por el legislador argentino, en la armonización de tratamiento de la década del '70, parcialmente vigente a la fecha de elaboración de este trabajo.

2.2 Abordaje normativo

El tratamiento de la temática no ha sido uniforme en la normativa argentina dictada a nivel nacional. Se pueden reconocer tres etapas:

- Una primera etapa de "no gravabilidad", bajo la adopción del criterio de soberanía fiscal previamente descripto.
- Una segunda etapa de "gravabilidad", con fundamento en la búsqueda de neutralidad en la organización del sistema tributario.

[1153] En una postura contraria, en Fallos: 304:737, pronunciamiento en el que se discutía sobre el pago de una retribución de mejoras por la iluminación perimetral de una plaza frente a la cual estaba (y de la cual se beneficiaba), entre otros, el Banco Hipotecario, no se tuvo en cuenta el carácter del gravamen y se lo incluyo dentro de una exención genérica. La disidencia en el caso resaltó que frente a una contribución especial, los propietarios contribuyentes están exentos de pérdida pecuniaria toda vez que se les toma el equivalente, o menos, del beneficio excepcional que recogen de la obra y de la valorización que esta implica.

- Una tercera etapa, de "anarquía" (o falta de consistencia), en la que se ha pretendido mantener un postulado de neutralidad, pero en la que surgen diversas excepciones sin fundamento claro y con plazos ilimitados de vigencia.

2.2.1 Primera etapa: No gravabilidad

2.2.1.1 Decretos de la década del '40

En 1942, el Poder Ejecutivo Nacional consideró "la conveniencia de dictar un pronunciamiento de carácter general que fije un criterio uniforme y definitivo en cuanto a la procedencia de requerir al Gobierno de la Nación el pago de impuestos contribuciones o tasas provinciales o municipales" (cf. decreto 110043/1942[1154], Vistos). En ese marco, por el decreto 110043/1942 estableció un criterio de no gravabilidad, en los siguientes términos:

"Declárese que el Gobierno de la Nación sólo abonará las contribuciones locales cuyo pago se halle previsto y autorizado por leyes nacionales, aunque las mismas tengan carácter de tasas retributivas de servicios."

Se adoptó dicha postura por entenderse que los servicios y bienes empleados por el Gobierno de la Nación para dar cumplimiento a sus fines institucionales no podían ser objeto de imposición por las provincias o municipalidades *por importar lo contrario reconocer a las autoridades locales atribuciones que pugnan abiertamente con la libertad de acción del Gobierno Nacional dentro de la órbita de su competencia y con la armonía que debe presidir la actuación y el desenvolvimiento de todos los órganos que administran los intereses colectivos del país* (cf. decreto 110043/1942, Cons.).

En los considerandos de la norma se explicó que el principio de soberanía fiscal que se exponía en el precepto resultaba aplicable no sólo cuando el Estado Nacional estuviese actuando como poder público, sino *también cuando se lo considerase como persona de derecho privado, ya que en ese caso su carácter de persona privada se vinculaba exclusivamente con el tercero con quien tiene una relación de derecho, pero no con las autoridades locales para las cuales sigue manteniendo su naturaleza de poder público y desarrollando su función de administrar los intereses generales de la Nación* (cf. decreto 110043/1942, Cons.).

En 1944, se "aclaró" la normativa previamente descripta indicándose que el Gobierno de la Nación abonaría tasas retributivas de servicios cuando los gobiernos locales también las abonasen en iguales circunstancias y condiciones (decreto 14635/1944)[1155].

[1154] La numeración surge del Boletín Oficial del 19 de febrero de 1942 (p. 2), coincidente con la numeración que se indica en el decreto 14635/1944. La PGN refiere al decreto 110643/1942 y caracteriza como errónea la numeración 110043 empleada por los litigantes (cf. Fallos: 324:933, Dictamen).

[1155] Si bien el PEN identificó a la norma como "aclaratoria", en Fallos: 324:933, la CSJN sostuvo que era evidentemente modificatoria.

En sendas normas se aludió a que por ellas se buscaba un trato equitativo entre el tratamiento que las propias provincias se otorgaban –eximiéndose de sus impuestos– y el tratamiento que daban al gobierno nacional. Se observó que en el caso de las tasas, las propias autoridades locales se sujetaban a su pago para "no hace recaer sobre el vecindario contribuyente los gastos que ellas dejan de abonar", de allí que en la segunda de las normas se dispusiera que *no existía inconveniente para que la Nación contribuya en las mismas condiciones* (decreto 14635/1944, Cons.).

En diversos dictámenes la PGN ha puesto en duda la constitucionalidad de estos decretos por entender que el único poder que podía ejercer las facultades contempladas en la denominada Cláusula del Progreso, era el Congreso de la Nación (Dictámenes de Fallos: 237:239; 324:933). Su inconstitucionalidad fue declarada por la Cámara Federal de Paraná en "Administración Nacional de Aduanas c. Municipalidad de Colón", del 25 de febrero de 1998.

2.2.1.2 Ley 15.273

En 1960 se dictó la ley 15.273, en cuyo artículo 11 se previó que se daría el tratamiento de *exención* a los supuestos en que el Estado nacional, sus dependencias, organismos descentralizados y empresas hubiesen tomado a su cargo los impuestos nacionales que pudiesen recaer sobre su cocontratante, sus proveedores o subcontratistas, u otros compromisos análogos.

En los debates parlamentarios se indicó que la modificación se propiciaba por cláusulas contractuales acordadas por algunas empresas del Estado cuya legalidad resultaba cuestionable[1156]:

"En algunos convenios y contratos, YPF, por ejemplo, ha estipulado en la cláusula de que se hace cargo del impuesto que deben pagar las empresas extranjeras. Desde el punto de vista legal es muy discutible esa atribución, y existe la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas impugne tales contratos en este aspecto. En consecuencia, lo único que se persigue con esta modificación es dar estado legal a una situación de hecho a fin de evitar impugnaciones o planteos de tipo legal."

Sin perjuicio de las razones que fueron expuestas, cabe observar que la asunción de una carga tributaria por parte del Estado Nacional no es indistinta con el no cobro del gravamen por vía de exención. Por un lado, la exención importa la falta de ingreso del concepto de modo tal que afectaciones que puede tener su recaudación (p. ej. afectaciones por coparticipación, cuenta de jerarquización de ARCA), no se producen. Por el otro lado, la asunción de cargas tributarias tiene consecuencias en la cuantificación del gravamen que hubiera debido ser ingresado (p. ej. mecanismo de *grossing up* en el Impuesto a las Ganancias). Así, la transformación a exención de la ley 15.273 importaba compartir la asunción del gravamen con otros sujetos, las provincias.

[1156] Cámara de Senadores del Congreso Nacional, Reunión 82ª, 4 de febrero de 1960, p. 3321.

Esta norma fue derogada por la ley 22.016, por la que se prohibió la asunción de deudas por parte de las reparticiones del Estado Nacional.

2.2.2 Segunda etapa: Gravabilidad

2.2.2.1 Ley de procedimiento tributario

En 1976 se modificó la ley 11.683, de procedimiento tributario nacional[1157], explicitándose a las reparticiones el Estado Nacional y las empresas estatales y mixtas, como sujetos pasivos de los tributos nacionales[1158]. Así, por el artículo 2 de la ley 21.281 –bajo el fundamento de *clarificar la situación de esos entes y receptar la doctrina y jurisprudencia uniforme en la materia*[1159]– se estableció:

"Las reparticiones centralizadas, descentralizadas o autárquicas del Estado Nacional, Provincial o Municipal, así como las empresas estatales y mixtas, están sujetas a los tributos (impuestos, tasas y contribuciones), regidos por esta ley y a los restantes tributos nacionales (impuestos, tasas y contribuciones), incluidos los aduaneros, estando, en consecuencia, obligadas a su pago, salvo exención expresa."

En 2017 el precepto referido fue reemplazado por otro, en el que se aclaró que los referidos entes resultaban comprendidos en el listado de sujetos que revisten el carácter de contribuyentes en tributos nacionales, sin modificación sustantiva:

"Responsables por deuda propia. …

Revisten el carácter de contribuyentes, en tanto se verifique a su respecto el hecho imponible que les atribuyen las respectivas leyes tributarias, en la medida y condiciones necesarias que éstas prevén para que surja la obligación tributaria:

a) Las personas humanas, capaces, incapaces o con capacidad restringida según el derecho común.

b) Las personas jurídicas a las que el derecho privado reconoce la calidad de sujetos de derecho.

c) Las sociedades, asociaciones, entidades y empresas que no tengan la calidad prevista en el inciso anterior, y aun los patrimonios destinados a un

---

[1157] Es de recordar que esa ley contiene normas que exceden la cuestión procedimental, considerándosela como el código fiscal general en materia tributaria nacional. En ese cuerpo normativo se dispone la parte sustantiva general del derecho tributario nacional con normas sobre interpretación de las leyes, vigencia, prescripción y, en cuanto interesa, sujetos pasivos de la obligación tributaria, entre muchos otros tópicos.

[1158] En un camino intermedio entre la gravabilidad y la no gravabilidad, en el artículo 9° de la ley 13.653, sobre Régimen Legal de Funcionamiento de Empresas del Estado, se disponía: "En lo sucesivo las empresas del Estado, excluidas aquellas que tengan a su cargo la prestación de un servicio público, *estarán sujetas a todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales, provinciales y municipales vigentes o a crearse, con excepción de los impuestos a los réditos, a los beneficios extraordinarios, a las ganancias eventuales y sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes*.

Las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza, ingresarán a rentas generales el porcentaje que se establezca en la respectiva reglamentación, sobre las utilidades líquidas y realizadas determinadas de acuerdo con las normas que a este efecto dictará el Poder Ejecutivo". Sin destacado en el original.

[1159] Ley 21.281, Mensaje de Elevación ("Por último, y a fin de clarificar definitivamente la situación de los entes oficiales o mixtos frente a los distintos gravámenes, se establece la gravabilidad de los mismos, receptando la doctrina y jurisprudencia que, uniformemente, se ha inclinado por ella").

fin determinado, cuando unas y otros sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible.

d) Las sucesiones indivisas, cuando las leyes tributarias las consideren como sujetos para la atribución del hecho imponible, en las condiciones previstas en la ley respectiva.

Las reparticiones centralizadas, descentralizadas o autárquicas del Estado Nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como las empresas estatales y mixtas, quedan comprendidas en las disposiciones del párrafo anterior."

En el Mensaje de Elevación de la ley 27.430, por la que se introdujo la modificación, se indicó que "se proyecta[ba] reformar la redacción de los artículos concernientes a los sujetos del derecho tributario, los deberes a su cargo y el alcance de su responsabilidad. En este particular, se actualiza[ba] la redacción de esas normas, con el fin de proporcionar un más fácil acceso al contenido y alcance de esas disposiciones"[1160].

Esa norma aplica en forma directa a los tributos nacionales[1161] que no sean aduaneros ni de la seguridad social. Sin perjuicio de ello, en esas otras materias el entendimiento es análogo, a saber:

- en el artículo 778 del Código Aduanero se dispone: *"El Estado nacional, las provincias, las municipalidades y sus respectivas reparticiones y entes centralizados o descentralizados, salvo disposición expresa en contrario, están sujetos a las mismas responsabilidades y obligaciones tributarias aduaneras que las demás personas"*[1162].
- por el decreto 2102/1993 se dispuso que para determinar los sujetos pasivos de los tributos de la seguridad social correspondía aplicar lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Tributario.

2.2.2.2 Ley 22.016

[1160] Existen normas de la Ley del Procedimiento Tributario que refieren a los incisos del artículo 5 de ese texto normativo (*v.gr.* art. 6, inc. d). La ubicación previa de las reparticiones y Empresas del Estado –por fuera de esos incisos– dificultaba la interpretación de si tales referencias comprendían a esos entes. *Ver también* Ley de Procedimiento Tributario, art. 54.

[1161] En los Códigos Fiscales provinciales se observa que en la referencia a los sujetos de la obligación tributaria, se suele adoptar una descripción similar a la nacional, comprensiva tanto del Estado Nacional, Provincial y Municipal, como de las empresas estatales. Cf., p. ej., Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, arts. 18 y 19; Código Fiscal de la Provincia de Córdoba, art. 32, inc. 2; Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe, art. 24, inc. g.

En relación con los impuestos en particular, se suele eximir al Estado Nacional, Provincial y Municipal, pero excluirse de ello a entes que realicen actividades comerciales o industriales. Cf., p. ej., Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, art. 177 (Impuesto Inmobiliario) y art. 207 (Impuesto sobre los Ingresos Brutos); Código Fiscal de la Provincia de Córdoba, art. 195, inc. 1 (Impuesto Inmobiliario) y art. 241, inc. 1 (Impuesto sobre los Ingresos Brutos); Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe, art. 166, inc. a (Impuesto Inmobiliario) y art. 212, inc. a (Impuesto sobre los Ingresos Brutos).

En el Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se adopta una redacción general similar (cf. art. 10, inc. 5), pero se incluye una exención general al Estado (art. 189, inc. 1), no comprensivo de los organismos alcanzados por la ley 22.016 (art. 192).

[1162] La doctrina menciona que "el Código Aduanero no reconoce la aplicación del denominado principio de la inmunidad soberana del Estado. Por el contrario, siguiendo un criterio sostenido desde antiguo en la legislación aduanera, la presente norma consagra el principio de la sujeción tributaria a los gravámenes aduaneros por parte de todas las personas, sean éstas de carácter público y privado". ALSINA *et al* (2011), p. 836. Sobre la evolución normativa en la materia, ver id., pp. 844-845, n. 22.

En 1979 el Gobierno de Facto dictó la ley 22.016, por la que se dispuso la derogación de "todas las disposiciones de leyes nacionales, ya sean generales, especiales o estatutarias, *en cuanto eximan o permitan capitalizar el pago* de tributos nacionales, provinciales y municipales (impuestos, tasas y contribuciones)" a:

- las sociedades de economía mixta regidas por el decreto-ley 15.349/46,
- las empresas del estado regidas por la ley 13.653 o por leyes especiales,
- las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria regidas por la ley 19.550,
- las sociedades anónimas con simple participación estatal regidas por la ley 19.550,
- las sociedades del estado regidas por la ley 20.705,
- las empresas formadas por capitales de particulares e inversiones de los fiscos nacional, provinciales y municipales (inclusive las que prestan servicios públicos),
- los bancos y demás entidades financieras nacionales regidos por la ley 21.526 o las leyes de su creación, y
- todo otro organismo nacional, provincial y municipal que venda bienes o preste servicios a terceros a título oneroso.

La derogación se extendió a exenciones dispuestas por leyes nacionales en favor de particulares, inversores o inversiones que integraren las entidades listadas, y a las que beneficiaban a sus contratistas, subcontratistas y proveedores[1163].

El propósito de esta ley fue multipartito: *(i)* impedir que las empresas exhibiesen un cuadro más favorable que el que les correspondía –lo que podía inducir a errores en la apreciación de su contabilidad y eficacia–, *(ii)* fortalecer finanzas provinciales y nacionales debilitadas por las exenciones por entonces vigentes, *(iii)* eliminar inequidades generadas por las exenciones que se derogaban –que incrementaban la carga tributaria de sectores no favorecidos por franquicias similares–, *(iv)* facilitar la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias y *(v)* mejorar el nivel de información sobre el volumen general del gasto público y su asignación, entre otros[1164].

También se indicó que[1165]:

"Las medidas propuestas concuerdan con las políticas seguidas por el Superior Gobierno de la Nación en el sentido de que la actuación de las empresas del Estado y entes estatales nacionales no debe producir déficit. Cuando éste sea inevitable o responda a motivaciones de política económica,

[1163] Ley 22.016, art. 2º.
[1164] Ley 22.016, Mensaje de elevación, Boletín Oficial del 22 de junio de 1979.
[1165] Ley 22.016, Mensaje de elevación, Boletín Oficial del 22 de junio de 1979.

se sabrá a cuánto llega realmente, sin que subsidios ocultos –como lo son las exenciones impositivas– introduzcan a error de apreciación.

El pago tempestivo de los tributos nacionales que les correspondan, por parte de aquellas entidades, hará que adopten un severo control de sus costos y erogaciones, ya que actuarán sin privilegios impositivos, en el tráfico de bienes y servicios.

Esta orientación coincide con la necesidad de aplicar y percibir los tributos nacionales dentro de la más amplia base de imposición, allegando mayores recursos legítimos al erario público."

Por su parte, en el decreto reglamentario 145 de 1981, se "precisó" el alcance subjetivo del precepto indicándose que no resultaban comprendidos dentro de los sujetos listados los entes u organismos del Estado –nacionales, provinciales o municipales, centralizados, descentralizados, autárquicos, reparticiones o dependencias– que:

a) según sus normas de creación no posean diferenciación patrimonial con el Estado, excepto que su objeto principal sea la realización de actividades de tipo empresarial (comercial o industrial), o

b) cumplan como objeto principal funciones de policía, regulación de la actividad económica o financiera, educación, asistencia social, salud pública o investigación.

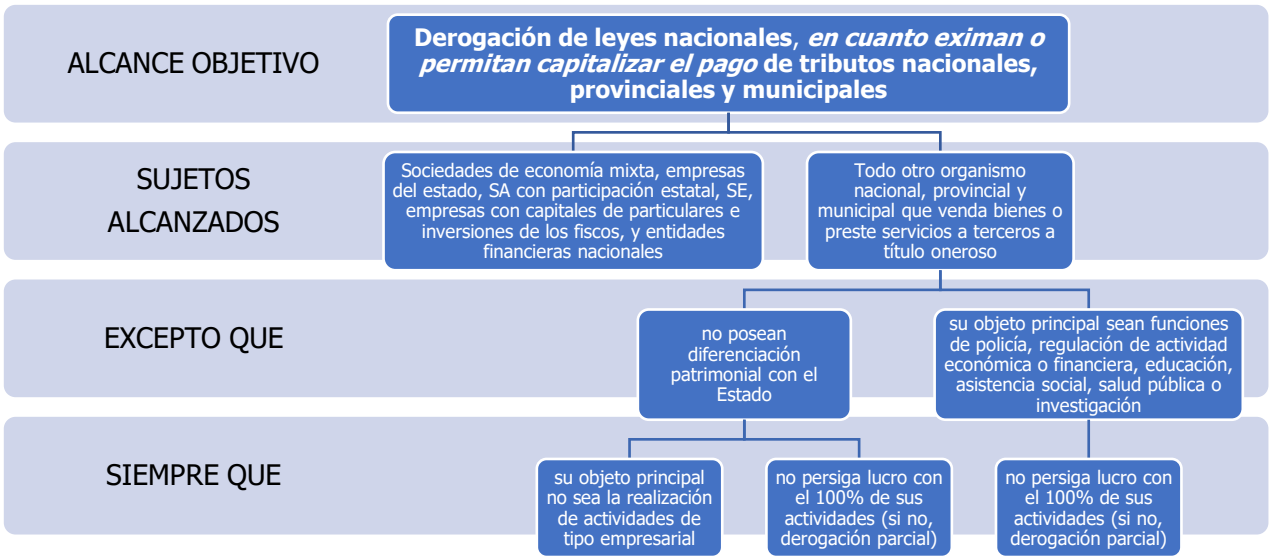
en tanto las entidades *(i)* no persiguiesen fines de lucro con sus actividades y *(ii)* no estuviesen incluidas expresamente en la enumeración taxativa de la primera parte del artículo 1º de la ley[1166].

Tal reglamentación se fundamentó en que, siguiendo el Mensaje de Elevación de la ley 22.016, en la derogación predominaba una connotación de corte jurídico comercial y de mercado.

El alcance de la derogación es sintetizado en la siguiente figura:

[1166] Si la actividad con fines de lucro tuviere carácter parcial, se limitó la exclusión a la parte de la actividad no lucrativa.

Alcance de la derogación de ley 22.016, según decreto 145/1981



Fuente: Elaboración propia

En la misma ley se autorizó al Poder Ejecutivo a suspender la derogación respecto de todas o algunas de las actividades llevadas a cabo por esas entidades, en lo concerniente al Impuesto a las Ganancias, el Impuesto a los Capitales, el Impuesto a los Beneficios Eventuales y los tributos de emergencia o sustitutivos de esos gravámenes, así como el Impuesto al Valor Agregado, cuando se tratase de la enajenación de material bélico destinado a la defensa y seguridad nacional[1167].

La ley tuvo un efecto derogatorio inmediato, pero su relevancia se mantiene vigente atento a las remisiones que a su texto contienen los principales gravámenes nacionales y a la prohibición de *grossing up* en ella contenida.

Sobre el efecto inmediato de la ley 22.016, nótese que por la ley se eliminaron preceptos contenidos en leyes nacionales por los que se preveía una menor carga tributaria para este tipo de entes a partir de dos formas jurídicas que se mencionaron –pero no se definieron–: *(a)* exenciones y *(b)* capitalización de deudas por tributos.

Respecto del concepto de exenciones, y el tipo de tratamientos que quedarían comprendidos en esa tipología, no existe un consenso unánime en doctrina. Desde una visión amplia, asimilándolo al de minoración impositiva SÁINZ DE BUJANDA (1963, p. 427) ha sostenido que la exención es

"una técnica impositiva que puede afectar a todos los elementos estructurales de la relación tributaria –al presupuesto de hecho, a la base imponible, a los tipos de gravamen, a los sujetos, a las cuotas– y que, con

[1167] Ley 22.016, art. 6º. En uso de esas facultades, por el decreto 1684/80 se suspendió la derogación "por todos los períodos involucrados en la gestión del Banco Central de la República Argentina, respecto de los impuestos a las ganancias, sobre los beneficios eventuales y capitales o aquellos que los sustituyan, así como también a los de emergencia de los mismos".

relación a la carga que la aplicación normal del tributo traiga consigo, se dirige a provocar un efecto desgravatorio, total o parcial, en beneficio de ciertas personas, o respecto a determinados supuestos fácticos."

Por el contrario, la doctrina mayoritaria excluye del concepto: *(a)* a la minoración que proveniente de las obligaciones fiscales ya nacidas (ej. condonaciones)[1168], *(b)* a las reducciones o exclusiones de cargas tributarias en razón de preceptos constitucionales, por considerarse que en esos casos se está en presencia de un supuesto de inmunidad[1169], y *(c)* a las normas que delinean la hipótesis de incidencia tributaria en su descripción propia u originaria (esto es, a los supuestos expresos de no sujeción)[1170].

Algunos autores excluyen del concepto a las normas de alcance particular, por entenderse que las normas de exención tienen que ser generales para ser tales ya que, de lo contrario, se estaría ante un privilegio[1171]. No obstante, esa no es una postura generalizada en doctrina o en la terminología normativa argentina. Adicionalmente, el término no se emplea cuando la menor carga impositiva surge de la afectación de la obligación tributaria (p. ej., la aplicación de alícuotas reducidas, limitaciones a la ejecución de la deuda, disposiciones que habilitan el cómputo de créditos ficales, etc.).

En cuanto a la capitalización de tributos, esta consiste en considerar al tributo impago como un aporte del propio Estado al ente. Así, la deuda del ente a las arcas públicas se compensa –*ex lege*– con la acreencia por un aporte. Es de notar que la coincidencia de sujetos sólo se podría dar si la deuda fuera de un tributo no coparticipable.

Sin perjuicio de las motivaciones descriptas, la CSJN consideró que la derogación de franquicias impositivas dispuesta por la ley 22.016 alcanzaba también a aquellas otorgadas legislativamente con finalidades distintas a la de beneficiar a determinados sujetos, es decir, que no estaban motivadas en la persona del titular del beneficio sino en la actividad por este desarrollada[1172].

En ese marco tuvo por derogadas –en su aplicación al Estado y sus reparticiones– franquicias sobre concesiones de la actividad eléctrica dispuestas en las leyes 15.336, 17.574 y 20.050 (Fallos: 310:1567), exenciones relativas a gravámenes sobre el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo para la prestación del servicio público de telecomunicaciones previstas

---

[1168] FERNÁNDEZ BRENES (2004), p. 4; LANZIANO (1979), p. 161; LOZANO SERRANO (1988), p. 18.

[1169] ARAUJO FALCAO, cit. por RODRÍGUEZ VILLALBA (1997), p. 466. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ VILLALBA (1997), p. 465. En oposición, Lanziano comprende en el concepto a las minoraciones de origen constitucional o legal. LANZIANO (1979), p. 13.
En el caso de la CN, cabría tal calificación al Banco de la Provincia de Buenos Aires. Cf. Fallos: 186:170; 276:432; 330:4988; entre otros.

[1170] FERNÁNDEZ BRENES (2004), pp. 6-7; LANZIANO (1979), p. 14. En una postura opuesta, CHECA GONZÁLEZ (2001), p. 17; JARACH (1988), p. 19.

[1171] Nieves Borrego explica que la exención carece de personalización. Estudio sistemático y consideración jurídica de la subvención, NIEVES BORREGO, cit. por HERRERA MOLINA (1990), p. 52, n. 75. Ver también LANZIANO (1979), p. 65. En sentido contrario, SÁINZ DE BUJANDA (1963) sostiene que "[l]a exención y el privilegio no pueden, en modo alguno, identificarse" (p. 402).

[1172] Cf., con una postura crítica a la falta de distinción entre exenciones subjetivas y objetivas –que pone en desventaja al Estado *vis a vis* las empresas no estatales–, NAVEIRA DE CASANOVA (2010).

en la ley 19.789 (Fallos 315:1169) y exenciones en favor de las instalaciones o inmuebles de Obras Sanitarias de la Nación regidas por la ley 13.577 (Fallos: 343:681), entre otras.

Sobre la aplicación actual de la ley 22.016, cabe destacar que por esa ley se prohibió que las entidades listadas y los entes autárquicos, reparticiones, dependencias, etc. del Estado Nacional, centralizadas y descentralizadas, tomen a su cargo gravámenes nacionales, provinciales y municipales, que pudiesen recaer sobre la otra parte contratante o sus proveedores o subcontratistas (comúnmente denominadas cláusulas de *grossing up*) o asuman la obligación de abonar un suplemento de precio para cubrir su importe o contraigan compromisos análogos[1173].

Por normas posteriores se excluyeron de esta restricción:

(i) a las operaciones y contratos de crédito externo, por las condiciones particulares de negociación de estos créditos y en especial la necesidad de generar un marco de certidumbre que redundase en tasas más bajas para el país[1174],

(ii) a los contratos de transferencia de tecnología, para facilitar que las empresas y sociedades del Estado accedan a avances tecnológicos, teniendo en cuenta la modalidad que en la práctica reviste este tipo de contratación[1175], y

(iii) a los entes que pertenezcan conjuntamente al Estado nacional y otros estados extranjeros[1176].

A su vez, el alcance de la derogación es empleado por diversas normas nacionales para identificar supuestos de exención del Estado Nacional y sus entes. Así, en la Ley del Impuesto a las Ganancias se dispone:

"ARTÍCULO 26.- Están exentos del gravamen:
a) Las ganancias de los fiscos nacional, provinciales y municipales y las de las instituciones pertenecientes a los mismos, excluidas las entidades y organismos comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 22.016."

Y en la Ley del Impuesto al Valor Agregado, se prevé:

"ARTICULO 7º — Estarán exentas del impuesto establecido por la presente ley, las ventas, las locaciones indicadas en el inciso c) del artículo 3º y las importaciones definitivas que tengan por objeto las cosas muebles

[1173] Ley 22.016, art. 5º. Entre los gravámenes que tales entidades no pueden tomar a cargo se excluyeron el IVA, los Impuestos Internos y el Impuesto sobre los Ingresos Brutos en los que la otra parte sea sujeto de derecho del gravamen. Ello por cuanto esos tributos son -por su estructura- trasladables y el impedimento de *grossing up* buscó orientar el tratamiento tributario hacia soluciones de mercado. Cf. decreto 261/1980, art. 3º y sus considerandos.
[1174] Ley 22.157, mensaje y art. 1º. Por la ley 22.034 se había dispuesto previamente la exclusión de los contratos de crédito externo, pero sólo aquellos suscriptos antes del 1º de enero de 1980 (art. 1º) y con base en las negociaciones que ya habían sido iniciadas al momento de entrada en vigencia de la ley 22.016.
[1175] Ley 22.438, mensaje y art. 8º.
[1176] Decreto 261/1980, art. 4º.

incluidas en este artículo y las locaciones y prestaciones comprendidas en el mismo, que se indican a continuación:

1) Las realizadas por el Estado nacional, las provincias, las municipalidades y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por instituciones pertenecientes a los mismos o integrados por dos o más de ellos, excluidos las entidades y organismos a que se refiere el artículo 1° de la Ley N° 22.016, entendiéndose comprendidos en la presente exención a los fideicomisos financieros constituidos en los términos de la Ley N° 24.441, creados por los artículos 3° y 9° de la Ley N° 25.300."

2.2.3 Tercera etapa: Anarquía

El propósito de la ley 22.016, de eliminar tratamientos especiales para las Empresas del Estado y actividades comerciales e industriales emprendidas por el Estado Federal, fue dejado de lado por múltiples preceptos que datan, principalmente, de los últimos 15 años. En efecto, numerosas y dispersas excepciones han generado un régimen actual complejo y sin un claro lineamiento informante. En él, algunas Empresas del Estado no tributan del mismo modo que las que no lo son, generando gastos tributarios que no son mensurados y una situación de disparidad en los mercados competitivos.

Los principales instrumentos en los que tales excepciones se observan son la ley 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto (LCPP), y las leyes anuales de presupuesto.

En la primera de las normas referidas, la LCPP, desde hace ya más de 90 años, el Congreso de la Nación incorpora preceptos de las leyes anuales de presupuesto, para que estos mantengan su vigencia una vez cerrado el ejercicio presupuestario[1177]. La práctica responde al principio de anualidad de la ley de presupuesto, conforme al cual las normas contenidas en la ley de presupuesto de un ejercicio rigen desde el 1º de enero al 31 de diciembre del año presupuestario respectivo, salvo en caso de ser normas de efecto instantáneo o indicación en contrario en su texto[1178].

[1177] El amplio contenido de esa ley –de más de 200 artículos a la fecha, muchos de ellos sin numerar– es variopinto y, por tanto, contrario a la claridad y certeza en el derecho. Sólo a modo de ejemplo, algunos de sus preceptos son: "Artículo 78.- Ningún funcionario y ningún empleado, tanto de las Jurisdicciones como de las Entidades del Sector Público Nacional podrá percibir su emolumento o sueldo, sin que previamente lo haya percibido el inmediato jerárquico inferior….''; "Artículo 116 bis.- Condónanse las deudas de empresas beneficiarias del Régimen de Promoción Industrial, ley 22.021 y sus modificaciones…''; "Artículo 162.- El uso de automóviles y demás medios de locomoción de propiedad del Estado, queda restringido a las necesidades exclusivamente oficiales.''; "Artículo S/N°.- Establécese que en el marco del artículo 10.24 del Acuerdo Comercial entre la República de Chile y la República Argentina suscripto el 2 de noviembre de 2017, el servicio de roaming internacional prestado por proveedores de servicios de telecomunicaciones de telefonía móvil y de transmisión de datos móviles (de conformidad con lo así entendido en el capítulo 10, "Telecomunicaciones" del Acuerdo), no quedará sujeto al impuesto al valor agregado cuando sea brindado a proveedores de iguales servicios ubicados en la República de Chile …''; "Artículo S/N°.- Créase el Fideicomiso de Participación Público-Privada….".

[1178] Sobre la vigencia de este tipo de normas y la procedencia de la inclusión (o no) de normas extrapresupuestarias en la LCPP, LOCURSCIO (2024).

Actualmente esa ley contiene 246 artículos (sin contar aquellos que han sido derogados) y, en cuanto interesa, contiene un capítulo referido a Empresas Públicas y Entes Residuales (cf. ley 11.672, Capítulo II).

Diversas normas allí contempladas confieren –por tiempo indefinido– un tratamiento especial a Empresas del Estado en materia tributaria. En el siguiente cuadro se exponen algunas de ellas.

Tratamientos tributarios especiales a Empresas del Estado en la LCPP

	ARTÍCULO DE LA LCPP	ORIGEN
1	ARTICULO 109.- Exímese del impuesto establecido por la Ley de **Impuesto a las Ganancias** (T.O. 1997) y sus modificaciones, y del **Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta**, establecido por la Ley Nº 25.063 y sus modificaciones, a la empresa **NUCLEOELECTRICA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA (NASA)**.	Presupuesto 2010 (ley 26.546)
2	ARTICULO 111.- Exímese del **Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta**, establecido por la Ley Nº 25.063 y sus modificaciones, a la empresa **EMPRENDIMIENTOS ENERGETICOS BINACIONALES SOCIEDAD ANONIMA (EBISA)** y exceptúasela de toda **percepción y retención** del Impuesto a las Ganancias y del Impuesto al Valor Agregado.	Presupuesto 2012 (ley 26.728)
3	ARTICULO 113.- Establécese que las importaciones definitivas de combustibles líquidos y gaseosos y de energía eléctrica efectuadas por la COMPAÑIA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELECTRICO (CAMMESA) y **ENERGIA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA (ENARSA)**, estarán exentas del **impuesto al valor agregado, en la medida que tales importaciones hayan sido encomendadas por el ESTADO NACIONAL o por la autoridad regulatoria competente.**	Presupuesto 2013 (ley 26.784)
4	ARTICULO S/N°.- Exímese del impuesto establecido por la Ley de **Impuesto a las Ganancias** (t.o. 1997) y sus modificaciones y del **impuesto a la ganancia mínima presunta** establecido por la ley 25.063 y sus modificaciones a la **Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (C.U.I.T.: 30-71069599-3), a la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (C.U.I.T.: 30-71068177-1) y a Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima (C.U.I.T.: 30-71410144-3)**, siempre que el ciento por ciento (100%) del capital accionario de dichas empresas fuere propiedad del Estado nacional. Asimismo, condónase el pago de las deudas, cualquiera sea el estado en que las mismas se encuentren, que se hubiesen generado hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley por las empresas y en concepto de los impuestos mencionados en el párrafo precedente. La condonación alcanza al capital adeudado, los intereses resarcitorios y/o punitorios y/o los previstos en el artículo 168 de la ley 11.683 (t.o. 1998) y sus modificaciones, multas y demás sanciones relativos a dichos gravámenes.	Presupuesto 2015 (ley 27.008)

5	ARTICULO S/N°.- La empresa **Aguas y Saneamientos Argentinos (AYSA)**, comprendida en las leyes 26.100 y 26.221, podrá solicitar la **acreditación** contra otros impuestos a cargo de la AFIP, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, o la devolución o la aplicación de algún otro mecanismo que se instrumente en la reglamentación del presente artículo, del **saldo a su favor** a que se refiere el primer párrafo del artículo 24 de la ley de **Impuesto al Valor Agregado**, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones. El Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas reglamentará las condiciones del presente artículo tomando en consideración las condiciones generales imperantes en materia de ingresos presupuestarios.	Presupuesto 2017 (ley 27.341)
6	ARTICULO S/N°.- Las sociedades comprendidas en las leyes 26.412 y 26.466 [**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.**], podrán utilizar el **saldo a favor** acumulado y/o por generarse a que se refiere el primer párrafo del artículo 24 de la Ley de **Impuesto al Valor Agregado** (t.o. por decreto 280 del 26 de marzo de 1997) y sus modificaciones, para el pago de las obligaciones impositivas cuya recaudación, aplicación y percepción se encuentran a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos.	Presupuesto 2018 (ley 27.431)
7	ARTICULO S/N°.- Exímese del gravamen establecido por la Ley de **Impuesto a las Ganancias**, texto ordenado en 2019, a la **EMPRESA ARGENTINA DE NAVEGACIÓN AÉREA S.E.** (C.U.I.T. 30-71515195-9). Asimismo, condónase el pago de las deudas, cualquiera sea el estado en que se encuentren, que se hubiesen generado hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley por la empresa y en concepto del tributo mencionado en el párrafo precedente. La condonación alcanza al capital adeudado, los intereses resarcitorios y/o punitorios y/o los previstos en el artículo 168 de la ley 11.683, texto ordenado 1998, y sus modificaciones, multas y demás sanciones relativas a dicho gravamen.	Presupuesto 2021 (ley 27.591)
8	ARTICULO S/N°.- Exímese del pago de los **derechos de importación, de las tasas por servicios portuarios, aeroportuarios, de estadística y de comprobación y del Impuesto al Valor Agregado**, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, que gravan la importación para consumo de las mercaderías que sean adquiridas por **AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANÓNIMA** (C.U.I.T. 30-70956507-5), en la medida en que fueren nuevas y la industria nacional no estuviere en condiciones de proveerlas, aspecto sobre el cual deberá expedirse el MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO. Todos los beneficios dispuestos en este artículo regirán hasta el 31 de diciembre de 2021, inclusive.	Presupuesto 2021 (ley 27.591)

9	ARTICULO S/N°.- No están alcanzadas por el **Impuesto al Valor Agregado**, texto ordenado en 1997, y sus modificaciones, las ventas de gas natural importado que **Energía Argentina Sociedad Anónima** (CUIT 30-70909972-4) realice a Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CUIT 30-65537309-4), con destino al abastecimiento del mercado de generación eléctrica.	Presupuesto 2023 (ley 27.701)
10	ARTICULO S/N°.- Exímese del gravamen establecido por la Ley de **Impuesto a las Ganancias**, texto ordenado en 2019 y sus modificaciones, a la empresa **Energía Argentina Sociedad Anónima** (CUIT 30-70909972-4), en la medida que su capital accionario fuere, mayoritariamente, propiedad del Estado nacional.	Presupuesto 2023 (ley 27.701)
11	ARTICULO S/N°.- **Energía Argentina Sociedad Anónima** (CUIT 30-70909972-4) gozará de la remisión o el **reintegro del Impuesto al Valor Agregado** involucrado en el precio que se le facture por la adquisición de bienes, obras, locaciones y prestaciones de servicios o que le corresponda ingresar por iguales conceptos, en todos los casos cuando tales operaciones tengan por objeto la construcción de obras de infraestructura necesarias para expandir y/o ampliar el sistema y capacidad de transporte de gas natural existente que sean requeridas para garantizar el desarrollo y suministro de gas natural a largo plazo. Este tratamiento resultará aplicable para las adquisiciones, obras, locaciones y prestaciones de servicios que se realicen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.	Presupuesto 2023 (ley 27.701)
12	ARTICULO S/N°.- Entiéndese como **reorganización aprobada en los términos de los artículos 80 y 81 de la Ley de Impuesto a las Ganancias**, texto ordenado en 2019 y sus modificaciones –y por lo tanto, dénse por cumplidos todos los requisitos, plazos y condiciones previstos en dicho instituto– a la transferencia, bajo cualquier modalidad, del patrimonio fideicomitido del Fideicomiso Central Termoeléctrica "Manuel Belgrano" y del Fideicomiso Central Termoeléctrica Timbúes en favor de las Sociedades Generadoras y Fideicomisarias de dichos fideicomisos, es decir, en favor de **Termoeléctrica Manuel Belgrano S.A. y Termoeléctrica José San Martín S.A**., respectivamente, así como a todas las operaciones y actos tendientes a perfeccionar las transferencias e incorporación de dicho patrimonio en las sociedades generadoras y fideicomisarias.	Presupuesto 2026 (ley 27.798)

Fuente: Elaboración propia

El marco en que tales preceptos fueron dictados, esto es, leyes de presupuesto que, por práctica inveterada en nuestro país adquieren el formato de leyes ómnibus, hace que no se cuente con una fundamentación específica ni una estimación del gasto que cada uno de tales tratamientos reportaría.

También es una práctica común la inclusión de tratamientos especiales –de validez anual– en las leyes anuales de presupuesto (sin inclusión en la LCPP).

Tan solo en la ley 27.701, de 2023, se observan ejemplificativamente, los siguientes preceptos:

"Artículo 57.- Establécese, hasta el 31 de diciembre de 2023, inclusive, que las importaciones para consumo de los bienes de capital y sus componentes incluidos en proyectos y obras de hidrocarburos y energía eléctrica, efectuadas por Energía Argentina Sociedad Anónima (CUIT 30-70909972-4), estarán exentas de los derechos de importación, de las tasas por servicios portuarios, aeroportuarios, de estadística y de comprobación, de impuestos internos y del impuesto establecido por la Ley de Impuesto al Valor Agregado, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, en la medida que tales importaciones hayan sido encomendadas por el Estado nacional o por la autoridad regulatoria competente…"

"Artículo 62.- Exímese de los derechos de importación, de las tasas por servicios portuarios, aeroportuarios, de estadística y comprobación y del impuesto establecido por la Ley de Impuesto al Valor Agregado, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, a las importaciones para consumo de material para uso ferroviario… que estén destinados a proyectos de inversión para el fortalecimiento y mejoramiento del sistema de transporte ferroviario de pasajeros y de cargas, que sean adquiridos por el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (CUIT 30-71069599-3), Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (CUIT 30-71068177-1), Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima (CUIT 30-71410144-3), Desarrollo del Capital Humano Ferroviario Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria (CUIT 30-66350282-0) y/o Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado (CUIT 30-71525570-3)…."

"Artículo 63.- Establécese que la importación de bienes de capital y de bienes para consumo -y sus repuestos- que sean adquiridos por Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (CUIT 30-71515195-9) o Intercargo S.A.U. (CUIT 30-53827483-2), estará exenta de los derechos de importación, de las tasas por servicios portuarios, aeroportuarios, de estadística y comprobación, de los impuestos internos y del impuesto establecido por la Ley de Impuesto al Valor Agregado, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones.…

Asimismo, exímese del pago del derecho de importación, de las tasas por servicios portuarios, aeroportuarios, de estadística y de comprobación que gravan el mayor valor que, al momento de su reimportación, tengan las mercaderías que haya exportado temporalmente Intercargo S.A.U. o Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado, a los efectos de su reparación en el exterior…."

"Artículo 65.- Exímese de los derechos de importación, de las tasas por servicios portuarios, aeroportuarios, de estadística y de comprobación y de todos los impuestos nacionales, incluyendo impuestos internos y el establecido en la Ley de Impuesto al Valor Agregado, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, que gravan las importaciones para consumo que sean adquiridos por la empresa Energía Argentina Sociedad Anónima (CUIT 30-70909972-4) respecto del material que demande la ejecución de la obra

Gasoducto "Presidente Néstor Kirchner" y durante el tiempo en que esta se lleve a cabo hasta su conclusión. …

Asimismo, condónanse las deudas generadas en el marco de la mencionada obra, en concepto de tributos aduaneros y de impuestos nacionales y sus multas, intereses y accesorios, cualquiera sea el estado en que se encuentren, que se hubiesen generado hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley."

La cuestión se complejiza si se consideran adicionalmente leyes de creación de entes empresariales que contienen tratamientos especiales y normas de impuestos específicos que eximen a las Empresas del Estado del gravamen en cuestión. Por ejemplo, en la ley de creación de Empresa Argentina de Soluciones Satelitales Sociedad Anónima (AR-SAT) se establece:

"ARTICULO 10 bis. — Exímese a la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales Sociedad Anónima AR-SAT, de todos los impuestos nacionales, incluidos el impuesto al valor agregado e impuestos internos y de los tributos que gravan la importación para consumo, así como también de los que los complementen o sustituyan, no siendo de aplicación a su respecto las disposiciones del segundo párrafo del artículo 2º de la Ley 25.413 (impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias).

Asimismo, el impuesto al valor agregado contenido en las facturas de compras de bienes, prestaciones de servicios y locaciones que adquiera la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales Sociedad Anónima AR-SAT con motivo del diseño, desarrollo, fabricación, integración, ensayos y puesta en servicio de satélites geoestacionales de comunicaciones, tendrá el tratamiento previsto en el artículo 43 de dicho impuesto.

También estarán exentos de impuestos, tasas y contribuciones, incluido el impuesto a las ganancias, los pagos que con motivo del diseño, desarrollo, fabricación, integración, ensayos y puesta en servicio de satélites geoestacionales de comunicaciones, realice la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales Sociedad Anónima AR-SAT a beneficiarios del exterior, cuando esté convenido expresamente que dichos tributos serán a cargo de la misma.

Las exenciones dispuestas en este artículo no incluyen a los recursos de la seguridad social y mantendrán su vigencia en la medida que se mantenga la posesión accionaria en manos del Estado nacional o de las provincias."

Y en la ley del Impuesto Para una Argentina Solidaria e Inclusiva (Impuesto PAIS) –gravamen actualmente derogado– se había previsto que:

"Artículo 36.- Serán pasibles del impuesto que se aprueba por la presente ley, los sujetos residentes en el país –personas humanas o jurídicas, sucesiones indivisas y demás responsables– que realicen alguna de las operaciones citadas en el artículo anterior. Si la operación se realiza mediante tarjetas de crédito, de compra y/o de débito, el impuesto alcanza a quienes sean sus titulares, usuarios, titulares adicionales y/o beneficiarios de extensiones.

No se encuentran alcanzadas por el presente impuesto las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) y b) del artículo 8° de

la ley 24.156 y sus modificaciones y toda otra entidad de titularidad exclusiva del Estado Nacional, y sus equivalentes en los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios…"

Es de notar que en el decreto 70/2023, de la actual Administración, se adoptó una norma de eliminación de tratamientos especiales para Empresas del Estado.

"ARTÍCULO 50.- Las empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga."

No obstante, por diversas razones cabe interpretar que los tratamientos especiales aquí referidos no resultarían alcanzados por esa previsión:

- la materia tributaria es de aquellas excluidas de decretos de necesidad y urgencia. Es vasta la jurisprudencia, previa y posterior a la última reforma constitucional que considera inválidas las normas tributarias contenidas en este tipo de decretos (Fallos: 318:1154; 319:3400; 325:2394).
- si bien hay interpretaciones que limitan la aplicación del principio de legalidad a los supuestos de imposición de una carga, es doctrina del Alto Tribunal que *el principio en análisis abarca tanto la creación de impuestos, tasas y contribuciones como las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones* (Fallos: 329:1554; 343:86; 346:1015; 325:2394; 326:2653).
- en uno de los primeros proyectos de "Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos", preparado por la actual Administración (en enero de 2024), se excluía del previamente transcripto artículo 36 de la ley del Impuesto PAIS a ciertas Empresas del Estado aseguradoras. Ello demuestra que para la propia Administración que dictó el DNU, el tratamiento más beneficioso en materia tributaria no había sido eliminado por el precepto en análisis.
- la referencia a "prerrogativas" no de habitual referencia para referirse a cuestiones tributarias (y la segunda parte del precepto no limita a futuro al legislador en sentido alguno).

3. La respuesta que propongo

Este capítulo pretende realizar un aporte a la discusión sobre si las Empresas del Estado deben estar sujetas a tributos.

Del análisis realizado se desprenden tres argumentos centrales que se oponen a la gravabilidad del Estado. Sin embargo, dichos argumentos no siempre resultan aplicables a sus empresas. La normativa, por su parte, se ha desarrollado de manera sinuosa, de modo tal que la adopción de una u otra

postura tampoco resulta limitada por la búsqueda de una cierta estabilidad y previsibilidad en el régimen jurídico.

Por un lado, se ha negado la gravabilidad con base en una tradicional visión relativa a la soberanía fiscal. Este argumento, no obstante, se debilita en cuanto se lo aplica a las Empresas del Estado, ya que la CSJN lo ha limitado a las actividades propias del Estado, que no sean comerciales o industriales. Sólo se valida su aplicación –incluso en ese ámbito– cuando el Estado Nacional dispone la exención del ente fundado en facultades implícitas en materia tributaria (p. ej., establecimientos de utilidad nacional). A su vez, esta visión se asienta en una relación federal entre Estados que no da respuesta a la cuestión de gravabilidad por autoimposición, que es la de mayor relevancia para las Empresas del Estado constituidas en el ámbito nacional.

Por otro lado, se ha sostenido que la relación jurídica tributaria requiere de heteroimposición por lo que no procede, por exigencias lógicas, que el mismo sujeto que establece la obligación quede obligado a ella. No se estaría, en estos casos, frente a una real "imposición". Sin embargo, estos argumentos no suelen considerar el rol bipartito que tiene el Estado Nacional en materia de tributos: por una parte, establece aquellos que constitucionalmente se le reconocen como propios (p. ej. tributos aduaneros) y, por la otra, dispone –en virtud de un acuerdo federal– de aquellos sobre los que tiene potestades compartidas con las provincias. A su vez, no determinan la imposibilidad de que el propio Estado defina ingresar un gravamen.

Por último, reviste especial relevancia la problemática vinculada a la ausencia de capacidad contributiva frente a un sujeto que tiene sus recursos afectados al cumplimiento de un fin público estatal. Si bien el principio –y su alcance– ha limitado su centralidad ante nuevas formas de tributación, su necesaria consideración en materia tributaria no puede ser pasada por alto. En ese marco, cobran relevancia en materia tributaria otros principios generales de la economía y las finanzas en relación con la intervención del Estado y reglas generales de administración financiera.

En efecto, la amplitud de las actividades realizadas por el Estado exige la consideración del principio de neutralidad para una asignación eficiente de los recursos con los que cuenta la economía, de modo tal que el costo de realizar las actividades sea uniforme cualquiera sea el sujeto que las emprenda. Exclusivamente así se contará, además, con parámetros transparentes y ciertos en relación con los recursos que requiere la realización de las actividades por parte del Estado *vis a vis* su realización por otros agentes que actúan en el mercado, y se protegerán las haciendas locales, frente a

gravámenes coparticipables que sólo bajo el estricto examen de competencias y razonabilidad previsto por la CN pueden ser eximidos.

4. Bibliografía

Alsina, Mario A., Barreira, Enrique C., Basaldúa, Ricardo X., Cotter Moine, Juan Patricio y Vidal Albarracín, Héctor G. (2011). *Código Aduanero Comentado*. Tomo II. Argentina: Abeledo Perrot.

Ataliba, Geraldo (2011). *Hipótesis de incidencia tributaria.* Argentina: Legis Argentina.

Altamirano, Alejandro C. (2008). "Las retenciones a las exportaciones (Impuesto a las exportaciones de productos primarios en la República Argentina. Finalidades fiscales y extrafiscales de estas medidas tributarias)", en Uckmar, V., Altamirano, A. y Taveira Torres, H. (coords.), Impuestos sobre el comercio internacional. Argentina: Marcial Pons. Bidart Campos, Germán (1973). *Lecciones elementales de política.* Argentina: Ediar.

Casás, José O. (2005). *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente: a partir del principio de reserva de ley tributaria.* Argentina: Ad-Hoc.

Checa González, Clemente (2001). *Las exenciones tributarias en el ordenamiento estatal.* España: Lex Nova.

Fernández Brenes, Silvia (2004). "Las exoneraciones y desgravaciones tributarias a la luz de los principios constitucionales". Disponible en http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/ASFB.pdf.

García Novoa, César (2012). *El concepto de tributo.* España: Marcial Pons.

Giampietro Borrás, Gabriel (1976). *Incentivos Tributarios para el Desarrollo*. Argentina: Depalma.

Giuliani Fonrouge, Carlos (2004). *Derecho Financiero. Tomo I. Argentina: La Ley.*

Herrera Molina, Pedro M. (1990). *La exención tributaria*. España: Colex.

Jarach, Dino (1982). *El hecho imponible.* Argentina: Abeledo Perrot.

Jarach, Dino (1988). "Exenciones, Exclusiones del Objeto o No Sujeción, Materia No Gravada". La Información, LVIII-15.

Lanziano, Washington (1979). *Teoría general de la exención tributaria*. Argentina: Depalma.

Locurscio, Bastiana T. (2013). "Revocabilidad de las Exenciones Tributarias (con el tiempo y la licitud como parámetros de su análisis)". Revista de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 27, 61-101.

Locurscio, Bastiana T. (2024). "¿Qué es la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto y para qué sirve?". Revista El Derecho – Tributario, 2024-4, ED-V-CMXLVIII-763.

Lozano, Luis F., y Bayle, Juan P. (2025). *Teoría general de los impuestos*. Argentina: Astrea.

Lozano Serrano, Carmelo (1988). *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*. España: Tecnos.

Luqui, Juan Carlos (1993). *Derecho constitucional tributario.* Argentina: Depalma.

Naveira de Casanova, Gustavo J. (2010). "La relevancia presupuestaria de la inmunidad fiscal del Estado" en El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado. Revista Jurídica de Buenos Aires. Tomo II.

Naveira de Casanova, Gustavo J. (2012). *El principio constitucional de no confiscatoriedad tributaria.* Argentina: Abeledo Perrot.

Rodríguez Villalba, Gustavo (1997). "La inmunidad tributaria del Estado y de los entes subnacionales en el derecho uruguayo". Revista Iberoamericana de Derecho Tributario, n.° 5, Editoriales de Derecho Reunidas.

Sáinz de Bujanda, Fernando (1963). *Hacienda y Derecho. Tomo III.* España: Instituto de Estudios Políticos.

Tarsitano, Alberto (2013). "El principio de capacidad contributiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en Lalanne, G. (coord.), *La jurisprudencia tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a 150 años de su primera sentencia*. Argentina: Asociación Argentina de Estudios Fiscales.

Torres, Agustín (1977). "Sistema tributario", en Mordeglia, R. *et al*, *Manual de finanzas públicas*. Argentina: A-Z Editora.

Valdés Costa, Ramón (2004). *Instituciones de derecho tributario*. Argentina: Depalma.

Capítulo XI. Régimen procesal de las empresas estatales: aspectos relevantes – Miguel E. Cáceres y Agustín M. Duffy

Autores: Miguel E. Cáceres y Agustín M. Duffy

Publicado en Revista de la Administración Pública N° 562-563, p. 10-65.

Resumen: El trabajo analiza el régimen procesal aplicable a las empresas estatales en Argentina, caracterizadas por su naturaleza híbrida entre Derecho Público y Privado. Examina su inserción en la organización administrativa, la aplicación de la LNPA tras la reforma de la ley 27.742, y cuestiones como agotamiento de la vía administrativa, competencia federal, mediación, traslado de demanda, cautelares y ejecución de sentencias, destacando el impacto procesal de su configuración jurídica mixta.

Palabras clave: empresas estatales, régimen procesal, organización administrativa, descentralización

Sumario: I. Introducción; II. Empresas estatales y organización administrativa; III. Aplicación de la LNPA; IV. Exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa; IV.1. Los recursos. IV.2. El reclamo administrativo previo; V. Competencia federal; VI. Mediación Prejudicial; VII. Plazo y forma para el traslado de la demanda; VIII. Comunicación a la PTN; IX. La aplicación de la LMC; X. Procedencia de la acción de lanzamiento; XI. Régimen de ejecución de sentencias; XII. Conclusiones.

1. Introducción

El fenómeno del Estado empresario es concebido en el marco de un proceso en que el Estado recurre a las técnicas y figuras propias del Derecho Privado para llevar a cabo actividades comerciales e industriales, así como la prestación de servicios públicos. Se tratan, pues, de finalidades que no se condicen con las que tradicionalmente fueron identificadas como fines estatales propiamente dichos.

A partir de este fenómeno, que puede manifestarse a través de la propiedad total o parcial del capital societario por parte del Estado, se han generado una variedad de formas y estructuras legales[1179] —al menos, entre nosotros, hasta

[1179] Ciertamente, se ha destacado que el concepto de "empresa pública" carece de un significado jurídico concreto y preciso que, por el contrario, sólo expresa la adopción por parte del Estado de una política de intervención en el mercado a través de formas de organización que se asemejan a las de las empresas privadas, pero que, en atención al grado e intensidad de intervención estatal, pueden ofrecer perfiles distintos (MATA, Ismael, "Empresas y sociedades estatales: pautas de organización y responsabilidad" en AA. VV. *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Buenos Aires, RAP, 2007, p. 21-36 y, en especial, p. 29-30). Dice que las andanzas empresarias del Estado en la Argentina han consistido en la adopción de sucesivos modelos de organización tomados del Derecho Privado, aspirando a una creciente autonomía de gestión, con la finalidad de lograr mayor eficiencia y eficacia en el logro de sus

el dictado del DNU 70/2023[1180] y la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos N° 27.742[1181] ("Ley de Bases")— que nos obligan, como primera medida, a establecer una precisión terminológica acerca de cuál es el objeto de esta investigación.

En el ámbito de la Comunidad Económica Europea, la Directiva 80/723 ha calificado como "empresa pública" a toda empresa en la que los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen[1182]. En idéntico sentido, Barra entiende que la esencia de la "empresa pública" es el predominio de la voluntad del sector público en la formación de las decisiones del ente, ya sea por la condición mayoritaria de la participación gubernamental o, independientemente de ello, por así establecerlo el tipo jurídico adoptado[1183].

Ahora bien, como lo ha expresado de la Riva en otro de los trabajos que forman parte del proyecto de investigación en el que éste se inserta, lo público y lo estatal —y, del mismo modo, lo privado y lo no estatal— no son, siguiendo la opinión de Mairal[1184] y Cassagne[1185], sinónimos ni términos intercambiables. Ciertamente, es frecuente que, por ejemplo, el Estado celebre contratos de objeto privado o que sea titular de bienes del dominio privado, haciéndolo con arreglo a un régimen preponderantemente privado. Así, pues, nada impide la presencia y actividad del Estado en un ámbito esencialmente regido por el Derecho Privado. El Derecho Público y el Privado se encuentran indefectiblemente comunicados a través de un intercambio de reglas y principios. En la medida en que este fenómeno refleja el desembarco del Estado en un espacio que, como regla, era ajeno a sus incumbencias

---

cometidos. El camino de la autonomía ha sido recorrido tratando de atenuar la dirección y los controles propios de la Administración central.

1180 B.O. 21/12/2023.

1181 B.O. 8/7/2024.

1182 Cfr. CANALES GIL, Álvaro, "El sector público empresarial desde la perspectiva de la Unión Europea" en Cuadernos de Estrategia, N° 95, 1998, p. 93-94. En sentido similar, se ha dicho que la publicidad de una empresa se predica respecto de todas aquellas que se encuentran de una u otra manera controlada por un ente público, que puede incidir decisivamente, a través de órganos adecuados, en la formación de la voluntad y en la gestión de la empresa (MARTÍN MATEO, Ramón y SOSA WAGNER, Francisco, *Derecho administrativo económico*, 2ª edición, Madrid, Ediciones Pirámide, 1977, p. 111).

1183 BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3. Buenos Aires, Abaco, 2006, p. 377

1184 MAIRAL, Héctor A., "El Estado como empresario" en PIAGGI, Ana I. (dir.), *Tratado de la Empresa*, T. II-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 591-632 y, en concreto, p. 616. Sostiene que es necesario diferenciar los conceptos público y estatal: mientras el primero hace referencia al derecho que rige a la entidad, el segundo alude a su propietario.

1185 CASSAGNE, Juan Carlos, "Las empresas públicas y el régimen de sus actos y contratos" en Piaggi, Tratado de la Empresa, cit., T. I, p. 87-102 y, especialmente, p. 89-91. Afirma que no es correcto identificar lo público con lo estatal —postura que califica como seductora por su simplicidad— ni tampoco cabe asimilar, a la inversa, lo estatal con lo público, puesto que la presencia del Estado, como dueño del capital de las empresas, no influye sobre el carácter privado de su actividad para convertirla en pública y sujetarla a un régimen jurídico de esa naturaleza. En tal sentido, agrega que "*no todo lo público es estatal y viceversa. Ninguna duda cabe en el sentido que las actividades de interés público no son estatales y ni siquiera las empresas privadas concesionarias que gestionan servicios públicos pertenecen al Estado, a pesar de hallarse regidas, en gran parte de su actividad, por el derecho público. La otra cara de la moneda también se desdibuja porque, como se ha visto, no todo lo que pertenece al sector público estatal se rige por el derecho público, tal como ocurre con las sociedades del Estado, salvo en sus relaciones con la Administración Pública…*".

históricas, éste se ha adaptado a los formatos jurídicos del Derecho Privado en que se desenvuelve y, concretamente, se constituye bajos formas jurídicas privadas y societarias[1186].

Con relación a este dualismo de ordenamientos jurídicos, Schmidt Assmann ha señalado que, si bien el Derecho Administrativo es esencialmente un Derecho propio de la Administración que la contempla como titular de poder y le atribuye potestades, junto a ello existen amplios e importantes campos en los que el Derecho Privado y el Público forman un marco de ordenación común de la acción administrativa como sucede con el fenómeno de la actuación de la Administración según las formas del Derecho Privado. Explicó que están proyectadas para utilizar las formas de acción y organización del Derecho Privado la actividad de empresarial de la Administración, así como ciertos aspectos del tráfico de inmuebles o de las contrataciones. De tal modo, el Derecho Privado —que actúa como derecho general del tráfico económico— le proporciona a la Administración la necesaria "capacidad de conexión" de sus acciones con el mercado y con la actividad de sus interlocutores privados: se trata de que la Administración pueda acercarse un poco más al régimen jurídico de Derecho Privado en aquellos ámbitos situados entre lo público y lo privado. Aunque aclaró que la acción administrativa bajo formas del Derecho Privado no deja de ser acción del Estado[1187].

Ello significa, entonces, que podrán existir entidades privadas de naturaleza estatal —regidas principal o preponderantemente por el Derecho Privado— y, viceversa, como se encuentra ampliamente difundido, entes públicos no estatales[1188], cuya actuación se encuentra regulada por normas y principios del Derecho Público.

En este orden de ideas, el artículo 149 del Código Civil y Comercial establece que la participación del Estado en personas jurídicas privadas, como las sociedades anónimas, no altera su carácter, aunque puedan estar sujetas a un régimen jurídico diferencial, con "derechos y obligaciones diferenciados". De esta manera, la presencia del Estado en las formas societarias no importa modificar la condición privada de la entidad jurídica que fuera, sino que —en todo caso— permite la existencia de matices o modulaciones contenidas en la ley o sus estatutos en atención al "interés público comprometido en dicha participación".

En este escenario, el hecho de que el Estado participe en estas sociedades, ya sea en su capital o en el proceso de toma de decisiones, no es suficiente para que aquéllas dejen de revestir la naturaleza privada de la forma jurídica bajo la cual se han constituido. Por lo tanto, ante la imposibilidad de asimilar —sin más— lo estatal con lo público ni lo no estatal con lo privado, entendemos que resulta conveniente, a los fines del presente trabajo, denominar a estas sociedades como "empresas estatales", términos que permiten reflejar —

1186 DE LA RIVA, Ignacio M., "La empresa del Estado: un enclave estatal en territorio privado", en prensa.

1187 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 293 y 299-302.

1188 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª edición, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 282-295.

simultáneamente— la presencia del Estado bajo un ropaje jurídico privado (y sometido a un régimen esencialmente de esa índole), destinado a la consecución de fines comerciales e industriales, cuyo cumplimiento es considerado de interés general o público.

Sentado ello, el carácter híbrido y la configuración mixta de las empresas estatales —que impide consagrar un régimen jurídico asentado exclusivamente en el Derecho Público o Privado[1189]— ha suscitado importantes interrogantes acerca de su actuación y funcionamiento. Así, este régimen dual donde se entrecruzan las normas y principios del Derecho Público y el Privado no ha contribuido a brindar certezas respecto a una importante cantidad de cuestiones que rodean la actividad de las empresas estatales, tanto en sus relaciones con la Administración Pública como con los particulares, tales como su inserción en los cuadros administrativos, el régimen de sus actos y contratos, de su personal y sus bienes, entre otras. Todos aspectos que redundan, en última instancia, en la discusión sobre el régimen jurídico al que se encuentran sometidas[1190].

En particular, a nosotros nos ha suscitado un especial interés indagar cómo el régimen jurídico de las empresas estatales repercute sobre el trámite de un proceso judicial en que aquéllas son parte. Concretamente, nos proponemos examinar la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa, la posibilidad de que la intervención de estos tipos societarios provoquen la competencia federal ratione materiae, el plazo con el que cuentan para contestar traslado de la demanda y la forma en que debe practicarse su notificación, la necesidad de efectuar la comunicación a la Procuración del Tesoro de la Nación ("PTN") en los términos del artículo 8° de la ley 25.344, la procedencia de la acción de lanzamiento para la defensa de sus bienes inmuebles, la aplicación de la ley 26.854 de Medidas Cautelares ("LMC") y, finalmente, su inclusión en el régimen de ejecución de sentencias contra el Estado.

2. Empresas estatales y organización administrativa

Antes de adentrarnos propiamente en todo lo atinente a los aspectos procesales que vinculan a las empresas estatales, debemos comentar —aunque brevemente— la cuestión acerca de si estas estructuras societarias integran o no la Administración Pública. Muchas de las normas atinentes al proceso judicial, al delimitar su ámbito de aplicación, lo definen aludiendo a "Administración Pública centralizada y descentralizada". Por lo tanto, es útil preguntarse si las sociedades estatales forman parte o no de la Administración.

La conceptualización de Administración Pública Nacional es una "delicada cuestión" que ha generado debates doctrinarios entre los especialistas en la materia[1191]. Se trata de una pregunta compleja, ya que, como bien lo ha

---

1189 CNACAF, Sala IV, "Mckee del Plata S.A. c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA) s/ contrato administrativo", causa 28.027/1995, sentencia del 15/7/1999.

1190 ALFONSO, María Laura, "La eterna incertidumbre de ser empresa pública en Argentina" en AA. VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2012, p. 426-434.

1191 CSJN, *Fallos*: 332:813, del dictamen de la Procuración General de la Nación.

advertido Bianchi, si bien todos tenemos una noción más o menos precisa de lo que es la Administración Pública, lo cierto es que la utilización del concepto se hace más complejo a medida que más se lo estudia, sin que exista consenso acerca de qué porción del Estado es a la que concretamente le corresponde tal designación. Ello es consecuencia —al menos en parte— de la proliferación de distintas formas societarias empleadas por el Estado para asumir el ejercicio de distintas tareas industriales o comerciales, entremezclándose regulaciones jurídicas de Derecho Público y Privado[1192].

Así, pues, la aplicación de la LNPA —en la anterior redacción de su artículo 1°— a las empresas estatales requería la previa definición de qué es la Administración Pública. Por consiguiente, la doctrina desarrolló diferentes criterios en torno a la inserción de estas formas societarias dentro de los cuadros administrativos del Estado. Las posturas fueron diversas y variadas, pues, como acertadamente dijo CASSAGNE, "*la fuerza de la realidad ha desplazado todo el rigorismo que se caracterizaba por formas puras de organización administrativa, con regímenes jurídicos netos*", surgiendo, de este modo, "*formas jurídicas nuevas que no respondían a categorías conceptuales preestablecidas, con regímenes jurídicos heterogéneos caracterizadas por la presencia simultánea de normas de los ordenamientos público y privado*"[1193].

En efecto, no es posible soslayar que los medios empleados por las autoridades estatales para intervenir de manera directa en la actividad de producción y comercialización de bienes y servicios han producido un significativo impacto en las formas de la organización estatal. Así, desde la perspectiva de la organización administrativa, la diversidad de especies y formatos empresariales que históricamente se han adoptado para el desarrollo de actividades económicas bajo control estatal —para gestionar, de tal modo, cometidos de interés público aunque de naturaleza privada—, han complicado la sistematización de las entidades englobadas dentro de la categoría de empresas estatales, así como su inclusión o no dentro del concepto de Administración Pública[1194].

Sin intenciones de ahondar demasiado acerca de la inserción de las empresas estatales en la estructura organizativa de la Administración Pública, pues las recientes reformas introducidas a la LNPA, como veremos, nos han relevado de

---

1192 BIANCHI, Alberto B., "Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa", ED 152-233. De manera didáctica, explica que a la Administración Pública se la puede representar como un sistema solar donde varios planetas giran en torno del astro principal, esto es, el Estado Nacional, núcleo central de la Administración. Los planetas —o sea la Administración descentralizada— se van alejando del centro del sistema a medida que se va intensificando en ellos la aplicación del derecho privado, y se va perdiendo o haciendo más tenue la injerencia del derecho administrativo. Respecto de los planetas más cercanos —es decir, las entidades autárquicas (descentralización autárquica)— no hay duda alguna acerca de su carácter, pero, a medida que aparece el elemento privado, crecen las dudas acerca de la integración de estos mundos mixtos con el sistema solar de la Administración y nacen consecuentemente las dudas. En el extremo de este imaginario sistema solar están estos entes de patrimonio mixto creados por la ley de sociedades comerciales. Toda su regulación es en apariencia privada y, por ende, es razonable que existan inclinaciones doctrinarias considerarlas sociedades comerciales comunes y, por lo tanto, ajenas a la Administración Pública y no comprendidas dentro de la LNPA.

1193 CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª edición, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2021, p. 301.

1194 DURAND, Julio C., "Empresas públicas y DNU 70/2023: la 'vexata quaestio' de la intervención directa del Estado en la economía" en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho público y decretos de necesidad y urgencia. A propósito del decreto de necesidad y urgencia 70/2023*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2024, 457-488 y, en especial, p. 481-483.

esa carga —al menos en lo que importa a los fines de este trabajo—, nos limitaremos a señalar que la cuestión ha sido abordada tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN") —y otros órganos jurisdiccionales— como por la PTN.

En el caso "*Martínez Suárez de Tinayre*"[1195] se había deducido demanda contra la empresa Argentina Televisora Color S.A. a fin de obtener una indemnización por la ruptura unilateral del vínculo contractual celebrado entre los actores y la sociedad estatal. En la instancia de grado, la pretensión había sido rechazada sobre la base de que, por un lado, los demandantes debieron haber cuestionado la legitimidad de la decisión de la autoridad pública que, en tanto fijaba un tope de remuneraciones para los trabajadores del sector, había servido de sustento para dar por extinguido el acuerdo; y que, por el otro, en la medida en que la sociedad demandada era una persona jurídica distinta del Estado Nacional, tal medida había configurado un "hecho del príncipe" excluyente de toda responsabilidad patrimonial. Por su parte, la Alzada revocó dicho pronunciamiento en el entendimiento de que la demandada, conforme a las normas que regían sus atribuciones y funcionamiento, constituía una sociedad de la cual el propio Estado Nacional era titular de la totalidad de su patrimonio, por lo que no podía invocarse válidamente el comportamiento de este último para sustraer a la empresa del cumplimiento de sus obligaciones. Para confirmar la decisión de la Cámara, la CSJN examinó el marco normativo aplicable a la sociedad demandada, que, en esencia, la erigía como un medio instrumental del Estado, mediante el empleo del tipo de una sociedad anónima, para el cumplimiento de una finalidad de "*innegable carácter público*". Por lo tanto, entendió que "[s]*i bien debe considerarse en principio sujeta al derecho privado (Ley de Sociedades) y no comprendida en las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos, concurren elementos de innegable carácter estatal, principalmente en lo atinente a la naturaleza de sus constituyentes y a la imposibilidad de participación de capitales privados…, por lo que más allá del amplio grado de su descentralización, integra la organización administrativa del Estado*"[1196].

Posteriormente, la CSJN tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de una sociedad con participación estatal mayoritaria en "*La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A.*"[1197], receptando, nuevamente, un criterio amplio para conceptualizar a la Administración Pública descentralizada. En el caso, la empresa actora había promovido acción de amparo contra Petroquímica Bahía Blanca S.A.I.C. con el objeto de que se ordenara otorgar vista de las actuaciones llevadas a cabo por esta última en el marco de una licitación convocada para la contratación de seguros que había concluido en la adjudicación a una compañía aseguradora distinta a la demandante. Al presentar el informe previsto en el

---

1195 CSJN, *Fallos*: 308:821.

1196 Cfr. considerando 6°. Allí se sostuvo, además, que la demandada había invocado un hecho propio no susceptible de excluir la responsabilidad derivada de la ruptura del contrato celebrado, pues el régimen jurídico preponderantemente de derecho privado aplicable a la sociedad estatal no permitía equipararla a un particular en su relación con el Estado. Ello, "*este último evidencia una interferencia intensa en su desenvolvimiento como persona jurídica…*".

1197 CSJN, *Fallos*: 311:750.

artículo 8° de la ley 16.986, la sociedad demandada había invocado el carácter privado de su documentación fundada en su naturaleza jurídica privada. Para resolver la cuestión, el procurador general de la Nación entendió —y así lo reiteró posteriormente[1198]— que resultaba necesario determinar, en primer término, si la empresa encuadraba o no en la Administración Pública centralizada o descentralizada del Estado, pues de ello dependía —a su criterio— la aplicación o no de la LNPA. Sobre esa base, sostuvo que, si bien la mención de la normativa aplicable —esto es, la ley 19.550— podía hacer concluir que su régimen jurídico es de naturaleza privada, lo cierto era que la regulación de este tipo de empresas había conformado un "*panorama complejo*". En concreto, afirmó que "[e]*l concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (Administración Pública Nacional, Provincial y Municipal —en los casos en que resulta autónoma—). De allí que, en una primera aproximación no cabe excluir a empresas como las que aquí se trata de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal*"[1199].

En materia de conflictos interadministrativos, la CSJN también se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de las "empresas públicas" en la causa "*Correo Oficial de la República Argentina S.A.*"[1200]. Con remisión al dictamen de la procuradora fiscal, el Tribunal consideró que se configuraba el requisito de naturaleza subjetiva para la aplicación de la ley 19.983, que exige la existencia de una controversia entre organismos administrativos del Estado Nacional, centralizados o descentralizados, incluidas las entidades autárquicas y las empresas del Estado. Sostuvo que la sociedad de correos se había constituido mediante decreto 721/2004 en la órbita de la Secretaría de Comunicaciones, bajo el régimen de la ley 19.550, con un capital íntegramente perteneciente al Estado Nacional. Recordó que integraba el Sector Público Nacional como un organismo descentralizado actuante en el ámbito de la entonces Secretaría de Gobierno de Modernización y que, por su parte, la Jefatura de Gabinete de Ministros —a través de la decisión administrativa 85/2018— había aprobado los "Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina", aplicable a las empresas y sociedades contempladas en el artículo 8°, inciso b, de la ley 24.156 y a todos aquellos organismos descentralizados cuyo objeto fuera la producción de bienes o servicios, entre aquéllas, la empresa involucrada en el caso comentado. En consecuencia, concluyó que, "*al tratarse Correo Oficial de la República Argentina S.A. de una sociedad anónima cuya composición accionaria es íntegramente de propiedad del Estado Nacional, el cual controla la formación de las decisiones societarias pues ejerce los derechos políticos sobre la totalidad de las acciones de las acciones de la empresa; que integra al Sector Público Nacional y, como tal, comparte —en última instancia— un superior común con la AFIP (el Poder Ejecutivo Nacional)…*". Ello, sin que resultara un obstáculo el hecho de que fuera una sociedad regida predominantemente por el Derecho

---

1198 GAUNA, Juan O., "La aplicación del procedimiento administrativo (reglas y principios) por personas jurídicas no estatales" en POZO GOWLAND, Héctor et. al., *Procedimiento Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 301-323 y, en particular, p. 305.

1199 Cfr. apartado III del dictamen de la Procuración General de la Nación.

1200 CSJN, *Fallos*: 345:1044.

Privado, puesto que la aplicación de ciertas normas y principios de Derecho Público no resultaba incompatible con su funcionamiento ni con la finalidad perseguida por su encuadramiento como sociedad anónima.

En esa misma causa, el juez Rosatti sostuvo que la cuestión consistía en determinar la naturaleza jurídica de la sociedad actora. Al respecto, consideró que "*el régimen jurídico aplicable a las diversas manifestaciones empresariales del Estado no puede desprenderse de la aislada consideración del tipo societario adoptado en su creación. Este dato, y cualquier indicador orgánico de una vinculación subjetiva a los cuadros estatales, requiere además evaluar si la empresa ha sido sujetada a normas propias del derecho privado para gestionar de forma más conveniente y eficiente el interés público*". Sin embargo, afirmó que el encuadramiento subjetivo no bastaba para delimitar el régimen jurídico de la controversia, sino que debía analizarse el alcance y extensión del régimen de Derecho Privado, considerando que toda conclusión acerca de un aspecto particular no debía necesariamente replicarse sobre otros asuntos de la misma sociedad ni tampoco a otras empresas análogas. En tal orden de ideas, ponderó que la actividad de correos desplegada por la sociedad no era indiferente para la Constitución Nacional (artículos 4° y 75, inciso 14) y que se trataba, además, de una sociedad cuyo capital era íntegramente de titularidad del Estado Nacional, con una participación estatal absoluta y excluyente en sus órganos de gobierno y administración. Entonces, concluyó que las características antedichas hacían que la aplicación del régimen de Derecho Público en su relación con el Estado no resultara incompatible con la sujeción al Derecho Privado impuesto por sus normas constitutivas para sus vínculos con terceros ajenos[1201].

En disidencia, recurriendo al texto de las normas por las que se había creado la empresa Correo Oficial de la República Argentina S.A., el juez Rosenkrantz entendió que aquéllas habían expresamente vedado la aplicación de las normas de Derecho Administrativo[1202].

La CNACAF arribó a idéntica solución en la causa "*Fariña Márquez*"[1203], en cuyo marco el actor había solicitado la nulidad de una resolución dictada por la Administración Nacional de Aviación Civil, que lo obligaba —como abogado dependiente de dicha entidad descentralizada o del Estado Nacional— a abstenerse de perseguir el cobro de honorarios por su actuación profesional cuando aquéllos estuvieren a cargo de Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas – Cielos del Sur S.A. El Tribunal sostuvo que, si bien dichas sociedades habían sido legislativamente creadas bajo el ropaje del derecho privado, ello no las transformaba —sin más— en sociedades privadas. Sobre el punto, argumentó que, no obstante los intensos debates que habían existido en torno a determinar si integraban o no los cuadros de la Administración —y si eran, por ende, estatales o no estatales poseídos por el Estado—, "*lo cierto es que, bajo su aparente similitud formal con las sociedades y/o empresas comerciales, está siempre en su conformación la presencia del Estado. Lo que hace a la existencia*

1201 Cfr. considerando 7°.

1202 Cfr. considerando 5°.

1203 CNACAF, Sala I, "Fariña Márquez, Raúl Eduardo c/ EN-ANAC – Resol 88 s/ proceso de conocimiento", causa 30.274/2012, sentencia del 9/3/2020.

de profundas diferencias que justifican la aplicación simultánea de regímenes jurídicos distintos; con incidencia no sólo en el Juez competente, sino, justamente, en el régimen jurídico aplicable"[1204].

En igual sentido se pronunció ese mismo tribunal en el marco de causas donde se encontraba controvertida la aplicación del régimen de solución de conflictos interadministrativos a sociedades del Estado, así como a sociedades de propiedad íntegra o mayoritariamente estatal[1205].

Análogas consideraciones fueron efectuadas por la CNAT en el marco de una causa donde se discutía la procedencia, en favor de un trabajador de Correo Oficial de la República Argentina S.A., de un beneficio reconocido al personal de la Administración Pública Nacional, al que dicha sociedad se oponía en el entendimiento de que no integraba esta última. Para decidir de ese modo, tuvo presente los términos del artículo 8° de la ley 24.156 respecto de la composición del Sector Público Nacional y, en particular, indicó que "[d]*ado que el Correo Oficial de la República Argentina S.A. es precisamente una sociedad anónima cuyo capital pertenece íntegramente al Estado Nacional (arts. 1° y 2° del decreto 721/2004), resulta indudable que su persona integra la 'Administración Pública Nacional'…*", máxime cuando la propia sociedad había reconocido —según señaló— su carácter público y estatal. Es decir, el Tribunal efectuó una asimilación o equiparación entre los conceptos de Sector Público Nacional —o, al menos, las entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso b, de la ley 24.156— y Administración Pública Nacional[1206].

Por su parte, la PTN también se ha pronunciado en sentido favorable a una acepción amplia de la descentralización administrativa, comprensiva no sólo de entidades autárquicas sino también de las denominadas empresas estatales[1207].

1204 Cfr. considerando VI.A, en el que se concluyó que, en definitiva, "*la especial naturaleza jurídica de estos tipos societarios* [que operan en los términos de la ley 19.550, con exención de ciertas limitaciones procedimentales propias de la Administración Pública que podrían obstaculizar su actuación comercial] *diagramados instrumentalmente y de antemano por el Estado bajo formas jurídicas privada, hace a la existencia de regímenes jurídicos heterogéneos que entrelazan la aplicación simultanea de normas de derecho público y derecho privado, con preponderancia de uno u otro, según el caso*". Por otra parte, se tuvo especialmente presente que había sido el Estado Nacional quien se había hecho cargo de cubrir las necesidades financieras de las sociedades involucradas en el caso.

1205 CNACAF, Sala I, "Administración General de Puertos S.E. c/ AFIP s/ dirección general impositiva", causa 55097/2017, sentencia del 9/5/2019; "ENRE c/ Vientos de la Patagonia I S.A. s/ proceso de ejecución", causa 23.592/2023, sentencia del 21/3/2024; Sala II, "Administración General de Puertos S.E. c/ AFIP s/ dirección general impositiva", causa 55.095/2017, sentencia del 22/11/2018; Sala III, "YPF S.A. (TF 48959-I) c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo", causa 3064/2021, sentencia del 11/8/2021; Sala IV, "Banco de la Nación Argentina c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo", causa 2657/2016, sentencia del 22/9/2016; "ENRE c/ Integración Energética Argentina S.A. s/ proceso de ejecución", causa 25.328/2019, sentencia del 14/7/2022.

1206 CNAT, Sala II, "Chamorro, Ramón Ángel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ diferencias de salarios", causa 51.515/2014, sentencia del 15/6/2022.

1207 En un reciente dictamen donde se discutía la procedencia de un recurso administrativo interpuesto por Nación Seguros S.A. —sociedad perteneciente y controlada por el Banco de la Nación Argentina— en el marco de una licitación pública convocada por la DNV la contratación de seguros de su flota automotor, la PTN examinó los alcances del artículo 74 del RLNPA, que le impide a los "entes autárquicos" recurrir actos administrativos de otros de igual naturaleza o de la Administración centralizada. Al respecto, sostuvo que, si bien la norma hace únicamente referencia a organismos autárquicos como una de las formas de descentralización administrativa, lo cierto es que también comprende "*a los demás organismos y entes que la integran, por mantener una relación de carácter interadministrativo, mereciendo así, el mismo trato de*

Pero esa interpretación no ha sido uniformemente aceptada por la doctrina que, por el contrario, ha postulado criterios dispares en torno a la inclusión de las

---

los casos referidos a las relaciones interorgánicas", criterio que surge, a su vez, del artículo 85 de la Constitución Nacional "*que califica al sector público como comprensivo de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización*". Desde esa perspectiva, consideró las empresas y sociedades del Estado —en sentido amplio— constituyen especies e integran la Administración Pública descentralizada, "*por ser figuras que el Estado elije* [sic] *para llevar adelante parte de su actividad administrativa*", puesto a ello conduce "*la finalidad de creación del ente y su realidad patrimonial, aspectos que confirman el principio de la personalidad jurídica pública de todos los entes estatales, incluso las empresas comerciales-industriales de propiedad del Estado*" (IF-2024-52226891-APN-PTN del 20/5/2024). Se inclinó, en consecuencia, por una interpretación amplia y extensiva del concepto de Administración descentralizada, comprensiva de toda forma de descentralización administrativa, incluido el sector empresario o societario del Estado, aun cuando se rija por normas del Derecho Privado.

Con respecto a Aerolíneas Argentina S.A., la PTN sostuvo que, si bien no existe un marco jurídico único de las sociedades anónimas de propiedad del Estado, todas poseen rasgos comunes que, en esencia, son la aplicación la ley 19.550 —aplicable a su objeto, organización y gobierno y, en consecuencia, con una competencia sujeta al principio de especialidad del derecho societario—, la participación del Estado como socio exclusivo y la conformación de un patrimonio estatal. Pero no sólo se dispone, en general, su sujeción a las reglas del derecho privado, sino que, además, se excluyen las leyes de contrataciones estatales, procedimientos administrativos, obras públicas e incluso, en algunos casos, la aplicación de principios y reglas del derecho administrativo. De tal modo, no solo se fija el campo del derecho privado en términos positivos y precisos y luego negativos, sino que se ordena enfáticamente aplicar las normas y reglas del derecho privado. Sin embargo, ello no conduce necesariamente a excluir por completo al derecho público, pues la decisión legislativa de prescindir de este último no puede alcanzar a los principios constitucionales en razón de su rango jerárquico (*v. gr.*, Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y Convención Interamericana contra la Corrupción). En este orden de ideas, la decisión de utilizar las figuras del derecho privado como las sociedades anónimas no constituye un fin en sí mismo sino sólo un vehículo a través del cual el Estado optó para el mejor cumplimiento de cometidos de interés general. En definitiva, la decisión sobre la forma societaria adoptada es una cuestión de política legislativa que no conduce inexorablemente a rechazar toda nota del derecho público. No se produce, entonces, una completa desvinculación del derecho público en aquellas sociedades que, además de pertenecer al Estado y administrar recursos públicos, persiguen fines de interés general; de modo que, si bien constituyen cometidos industriales o mercantiles, la incursión del Estado en esas materias se encuentra fundada en la necesidad de satisfacer un interés colectivo. Además, la afectación de recursos públicos resulta una diferencia central entre las sociedades anónimas de propiedad estatal y las empresas privadas, pues, aunque estas últimas pueden involucrar un interés general resguardado por el Estado mediante una regulación y fiscalización intensa de su gestión, la propiedad estatal y el empleo de fondos públicos comporta una serie de consecuencias adicionales que obligan a la aplicación de normas que hacen a la forma republicana de gobierno, en especial, en lo atinente a su control, transparencia y publicidad (PTN, *Dictámenes*: 301:49).

Similares consideraciones fueron expuestas en numerosos otros precedentes del organismo asesor con respecto a, por ejemplo, YPF S.A. al considerar que la sociedad integraba, por constituir una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, el Sector Público Nacional, lo que justificaba la procedencia del mecanismo de contratación directa por adjudicación interadministrativa (PTN, Dictámenes: 325:20); Lotería Nacional S.E. (PTN, Dictámenes: 308:173); Talleres Navales Dársena Norte S.A.C.I. y N., a la que, en tanto sociedad de propiedad íntegramente estatal, la Oficina Nacional de Contrataciones no podía imponerle sanciones, aun cuando lo fuera en el marco de una licitación pública (PTN, Dictámenes: 323:453); Nación Seguros S.A., Nación Fideicomisos S.A. e Intercargo S.A.C. —formas societarias de propiedad estatal— que, en el marco de la contratación excepcional de abogados externos para la representación y patrocinio del Estado Nacional y sus entes descentralizados, requiere la emisión del dictamen del PTN en tal sentido, conforme lo previsto en el artículo 66 de la ley 24.946 (PTN, Dictámenes: 260:299; 271:127; 317:264 y 320:86); las sociedades del Estado, que, con un amplio grado de descentralización, integran la organización administrativa estatal (PTN, Dictámenes: 219:145; 239:592; 241:242 y 315:233); Nucleoeléctrica Argentina S.A., cuyo reclamo a la Administración Federal de Ingresos Públicos por reembolsos de naturaleza aduanera debía ser resuelto en el marco de la ley 19.983 de Conflictos Interadministrativos, por cuanto la primera constituía una entidad descentralizada del Estado Nacional organizada como sociedad anónima con capital estatal mayoritario (PTN, Dictámenes: 276:121); Desarrollo del Capital Humano Ferroviario S.A.P.E.M. —en la que, en realidad, el Estado era propietario de la totalidad de las acciones—, que se encontraba alcanzada por la Ley del Cuerpo de Abogados del Estado (PTN, Dictámenes: 307:91); el Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado, cuyas decisiones constituyen actos administrativos y, por ende, al resultar la más amplia especie de descentralización, les es aplicable la LNPA y su Reglamento a los fines impugnatorios (PTN, Dictámenes: 263:8).

Con relación a las empresas del Estado, véase PTN, *Dictámenes*: 246:464.

empresas estatales dentro de la estructura de la Administración. Así, de acuerdo con MAIRAL, no es sencillo comprender la integración en la Administración Pública de una sociedad que, por decisión del legislador se rige por el Derecho Privado, su personal por la Ley de Contrato de Trabajo, no emite actos administrativos ni se le aplican las normas específicas de la actividad administrativa[1208]. Sin perjuicio de la diversidad de formas societarias que integran la categoría de empresas estatales, podemos decir que la doctrina desarrolló posturas que las consideran una forma de descentralización administrativa y parte de los cuadros de la

[1208] MAIRAL, "El Estado como empresario", cit., p. 616.

Administración Pública (BARRA[1209], BALBÍN[1210], GAUNA[1211] y RIVERO YSERN[1212]), otras contrarias a esa inserción en la organización administrativa (MARIENHOFF[1213],

[1209] Para BARRA, lo que califica a una empresa como pública es su condición jurídica, independientemente del tipo societario adoptado. Es decir, lo relevante es la realidad del caso, esto es, el predominio de la voluntad del sector público en la formación de las decisiones del ente, ya sea por la condición mayoritaria de la participación gubernamental o porque así lo establece el tipo jurídico empleado. Por lo tanto, será pública toda aquella empresa —en tanto actividad organizada que produzca bienes y servicios con finalidad lucrativa, aunque no necesariamente en el caso de la "empresa pública"[1209]— cuya voluntad sea determinada por la voluntad del sector de la organización pública que en ella participa, de manera de garantizar el predominio, en la empresa del objetivo estratégico político definido por la organización pública madre, en definitiva, el mismo gobierno. En este orden de ideas, la empresa pública no es sino un ente público que, como categoría organizativa, se denomina descentralizado, dotado de organización y de cometidos empresarios. la empresa pública no es otra cosa que un ente público que, como categoría organizativa, se denomina descentralizado, dotado de organización y de cometidos empresarios. Entiende que decir ente público y ente estatal es lo mismo, lo cual conduce a rechazar una distinción difundida en la doctrina que clasifica a los entes públicos en estatales y no estatales, como también identifica la categoría de personas privadas del Estado. Existen personas jurídicas públicas (todas ellas pertenecientes al sector público del ordenamiento) y personas jurídicas privadas. Las primeras son siempre estatales y las segundas nunca son estatales. A su criterio, todas las personas públicas son estatales, con excepción de la Iglesia Católica (BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 377, 394 y 399).

[1210] BALBÍN entiende que las empresas y sociedades del Estado forman parte de lo que él denomina "entes no autárquicos" como una forma de descentralización administrativa. En concreto, indica que "*si bien la presencia de las normas de derecho privado se explica a partir de la actividad que estas sociedades realizan (actividad industrial, comercial o explotación de servicios públicos); no es posible soslayar que se trata de entidades que integran la organización estatal y, como tales, se encuentran alcanzadas por normas de derecho público*". Ello lo extiende, incluso, a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, que, creadas en un contexto en el que se hacía necesario preservar ciertas actividades comerciales que el Poder Ejecutivo consideraba socialmente relevantes y respecto de las cuales la iniciativa privada había resultado insuficiente o defectuosa, y no obstante su ropaje jurídico privado, se encuentran regidas por un régimen jurídico mixto en el que cabe aplicar el derecho privado cuando el legislador expresamente lo prevea y el derecho público en los restantes ámbitos, puesto que así lo justifica "*el fin colectivo de las sociedades, su inserción en las estructuras estatales y sus recursos estatales*" (BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª edición, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 218-219, 221, 228-229 y 250). Por lo demás, afirma que, para desentrañar el régimen jurídico aplicable a las sociedades de propiedad estatal, es indispensable considerar que "*integran la Administración pública descentralizada aun cuando no cumplen un fin público específico o típicamente administrativo. ello es así porque tales sociedades han sido creadas por un acto de autoridad estatal, tienen personalidad propia, poseen un patrimonio estatal, y, a su vez, los fines que persiguen suponen el cumplimiento de objetivos de bien común… las sociedades anónimas creadas por el Estado Nacional no persiguen con su actividad la obtención de beneficios de naturaleza económica, tal como lo haría un empresario privado, sino que, tal como se ha visto con los ejemplos antes detallados, dichas formas societarias tienen por objeto desarrollar actividades dirigidas a cumplir con fines de naturaleza pública que, en consecuencia, no persiguen un lucro sino satisfacer una necesidad de la colectividad. Al igual que lo que ocurre con las Sociedades del Estado, también en este caso la elección de la forma societaria responde a la necesidad de permitir una mayor flexibilidad y dinamismo a la actividad que la sociedad deberá desarrollar para cumplir con los cometidos que el Estado le encarga y que, en muchos aspectos, resultan equiparables desde un punto de vista fáctico a las actividades que despliega una empresa comercial privada. Por todo ello consideramos que, en razón de la finalidad de interés general que persiguen, no es posible considerar que se trata de entes privados, tal como ocurre con las sociedades anónimas cuyos socios son comerciantes y que realizan actividades cuyo objeto es obtener una ganancia*" (BALBÍN, "Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado" en AA. VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, p. 625-638 y, especialmente, p. 631-632). A ello agrega que, al igual que las sociedades del Estado, las sociedades de su propiedad presentan caracteres propios de las entidades descentralizadas en tanto poseen personalidad jurídica propia, en ellas participa el Estado de manera exclusiva, tienen un patrimonio estatal, están sujetas a los mecanismos de control estatal e integran la estructura de la Administración Pública en forma permanente (ídem).

[1211] GAUNA alude a la aparición de nuevas entidades integrada a la Administración descentralizada en las que, como consecuencia del crecimiento progresivo de los cometidos administrativos, "*el Estado permanece siempre como titular de esta nueva área de actividades*", aunque recurriendo a figuras, técnicas y reglas del derecho privado (sociedades) que pasa a insertarse en el funcionamiento de ese tipo de entes. De este modo, destaca la conformación de un "*nuevo rostro administrativo*" que evidencia "*cada vez más la*

presencia activa del Estado, y produce un fenómeno creciente de publicitación de actividades, hasta ayer típicamente privadas", por lo que comienza a diluirse la división categorial entre materias públicas y privadas. Agrega que, al proponerse nuevos fines y emplear nuevas técnicas para satisfacerlos, la Administración recurre a las formas del derecho privado y, como máximo detonante del intervencionismo estatal, asume un mayor protagonismo en la economía a través del desarrollo de la actividad industrial o mercantil por los poderes públicos. Sobre esa base, sostiene que la distinción entre el carácter estatal o no estatal de una entidad fundada en la asignación de fines específicos del Estado o de sólo interés general —respectivamente—, no resulta suficiente para determinar la naturaleza jurídica de las llamadas "empresas públicas", puesto que, de seguirse ese criterio, no resultaría posible conciliar que es el Estado quien tiene a su cargo la gestión del interés general como una de sus finalidades específicas, opuesta —según tal tesis— al desarrollo de actividades de índole comercial o industrial. Ello, en la medida en que tales actividades han sido llevadas adelante por variados tipos societarios que "*se abrieron claramente en la órbita de la Administración Pública descentralizada del Estado dentro del proceso de intervencionismo del Estado cubriendo el interés general como toda Administración Pública centralizada o descentralizada con la injerencia propia del Derecho Público en tanto no se entrometiere en el cometido específico comercial o industrial*". Sin embargo, no deja de reconocer que la falta de suficientes discusiones en materia de organización administrativa ha despojado de coherencia al conjunto organizativo del Estado (GAUNA, Juan O., "La aplicación del procedimiento administrativo (reglas y principios) por personas jurídicas no estatales" en POZO GOWLAND et. al., *Procedimiento administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 301-323 y, en particular, p. 309-311, 317-318 y 322-323).

1212 Entiende que las empresas estatales —a las que se les puede encomendar tareas como la neutralización de tendencias anticompetitivas en ciertos ámbitos, el desarrollo de determinados sectores económicos o la industrialización de regiones desfavorables— persiguen, en definitiva, la satisfacción de necesidades e intereses de la colectividad. En este sentido, sostiene que las finalidades de las empresas estatales son, en forma directa e inmediata, de naturaleza colectiva o de interés general, de modo que el hecho de que el Estado "*reconozca a algunas empresas gestionadas directa o indirectamente por él la necesidad de que se comporten como cualquier empresa privada, sea en cuanto a su forma jurídica o conducta económica, ello no significa que le reconozca una identidad de fines con aquélla; significa, por el contrario, que el Estado considera necesario, respecto a los fines que se ha propuesta conseguir, ese tipo de forma y de comportamiento como más conforme a empresas que deben operar en el marco de una economía de mercado*". Estos fines directos e inmediatos hacia el interés general condicionan —a su criterio— la cuestión atinente a la naturaleza jurídica de estos entes. Por lo tanto, concluye que la empresa estatal debe ser entendida como un *ente público*, con o sin personalidad jurídica, que se incrusta y forma parte de la organización administrativa, dependiendo de un ente expresamente creado para la actividad industrial o mercantil del Estado o de un ministerio concreto, por lo que su actividad se imputa al Estado-organización (RIVERO YSERN, Enrique, "Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas", RAP, N° 86, mayo-agosto 1978, p. 11-52 y, en especial, p. 13-14, 39-40 y 44-45).

1213 Al estudiar a las empresas del Estado, señala que existe una divergencia entre la legislación y la doctrina, pues la generalidad de las normas en la materia —o los respectivos estatutos orgánicos— las erigen como entidades autárquicas. Es decir, revestirían carácter de entidades autárquicas empresas destinadas a la explotación industrial o comercial (*v. gr.*, explotación de yacimientos petrolíferos y carboníferos o el suministro de gas). Sin embargo, afirma que ello es una "*falla de sistemática jurídica*" puesto que "*entre los elementos esenciales de la Administración autárquica figura el 'fin público', es decir que el organismo autárquico tiene como razón de ser el cumplimiento de 'específicas' finalidades públicas, cuya satisfacción originariamente le compete al Estado* stricto sensu*. La entidad autárquica no cumple una simple 'actividad' estatal, sino una 'función' estatal. Es una rama de la Administración Pública y pertenece a la misma. En cambio, la empresa del Estado es un simple medio 'instrumental' del Estado; no ejerce una 'función' estatal; desarrolla una mera 'actividad' estatal, cuya naturaleza es similar a la que desarrolla o pueden desarrollar los particulares o administrados… El 'fin público', que constituye la esencia de la labor del ente autárquico, es de substancia idéntica a la de los fines específicos cuya satisfacción es propia y característica del Estado, y más concretamente de la Administración Pública. Por eso no resulta plausible crear 'empresas del Estado' con carácter de 'entidades autárquicas', ya que el objeto de tales empresas, por ser industrial o comercial, es ajeno a los fines específicos del Estado. Por las razones mencionadas, las 'empresas del Estado' podrán ser creadas con carácter de personas jurídicas —privadas o públicas— pero nunca con carácter de 'entidades autárquicas'. Dichas empresas podrán ser personas jurídicas públicas, pero no personas jurídicas públicas 'estatales', en el sentido técnico de la expresión, pues la actividad comercial y la actividad industrial, si bien pueden ser cumplidas por el Estado, no constituyen 'funciones' estatales* stricto sensu*. La lógica jurídica rechaza la creación de una 'entidad autárquica' para que se ocupe, por ejemplo, de la explotación de una mina y de la comercialización de su producción o para que se ocupe de cualquier otra industria como pudiera hacerlo un particular, pues nada de esto integra los fines específicos de la función estatal*" (MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., T. I, p. 361-362). Es decir, entiende que la naturaleza comercial o industrial de la actividad desarrollada por la entidad, ajena a las funciones estrictamente estatales, impide

CANOSA[1214], MATA[1215], ALFONSO[1216], LAGUNA DE PAZ[1217]) y, finalmente, otras —llamémoslas intermedias o casuísticas— que distinguen según el tipo societario

que las formas empresariales del Estado puedan ser consideradas, aunque públicas, estatales. No integrarían, de esta manera, la Administración centralizada ni descentralizada.

[1214] Explica que la composición de la Administración descentralizada resulta variable según la amplitud de los fines del Estado y los medios empleados por aquél para cumplirlos, advirtiendo que presenta un "*aspecto deformado*" cuando incursiona en actividades que trascienden sus fines específicos para desarrollar tareas industriales o comerciales. Así, aunque con la denominada "reforma del Estado" las distintas manifestaciones del "Estado empresario" habían en gran parte desaparecido para conformar una Administración descentralizada integrada por entes a cuyo cargo se encontraba el control de los servicios públicos privatizados —entes reguladores—, a comienzos del siglo XXI aparecieron nuevamente las "empresas públicas" para la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales no calificadas como tales. Ello dio lugar a la reaparición de las dificultades para precisar la integración de la Administración descentralizada y la descripción real de la normativa aplicable a su funcionamiento, más allá de la voluntad del legislador cristalizada en las respectivas normas de creación. Desde esa perspectiva, afirma que, si bien les puede resultar de aplicación la LNPA en ciertos supuestos, *ello no necesariamente es determinante de su inclusión en los cuadros de la Administración*, por lo que, pese a tratarse en esencia de *personas jurídicas privadas*, podrán de todas formas tener un régimen jurídico diferenciado al que se les aplique *por excepción* el derecho público cuando el interés público se encontrare comprometido y allí surgiera de los estatutos o de una ley especial (CANOSA, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, 3ª edición, T. 1, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 39-40 y 61-62. Véase, asimismo, CANOSA Armando N., "Organización administrativa, control y reforma del Estado", ED 137-924).

[1215] Sobre la base de que la acción estatal debe siempre responder a un fin de interés público —aunque para ello se organice y emplee formas del derecho privado tales como la sociedad anónima—, MATA sostiene que, en la sociedad actual, existen fines públicos que no son necesariamente atendidos por organizaciones que son parte del Estado, de modo que, si bien el Estado siempre actúa en respuesta a finalidades públicas, lo público se encuentra inmerso en un proceso de "*ambigüedad sectorial*". Desde esa premisa, entiende que *la descentralización no puede ser predicada respecto de estas formas jurídicas de naturaleza privada*. Ello, por cuanto aquélla implica el desprendimiento o traslado de competencias desde la Administración central hacia otros órganos, pero siempre dentro del aparato estatal y dentro de los límites de la Administración Pública, regulada por el derecho público y administrativo. Por lo tanto, a su criterio, cuando el Estado adopta modelos privados de organización, como lo es, por ejemplo, el caso de las sociedades anónimas en las que participa, no correspondería considerarlos modalidades de descentralización, pues éstas últimas son *exclusivamente* de derecho público. Considera que las sociedades estatales *lato sensu*, en rigor, no forman parte de la Administración descentralizada al tratarse de entidades de carácter privado que las colocan fuera del sistema orgánico de la descentralización. Agrega que el uso lato o corriente del concepto de descentralización conduce a la tentación de aplicarle a las sociedades con participación estatal, instituciones del derecho administrativo, generando soluciones hibridas con la consecuente inseguridad jurídica. Entiende, por lo tanto, que la clave para marcar los límites de la descentralización está en la forma de control estatal, el cual, tratándose de entes descentralizados, incluyendo las empresas del Estado, se lleva a cabo "desde afuera", es decir, que tiene carácter externo y se encuentra regido por el derecho público, mientras que, en cambio, es ajeno a la descentralización en sentido jurídico cuando los controles son internos de la propia organización y regulados por el derecho privado, como la legislación de sociedades comerciales (MATA, Ismael, "Los actos de las empresas y sociedades del Estado" en AA. VV., *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2009, p. 21-36 y, en especial, p. 22-23 y 35).

[1216] Señala que la falta de un criterio uniforme ha hecho que la doctrina se encontrase dividida en lo que respecta a si las "empresas públicas" son meras descentralizaciones administrativas, sociedades propias del derecho privado o entes públicos no estatales. Así, si bien el tipo societario específico de que se trate podría conducir a pensar que nos encontramos ante organismos que se hallan en el último escalón de la descentralización administrativa, no puede soslayarse que han sido creadas para otorgarles a determinadas actividades o industrias la agilidad propia de la gestión privada, por lo que resultaría contradictorio que constituyan parte de la Administración Pública descentralizada: sería someterlas a la burocracia de la cual el propio Estado ha querido liberarlas. Por lo tanto, se postula la necesidad de superar el rasgo público de la empresa, *sin que con ello se pretenda desconocer las características públicas que la revisten*, considerando que ha mediado una transferencia transestructural de cometidos estatales en favor de una tercera persona *diferenciada del Estado*, a fin de actuar como un comerciante más (ALFONSO, María Laura, "La eterna incertidumbre de ser empresa pública en Argentina" en AA. VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2012, p. 426-434 y, en concreto, p. 431-432).

[1217] Afirma que *las organizaciones de naturaleza jurídico-privada no son Administraciones públicas*, aunque estén bajo la influencia pública dominante (empresas públicas) o, incluso, sujetas a limitaciones características del sector público. De este modo, en particular, las sociedades públicas mercantiles no

formarían parte de la Administración Pública, aunque se encuentren bajo la propiedad, dirección y control de los poderes públicos, no dejan de ser personas jurídico-privadas. Por lo tanto, se rigen prioritariamente por el derecho privado, salvo en las materias expresamente sujetas al derecho público; y no pueden tener atribuidas potestades públicas (LAGUNA DE PAZ, José C., *Tratado de Derecho Administrativo General y Económico*, 4ª edición, Madrid, Civitas, 2022, p. 122).

que fuera (CASSAGNE[1218], UGARTE[1219] y CARBAJALES[1220]) o según la titularidad de prerrogativas públicas en cabeza de la sociedad (BIANCHI[1221]).

1218 Sostiene que las actividades desarrolladas por el Estado a través de entidades que revisten distintas formas jurídicas —*v. gr.*, entes autárquicos o tipos societarios propios del derecho comercial—, pueden ser clasificadas en dos grupos: personas jurídicas públicas y personas jurídicas privadas. Dentro de las primeras coexistirían las formas jurídicas puras —con un régimen típico del Derecho Público—, tales como las entidades autárquicas, con aquellas otras "entidades descentralizadas" que realizan actividades industriales y comerciales, dotadas de un régimen mixto de Derecho Público y Privado (*v. gr.*, las empresas del Estado); mientras que, en las segundas, el Estado también actúa bajo estructuras típicas del Derecho Privado, a través de empresas de su propiedad o participando en el capital de ellas, en las que su nota común está dada por la aplicación predominante del Derecho Civil y Comercial, sin que la intervención estatal configure, necesariamente, su carácter público (CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. I, p. 301-302). En ese sentido, afirma que, cuando el Estado interviene y participa de manera directa en el campo de la gestión económica asumiendo los medios de producción, puede emplear formas jurídicas encuadradas dentro de la Administración Pública —que pertenecen, por ende, a la organización estatal— u otros tipos societarios que, por tratarse de meras sociedades mercantiles de *propiedad o control* estatal, constituyen *entidades de derecho privado* que presentan como rasgo característico la realización de actividades de carácter industrial o comercial —en principio, propias de los particulares, pero que, ante la insuficiencia de la iniciativa privada, el Estado asume excepcionalmente para la consecución del bien común— en forma de empresa (CASSAGNE, *Curso de Derecho de Administrativo*, cit., T. I, p. 309). En efecto, sostiene que, paralelamente a la realización de actividades de naturaleza industrial o comercial por personas jurídicas de derecho público tales como las empresas del Estado, también se utilizan figuras societarias del derecho privado para llevar a cabo tales actividades económicas (CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, cit. T. I, p. 311-313). En definitiva, considera que no es posible insertar genéricamente dentro de la Administración Pública a *toda la gama posible de empresas* —en sentido económico— que integrarían la noción de "empresas públicas", por lo que la cuestión exige examinar cada tipo en particular. Desde esa base, concluye que, mientras las empresas del Estado constituyen una forma de descentralización que las hace parte de la Administración, no puede predicarse lo mismo respecto de las restantes formas organizativas, tales como las sociedades anónimas de propiedad del Estado o de participación estatal mayoritaria.

1219 En sentido análogo a CASSAGNE, indica que, sin perjuicio de caracterizar a las empresas del Estado como entidades descentralizadas, que las sociedades de economía mixta, así como las sociedades anónimas de propiedad total o mayoritariamente estatal constituyen entes privados, aunque con importante presencia estatal (UGARTE, José M., "Ministerios" en CÍCERO, *Derecho Administrativo. Legislación usual comentada*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 1-145, en particular, p. 82-86).

1220 Parte del concepto de Sector Público Nacional receptado en el artículo 8° de la ley 24.156 y entiende que, siendo claro que la Administración Pública centralizada y descentralizada forman parte de la organización administrativa del Estado, ello no es suficiente para afirmar lo mismo respecto de las formas jurídicas empresariales a las que recurre para el cumplimiento de fines comerciales o industriales. Al respecto, destaca que la norma excluye de la Administración Nacional, como sujetos jurídicos distintos, a "*cualquier organización estatal no empresarial… donde el Estado tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones*" y a las "*entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de sus decisiones*" y que, por ende, las empresas y sociedades estatales identificadas en el inciso b de la norma no constituirían "*entes públicos no estatales*". Por otra parte, existirían entes públicos excluidos de modo expreso de la Administración Pública —centralizada y descentralizada—, pero que de todos modos fueron incluidas en el denominado Sector Público Nacional, por lo que podría haber entes públicos excluidos expresamente de la Administración que adopten la figura de "*organizaciones estatales empresariales*". Tales circunstancias, permitirían concluir —señala— que ciertos tipos societarios, tales como las que él denomina sociedades anónimas bajo injerencia estatal, en tanto organizaciones empresariales o societarias ubicadas en el inciso b, puedan ser caracterizadas como ajenas a la Administración Pública Nacional —y de la estructura organizativa del Estado en sentido estricto—, pero insertos en el Sector Público Nacional. Agrega que están ajenas a la organización administrativa estatal en tanto su forma constitutiva no es la propia de los entes descentralizados o de los organismos descentralizados —autárquicos o no—, sino que su figura instrumental es empresarial y societaria o bien no empresarial y fiduciaria. Asimismo, están comprendidas dentro del Sector Público Nacional en razón de que el grado de participación del Estado es mayoritario, lo que le permite controlar y gobernar tales organizaciones y entidades (CARBAJALES, Juan José, *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal –SABIE–*, Buenos Aires, RAP, 2011, p. 72-74).

1221 Al examinar la naturaleza jurídica de las sociedades de participación estatal mayoritaria, sostiene que, si bien su regulación puede ser aparentemente privadas y existan —entonces— razones para considerarlas sociedades comerciales comunes y ajenas a la Administración, ello es más "*aparente que real*", puesto que bajo el régimen jurídico —aparentemente privado— de las formas societarios "*subyace un régimen de fuerte interés público, cuyas connotaciones típicas del derecho privado derogan principios de*

3. Aplicación de la LNPA

A los efectos de determinar si los presupuestos para la habilitación de la instancia judicial —contemplados en el Título IV de la LNPA (en particular, artículos 23 a 25 y 30 a 32)— resultan aplicables a las empresas estatales cuando estas son demandadas, debemos primero dilucidar si aquéllas se encuentran comprendidas en su ámbito de aplicación.

Con anterioridad a las modificaciones introducidas por la Ley de Bases, el artículo 1° de la LNPA establecía que sus disposiciones se aplicarían "*ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad…*". Ello hacía que, para dar una respuesta al interrogante aquí planteado, fuera menester resolver, ante todo, si las empresas estatales forman o no parte de la Administración Pública, con todas las incertezas que existen sobre este punto[1222].

---

las sociedades privadas". Así, destaca que no resulta relevante que una sociedad sea en apariencia privada si las bases que la estructuran son de derecho público. Sobre tal base, afirma que, si bien el límite de la Administración Pública lo constituyen las sociedades del Estado —último grado de descentralización administrativa posible—, y traspuesto ese umbral, toda injerencia estatal en una persona jurídica no implica trasladar allí a la Administración Pública —lo que haría que cualquier participación accionaria estatal en la sociedad únicamente sugiriera la presencia de un ente privado, aunque de patrimonio mixto—, lo cierto es que "*la cuestión no es tan sencilla ni puede resolverse acudiendo a tal simplicidad*". Desde tal perspectiva, considera que el criterio para determinar lo que es Administración Pública pasa por el ejercicio de prerrogativas estatales exorbitantes del derecho común, de manera que "[a]*llí donde haya un órgano que aun pretendiendo cobijarse bajo el derecho privado posea patrimonio estatal y ejerza prerrogativas de derecho público, habrá Administración, pues lo propio de la Administración, lo que la distingue de los entes privados, es que persigue el bien común…, pero además se distingue fundamentalmente por los medios que emplea para la consecución de sus fines. El fin puede en ocasiones no advertirse, pues puede tratarse de una actividad meramente comercial (la de las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, por ejemplo) pero si ese fin está ayudado por medios exorbitantes (prerrogativas) se trata de un fin de bien común y allí está la Administración… Ello ocurre cuando por ley o por un acto administrativo o reglamento se ha dado una especial habilitación para ello, y nos encontramos entonces frente a la denominada delegación transestructural de cometidos, que tiene lugar cuando el Estado —Administración Pública— transfiere el ejercicio de un determinado cometido en favor de un ente privado, sin renunciar a la titularidad del mismo…*" (BIANCHI, "Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa", cit.).

[1222] Al respecto, se ha puesto de resalto que si el concepto de "Administración descentralizada" comprende a los entes autárquicos, carece de sentido el empleo del término "inclusivo", así que, en la medida en la inconsecuencia del legislador no puede ser presumida, debería concluirse que el vocablo "descentralización" fue utilizado no en el sentido de descentralización autárquica, sino, conforme al criterio de MARIENHOFF, como descentralización burocrática o desconcentración. Por tal motivo, para reemplazar esa inconsecuencia, se ha dicho que el artículo 1° de la LNPA debería quedar redactado de manera tal que se aplicase "ante la administración pública nacional centralizada (concentrada) y desconcentrada, inclusive entes autárquicos" (HALPERIN, David A., "Análisis y comentarios al artículo 1° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos" en POZO GOWLAND et. al, *Procedimiento administrativo*, cit., Comentario al artículo 1°, T. III, p. 25-178, en particular, p. 31-33 y, asimismo, HALPERIN, David A. y BOGUT SALCEDO, José E., "Procedimiento administrativo: ámbito de aplicación" en CÍCERO, *Derecho administrativo. Legislación usual comentada*, cit., T. I, p. 3-67 y, especialmente, p. 9-11). Si se siguiera esta tesitura, las normas procedimentales de la LNPA se aplicarían a toda la Administración centralizada y, en el ámbito de la Administración descentralizada, exclusivamente respecto de las entidades autárquicas *stricto sensu*, quedando fuera de su alcance las demás formas de descentralización administrativa. En tal sentido, se sostuvo que, mediante la sanción de la ley 25.344 que procedió a la reforma de los artículos 30 a 32 de la LNPA, en lo que respecta a la conformación de la Administración Pública, se incorporó como sujeto pasivo del reclamo administrativo previo a las entidades autárquicas, lo que ratificaría la inclusión de estas como

Sin embargo, a partir de la sanción de la Ley de Bases se introdujeron importantes reformas a la LNPA en lo que respecta a su ámbito de aplicación, que despeja la incertidumbre en este aspecto[1223].

Su nuevo artículo 1° establece una aplicación *directa* en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, así como respecto a los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, en la medida en que ejerzan actividad materialmente administrativa[1224]. Pero, además, contempla la aplicación *supletoria* de los Títulos I a III —referidos a los principios procedimentales, la competencia del órgano y los requisitos esenciales del acto administrativo, sus caracteres y régimen de nulidades— a los entes públicos no estatales, a las personas de Derecho Público no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes administrativas. Entonces, si se considerara que las empresas estatales revisten alguna de esas naturalezas, podría afirmarse que supletoriamente se aplican las aludidas disposiciones de la LNPA.

Pero lo cierto es que el artículo 1°, inciso c, *excluye expresamente* de su ámbito a las empresas controladas por el Estado cualquiera fuere su tipología jurídica, las cuales se regirán, en sus relaciones con terceros, por el Derecho Privado. En concreto, prevé que "*no se aplicará 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 sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional*

---

parte única de la Administración descentralizada, al menos en materia de normas procedimentales (CANOSA, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, cit., T. 1, p. 53).

Desde otra perspectiva —menos restrictiva—, se ha señalado que la LNPA, al referirse a la Administración Pública Nacional —comprensiva tanto de la centralizada como de la descentralizada, con exclusión de los organismos militares, de defensa y de seguridad—, ha receptado un concepto de descentralización amplio que "*involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinto de los centros polares de esa organización*" (GAUNA, "La aplicación del procedimiento administrativo (reglas y principios) por personas jurídicas no estatales", cit., p. 305-306).

1223 TREACY, Guillermo F., "El ámbito de aplicación de la LPA luego de las reformas de la Ley de Bases" en AA. VV., *Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino*, Tomo Amarillo, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2024, p. 211-234.

1224 Así lo había dado a entender la CSJN al señalar que "[a]un cuando la norma fuera aplicable a una controversia en la que se discute la validez de una resolución materialmente administrativa de un organismo que integra el Poder Judicial de la Nación es claro que la revisión de oficio sobre el cumplimiento de los requisitos de la habilitación de la instancia judicial debe hacerse in limine litis" (Fallos: 342:1434). Si bien no en forma directa, sino analógica, la CNACAF había considerado procedente que se aplicaran las normas de la LNPA en el ámbito del Congreso de la Nación, aun cuando no estuviera expresamente incluido en su artículo 1°, a los fines de cubrir los vacíos legislativos que pudieran verificarse ante la ausencia de normas procedimentales (Sala I, "Magliano, Roberto Mario c/ EN-Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ proceso de conocimiento", causa 47-780/2016, sentencia del 29/9/2019, y "Degese, María Jimena c/ Honorable Senado de la Nación s/ empleo público", causa 50.816/2016, sentencia del 25/11/2021; Sala III, "Arrosamena, Facundo Ezequiel c/ EN-Honorable Senado de la Nación s/ proceso de conocimiento", causa 39.492/2016, sentencia del 30/6/2021; Sala IV, "Álvarez Ugarte, Ramiro y otro c/ EN-Congreso de la Nación – Comisión Bicameral de Fiscalización de Organismos y Acts de Inteligencia", causa 21.638/2014, sentencia del 25/8/2015). Por lo demás, había ponderado que "superado el antiguo equívoco de asimilar el concepto de Administración Pública al de función administrativa, resulta claro que… [la disposición impugnada] no fue emitida en ejercicio de función legislativa, sino de una típica función administrativa" (Sala I, "Rafecas Ledesma, Pablo Marcelo c/ EN-Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ empleo público", causa 6117/2018, sentencia del 31/8/2023).

tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias". Por lo demás, también establece que dichos entes, así como el Banco de la Nación Argentina —que ha sido históricamente una entidad autárquica[1225], sin perjuicio de su reciente transformación en sociedad anónima[1226]— y las entidades financieras o bancarias de titularidad estatal, se regirán por las normas de Derecho Privado en sus relaciones con terceros. Pero la norma deja una válvula de escape que permite la aplicación del derecho público al disponer que "[e]*l Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público*".

De esta manera, se ha explicado que, al disponer, por un lado, la aplicación supletoria de los primeros tres títulos —con exclusión de las normas atinentes a la impugnación judicial— a los entes públicos no estatales y a personas privadas sólo en tanto ejerzan potestades públicas, y, por el otro, la exclusión de sus normas con relación a las empresas estatales, se pretende impedir la actuación de "camaleones" jurídicos que actúan preponderantemente en la órbita del Derecho Privado, pero que acuden a las prerrogativas del Derecho Público cuando se encuentran inmersas en una controversia con los particulares. Así, la potencial aplicación de las normas de Derecho Público (en particular, la LNPA) se encuentra supeditada a la solicitud del "interesado" en tal sentido, lo que mitiga la posibilidad de que se apliquen en forma contraria a los derechos de los particulares, sin que pueda interpretarse dicho término como comprensivo del ente o empresa estatal[1227].

4. Exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa

La regla general en materia de habilitación de la instancia jurisdiccional está dada por la necesidad de transitar las vías administrativas previas como presupuesto para promover una pretensión —impugnatoria o de otra índole— en sede judicial[1228]. Entonces, para la apertura de esta instancia, resulta necesario obtener, en sede administrativa, un acto que cause estado y, a tal fin, la LNPA consagra un doble sistema conformado por la vía recursiva (o impugnatoria) y la reclamatoria (o reparatoria), exigiéndosele al litigante —para que el juez dé curso

1225 Cfr. artículo 1° de la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina, aprobada por ley 21.351.

1226 Cfr. Decreto 116/2025 (B.O. 20/2/2025).

1227 MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., "La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos", La Ley 12/7/2024, 1.

1228 Al respecto, se ha afirmado que uno de los escollos en materia de control judicial de la Administración surge de la aplicación o el diseño de ciertas condiciones de acceso a la jurisdicción, como los presupuestos o requisitos de admisibilidad de la pretensión, esto es, en particular, las cargas temporales y de actividad configuradas por el plazo de caducidad para iniciar la acción y el tránsito obligado por los remedios previstos ante la propia Administración, esto es, el agotamiento de la vía administrativa (SORIA, Daniel F., "Consideraciones sobre el acceso a la justicia administrativa" en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Cuestiones del Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, p. 47-83 y, en especial, p. 72).

a su acción— haber transitado anteriormente alguna de esas vías, según correspondiera, salvo que se encontrase exento de tal obligación[1229].

Cuando ya se cuente con un acto administrativo que cause estado y el particular pretenda obtener su anulación, agotar la vía administrativa significará emplear todos los recursos administrativos obligatorios para impugnar un acto dictado por un funcionario de rango inferior a fin de que puedan ser resueltos por la autoridad jerárquica de la organización administrativa de que se tratase e impedir de este modo que el acto quede consentido y firme en sede de la Administración[1230]. En cambio, en el caso de pretensiones no impugnatorias, se exige la reclamación administrativa previa como requisito —y privilegio conferido al Estado Nacional— para demandar, proporcionándole la oportunidad de examinar la legitimación y justicia de la pretensión y de decidir sobre ella antes de ser llevado a juicio[1231]. De esta manera, en términos de CASSAGNE, se "aisló" la pretensión procesal de impugnación judicial de actos y reglamentos administrativos —impugnables en sede de la Administración por vía de los recursos administrativos y el reclamo impropio, respectivamente— en una acción distinta a las que pretenden realizar otros objetivos procesales, como pueden ser el reconocimiento de derechos, acciones declaratorias o de daños, las que con anterioridad —con las excepciones previstas en el artículo 32 de la LNPA— deben ser canalizadas en sede administrativa mediante la presentación del reclamo administrativo previo[1232].

Tal diferenciación surge también de la propia LNPA que, con las modificaciones introducidas a través de la Ley de Bases, mantiene en su artículo 30 —como regla y salvo las excepciones contempladas en el artículo 32— la improcedencia de la demanda judicial contra el Estado Nacional sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad descentralizada, salvo cuando se tratase de alguno de los supuestos

---

1229 COMADIRA, Julio R. y ESCOLA, Héctor R., Curso de Derecho Administrativo, T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, p. 1385.

1230 En tal sentido, se ha dicho que el agotamiento de la vía administrativa *stricto sensu*, como presupuesto de la impugnación judicial, sólo exige que el acto susceptible de revisión judicial sea aquél contra el cual no cabe la interposición de recursos administrativos obligatorios, ya sea porque éstos no se encuentran previstos o bien porque los previstos ya se han ejercido; por lo que el acto en cuestión constituye la última palabra de la Administración sobre un determinado asunto. Se trata, pues, de un presupuesto de la pretensión procesal impugnatoria (AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "El agotamiento de la vía administrativa" en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2ª edición, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 815-887 y, en particular, p. 823).

1231 LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 92 y 115. En rigor, el autor distingue el agotamiento de la vía administrativa de la reclamación administrativa previa al sostener que, a partir de la vigencia de la LNPA, "*en las demandas contenciosoadministrativas donde se impugnan actos administrativos es necesario que el agraviado agote la vía administrativa y no se requiere la reclamación administrativa previa, y en las demandas que no contienen pretensiones impugnatorias, se exige la reclamación administrativa previa*" (cfr., cit. p. 121). En sentido análogo, se ha afirmado que el agotamiento de la instancia administrativa significa lograr que una determinada decisión no resulte susceptible de ser obligatoriamente impugnada por ningún otro recurso en sede administrativa o que en el curso de un procedimiento administrativo se haya arribado a una decisión del funcionario superior competente para decidir con carácter final respecto del acto impugnado (AGUILAR VALDEZ, Oscar R. y STUPENENGO, Juan A., "Impugnación judicial de actos administrativos" en CÍCERO, Nidia K., *Derecho Administrativo. Legislación usual comentada*, cit., T. I, p. 367-446 y, en particular, p. 371-372).

1232 CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. II, p. 635-636. Asimismo, GARCÍA PULLES, Fernando R., "El agotamiento de la vía administrativa", LL 1993-A, 1044; MARCER, Ernesto A., *Demandas contra el Estado*, 2ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 53-56.

previstos en los artículos 23 y 24, que, en forma respectiva, establecen los modos de impugnar actos administrativos de alcance particular y general.

La distinción entra una y otra vía radica —como dijimos— en el *diferente contenido de la pretensión* articulada contra la Administración[1233], pero, si bien operan sobre categorías jurídicas diferenciadas, ambas vías convergen como modalidades significantes de una misma realidad práctica: la exigibilidad de vías administrativas que antecedan a la pretensión[1234].

4.1. Los recursos

Más allá de la expresa inaplicabilidad que en la actualidad prevé la LNPA respecto de las formas societarias privadas en las que el Estado sea parte, entendemos que existen otras razones, además de la voluntad del legislador, que conducen a la improcedencia —como regla— de recursos administrativos en el ámbito de las empresas estatales.

Primero, porque estos recursos sólo proceden contra actos administrativos[1235], cuya noción misma implica el ejercicio de funciones materialmente administrativas[1236]; circunstancia que, en principio, no ocurriría en las actividades comerciales e industriales llevadas a cabo por ese tipo de entidades jurídicas privadas (cfr. artículo 149 del Código Civil y Comercial). Máxime

---

1233 Cfr. CSJN, *Fallos*: 314:1147 y 315:2346 y, en similar sentido, *Fallos*: 312:1017. BIANCHI, Alberto B., "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", LL 1995-A, 397; CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, cit., T. 2, p. 237-238; DE LA RIVA, Ignacio M y PERRINO, Pablo E., "Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa" en POZO GOWLAND, *Procedimiento administrativo*, cit., T. II, p. 450-500; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, La Ley, 2021, p. 145-146, 379-381 y 415; MURATORIO, Jorge I., "El agotamiento de la instancia administrativa como presupuesto de acceso a la instancia judicial", RAP, N° 268, p. 17-24; SILVESTRI, Beatriz y GONZÁLEZ ARZAC, Rafael, "La instancia administrativa previa en la ley 19.549 (recursos y reclamos)", ED 72-746, entre otros.

1234 SORIA, Daniel F., "Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la Administración" en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo*, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 807-880 y, en especial, p. 815; POZO GOWLAND, Héctor M., "Cambios en el contencioso administrativo federal. El reclamo administrativo" El Derecho – Revista de Derecho Administrativo, Tomo 2000/2001, 556); MORÁN, Marcos, "Habilitación de la acción judicial: principios generales" en FERNÁNDEZ, Sergio G. (dir.), *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2016, p. 115-120 y, en particular, p. 117.

1235 CANOSA, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, cit., T. 1, p. 348-349. Por lo demás, se ha dicho que, al regularse la impugnación judicial del acto administrativo de alcance particular en su artículo 23, inciso a, de la LNPA, es posible deducir que la existencia de un acto de esa índole se erige como presupuesto del régimen impugnatorio (AGUILAR VALDEZ y STUPENENGO, "Impugnación judicial de actos administrativos", cit., p. 374-375).

1236 Ciertamente, en doctrina se ha definido al acto administrativo como "toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen administrativo, propio y típico del derecho público, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados del acto" (CASSAGNE, Curso de Derecho Administrativo, cit., T. I, p. 563); "una declaración emitida por un órgano estatal o un ente público no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros" (COMADIRA y ESCOLA, Curso de Derecho Administrativo, cit., T. I, p. 385); "toda declaración disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, producto de un efecto jurídico" (MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, cit., T. II, p. 212); o "toda declaración de un órgano estatal emitida en ejercicio de funciones materialmente administrativas que le han sido atribuidas previamente, caracterizada por un régimen exorbitante al derecho privado, que genera efectos jurídicos directos, inmediatos e individuales en relaciones jurídicas existentes con los administrados destinatarios del acto" (TAWIL, Guido S., "El concepto de acto administrativo" en TAWIL, Guido S. (dir.), Acto Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 137).

cuando el DNU 70/2023 ha descartado la posibilidad de que aquéllas sean titulares de prerrogativas públicas.

En este orden de ideas, como bien lo pone de relieve CASSAGNE, si bien administrar, legislar y juzgar son tres modos de actuación en el campo del derecho público que expresan el poder estatal a través de diferentes tipos de actos, no puede desconocerse que el Estado ha asumido actividades históricamente reservadas a la iniciativa particular y, en consecuencia, las asumió como propias bajo formas institucionales privadas y con regímenes jurídicos típicos del Derecho civil o mercantil[1237]. Al respecto, se ha dicho que la adopción por el Estado de figuras jurídicas de Derecho Privado a través de variados tipos societarios impide que éstas puedan dictar actos administrativos o tomar decisiones equiparables a ellos, circunstancia que —como adelantamos— tornaría improcedente la interposición de recursos administrativos contra esas actuaciones. Para dar sustento a esta postura, se sostiene que no es posible efectuar una distinción entre la naturaleza de los actos de las empresas estatales según respondan a un interés específico de la Administración o no, pues, como consecuencia de la participación del Estado en ellas, resultaría un contrasentido que entidades de ese tipo no respondieran a un interés público —aunque, en todo caso, mediato—[1238].

Así, en atención a la índole de la actividad desarrollada por la sociedad (comercial o industrial) y en virtud del régimen jurídico al cual se sujeta su desenvolvimiento (Derecho Privado), sus actos no podrían ser objeto de recursos administrativos. Al respecto, se ha dicho que quedarían excluidas del régimen de impugnación aquellas declaraciones que, a pesar de incidir de modo directo en la esfera de derechos e intereses de los particulares, no constituyen actos administrativos *stricto sensu*, tales como los actos regidos por el Derecho Privado y aquellas otras manifestaciones de voluntad emanadas por personas públicas no estatales o de personas privadas, aun cuando por delegación ejercieran funciones administrativas[1239].

Sin embargo, se ha destacado —vale aclarar, antes del dictado del DNU 70/2023— que, sin perjuicio de la aplicación preponderante del Derecho Privado, en la actuación de las empresas estatales puede encontrarse involucrada una prerrogativa pública, que haría aplicable las normas y principios del Derecho Administrativo[1240]. Desde esta perspectiva, la CSJN

1237 CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. I, p. 552.

1238 MATA, "Los actos de las empresas y sociedades del Estado", cit. Así, se ha resaltado que la trascendencia de la distinción entre actos administrativos y actos civiles de la Administración aparece demostrada en el régimen de los actos de las entidades creadas por el Estado para la consecución de actividades industriales y comerciales, en cuyo ámbito el derecho privado regula más que su objeto o contenido y el interés público sólo es perseguido de manera general o mediata, a través del beneficio que la actividad puede reportar a la comunidad (CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. I, p. 582-586).

1239 AGUILAR VALDEZ y STUPENENGO, "Impugnación judicial de actos administrativos", cit., p. 374-375. En otras palabras, se ha entendido que no resultan susceptibles de ser impugnados mediante la interposición de recursos administrativos los actos, aun dictados por la Administración, no se hallan regidos en forma total o predominantemente por el derecho administrativo y que, por el contrario, se encuentran regulados por el Derecho Privado (CANOSA, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, cit., T. 1, p. 358-359).

1240 Se ha advertido que la actividad de las "empresas públicas", inicial y habitualmente vinculada casi con carácter exclusivo a la producción de bienes y servicios —servicios incluso públicos—, trasciende este

reconoció que una sociedad del Estado podía desenvolverse en el ámbito del Derecho Público cuando, por ejemplo, perseguía el cobro de una penalidad derivada de un incumplimiento contractual, circunstancia que justificaba la competencia contencioso-administrativa para entender en la controversia[1241].

Sobre el punto, conforme lo señala MAIRAL, la revisión judicial de actos sustancial aunque no orgánicamente administrativos se regirá por las normas específicas que hubiere —las que podrán establecer recursos especiales— y, en su defecto, por las normas y principios generales relativos a la jurisdicción y competencia del Poder Judicial. Por lo tanto, frente al acto emanado de cualquier órgano de un *ente privado* que haya actuado en ejercicio de una potestad administrativa desplegada, quedará expedita la impugnación judicial prevista en los artículos 23 y 24 de la LNPA sin necesidad de agotar una "vía administrativa" inexistente[1242]. Máxime cuando, en la actualidad, las formas societarias estatales se encuentran expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la LNPA, que establece las distintas vías impugnatorias.

Con anterioridad a la sanción de la Ley de Bases, la Sala I de la CNACAF, en el marco de una causa promovida contra una sociedad del Estado para obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios resultantes de la desestimación de la oferta efectuada en una licitación convocada para la provisión de calzado de seguridad, entendió —por mayoría— que la empresa actora debió haber agotado la "vía administrativa previa". En efecto, sostuvo que, "[t]*ratándose de la impugnación de un acto administrativo que, además, tiene alcance particular, debió seguir la vía del art. 23 de la LPA (artículo 93 del RNPA y artículo 23, inciso a, de la ley 19.549). todo ello, sin perjuicio de que, en caso de estimarlo conveniente, hasta podía recurrir por vía de recurso de alzada ante el PEN*". Así, pues, consideró que debía haberse cuestionado el acto que había rechazado su pretensión de resultar adjudicataria, así como aquel que había ordenado la ejecución de la garantía de impugnación. Con relación a la naturaleza jurídica de la sociedad demandada, la mayoría del Tribunal ponderó que, a la luz de lo resuelto por la CSJN en el caso "*La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A.*", se estaba frente a un sistema complejo presidido por

---

ámbito para, en muchas ocasiones, ejercer directamente auténticas funciones públicas. Funciones que, hasta ahora, habían sido desempeñadas por diferentes Administraciones públicas, esto es, por el Estado en sentido estricto (MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", Revista de Administración Pública, N° 126, septiembre-diciembre 1991, p. 63-132). En tal sentido, obsérvese que, por ejemplo, la ley 25.943 creó la empresa Energía Argentina S.A. otorgándole atribuciones para "*intervenir en el mercado a efectos de evitar situaciones de abuso de posición dominante originadas en la conformación de monopolios u oligopolios*" (cfr. artículo 4°, primer párrafo), tarea típica de un ente regulador o de un organismo de defensa de la competencia y no de una empresa habilitada para actuar como un sujeto más en el mercado (MASSIMINO, Leonardo, "La empresa estatal y la regulación: sus relaciones y problemática", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 405, p. 235-254). En este entendimiento, incluso, se ha aceptado la aplicación de las normas que regulan lo atinente a los actos administrativos, su presunción de validez y ejecutoriedad, los procedimientos y recursos administrativos y su revisión de oficio (CHINCHILLA MARÍN, "Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?", RAP, N° 203, p. 17-56).

1241 CSJN, *Fallos*: 306:328.

1242 MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, cit., p. 345-346 y 387-388. Es preciso señalar, en rigor de verdad, que, cuando refiere a la imposibilidad de construir analógicamente un recurso jerárquico en el ámbito de entes privados, lo hace por no estar comprendidos en el artículo 4° del decreto 1883/1991, que alude a las empresas y sociedades en las que el Estado tenga participación total o mayoritaria.

disposiciones de Derecho Privado en lo relativo al objeto de la entidad como empresa comercial, pero influido por normas de derecho público, en especial en procedimentales, derivadas del carácter estatal del ente. En consecuencia, indicó que "[m]*ás allá de los arduos debates habidos en punto a determinar si integran o no los cuadros de la Administración, son entes estatales, no estatales, poseídos por el Estado, etc.; lo cierto es que, bajo su aparente similitud formal con las sociedades y/o empresas comerciales, está siempre en su conformación la presencia del Estado*"[1243].

En cambio, el juez Facio —en disidencia— consideró que correspondía rechazar la aplicación de los requisitos de la LNPA y su reglamento para considerar habilitada la instancia judicial. Ello, porque, en lo que aquí interesa, el régimen legal de las sociedades del Estado establecía expresamente la inaplicabilidad de las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos. Entonces, concluyó que, sin que ello implicara desconocer que la gestión de un servicio público o una actividad comercial o industrial pudiera estar a cargo de una sociedad del Estado como una forma de descentralización administrativa, la específica normativa aplicable había excluido a las sociedades estatales del ámbito de las leyes de procedimiento administrativo.

Por otra parte, aun cuando no fuera obligatorio para provocar el agotamiento de la vía administrativa, ¿podría, a opción del particular, interponerse un recurso de alzada? Para ello, cabe tener presente que el fundamento de ese recurso es el ejercicio del control de tutela que a la Administración central le corresponde sobre las entidades descentralizadas, lo que requiere que se traten de personas jurídicas públicas estatales. Si las "empresas públicas" no forman parte de los cuadros del Estado, el recurso de alzada estaría supeditado, pues, a la extensión o generalización del concepto de tutela hacia ese tipo de entes societarios de propiedad estatal, de modo que aquél entrañe un poder de revisión de la Administración centralizada sobre los órganos de las entidades descentralizadas y personas privadas estatales[1244].

Si bien la tutela se ejerce, sin posibilidad de ser desvirtuada por disposiciones en contrario, con relación a cualquier entidad que conforme la Administración descentralizada, lo cierto es que la descentralización, como técnica de organización administrativa, resulta tan genérica que reconoce variados grados y comprende, por ende, diversas especies y tipologías que impide que puedan ser apriorísticamente englobadas en una única categoría. Por lo tanto, la procedencia del recurso de alzada se encuentra condicionada a que el ente que dictó el acto revista las notas propias de la descentralización administrativa, lo que genera dificultades respecto de las formas empresariales y societarias privadas en las que el Estado tiene participación[1245].

1243 CNACAF, Sala I, "Security Supply SA c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOFSE) s/ daños y perjuicios", causa 18.327/2018, sentencia del 27/6/2023.

1244 CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. II, p. 79-80. Ver también CASSAGNE, Juan Carlos, "La extensión del concepto de tutela y control de los actos de las sociedades del Estado", LL 1978-C, 717.

1245 AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "El recurso de alzada" en TAWIL, Guido S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 373-424 y, en especial, p. 394-397, donde se pueden ver los antecedentes normativos de la cuestión (decretos 1759/1972, 9101/1972, 3700/1977, 1893/1985).

En concreto, el artículo 94 del RLNPA circunscribe el recurso de alzada a los actos administrativos definitivos o que impidan totalmente la tramitación de la pretensión, dictados por el órgano superior de un "ente autárquico", que constituye sólo una forma de descentralización estatal, caracterizada por la prosecución de fines públicos y por su sujeción al Derecho Público. Sin embargo, el decreto 1883/1991 estableció en su artículo 4° que los actos definitivos o asimilables emanados del órgano superior de las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional serían recurribles mediante el recurso de alzada en los términos del artículo 94 del RLNPA, aunque no resultaría procedente contra "*los actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión*"[1246]. Al respecto, se sostuvo que su redacción implicó la admisión de la posibilidad —aunque excepcional— de que este universo de formas societarias dictase actos administrativos, con el consecuente reconocimiento de la procedencia de un recurso administrativo típico, salvo respecto de los actos propios de su actividad privada —que hacen a la actividad comercial del ente al cual se le aplica total o predominantemente el Derecho Privado—, los que, por su naturaleza, no son susceptibles de recurso alguno[1247]. La procedencia del recurso de alzada, como dijimos, se encuentra condicionada a la verificación de un acto administrativo y no a todo acto emitido por el ente: debe tratarse del resultado del ejercicio de una potestad pública, regida por normas de derecho público (*a contrario sensu*, artículo 4° del decreto 1883/1991), circunstancia que hoy se encuentra vedada a partir del dictado del DNU 70/2023.

4.2. El reclamo administrativo previo

Por otra parte, cabe examinar la exigibilidad del reclamo administrativo previo en los términos del artículo 30 de la LNPA.

Antes de las modificaciones realizadas por la Ley de Bases, el artículo 30 de la LNPA —conforme al texto ordenado por la ley 25.344— establecía que el Estado Nacional y sus entidades autárquicas no podían ser demandadas judiciales sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio, Secretaría de la Presidencia o autoridad superior del ente autárquico. De esta manera, mediante la sanción de la ley 25.344 se modificó el texto original de la LNPA, que exigía la promoción de ese reclamo en forma previa a demandar —sin más especificación— al Estado Nacional. Por otra parte, también se suprimió la excepción que había sido introducida por la ley 21.686 al establecer que no

---

1246 Se receptó de, este modo, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación conforme a la cual el recurso sólo procedía en función de un interés específico de la Administración y no cuando se realizaran actos inherentes a la actividad privada (PTN, *Dictámenes*: 150:236; 170:262; 184:219). No obstante, ello ha sido criticado con fundamento en que, si bien el texto da a entender que cabe la posibilidad de actos propios de la actividad pública de una sociedad estatal —por consiguiente, susceptible del recurso de alzada—, cabe preguntarse cuál es el criterio de distinción sobre todo porque en la realidad todas las decisiones sociales pueden ser consideradas como actos inherentes a la actividad privada (MATA, "Los actos de las empresas y sociedades del Estado", cit.).

1247 CANOSA, Armando N., Comentario a los artículos 94 y 95 del RLNPA en POZO GOWLAND, *Procedimiento administrativo*, cit., T. III, p. 1270-1278 y, en particular, p. 1271-1275. En rigor, sostiene que idéntica conclusión se extiende al resto de las entidades, puesto que tampoco sería procedente el recurso de alzada contra actos privados de entidades autárquicas.

resultaría necesaria la interposición del reclamo administrativo previo cuando "[s]*e demandare a un ente autárquico, o una empresa del Estado, una sociedad mixta o de economía mixta o a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, o las sociedades del Estado, o a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio*" (artículo 32, inciso f).

Sobre el punto, se sostuvo que la ley 25.344 distinguió entre las entidades autárquicas, a las que incluía expresamente en la exigencia de la reclamación administrativa previa, del resto de las entidades antes expresamente excluidas, las cuales, al no estar mencionadas, cabía considerar que continuaban excluidas[1248]. En efecto, la supresión del sector empresario estatal como sujeto excluido del reclamo administrativo previo no importó erigirlo como un presupuesto procesal obligatorio para su demandabilidad, sino que, por el contrario, en la medida en el artículo 30 de la LNPA —según la ley 25.344— sólo había incluido a los órganos de los entes autárquicos entre las autoridades a las que debía dirigirse dicho reclamo, sin mención alguna a las empresas y sociedades estatales, no correspondía entender que la pretensión contra esta últimas debiera articularse previamente por vía de reclamo en sede administrativa[1249].

Esta interpretación había sido también realizada por la jurisprudencia. En particular, de la CNACCF, que rechazó la exigencia del reclamo administrativo previo como condición para acceder a la instancia judicial[1250]. Así, la CSJN entendió que resultaba inadmisible la defensa de "falta de acción" —sustentada en la falta de cumplimiento del requisito de agotamiento de la vía administrativa— en tanto, cuando la demandada es una sociedad del Estado a la que no le resultan aplicables las leyes de obras públicas y de procedimientos administrativo, no cabe exigir las cargas allí impuestas como condición previa a accionar judicialmente[1251].

En idéntico sentido se expidió la Sala IV al rechazar la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa que había opuesto Operadora Ferroviaria S.E. frente a una demanda en la que se pretendía el cobro de sumas de dinero por una deuda en concepto de facturas impagas. Entendió que, en atención a la exclusión que el régimen de sociedades del Estado había hecho de las normas de derecho administrativo, así como a "*la naturaleza que reviste la*

1248 MAIRAL, Control judicial de la Administración Pública, cit., p. 422.

1249 DE LA RIVA y PERRINO, "Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", cit., p. 494-495; PERRINO, Pablo E., "Reclamo administrativo previo" en CASSAGNE, *Derecho procesal administrativo*, cit., T. I, p. 857-880; SORIA, "Las vías administrativas previas en el contencioso federal", cit., en especial, p. 853; CANOSA, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, cit., T. 1 y 2, p. 53 y 281-282, respectivamente.

1250 CNACCF, Sala II, "Securitas Buenos Aires S.A. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado y otro s/ cobro de sumas de dinero", causa 5604/2015, sentencia del 1°/9/2017; "Aqua Master SRL c/ Operadora Ferroviaria Soc del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 6403/2016, sentencia del 14/9/2021; "Intertek Testing Services Argentina c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 12.692/2021, sentencia del 23/3/2023; Sala III, "Rebor Seguridad S.A. c/ Operadora Ferroviaria S.E. s/ cobro de sumas de dinero", causa 5732/2017, sentencia del 11/6/2021.

1251 CSJN, *Fallos*: 322:2090. Asimismo, CNACAF, Sala V, "*Acumuladores Arizona S.R.L. c/ Operadora Ferroviaria S.E. s/ proceso de conocimiento*", causa 57.631/2022, sentencia del 28/5/2024.

recurrente (Sociedad del Estado)… la vía judicial se encuentra expedita, sin que sea necesario acudir previamente a la instancia administrativa"[1252].

Por su parte, la Sala I de la CNACAF —por mayoría de fundamentos—, si bien rechazó la excepción de falta de habilitación de la instancia opuesta por una sociedad del Estado, lo hizo con fundamento en que la actora "*dio cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la ley 19.549, por tanto, no hay objeciones a la habilitación de esta instancia judicial*"[1253].

Asimismo, también se ha desestimado la excepción de falta de habilitación de la instancia opuesta con sustento en la omisión de articular el reclamo administrativo previo, "*atendiendo a la naturaleza de la persona demandada*"[1254].

La cuestión ha quedado zanjada a partir de la sanción de la Ley de Bases, que, como dijimos, excluyó del ámbito de aplicación de la LNPA a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales en las que el Estado Nacional tuviera, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. En consecuencia, no resultará necesaria la interposición de reclamo administrativo alguno antes de promover la demanda.

Así, luego de su entrada en vigencia, la CNACAF ratificó la inexigibilidad del reclamo administrativo previo[1255].

5. Competencia federal

Cabe examinar, por otra parte, si la participación estatal en estas formas societarias resulta suficiente para suscitar la competencia federal cuando una de ellas sea parte en la controversia.

La competencia ha sido caracterizada como "[l]*a medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia,*

1252 CNACAF, Sala IV, "*Solutronic S.R.L. c/ Operadora Ferroviaria S.E. s/ proceso de conocimiento*", causa 25.584/2023, sentencia del 19/12/2023, con remisión al dictamen fiscal, aunque agregando —a mayor abundamiento— que la sociedad estatal no se había cargo del argumento principal por el que había sido desestimado su planteo, esto es, que el artículo 6º de la ley 20.705 de Sociedades del Estado preveía en forma expresa la inaplicabilidad de la LNPA.

1253 CNACAF, Sala I, "*ICAP S.A. c/ Operadora Ferroviaria S.E. s/ proceso de conocimiento*", causa 68.380/2022, sentencia del 7/3/2024. Por sus propios fundamentos, el juez Facio sostuvo la exigencia del reclamo administrativo previo comportaría un ritualismo inútil ante la oposición de la demandada a la pretensión sustancial.

1254 Cfr. dictamen del fiscal federal en las actuaciones caratuladas "Del Plata Butacas S.R.L. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado – Ley 26.352 s/ proceso de conocimiento", causa 25.113/2023, dictamen del 19/4/2024; y asimismo, "Hourmilougue, Walter Emanuel c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 14.257/2023, dictamen del 30/10/2023.

1255 CNACAF, Sala I, "Maqchin Rioplatense S.A. c/ Operadora Ferroviaria S.E. s/ contrato administrativo", causa 27.204/2023, sentencia del 23/12/2024 y "Emelec S.A. c/ Operadora Ferroviaria S.E. s/ proceso de conocimiento", causa 41.643/2023, sentencia del 11/2/2025; "Sala IV, "Talleres Trama S.A. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ proceso de ejecución", causa 13.634/2020, sentencia del 24/9/2024.

de la cantidad y del lugar[1256]; o como "[e]*l grado de aptitud que la ley confiere a un órgano jurisdiccional frente a otros órganos de la jurisdicción, delimitando y regulando las relaciones entre unos y otros*"[1257].

La organización del Poder Judicial de la Nación se encuentra establecida en el artículo 108 de la CN, conforme al cual "*será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación*". Sobre la base de esta norma constitucional, se sancionaron las leyes 27, 48, 4055, el decreto-ley 1285/1958 y la ley 24.050, donde se encuentran precisadas las condiciones que determinan la competencia federal y la organización funcional de los tribunales nacionales y federales del país para la aplicación de todas las ramas del derecho, con excepción del provincial y local de la Ciudad de Buenos Aires. Así, sobre la base de los artículos 5°, 75, inciso 12, y 121 de la CN, la competencia federal reconoce su origen en la organización institucional de la Argentina, según la cual se determinan dos órdenes jurisdiccionales: nacional o federal (artículos 116 y 117 de la CN), provincial (artículos 5°, 121 y siguientes de la CN) y local de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 129 de la CN)[1258].

La competencia federal, en términos de la CSJN, "*lleva al propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes al almirantazgo y jurisdicción marítima, y la importancia de su existencia es asegurar el cumplimiento de las leyes nacionales dictadas en el marco de las facultades legislativas otorgadas al gobierno central*"[1259]. Como consecuencia de la forma federal de gobierno adoptado por la República Argentina, la competencia federal es limitada, de excepción y su aplicación es de carácter restrictivo[1260], pues las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno federal, cuya actuación —entonces— es la excepción y no puede tener lugar fuera de los casos expresamente contemplados en las normas constitucionales y sus leyes reglamentarias[1261].

En este escenario, la competencia federal procede siempre que se encuentre un interés nacional en juego[1262], lo que —en cuanto aquí interesa— puede determinar la competencia federal *ratione personae* (o en razón de la persona)

1256 OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 2018, p. 183 y sus citas.

1257 DÍAZ, Clemente, A, *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 523.

1258 PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "La competencia federal" en PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. (dir.), *Competencia federal*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 52 y 56-57.

1259 CSJN, *Fallos*: 330:1114.

1260 CSJN, *Fallos*: 328:988; 329:851 y 5896. Cabe señalar que cuando el fuero federal se establece *ratione personae*, puede ser declinado y su renuncia debe admitirse en todos los casos en que sea explícita o resulte de la prórroga de la jurisdicción consentida en el juicio (conf. CSJN, *Fallos*: 311:858; 312:280; 315:1355; 328:68 y 4097; 344:386 y 345:18 y, asimismo, del dictamen al que la Corte remite en CFP 977/2022/1/CS1, sentencia del 2/7/2024). Sin embargo, cuando quien posea derecho al fuero federal sea demandado ante este, no puede repudiarlo, en virtud del principio según el cual nadie puede renunciar al fuero de sus propios jueces, ante los cuales fue accionado (Haro, Ricardo, "La competencia federal de los tribunales del Poder Judicial de la Nación" en *Revista de Derecho Procesal – Jurisdicción y Competencia I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 289. Asimismo, véase CSJN, *Fallos*: 267:441; 330:1807 y 332:279).

1261 CSJN, *Fallos*: 258:343; 307:1139, entre otros.

1262 CSJN, *Fallos*: 12:206; 21:113; 168:202; 176:222; 229:878; 273:16; 287:234; 288:186, entre otros.

cuando actúa el Estado Nacional en forma centralizada o descentralizada[1263]. La CSJN ha puesto de resalto la diferencia que, en cuanto a su fundamento, existe entre la competencia federal *ratione materiae* y *ratione personae* al señalar que "[l]*a materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal: en uno u otro supuesto dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento: en el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima. En el segundo procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (arts. 116, 117 y 127 de la Constitución Nacional)*"[1264].

Pues bien, reiteramos que la competencia federal en razón de las personas, cuando la Nación es parte, se funda en los intereses generales del Estado Nacional en discusión o en el resguardo de las instituciones nacionales[1265]. Su procedencia requiere que se acredite la debida legitimación del Estado Nacional, *ya sea a través de sus entidades centralizadas o descentralizadas*: deben existir hechos que puedan perjudicar directa y efectivamente a la Nación[1266] o debe existir algún daño directo y efectivo o que la pretensión en su contra pueda incidir en la marcha institucional o económica, afectando su funcionamiento o patrimonio[1267]. Así, esta categoría se basa en la calidad subjetiva o en la naturaleza de las personas, elemento determinante de atribución para el conocimiento de los tribunales federales. De esta manera, independientemente de la naturaleza de la cuestión litigiosa y de su regulación, se atiende primordialmente a la investidura federal de alguna de las partes en juicio.

En consecuencia, la clave pasa por determinar si la intervención en juicio de una empresa estatal, pese a ser una persona jurídica privada aunque con participación estatal, puede ser considerado como un caso en que la Nación es parte en los términos del artículo 116 de la CN, susceptible de justificar la competencia federal en razón de la persona; o si esas formas societarias pueden ser encuadrada como "entidades nacionales", susceptibles de hacer surtir el fuero federal *ratione personae*[1268].

La experiencia jurisprudencial —adelantamos— indica que sí.

La CSJN ha expresado que "[c]*orresponde a la justicia federal, y no a la provincial, conocer de las causas en que la Nación o una empresa del Estado*

1263 PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "La competencia federal", cit., p. 71.

1264 CSJN, *Fallos*: 311:919; 318:992 y 2457; 324:1470; 325:1883; 326:193 y 1003; 327:5487; 328:872, 1982 y 3700; 329:2280 y 4829; 330:4234; 331:1312 y "*Oviedo, Ramón Alfredo c/ YPF S.A. s/ daños y perjuicios*", FMZ 9816/2020/CS1, sentencia del 15/12/2022, entre muchos otros.

1265 CSJN, *Fallos*: 190:170.

1266 CSJN, *Fallos*: 326:4988; 323;3619; 321:276; 320:2586.

1267 PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Competencia federal en razón de las personas" en PALACIO DE CAEIRO (dir.), *Competencia federal*, cit., p. 815-874 y, en particular, p. 818.

1268 Conf. doctrina de CSJN, *Fallos*: 303:395; 308:72; 488; 655; 1093; 2033; 310:2340; 311: 2303 y 2728; 312:592.

sea parte"[1269], así como que la justicia federal resulta competente en aquellas causas "*en las que se ventilan cuestiones que pueden importar responsabilidades para una empresa del Estado Nacional, y que ya han determinado se obstruyera el buen servicio de dicha empresa* [sin que resulte óbice para ello la normativa] *que atribuye el conocimiento de los asuntos de agio en las provincias a los tribunales locales, pues tal disposición es de carácter general y no implica dejar sin efecto las reglas de competencia que establece la ley 48 por razón de las personas, para dar operatividad a las normas contenidas en… la Constitución Nacional*"[1270].

Así, pues, le reconoció el privilegio a la competencia federal a Yacimientos Carboníferos Fiscales[1271], Yacimientos Mineros Agua de Dionisio[1272], Obras Sanitarias de la Nación[1273], Empresa de Ferrocarriles del Estado Argentino[1274], Dirección Nacional de Fabricaciones e Investigaciones Aeronáuticas[1275], Aerolíneas Argentinas[1276] y Yacimientos Petrolíferos Fiscales[1277] cuando

---

1269 CSJN, *Fallos:* 255:327. Véase también *Fallos*: 259:9.

1270 CSJN, *Fallos:* 244:229. Asimismo, admitió la competencia federal cuando una empresa del Estado fuera citada en calidad de tercero (CSJN, *Fallos*: 323:2590).

1271 CSJN, Fallos: 303:1384, donde indicó que "[l]as demandas laborales deducidas en las provincias contra Empresas del Estado Nacional —en el caso, Yacimientos Carboníferos Fiscales— son de competencia de los jueces federales".

1272 CSJN, Fallos: 293:449, en el que sostuvo que "[l]os juicios en que intervienen las empresas del Estado son ajenos a la competencia de los tribunales locales".

1273 Si bien la Corte entendió que cuando Obras Sanitarias de la Nación actuara en territorio de alguna provincia los juicios que se promovieran contra ella serían competencia de la justicia federal (CSJN, Fallos: 313:827), también explicitó que cuando desenvolviera su actividad en la Capital Federal, constituía "[u]na repartición administrativa local y por ello sometida a la jurisdicción de los tribunales ordinarios" (CSJN, *Fallos*: 311:150).

1274 CSJN, *Fallos:* 253:329 y 256:152. Véase, asimismo, CSJN, "*Ferrocarriles Argentinos (E.L.) c/ Río Negro, Provincia de s/ demanda ordinaria*", F. 183. XXXVII, sentencia del 23/9/2003.

1275 CSJN, *Fallos:* 249:506. La mentada dirección fue creada sobre la base de "Industrias Aeronáuticas y Mecánicas del Estado (IAME)" y por conducto del decreto-ley 766/1957, en los siguientes términos: '[C]réase *una empresa de Estado, dependiente del Ministerio de Aeronáutica, a los fines previstos en el Decreto N° 5.883/55, reglamentario de la Ley 13.653 (t.o. 1955) sobre régimen legal de funcionamiento de las empresas del Estado, que se denominará Dirección Nacional de Fabricaciones e Investigaciones Aeronáuticas, la que tendrá a su cargo todas las tareas que desarrolla el Estado Nacional relativas a la investigación, estudio, proyecto, fabricación, reparación, comercialización y distribución de productos utilizados o a utilizar en el orden aeronáutico, tanto en su aspecto civil como militar, así como aquellas actividades que, al margen de dichas tareas, constituyan un aporte al mejor desarrollo y fortalecimiento de la industria aeronáutica. Además, formará parte de su misión específica establecer, coordinar y promover con su acción directa e indirecta, así como con la de los correspondientes organismos del Estado, la producción de materias primas que se utilicen principalmente en la industria aeronáutica […]"* (cfr. artículo 2).

1276 CSJN, *Fallos*: 286:203. En ese entonces, Aerolíneas Argentinas revestía el carácter de "empresa del Estado". El decreto 26.099/50 (B.O. 20/12/50, que se mantuvo en vigencia hasta el año 1979, momento del dictado del decreto 808/79, que creo "Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado") establecía lo siguiente: '[C]*réase la "Empresa del Estado": Aerolíneas Argentinas, la que tendrá a su cargo la explotación de los servicios que actualmente* [corresponden] *a la Gerencia General de Aerolíneas Argentinas […]"* (cfr. artículo 1) '[L]*a empresa creada en el art. 1°, estará facultada para actuar privada y públicamente de acuerdo con las leyes generales de la Nación y las especiales que rijan su funcionamiento […]"* (cfr. artículo 2) y '[A] *los fines de fiscalización administrativa, técnica y operativa, la empresa creada en el art. 1°, quedará sometida o la jurisdicción del Ministerio de Transportes de la Nación y a la Contaduría General de la Nación a los efectos del art. 7° de La ley número 13.553 […]"* (cfr. artículo 3).

1277 CSJN, *Fallos*: 303:975. El carácter de "empresa del Estado" fue asignado a través de un decreto sin numerar, del 3 de junio de 1922, por el cual se creó la Dirección General de Yacimientos Petrolíferos Fiscales de la Nación (cfr. artículo 1).

constituían una empresa del Estado, así como a Agua y Energía Eléctrica, tanto cuando era empresa estatal[1278] como cuando fue sociedad del Estado[1279].

Asimismo, deducida una demanda contra la ex Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S.A. ("ENCOTESA")[1280], quien había planteado la excepción de incompetencia ante la justicia provincial y solicitado la remisión de las actuaciones al fuero federal, la CSJN sostuvo que, en la medida en que el Estado Nacional era propietario de la totalidad del capital de la sociedad (administrada, a su vez, por un directorio integrado por un interventor y subinterventor y otro director designado por el ex Ministerio de Economía y Servicios Públicos; conf. decreto 214/1992), "*la sociedad accionada continúa siendo —de hecho y de derecho— una empresa del Estado Nacional, ya que todo su capital le pertenece y su directorio y administración se hallan a su vez en cabeza del Estado*". De tal modo, consideró que procedía aplicar la doctrina según la cual, de acuerdo con los artículos 116 de la CN y 2° de la ley 48, corresponde a la justicia federal y no a la provincial conocer en las causas en que la Nación o una entidad nacional sean parte[1281].

Su calificación como entidad nacional se mantuvo incluso con posterioridad, cuando la sociedad se encontraba en liquidación[1282].

Por su parte, también calificó a como una "*entidad nacional*", cuya participación en juicio puede dar lugar a la competencia federal en razón de la persona, a la Sociedad Mixta Siderurgia Argentina (SOMISA)[1283].

1278 CSJN, *Fallos*: 251:498. En cuanto a la forma empresaria, cabe recordar que durante el año 1947 fue dictado el decreto 3.967 que creó la Dirección General de Agua y Energía Eléctrica, como fusión de la Dirección General de Centrales Eléctricas del Estado y la Dirección General de Irrigación. Luego, el decreto 17.371/50 dispuso la constitución de la Empresa Nacional de Energía (ENDE) aglutinando para sí las Direcciones Generales existentes, las que debían conservar su individualidad y denominación particular al solo efecto de la gestión económica con el aditamento ENDE. Específicamente, en los considerandos del segundo decreto se expresó que: "[l]*as actuales Direcciones Generales de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Agua y Energía Eléctrica, Gas del Estado, Combustibles Vegetales y Derivados y Combustibles Sólidos Minerales contempladas en la Ley N° 13.892, cumplen funciones de índole comercial, industrial y de prestación de servicios públicos de carácter similar, en cuya virtud deben incluirse en la definición de Empresas del Estado, contenida en la Ley N° 13.653 […]*".

1279 CSJN, *Fallos*: 249:248; 304:455 y 308:655. La nueva figura societaria llegó con dos hitos: En el año 1977 se emitió el decreto 3907/77, norma que enunció, inicialmente, que resultaba: "[i]*mpostergable encuadrar a la Empresa del Estado AGUA Y ENERGIA ELECTRICA en un marco jurídico que posibilite su reorganización administrativa, contable y financiera con el propósito de que opere con un nivel de dinamismo, eficiencia y economicidad comparable con el de las grandes empresas del sector privado […]*". Luego, dispuso transformar "Agua y Energía Eléctrica Empresa del Estado" en Sociedad del Estado regida por la ley 20.705 y, asimismo, que ésta nueva sociedad asumiera todos los derechos y obligaciones que correspondieran, a la fecha, a la primera empresa (cfr. artículo 1).

1280 Que fue constituida por el decreto 214/92 y sujeta a la regulación emergente de los artículos 163 al 314 de la ley 19.550 (cfr. artículo 6).

1281 CSJN, Fallos: 319:2020. Véase CSJN, "Palazzesi, Susana c/ E.N.C.O.T.E.S.A. y otro s/ despido", Competencia 84 XXXIV, sentencia del 29/9/1998; "Soruco, Ramón c/ Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S.A." S.C.S.1521.L.XXXII, del 21/8/1997; y "Benicasa, Mabel I. c/ Correo Argentino s/ ind. por enf. acc.", Competencia 557.XXXVI, sentencia del 13/3/2001.

1282 CSJN, *Fallos:* 323:3561.

1283 CSJN, *Fallos*: 318:816.

Promovida una ejecución fiscal por la Ciudad de Buenos Aires contra Operadora Ferroviaria S.E.[1284], la CSJN indicó que se trata de una entidad "*que tiene derecho al fuero federal, según lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución Nacional*", por lo que la competencia originaria a la que tenía derecho el gobierno local era la única manera de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales[1285].

La misma prerrogativa fue reconocida en favor de Lotería Nacional S.E.[1286], a la que también se la designó como una entidad nacional con derecho al fuero federal en razón de las personas[1287].

Por el hecho de que el capital accionario de Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.E. era íntegramente estatal, se admitió su derecho a la competencia federal[1288].

Respecto de la Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas S.A. ("ENACE"), la Procuración General de la Nación admitió la excepción de incompetencia planteada por ésta frente a una demanda deducida por la Ciudad de Buenos Aires a los fines de obtener el cobro de sumas de dinero en concepto de Impuesto sobre los Ingresos Brutos. Al respecto, indicó que la demandada era una sociedad con un 75% de capital estatal, que "*en ningún momento vio alterada su naturaleza jurídica de derecho público, circunstancia que autoriza a considerarla una 'entidad nacional'*"[1289].

En el marco de una causa donde Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. ("AySA") solicitaba que se dejase sin efecto una multa impuesta por la justicia de faltas de la Municipalidad de San Martín, la CSJN entendió que aquélla debía tramitar ante la justicia local, primero, "*porque es claro que la materia en debate no reviste naturaleza federal que haga surtir el fuero de excepción, pues se trata de una cuestión derivada del poder de policía local como es la revisión de una multa… por infracción a una ordenanza municipal*", y, segundo "*porque Aguas y Saneamientos Argentinos es una sociedad anónima, constituida bajo el régimen de la ley 19.550, cuyo capital social está conformado por el Estado Nacional, con un aporte del noventa por ciento, y los ex trabajadores de Obras Sanitaria s de la Nación adheridos al Programa de Propiedad Participada, en el restante diez por ciento (conf. arts. 1° y 2° del decreto 304/06, ratificado por la ley 26.100)*". Agregó que "*tampoco se puede*

[1284] Sociedad del Estado creada por la ley 26.352 "[c]on sujeción al régimen establecido por la ley 20.705, disposiciones pertinentes de la ley 19.550 y modificatorias, que le fueren aplicables y a las normas de su estatuto […]" (cfr. artículo 7).

[1285] CSJN, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (SOFSE) s/ ejecución fiscal", CSJ 2659/2019, sentencia del 22/12/2020; "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (SOFSE) s/ ejecución fiscal", CSJ 2210/2019, sentencia del 4/3/2021 y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (SOFSE) s/ ejecución fiscal", CSJ 1946/2019, sentencia del 23/3/2021.

[1286] Constituida en los términos del decreto 598/90, norma que, luego de manifestar que: "[l]a Lotería Nacional necesita[ba] una organización moderna que [respondiera] con agilidad a los requerimientos de las distintas y cambiantes actividades que [eran] su objeto, tratando de restar, al propio tiempo, posibilidades al juego clandestino […]", la subsumió en las disposiciones de las leyes 20.705 (cfr. artículo 1) y 19.550 (cfr. artículo 1 del estatuto aprobado por el anexo).

[1287] CSJN, *Fallos*: 326:3669 y 330:1587.

[1288] CSJN, *Fallos:* 292:227.

[1289] PGN, "GCBA c/ Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas S.A. s/ proceso de ejecución", S.C. Competencia L.XL, dictamen del 12/8/2004.

soslayar que por el momento la totalidad del paquete accionario de Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. se encuentra en poder del Estado, porque todavía no se concretó el programa de propiedad participada al que se hizo referencia, circunstancia que podría determinar la procedencia del fuero federal en razón de las personas involucradas en la litis". Sin embargo, advirtió que esa situación (que podría eventualmente presentar una arista favorable respecto de la procedencia del fuero federal), no era idónea para modificar la decisión adoptada, en tanto la empresa no había realizado manifestación alguna al respecto, circunstancia que implicaba una renuncia tácita de la jurisdicción[1290].

Asimismo, en otro precedente donde se había articulado una pretensión indemnizatoria contra AySA, la CSJN consideró que la naturaleza jurídica de la sociedad no era suficiente para hacer surtir la competencia federal, sino que, al contrario, entendió que la causa debía tramitar ante la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires. Para decidir de esa manera, reiteró los fundamentos expuestos en el párrafo anterior; vale decir, la constitución de AySA como una sociedad anónima regida por la ley 19.550, así como su configuración como una sociedad de capitales mixtos (públicos y privados) y no exclusivamente estatal, "*a diferencia de lo que sucedía con la ex Obras Sanitarias de la Nación*"[1291].

La CNCom., por su lado, estimó que "dada la integración de la sociedad demandada, empresa continuadora de la ex Obras Sanitarias de la Nación, calificada como sociedad con participación estatal mayoritaria, procede la intervención del Fuero Civil y Comercial Federal"[1292].

Por otra parte, no obstante, descartó que la intervención de una sociedad de propiedad estatal pudiera configurar la competencia federal. Concretamente, Nucleoeléctrica Argentina S.A. —sociedad cuyo capital accionario pertenece al Estado Nacional— había recurrido ante la justicia federal, en el marco del procedimiento previsto en la ley 10.149 de la Provincia de Buenos Aires, una resolución administrativa que rechazaba su recurso contra el laudo arbitral en la que el Ministerio de Trabajo provincial había dejado sin efecto la suspensión aplicada a un empleado suyo. Estimó que la competencia para entender en esa causa correspondía a la justicia local puesto que "*la sociedad se rige por las normas que regulan las sociedades anónimas*" y "*se invoca la ley 20.744*

1290 CSJN, *Fallos*: 332:1143, con remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación. Respecto de la misma sociedad anónima, la CSJN entendió que se presenta una hipótesis de prórroga expresa, pues AySA S.A. —constituida bajo el régimen de la ley 19.550, cuyo capital social pertenece en un 90% al Estado Nacional, mientras que el restante 10% corresponde a los extrabajadores de Obras Sanitarias de la Nación adheridos al Programa de Propiedad Participada en virtud del cual se incorporaron oportunamente como accionistas de la exconcesionaria Aguas Argentinas S.A. (conf. arts. 1° y 2° del decreto 304/06, ratificado por la ley 26.100)— sostuvo que la particular condición de persona jurídica pública estatal que reviste la Municipalidad de Lomas de Zamora —y la materia debatida— conducía a someter el conocimiento de la causa a la justicia contencioso administrativa de la Provincia de Buenos Aires (CSJN, "*Balcazar Huanca, Jhasmira Soledad c/ Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. y otro s/ pretensión indemnizatoria-otros juicios*", CSJ 258/2023/CS001, sentencia del 27/12/2024).

1291 CSJN, "Correa Torres, Juvenal Nicolás c/ AySA Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/ daños y perjuicios", Competencia 251.XLIV, sentencia del 22/9/2009.

1292 CNCom., Sala B, "*Caimi, Gabriela Beatriz c/ AySA S.A. s/ sumarísimo*", causa 30.140/2014, sentencia del 14/7/2015.

como sustento de la relación jurídica que une al empleador con el trabajador". Dejó expresamente sentado que "*el hecho de que el patrimonio del Estado se encuentre indirectamente afectado, no es suficiente fundamento para hacer surtir la competencia de los tribunales federales, lo cual se compadece con los principios consagrados por la Constitución Nacional, pues allí se impone la actuación del fuero de excepción cuando la Nación es parte y no necesariamente en todos los casos en que pueda recaer un perjuicio sobre su patrimonio de manera más o menos directa*"[1293].

En otro orden de consideraciones, en una controversia donde la Provincia de Buenos Aires pretendía ejecutar al Correo Oficial de la República Argentina S.A. sumas de dinero en concepto de multas impagas, la empresa opuso excepción de incompetencia ante la demanda interpuesta ante la justicia ordinaria provincial, en el entendimiento de "*que se trata de una empresa que pertenece al Estado Nacional y que, por lo tanto, resulta competente para entender en la presente causa la justicia federal*". Suscitado un conflicto negativo de competencia, la CSJN reconoció que, como regla, habría correspondido aplicar al caso el criterio según el cual la radicación del proceso en su instancia originaria "*sería la única manera de conciliar las prerrogativas del Correo Oficial de la República Argentina S.A. al fuero federal y de la Provincia de Buenos Aires a la competencia originaria de este Corte*", pero que, sin embargo, la provincia había renunciado a esa prerrogativa al promover la demanda ante la justicia local[1294].

En ese mismo sentido, la CSJN indicó que "*Correo Oficial de la República Argentina S.A. tiene derecho al fuero federal en razón de la persona*" en el marco de las actuaciones en las que se había deducido un reclamo de naturaleza laboral. A tal fin, puso de resalto que la totalidad de las acciones le correspondían al Estado Nacional y que tal sociedad, de acuerdo con el decreto por el que se la había constituido, se encontraba regida por las normas y principios del Derecho Privado y, en las relaciones con su personal, por la ley 20.744 y los respectivos convenios colectivos de trabajo. Así, destacó que "*la sociedad se encuentra sujeta primordialmente al derecho privado, aunque integra el Sector Público Nacional en los términos del art. 8 inc. b) de la ley 24.156, en tanto se trata de una organización empresarial en la que el Estado*

1293 CSJN, "*Nucleoeléctrica Argentina S.A. c/ Secretaría de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires s/ recurso de apelación*", CSJ 2063/2016/CS1, sentencia del 5/12/2017, con remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación. Ello, con cita de *Fallos*: 301:517 y 304:1677, donde la CSJN, respecto de sociedades anónimas en la que el Estado tenía 84 y 94,3% de las acciones, afirmó que "*la mera tenencia por parte del Estado de acciones que representen por lo menos el 51% del capital de una sociedad no modifica su condición jurídica, y por lo tanto, ésta continúa rigiéndose por las disposiciones del derecho común*", pues la alteración de la estructura jurídica de la persona ideal requería "*que al predominio patrimonial se sume la manifestación de voluntad de llevar a cabo una actividad de utilidad nacional, bajo una forma jurídica apta para efectuar una gestión ágil*". Añadió que "*si bien el patrimonio del Fisco se encuentra indirectamente afectado por el resultado del juicio, ello no basta para surtir la competencia de los tribunales federales en ausencia… de las condiciones legales necesarias para sostener que el Estado se ha visto comprometido; lo que se compadece con los principios consagrados por la Constitución Nacional en la materia, toda vez que ella sólo impone la actuación del fuero de excepción cuando la Nación es parte y no necesariamente en todos los casos en que pueda recaer un perjuicio sobre su patrimonio de manera más o menos indirecta*".

1294 CSJN, "Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ ejecutivo", causa FLP 52020/2016/CS1, sentencia del 20/2/2025.

Nacional tiene 'participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias". Entonces, entendió que "*más allá de la personalidad jurídica diferenciada de la que goza la referida sociedad respecto del Estado Nacional (arts. 2 de la ley 19.550 y 143 del Código Civil y Comercial de la Nación), la sociedad Correo Oficial de la República Argentina S.A., cuyo capital es enteramente del Estado Nacional*", lo que justificaba "*la procedencia del fuero federal en razón de la persona en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y art. 2 inc. 6° de la ley 48, en razón de que tal sociedad resulta una de las 'entidades nacionales' equiparables al Estado Nacional… y ante la ausencia de una norma expresa que disponga algo diferente respecto de la competencia…*"[1295].

La competencia de los tribunales federales para entender en las causas en que esa sociedad fuera parte fue reiteradamente sostenida por la CSJN[1296].

En el mismo orden de razonamiento se expidió la Procuración General de la Nación en el marco de una acción iniciada por Integración Energética S.A. —"IEASA"— (ex Energía Argentina S.A. —"ENARSA"—) con el objeto de que se cumpliera con el pago una suma de dinero en concepto de facturas y notas de débito impagas por volúmenes de gas natural consumidos durante el periodo 2011-2015. Luego de que la CNACCF confirmara la declaración de incompetencia del juez de grado —quien había entendido que la pretensión involucraba una relación de índole comercial entre las partes y que requería a la aplicación de normas del derecho común— y remitiera las actuaciones a la Justicia Nacional en lo Comercial —la que, a su vez, también se declaró incompetente—, la Procuración consideró que la naturaleza de esa sociedad hacía surtir la competencia federal *ratione materiae*. A tal fin, puso de relieve que ENARSA había sido constituida como una sociedad anónima cuya actuación observaría las políticas del Estado Nacional, quien no podría quedar en una "situación minoritaria" como resultado de las modificaciones estatutarias que pudieran introducirse. Asimismo, ponderó que la sociedad se encontraba sujeta a los controles interno y externo del Sector Público Nacional en los términos de la ley 24.156, el cual integraba de conformidad con su artículo 8°, inciso b. Así, resaltó que IEASA o ENARSA "*es un ente del Sector Público Nacional que actúa en el ámbito jurisdiccional de la Secretaría de Gobierno de Energía del Ministerio de Hacienda*" y que, además, la decisión administrativa 85/2018 de la Jefatura de Gabinete de Ministros había aprobado los "Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina", en cuyos considerandos se tuvo presente que "*fueron creadas nuevas empresas de propiedad estatal, como Energía Argentina S.A.*". Por consiguiente, entendió que "*es una sociedad anónima*

[1295] CSJN, "Capazzuca, Gabriel Edgardo c/ Correo Oficial de la República Argentina Sociedad Anónima s/ incidente de incompetencia", CSJ 336/2022/CS1, sentencia del 27/12/2024.

[1296] CSJN, Fallos: 331:1004; 347:621; "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ recurso de apelación", Competencia CSJ 238/2013 (49-C)/CS1, sentencia del 8/10/2013; "Correo Oficial de la República Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/amparo", CSJ 106/2013 (49-C)/CS1, sentencia del 2/9/2014; "Gómez, Ángel Héctor c/ Bonvicino, Camilo Gustavo Fernando y otros s/cobro de pesos - accidente de trabajo", Competencia CSJ 234/2017/CS1, sentencia del 26/12/2017; "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ ejecución fiscal", CSJ 2643/2019, sentencia del 19/3/2024.

cuya titularidad es asumida por el Estado Nacional como principal accionista lo cual determina que tiene derecho al fuero federal en razón de la persona, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 de la Constitución Nacional y 2° inc. 6° de la ley 48"[1297].

De esta manera, la CSJN revocó el disímil criterio que había adoptado la CNACCF. Este tribunal, tras señalar que ENARSA era la misma persona jurídica que IEASA —salvo en lo atinente a su denominación social— y destacar que su capital se hallaba representado por acciones de titularidad del Estado Nacional (un 35% de ese capital), había afirmado que aquélla era una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria sujeta al régimen de la ley 19.550. Había dicho que "*las SAPEM son sujetos de derecho privado y no entes estatales descentralizados, sin perjuicio de que uno de sus socios sea el Estado y éste posea la mayoría total o casi total de las acciones y el poder decisorio de la entidad, ya que, por su forma de sociedad anónima, su carácter comercial, su organización y régimen jurídico privatístico, tales sociedades no integran,* strictu sensu*, la administración pública*". Por lo tanto, había concluido que "*en el cumplimiento de su objeto social… se rigen por las normas del derecho privado y no configuran ninguno de los modos de descentralización comprendidos en el concepto amplio de 'Nación' del art. 116 de la Constitución Nacional*"[1298].

Asimismo, la CSJN decidió que su competencia originaria era la única manera de conciliar las prerrogativas jurisdiccionales entre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Talleres Navales Dársena Norte S.A.C.I. y N., pues esta última "*es una sociedad anónima con participación mayoritaria del Estado Nacional —a quien le pertenece el 90% del capital accionario, mientras que el 10% restante corresponde al Programa de Propiedad Participada, representado por acciones clase 'B' en cabeza de los trabajadores…—, razón por la cual tiene derecho al fuero federal, según lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental*"[1299].

Este temperamento no fue seguido por la CNCom. en el marco de un proceso donde se había entablado demanda contra Belgrano Cargas y Logística S.A. —sociedad anónima de propiedad estatal— en el entendimiento de que "*más allá de tratarse la accionada de una sociedad del estado* [sic]*, ello no altera el hecho de que la específica relación entre las partes se encuentra enmarcada exclusivamente en el ámbito del derecho privado, habida cuenta que los diversos aspectos sustanciales que hacen estrictamente a la relación jurídica trabada entre esas dos sociedades denotan modalidades propias del derecho civil y/o mercantil, que habrán de regirse por principios propios del derecho común*", sin que —por lo demás— se observaran "*causales que justifiquen la intervención federal habida cuenta que la relación contractual entablada entre*

1297 PGN, "Integración Energética Argentina S.A. c/ Molino Navarro S.R.L. s/ cobro de sumas de dinero", causa 5067/2021/CS1, dictamen del 28/11/2022 y "Integración Energética Argentina S.A. c/ Siderca SAIC s/ ordinario", causa 796/2021/CS1, dictamen del 28/11/2022.

1298 CNACCF, Sala III, "Integración Energética Argentina S.A. c/ Molino Navarro S.R.L. s/ cobro de sumas de dinero", causa 5067/2021, sentencia del 29/12/2021.

1299 CSJN, "Talleres Navales Dársena Norte S.A.C.I. y Naviera Tandanor c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – AGIP – DGR s/ proceso de conocimiento", CAF 16.322/2020/CS1, sentencia del 19/3/2025.

las partes no presenta características, más allá del carácter estatal de la sociedad demandada (CN:116), que involucren cuestiones que determinen la actuación de aquella jurisdicción"[1300].

También se admitió la competencia de la justicia federal en una causa promovida contra YPF S.A. reclamando el pago de una suma de dinero en concepto de indemnización por contaminación ambiental producida a raíz de la actividad petrolera desarrollada por la empresa demandada. En ese contexto, el Estado Nacional había sido citado a integrar la *litis* y comparecer al pleito "*en razón de haber asumido los pasivos de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado existentes al 31 de diciembre de 1990 y toda vez que los daños que se denuncian podrían tener su causa con anterioridad a esa fecha y haberse originado en la actividad desplegada por dicha compañía, de conformidad con el art. 9°, 2° párr., de la ley nacional 24.145, por la cual se dispuso la transformación y la privatización de YPF S.A.*"[1301].

Así, pues, con posterioridad al dictado del decreto 2778/1990 —que dispuso la transformación de la entidad en una sociedad anónima regulada por la ley 19.550— y la sanción de la ley 24.145 —que fijó la conformación del capital social de YPF S.A.—, la CSJN le reconoció el privilegio al fuero federal *ratione materiae* por encontrarse en debate una cuestión propia de una empresa con participación del Estado Nacional[1302].

En cambio, convalidó la competencia de los tribunales nacionales en lo comercial para conocer en una demanda entablada por una empresa distribuidora de gas licuado de petróleo contra YPF Gas S.A. solicitando una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la rescisión unilateral de un contrato de distribución celebrado entre las partes. Configurado un conflicto negativo de competencia, sin que surja planteo de incompetencia en ese sentido, la CSJN sostuvo que "*no se advierte que lo reclamado en autos involucre la aplicación o interpretación de un régimen normativo de naturaleza federal, sino que, por el contrario, la demanda se funda en normas de derecho privado y se ciñe fáctica y jurídicamente a un vínculo mercantil suscitado entre dos sociedades comerciales*", sin que —además— se haya invocado "*que la rescisión del contrato de distribución de gas licuado afecte o haya podido afectar la prestación de un servicio público o comprometa aspectos que están regulados específicamente en el régimen regulatorio de la actividad de distribución de gas natural*"[1303] (el subrayado nos pertenece).

La CNACAF, a su turno, entendió que, en virtud de lo dispuesto en la ley 26.741 —que declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de la sociedad representado por igual porcentaje de sus acciones clase "D"—,

---

1300 CNCom., Sala F, "Italsem S.A. c/ Belgrano Cargas y Logística S.A. s/ proceso de conocimiento", causa 8389/2015, sentencia del 15/12/2015.

1301 CSJN, "Oviedo, Ramón Alfredo c/ YPF S.A. s/ daños y perjuicios", cit. supra.

1302 CSJN, *Fallos*: 321:3037.

1303 CSJN, "Distribuidora Pereyra S.A. c/ YPF Gas S.A. s/ rescisión de contrato", COM 2667/2020/CS001, sentencia del 8/10/2024.

el carácter "estatal" de YPF S.A. la haría acreedora de la competencia federal[1304].

De esta manera, los precedentes citados a lo largo de este capítulo demuestran concretamente que, la presencia del Estado manifestada a través de estructuras empresariales o societarias, implica —como regla— una atribución específica de competencias a la justicia federal para resolver los conflictos en los que alguna de esas entidades fuera parte[1305].

6. Mediación prejudicial

En otro orden de consideraciones, también cabe dilucidar si la mediación prejudicial constituye una etapa obligatoria, previa a la interposición de una demanda contra una empresa estatal. O si, en caso negativo y de todas formas, pueden ser convocadas a esta instancia a opción del interesado.

La ley 26.589[1306] establece la mediación como instancia obligatoria previa a todo proceso judicial, pero excluye de esa exigencia las causas en las que sea parte "*el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas…*" (artículo 5°, inciso c).

Si nos atuviésemos a la literalidad de la norma, la referencia a las "entidades descentralizadas" nos conduciría a afirmar la exclusión de las empresas estatales del ámbito de aplicación de la Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria, de manera que esa instancia no sería una condición de admisibilidad de la demanda deducida contra ese tipo de entidades.

Ahora bien, ¿ello conduce a afirmar la inviabilidad de la mediación si el interesado quisiera acudir a esa instancia previa? Se trata de una cuestión que —a nuestro juicio— se encuentra íntimamente vinculada con la posibilidad de transacción o conciliación por parte de las entidades estatales, pues, si tal posibilidad no existiese, carecería de sentido convocarlas a mediación.

Sobre este tema, se ha destacado que "[e]*xisten dos tesis referentes a la admisibilidad de la transacción en estos procesos* [contencioso-administrativos]*: la negativa y la positiva. La primera se funda en que ella es únicamente posible en las relaciones jurídicas en las que las partes tienen poder de disposición, lo que no ocurre en las relaciones jurídico-administrativas; y en que, si se trata de un proceso de impugnación de un acto, la Administración puede llegar a la conclusión de que el acto impugnado es válido o inválido, y en ambos casos, de adoptarse el acuerdo de transigir,*

1304 CNACAF, Sala IV, "YPF S.A. c/ AES Uruguaiana Emprendimientos S.A. y otros s/ recurso directo de organismo externo", causa 41.255/2013, sentencia del 7/10/2014 y "YPF S.A. c/ Distribuidora de Gas Cuyana S.A. s/ recurso directo de organismo externo", causa 16.211/2021, sentencia del 23/8/2022.

1305 Cabe dejar sentado que, si bien en la actualidad ha cedido el flujo de causas que ingresan en los términos descriptos, lo cierto es que la intervención también estará dada, en numerosos casos, por la *materia federal* en disputa, ya que en esas ocasiones la controversia se fundará en la aplicación o interpretación de normas y reglamentos de tipo federal (v. gr., transporte aéreo, actividad hidrocarburífera, etc.).

1306 B.O. 6/5/2010.

resultaría viciado: en el primer caso, porque si el acto es válido, la conclusión de transigir vendrá determinada por el temor del éxito en el proceso o por la intención de favorecer al demandante; en el segundo, porque su voluntad estaría dirigida a aprovecharse de la duda, del temor o de la necesidad de la parte contraria. La tesis positiva postula que también en derecho administrativo se dan relaciones de carácter patrimonial, por lo que no existen razones válidas para excluir totalmente la posibilidad de transacción, aunque las leyes administrativas la sujeten a formalidades especiales"[1307].

Así, el artículo 8º del decreto 411/1980, tras enumerar las actuaciones comprendidas en la facultad de representar al Estado en juicio, establece que sus representantes podrán, con autorización expresa de los ministros, secretarios ministeriales, secretarios de la Presidencia de la Nación —o subsecretarios si mediase delegación— u órganos superiores de los entes descentralizados, en lo que aquí interesa, formular allanamientos y desistimientos, otorgar quitas y esperas, transigir, conciliar, rescindir contratos o someter a juicio arbitral o de amigables componedores. En forma similar, el artículo 18 de la ley 23.982 prevé que el Poder Ejecutivo Nacional, previo asesoramiento del servicio jurídico permanente, podrán acordar transacciones, "*que en todos los casos deberán contar con la aprobación del Tribunal de Cuentas de la Nación, la Sindicatura General de Empresas Públicas o los organismos de control que correspondan en cada caso y ser homologadas judicialmente*".

De esta manera, con una nueva alusión que la normativa aplicable hace a "entes descentralizados", la búsqueda de una forma alternativa a la solución de la controversia —que es justamente a lo que tiende la celebración de la audiencia de mediación prejudicial— se encuentra condicionada a la existencia de facultades suficientes otorgadas en favor de la representación de la repartición estatal. Entonces, es probable que, convocada a hallar una forma alternativa de solución del conflicto, su representación letrada no se encuentre autorizada a celebrar un acuerdo en tal sentido; autorización que eventualmente podrá ser dispuesta una vez que se tenga un cabal conocimiento de las particularidades de la controversia y la conveniencia de realizar las concesiones recíprocas que la transacción lleva consigo. Así, pues, consideramos que se trata de una cuestión que difícilmente pueda existir en una etapa tan liminar del conflicto, donde ni siquiera se ha deducido pretensión alguna en sede judicial. En todo caso, la mayor o menor conveniencia de un posible acuerdo que justifique el otorgamiento de dicha autorización sólo podrá conocerse una vez que la contienda adquiera una "madurez" suficiente, definiéndose con un poco más de certeza sus contornos y perspectivas a partir de la traba de la *litis*.

Íntimamente vinculado con ello, pues, se encuentra lo atinente a la celebración de la audiencia prevista en el artículo 360 del CPCCN, destinada —entre otros fines— a encontrar una conciliación u otra forma de solución del conflicto, fijar

---

1307 VIEITO FERREIRO, Mabel y MONTI, Laura, "Terminación del proceso administrativo" en CASSAGNE, *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, cit., T. II, p. 77-101 y, en especial, p. 91-92.

los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba y proveer las pruebas que se consideren admisibles.

Con relación a ella, se ha destacado que no existe una posición uniforme en el fuero contencioso administrativo respecto a su realización[1308] y que se tiende a prescindir de su celebración recurriendo al argumento de que aquélla configuraría un *dispendio jurisdiccional* en tanto la ley 24.573 de Mediación y Conciliación no sería aplicable al Estado Nacional y sus entidades descentralizadas ni sus letrados apoderados cuentan con facultades para conciliar los pleitos[1309]. No obstante, si bien es cierto que el CPCCN dispone que, establecidos los hechos conducentes, el juez debe invitar a las partes a una conciliación u otra alternativa de solución de la controversia y que las representaciones letradas del Estado Nacional y sus dependencias deben contar con atribuciones expresas para celebrar conciliaciones o transacciones[1310], no es posible soslayar que ese propósito es sólo uno de los objetivos de la audiencia preliminar, sino que también persigue fijar los hechos conducentes objeto de la prueba, declarar las pruebas admisibles, recibir la oposición de las partes a la apertura a prueba, declarar la cuestión de puro derecho, aspectos que no se advierten contrarios a los principios generales del proceso contencioso administrativo[1311].

1308 RODRÍGUEZ PRADO, Julieta, "La prueba en el proceso administrativo", en TAWIL, Guido S. (dir.), *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 474-475.

1309 Conf. MERTEHIKIAN, Eduardo, "La prueba en el proceso administrativo" en CASSAGNE, *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, cit., T. II, p. 39-75 y, en particular, p. 61-62.

Así, en un caso donde se había deducido una demanda contra una sociedad de propiedad estatal, el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1 entendió que correspondía prescindir de la celebración de la audiencia preliminar. En tal sentido, sostuvo que las disposiciones del CPCCN sólo eran aplicable al proceso contencioso administrativo de manera analógica, en la medida en que resultasen compatibles con los principios de éste. Adujo que la fijación de una audiencia "*en la que se formula una invitación a conciliar u otra forma de solución del conflicto,* [es una] *circunstancia ajena al ámbito del derecho administrativo y a la intervención del Estado en juicio, entre otras circunstancias, por la presunción de legitimidad de la que gozan los actos administrativos…, lo que importa una imposibilidad que por regla tienen los apoderados de la Administración para conciliar. En estas circunstancias, el hecho de omitir la designación de la audiencia de que se trata no aparece como violatoria de las normas del debido proceso administrativo; máxime teniendo en cuenta que su fijación tampoco contribuye en el caso a la celeridad y economía procesal que la reforma plasmada en el código de rito ha querido consagrar al establecerla, habida cuenta de que —contrariamente a la situación que tiene lugar con las audiencias de testigos o de posiciones— hasta que aquella se concreta queda irremediablemente paralizada la sustanciación del proceso, dado que es recién en ese momento en que puede ser proveída la prueba ofrecida por las partes. En consecuencia, frente a la expresa indelegabilidad dispuesta por el art. 360, párrafo primero, del Cód. Procesal (ley 25.488), y a fin de evitar la paralización del proceso durante un lapso prolongado (arg. arts. 34, inc. 5, ap. c), y 35, inc. 1 del ritual), y toda vez que tampoco resulta admisible dividir la continencia de la causa, estableciendo soluciones diversas para cada codemandado, considero conveniente adecuar el procedimiento establecido por la norma citada a la presente causa prescindiendo de la audiencia allí prevista, en mérito de las facultades previstas en los arts. 34 inc. 5 y 36 del Cód. Procesal*" (JCAF 1, "*Bureau Veritas Argentina S.A. c/ Energía Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento*", causa 2020/2024, providencia del 20/9/2024).

1310 FALCÓN, Enrique M., *Tratado de la prueba*, 2ª edición, T. III, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 609 y ss.

1311 LÓPEZ CASTIÑEIRA, José Luis y CASARINI, Luis, "La prueba en el proceso contencioso administrativo" en AA. VV., *Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino*, Tomo Celeste, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2024, p. 257-289 y, en especial, p. 265-266.

7. Plazo y forma para el traslado de la demanda

Otro aspecto relevante que involucra a las empresas estatales en materia procesal es el atinente al plazo y la forma para el traslado de la demanda.

Con relación al plazo, originariamente, mientras estuvo vigente el artículo 4° de la ley 3952, el término para contestar demanda era de treinta días o el mayor que correspondiera según las distancias pertinentes si la demanda se hubiera deducido fuera del territorio de la Capital de la República.

Por su parte, a partir de la modificación introducida por la ley 22.434, el artículo 338 del CPCCN establece que, presentada la demanda, el juez dará traslado de ella a la demandada para que comparezca y la conteste dentro de los quince días; pero, cuando la parte demandada fuera la Nación, una provincia o una municipalidad, dicho término se extiende a sesenta días[1312], con lo que quedó *implícitamente derogado* el aludido artículo 4° de la ley 3952[1313].

Por otro lado, también corresponde poner de relieve que, de acuerdo con el artículo 9° de la ley 25.344 —que no contiene referencia alguna al CPCCN—, una vez admitido el curso de la acción, se correrá traslado de la demanda por el término de treinta días o el mayor que corresponda.

Quedan, pues, diversos plazos posibles para la contestación de la demanda: (i) quince días (general, previsto en el artículo 338 del CPCCN); (ii) treinta días (consagrado en la ley 25.344 para determinadas personas jurídicas); y (iii) sesenta días (establecido en favor del Estado Nacional, una provincia o una municipalidad). La variedad de plazos que en el ámbito nacional consagra la normativa procesal permite dudar acerca de cuál es el término con el que cuentan las empresas estatales para contestar traslado de las demandas que contra ellas se interpongan: quince, treinta o sesenta días.

Al respecto, se ha interpretado que el plazo para contestar de demanda es de sesenta días cuando la demanda es entablada contra el Estado Nacional —que es el mayor de los establecidos—, mientras que cuando el demandado fuera

---

1312 Con relación a ese plazo, la CSJN sostuvo que, contrariamente a lo que afirmaba la parte actora —que, en el caso, cuestionaba la constitucionalidad de la comunicación de la demanda a la PTN por entender que extendía el mayor plazo con que el Estado Nacional cuenta para contestar demanda—, no se trataba de un plazo máximo que puede otorgarse al Estado para que preparara su defensa —que haría inconstitucional cualquier norma que lo extendiera—, sino que, por el contrario, no existía razón constitucional por la cual el plazo legal para contestar demanda debía ser considerado el máximo que la ley puede acordar (CSJN, *Fallos*: 330:5032, considerando 6°, segundo párrafo; FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, T. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 435).

Se ha señalado que esta extensión del plazo confiere una injustificada ventaja procesal al Estado, que conspira contra el principio de celeridad procesal, explicándose que los aspectos puramente organizativos de los entes estatales invocados como fundamentos de ese plazo, deberían encontrar solución dentro de la propia Administración, pues los litigantes —"consumidores" del servicio— no han de soportar demoras inusitadas (MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, 4ª edición, T. V, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 526).

1313 ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los Códigos Provinciales*, 3ª edición, T. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 475. Asimismo, COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, 3ª edición, T. III, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 604.

uno de los organismos identificados en la ley 25.344, el término será de treinta días, por lo que no se les aplicaría el mayor previsto en el artículo 338 del CPCCN[1314].

Los entes y órganos mencionados en el artículo 6° de la ley 25.344, a los que les resultaría aplicable el término de treinta días establecido en su artículo 9°, son los "*organismos de la administración pública nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, fuerzas armadas y de seguridad, sociedades con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, y todo otro ente en que el Estado nacional o sus entes descentralizados posean participación total o mayoritaria de capital o en la conformación de las decisiones societarias…*".

Entonces, en lo que aquí interesa, sólo el Estado Nacional goza de la prerrogativa de contestarla en un plazo más amplio que los particulares, pero dicho privilegio no se extiende a las restantes personas públicas estatales, como lo son, por ejemplo, las entidades autárquicas[1315]. Ello, por cuanto la especificidad del precepto consagrado en el artículo 338 del CPCCN, así como el carácter excepcional del plazo allí previsto, imponen una interpretación que, en cuanto concierne al ámbito subjetivo de su aplicación, se ajuste a sus puntuales previsiones, que no cabe extender cuando se tratan de sujetos que no participan de la naturaleza allí enunciada[1316].

Así, respecto de las empresas estatales, queda descartado el plazo de sesenta días para contestar demanda, reservado —como dijimos— al Estado Nacional en procesos ordinarios. De tal modo, la cuestión consiste en dilucidar si resulta aplicable el de treinta o quince días.

La CNACAF se pronunció en favor de la aplicación del plazo de treinta días respecto de sociedades anónimas de capital estatal[1317].

1314 LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 304.

1315 MONTI, Laura M y VIEITO FERREIRO, Mabel, "La demanda, la contestación de la demanda, la reconvención y las excepciones en el proceso contencioso administrativo" en CASSAGNE, *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, cit., T. II, p. 3-37 y, en particular, p. 19. Asimismo, FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado*, 3ª edición, T. 3, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 184; y HIGHTON, Elena I. y AREÁN, Beatriz A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 6, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 482.

1316 CNACAF, Sala I, "América TV SA c/ AFSCA Resol. 387/13 (Expte 1050/08 s/ proceso de conocimiento", sentencia del 23/6/2015; Sala I, "Rulli, Micaela c/ Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria SENASA s/ empleo público", causa 36.825/2016, sentencia del 7/5/2019 Sala II, "Centro de Graduados del Liceo Naval Militar 'Almirante Guillermo Brown c/ UBA s/ proceso de conocimiento", sentencia del 23/4/2021; Sala III, "Kiernan Moreno, Alejandro Ricardo c/ SENASA s/ empleo público", sentencia del 28/10/2020.

Vale destacar que ese plazo de treinta días rige únicamente en los juicios ordinarios y no, por ejemplo, en un juicio ejecutivo (CNACCF, Sala I, "*Matafuegos Donny S.R.L. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ proceso de ejecución*", causa 7017/2023, sentencia del 27/3/2024).

1317 CNACAF, Sala II, "*Moyano, Hugo Rolando c/ Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios*", causa 12.260/2012, sentencia del 1°/8/2017; y lo mismo puede inferirse de lo resuelto por la CNACCF, Sala I, "*Angles, Erica Ana y otro c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ daños y perjuicios*", causa 11.773/2023, sentencia del 20/2/2024.

Por su parte, la CNACCF también entendió aplicable ese término con relación a las sociedades del Estado al destacar que el artículo 9° "*en forma implícita contempla la posibilidad de que el plazo aplicable no sea el mismo en todos los casos, lo que sin duda se debe atribuir a la diferente naturaleza de los sujetos comprendidos en la enumeración del artículo 6 y, por consiguiente, a las disposición procesales que sean aplicables en cada caso*", por lo que resulta acertado no aplicar el plazo previsto en el artículo 338 del CPCCN cuando la demandada fuera una entidad con personalidad jurídica propia, distinta a la del Estado Nacional[1318].

Del mismo modo se expidió la CNACiv.[1319].

No obstante, este último Tribunal también efectuó una interpretación —a nuestro juicio— equivocada de los alcances del artículo 338 del CPCCN. En efecto, la Cámara entendió que la organización administrativa del Estado estaba configurada por la conformación del Sector Público Nacional y que, en la medida en que el organismo demandado era una sociedad de capital íntegramente estatal, no obstante la aplicación predominante de las normas de derecho privado, "*al integrar la organización administrativa del Estado*", debían aplicársele ciertas normas de derecho público. Desde esa perspectiva, consideró que el plazo para contestar demanda debía ser de sesenta días "*al encontrarse comprendida en las previsiones de la ley 25.344 y dada la remisión que esta norma hace al artículo 338 del Código Procesal*"[1320]. Sin embargo, ninguna remisión se hace allí al término especial previsto en el CPCCN y, por lo demás, no obstante caracterizar a la sociedad como una entidad descentralizada, al aplicar el plazo de sesenta días, la Cámara soslayó el texto de la propia ley 25.344.

1318 CNACCF, Sala I, "Cabral, José Ángel y Laino, María Florencia SS c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 10.543/2018, sentencia del 10/3/2020; "Artec Ingeniería S.A. c/ Operadora Ferroviaria Soc del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 7809/2020, sentencia del 24/2/2022; Sala II, "Aqua Master S.R.L. c/ Operadora Ferroviaria Soc del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 6403/2016, sentencia del 30/9/2019; "La Holando Compañía de Seguros S.A. c/ Sociedad del Estado Casa de Moneda s/ cobro de sumas de dinero", causa 69675/2017; Sala III, "Rebor Seguridad S.A. c/ Operadora Ferroviaria S.E. s/ cobro de sumas de dinero", causa 5732/2017, sentencia del 7/5/2019. Asimismo, JNCAF 6, "Servicios Vertua S.A. c/ Energía Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento", causa 34.487/2017, providencia del 26/2/2018; JNCAF 7, "Ariza, Carlos Guillermo c/ Fabricaciones Militares Sociedad del Estado (ex Dirección Gral de Fabricaciones Militares) s/ empleo público", causa 2630/2019, providencia del 28/6/2022; JNACAF 8, "Ledesma, César Daniel c/ Empresa Argentina de Navegación Aérea S.E. s/ proceso de conocimiento", causa 1099/2021, providencia del 15/6/2021; JNCCF 3, "Industrias Juan F Secco S.A. c/ Energía Argentina S.A. (ENARSA) s/ cumplimiento de contrato", causa 18.734/2022, providencia del 22/5/2023; JNCCF 4, "Cuppari, Francisco s/ sucesión c/ Fabricaciones Militares Sociedad del Estado s/ cese de uso de patentes daños y perjuicios", causa 4730/2023, providencia del 25/3/2024; JNCCF 8, "Pereyra, Carlos Martín c/ Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/ daños y perjuicios", causa 3056/2016, providencia del 17/2/2017; JNCCF 9, "Tracnova S.A. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 8328/2014, providencia del 31/5/2024 y "Maldonado, Claudia Raquel c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ daños y perjuicios", causa 12.275/2023, providencia del 1°/2/2024; JNCCF 11, "Bril, Eduardo Moisés y otro c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ pérdida daño de equipaje", causa 3929/2017, providencia del 26/6/2018.

1319 CNCiv., Sala D, "Báez, Ariel Fabián c/ Operadora Ferroviario Sociedad del Estado s/ daños y perjuicios", causa 59.421/2018, sentencia del 22/11/2019.

1320 CNCiv., Sala J, "Pallero, Patricia Alejandra c/ Corredores Ferroviarios S.A. Línea San Martín s/ daños y perjuicios", causa 39.475/2014, sentencia del 19/3/2015.

En una primera aproximación, al encontrarse expresamente incluidas en el artículo 6° de la ley 25.344, a las empresas estatales les resultaría aplicable el plazo de treinta días para contestar demanda y no el de quince[1321] o sesenta[1322]. Sin embargo, el otorgamiento de ese mayor término de que dispondrían las empresas estatales para contestar la demanda importa el reconocimiento una verdadera prerrogativa procesal en su favor[1323], que no se condice con su actual régimen jurídico tras el dictado del DNU 70/2023. En efecto, a través del artículo 48, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la transformación de "*las sociedades o empresas con participación del Estado en Sociedades Anónimas*", que quedarían sujetas a todos sus efectos al régimen de la Ley General de Sociedades N° 19.550 "*en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna*"; y, por su parte, mediante el artículo 50, estableció que aquellas "empresas" en las que el Estado Nacional fuera accionista "*no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público*".

Desde esta perspectiva, consideramos que, mediante el dictado del DNU 70/2023, el término de treinta días consagrado en el artículo 6° de la ley 25.344 ha quedado implícitamente derogado. Al no poder contar con ninguna prerrogativa pública y encontrarse "*en igualdad de condiciones*" a cualquier otra sociedad, el plazo para la contestación de la demanda deberá ser general de quince días previsto en el artículo 338 del CPCCN para toda persona con exclusión del Estado Nacional, las provincias y los municipios.

Por último, en cuanto al modo en que debe practicarse su notificación, el artículo 9° de la ley 25.344 establece que "[e]*l traslado se efectuará por oficio dirigido al Ministerio, Secretaría de la Presidencia de la Nación o entidad autárquica pertinente*" y que, si la notificación se hubiera efectuado a una dependencia distinta a la correspondiente, el plazo para contestar la demanda sólo comenzaría a computarse una vez recibido el oficio por el organismo competente. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que la notificación

---

1321 Cabe advertir, sin embargo, que el relevamiento efectuado nos permitió encontrar una causa en la que, si bien se ordenó correr traslado de la demanda a Operadora Ferroviaria S.E. por el término de treinta días, dicho traslado fue ordenado con relación a Nación Seguros S.A. por quince días (JNCCF 8, "*Flores, Ariel Gustavo c/ Estado Nacional Ministerio de Transporte de la Nación y otros s/ lesión y/o muerte pasajeros trans ferroviario*", causa 5402/2021, providencia del 7/5/2024). Lo mismo se ha observado respecto a Aerolíneas Argentinas S.A. (JNCCF 2, *Postigo Mendoza, Julián José y otro c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ incumplimiento de contrato*", causa 17.941/2018, providencia del 24/10/2018 y "*Artaza, María Rosa y otro c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ daños y perjuicios*", causa 52.502/2019, providencia del 29/4/2021; JNCCF 6, "*Piat Bermúdez, Nicolás Jorge c/ Avantrip com S.R.L. y otro s/ incumplimiento de contrato*", causa 12.959/2023, providencia del 18/9/2023). En similar sentido, se ha ordenado la citación como tercero de Radio y Televisión Argentina S.E., corriéndole traslado de la demanda por el plazo de quince días (JNCAF 4, "*Paratore, Natalia Inés c/ EN-JGM – Secretaría de Comunicación Pública s/ proceso de conocimiento*", causa 29.863/2017, providencia del 3/2/2022).

1322 No obstante, hemos encontrado casos en los que el traslado de la demanda se ordenaba por el término de sesenta días (JNCCF 8, "*Hourmilougue, Walter Emanuel c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ cobro de sumas de dinero*", causa 14.257/2023, providencia del 9/11/2023 y JNCAF 9, "*Catamarca Telecomunicaciones SAPEM c/ Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. s/ contrato administrativo*", causa 8546/2017, providencia del 7/8/2018).

1323 COMADIRA y ESCOLA, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. I, p. 16.

de la demanda debía ser efectuada por oficio y no por cédula[1324]. Entonces, la citación debe ser notificada por oficio en la mesa de entradas donde tiene su sede el organismo demandado[1325].

8. Comunicación a la PTN

A su vez, la ley 25.344 prevé en su artículo 8° que, [e]*n todos los casos, promovida una acción contra los organismos mencionados en el artículo 6°, cualquiera sea la jurisdicción que corresponda, se remitirá por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación copia de la demanda, con toda la prueba documental acompañada y se procederá, cumplido este acto, a dar vista al fiscal, para que se expida acerca de la procedencia y competencia del tribunal*". De esta manera, se introduce un paso procesal adicional —previo a que se tenga por habilitada la instancia y se corra el pertinente traslado de la demanda— que consiste en comunicar a la PTN, por oficio, la existencia del proceso, su carátula, número de expediente, radicación y monto pretendido[1326].

La CSJN ha entendido que la realización de dicha comunicación no resulta violatoria del principio de igualdad y del derecho de defensa en juicio, pues no importa —como decía la actora— el reconocimiento al Estado Nacional del privilegio de tomar conocimiento de la demanda antes de su notificación. Ello, por cuanto no se había se había demostrado que la comunicación cuestionada ocasionara una dilación o demora excesiva del proceso ni que "*la notificación anticipada*" irrogara un gasto de tal magnitud que impidiera o tornara demasiado oneroso del acceso a la justicia, de modo que no se comprendía "*cuál sería el perjuicio que le provoca al demandante comunicar al Estado que ha iniciado un juicio en su contra y acompañar la prueba documental, antes de que se corra traslado de la demanda y mientras se sustancia el procedimiento de habilitación de la instancia*". Consideró que el hecho de que el Estado tuviera más tiempo que antes de la sanción de la ley 25.344 para organizar sus defensas no comprometía la tutela efectiva de los derechos de igualdad y de defensa en juicio, máxime cuando la necesidad de la ley —o su carácter no caprichoso— radicaba en que el órgano encargado de ejercer la defensa del Estado contara con la información necesaria para mejorar sus políticas de actuación judicial. En definitiva, el recaudo procesal "*sólo busca asegurar la eficiente defensa en juicio del Estado Nacional, condición indispensable para que se produzca un debate efectivo entre las partes y un fallo judicial informado*"[1327].

1324 CNACCF, Sala II, "A. G. M. c/ Estado Nacional Ministerio de Transporte Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ daños y perjuicios", causa 9035/2020, sentencia del 10/9/2021; Sala III, "Arias, Fany Benjamina c/ SOFSE s/ daños y perjuicios", causa 8759/2018, sentencia del 8/10/2020.

1325 LUQUI, Revisión judicial de la actividad administrativa, cit., T. 2, p. 301.

1326 A través de la resolución 128/2019 de la PTN se estableció que las comunicaciones previstas en la ley 25.344 se realizarán exclusivamente a través de la plataforma digital.

1327 CSJN, *Fallos*: 330:5032. Agregó que ello tampoco vulneraba la independencia del Poder Judicial, pues la firma del juez en el oficio de remisión de la documentación exigida por la norma no tenía entidad para comprometer su independencia de criterio en el fallo final de la causa. En contra, BUJÁN, Néstor, "Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación

Pues bien, ¿tal exigencia es necesaria en las causas judiciales promovidas contra empresas públicas? Sobre el punto, es preciso reiterar que la ley 25.344 incluye una amplia gama de entidades alcanzadas por sus previsiones, dentro de las cuales se encuentran —como vimos en el punto anterior—, además de los bancos y entidades financieras oficiales, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y sociedades de economía mixta; en general, "*todo otro ente en que el Estado nacional o sus entes descentralizados posean participación total o mayoritaria de capital o en la conformación de las decisiones societarias*".

Así, la CSJN consideró que la ley 25.344 era aplicable a entes societarios con propiedad estatal, ya sean sociedades del Estado o sociedad anónimas con participación estatal mayoritaria[1328], aunque también se entendió que resultaba un dispendio jurisdiccional comunicar a la PTN —que tiene una finalidad meramente informativa— cuando aquélla ya se hubiera efectuado en razón de haberse demandado al Estado Nacional y se citara como tercero a una empresa estatal[1329].

No obstante, la CNACCF, ante la pretensión de la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. ("ARSAT") —sociedad de propiedad estatal— para que se siguiera el procedimiento previsto en la ley 25.344 y, en particular, la comunicación a la PTN, entendió que las disposiciones de esa ley no resultaban aplicables a la demandada, puesto que su norma de creación excluía de manera expresa la aplicación de las normas y principios de derecho administrativo, rigiéndose, entonces, por las normas de derecho común[1330].

Sin embargo, ese mismo Tribunal había señalado con anterioridad que la información dirigida a la PTN prevista en el artículo 8° de la ley 25.344 abarcaba a todos los sujetos comprendidos en su artículo 6°[1331]. En cambio,

---

de la instancia judicial a través de las reformas de la ley 25.344", *Revista de Derecho Público - Proceso Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 45 y ss.).

1328 CSJN, *Fallos*: 327:5623.

1329 CNACAF, Sala II, "Moyano, Hugo Rolando c/ Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios", cit.

1330 CNACCF, Sala II, "*Ti Sparkle Argentina S.A. c/ Empresa Argentina de Soluciones Satelitales SA. s/ incidente de apelación*", causa 7919/2021, sentencia del 15/7/2022. En su dictamen, la Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal indicó que "*con relación a la ley 25.344, si bien dicha norma resultaría aplicable a la accionada en los términos previstos en sus artículos 8° y 6°, por tratarse de una sociedad cuyo capital pertenece al Estado nacional, no se advierte que a tenor de la fecha de inicio de las presentes actuaciones resulte aplicable la suspensión allí prevista ni la apelante ha invocado ningún agravio sustancial vinculado con la comprobación de los extremos previstos en el artículo 8° citado*".

1331 CNACCF, Sala II, "La Holando Compañía de Seguros S.A. c/ Sociedad del Estado Casa de Moneda s/ cobro de sumas de dinero", cit. supra. Asimismo, Sala I, "Artec Ingeniería S.A. c/ Operadora Ferroviaria Soc del Estado s/ cobro de sumas de dinero", ya citado. Véase, asimismo, JNCCF 3, "Megafreight S.R.L. c/ Sociedad del Estado Casa de Moneda s/ cobro de sumas de dinero", causa 11.245/2023, providencia del 31/8/2023; JNCCF 5, "Soluciones MRO SAIC c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 13.092/2023, providencia del 24/11/2023; JNCCF 7, "Interoffice Argentina S.R.L. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 12.470/2024, providencia del 30/5/2024; JNCCF 11, "General Industries Argentina S.A. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ cobro de sumas de dinero", causa 13.267/2023, providencia del 13/11/2023. En sentido similar, JNCAF 1, "Bureau Veritas Argentina S.A. c/ Energía Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento", causa 2020/2024, providencia del 15/3/2024; JNCAF 5, "JCR S.A. y otro c/ Energía Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento", causa 15.867/2024, providencia del 23/9/2024; JNCAF 6, "Servicios Vertua S.A. c/ Energía Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento", causa 34.487/2017, providencia del 26/2/2018.

la CNACiv. consideró que, en la medida en que Correo Oficial de la República Argentina S.A., se encuentra comprendido dentro del artículo 6° de la ley 25.344, resultaba necesaria la realización de la comunicación prevista en el artículo 8° a la PTN, así como el plazo de treinta días para la contestación de la demanda[1332].

9. La aplicación de la LMC

La ley 26.854 se encarga de regular todo lo atinente a las medidas cautelares en las que el Estado Nacional es parte y, en concreto, rige todas "[l]*as pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos…*" (cfr. artículo 1°). Así, surge la problemática acerca de si la referencia a los "entes descentralizados" comprende a las genéricamente denominadas como "empresas estatales". En una primera lectura, podría afirmarse que, con esa expresión, la ley alude a todas aquellas entidades creadas con una competencia separada de la Administración centralizada, por lo que —en tal caso— la esencia de la cuestión estaría dada por la existencia de una personalidad jurídica propia e individual con capacidad para administrarse. Sin embargo, la enorme variedad de técnicas de descentralización con las que cuenta la Administración y, en particular, las que involucran una dualidad de regímenes jurídicos —público y privado—, hace que el tema no sea de tan sencilla solución.

Al respecto, ABERASTURY sostiene que, al aceptarse la existencia de entidades cuyo patrimonio resulta mayoritariamente estatal y se rigen por normas de derecho privado, el ámbito de aplicación de la LMC debe determinarse conforme a un criterio restrictivo para calificar a este tipo de entes como integrantes de la Administración descentralizada alcanzada por sus disposiciones. Ello, en tanto, de lo contrario, si se extendiera su aplicación a las pretensiones cautelares frente a toda actividad de naturaleza pública o en la que se involucraran patrimonios mayoritariamente estatales, se prescindiría de la voluntad del legislador de sujetar a estas empresas a las reglas del Derecho Privado. Para dar mayor sustento a esta tesis, el autor pone de resalto la inclusión en la ley de diversos términos que hacen razonable inferir esa conclusión, tales como "entidad pública demandada" (artículo 14, inciso 1°), "autoridad pública" (artículo 14, inciso 1.b) y "conducta emanada de un órgano o ente estatal" (artículo 15, inciso c). De esta manera, podrían existir serias dudas acerca de la generalidad de los entes que se pretendieron regular mediante la sanción de la LMC. Por lo tanto, concluye que "*si se asume que el legislador ha tenido un mínimo de coherencia, se debería asimilar 'ente descentralizado' a 'ente público', y esa denominación no puede ser doctrinaria, sino que debe tener origen legal, por lo que no comprende a lo que la doctrina denomina 'ente no estatal'*"[1333].

[1332] CNCiv., Sala B, "Armelín, María Micaela y otro c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. y otros s/ daños y perjuicios derivados de la vecindad", causa 69.822/2021, sentencia del 26/4/2022.

[1333] ABERASTURY, Pedro, *Medidas cautelares contra el Estado. Ley 26.854 comentada y anotada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020, p. 79-82.

En cambio, se ha propuesto la adopción de un criterio amplio conforme al cual bastaría la presencia del Estado Nacional o de alguno de sus entes descentralizados para que se torne aplicable la LMC, comprendiéndose a toda la Administración Pública —centralizada o descentralizada—, así como a los restantes órganos del Poder Legislativo, Judicial y del Ministerio Público. Así, se afirmó que "[c]*entrándonos en lo referido a la Administración Pública, la ley en comentario proyecta interesantes consecuencias en el rol de accionista minoritario que asumió en algunas sociedades comerciales a través de la estatización de los fondos de las AFJP (ley 26.425). Consideramos que en su mérito, cada vez que los accionistas del sector privado pretendan obtener una medida cautelar contra el Estado deberán cumplir con los términos de la ley 26.854 que, por ser posterior y especial, debe prevalecer por sobre las medidas cautelares previstas en la ley 19.550. Dada la claridad de la norma en estudio, no advertimos argumentos que se opongan a tal conclusión*"[1334]. Ese razonamiento se ha extendido a las sociedades del Estado[1335] y, en ese sentido, se sostuvo que "[a] *nivel subjetivo, las cautelares alcanzadas son las dirigidas contra cualquier organismo estatal (v. gr., desde el Poder Ejecutivo hasta una empresa del Estado)*", aunque sin precisar tal criterio resultaba extensivo, a su vez, a otros tipos societarios[1336].

Lo determinante a los fines de dilucidar la noción de "ente descentralizado" empleada por la LMC, es la distinción efectuada por el Código Civil y Comercial entre personas jurídicas públicas y privadas que, en lo que aquí interesa, incluye dentro de las primeras al "*Estado nacional… las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter*" (artículo 146, inciso a); y, entre las segundas, a "*las sociedades*", sin que la participación del Estado en ellas modifique su carácter privado (artículo 148, inciso a; y 149).

Este criterio restringido del ámbito de aplicación de la LMC es el que se desprende de la jurisprudencia.

En efecto, en el caso "*Asociación Sepa Defenderse*"[1337], la actora había cuestionado que la juez de primera instancia hubiera ordenado la producción del informe previsto en el artículo 4° de la ley 26.854, pese que una de las demandadas —Metrogas S.A.— no constituía una entidad estatal, sino "*una empresa privada*" o "*una persona jurídica de carácter privado del tipo sociedad comercial*", excluida de la aplicación de la referida ley. Si bien el Tribunal rechazó el recurso de apelación, dejó expresamente sentado que, cuando la juez *a quo* había requerido el informe "*al demandado*", resultaba evidente que ello era *únicamente* con relación a la Secretaría de Energía de la Nación y al Ente Nacional de Regulación del Gas. Por sus propios fundamentos, el juez

---

1334 TOIA, Bruno G., "Medidas cautelares contra el Estado. Aspectos constitucionales y procesales del informe previo", LL 2022-D, 589

1335 TOIA, Bruno G., "La Ley de Medidas Cautelares en las que es parte o interviene el Estado Nacional", LL 2015-E, 693.

1336 OLMOS SONNTAG, María Gimena, "Medidas cautelares contra la Administración" en FERNÁNDEZ, *Derecho procesal administrativo*, cit., p. 201-228 y, particularmente, p. 219.

1337 CNACAF, Sala I, "Asociación Sepa Defenderse c/ EN-Secretaría de Energía – ENERGAS y otro s/ medida cautelar (autónoma)", causa 49.805/2014, sentencia del 5/3/2015.

Facio —aunque con referencia a quiénes debía solicitárseles la presentación del informe previo— precisó que, en la medida en que la ley aludía a la "autoridad pública demandada" y a la necesidad de examinar el "interés público comprometido" (artículo 2°), no resultaba exigible la producción del informe respecto de aquellas entidades que no revistieran la condición de autoridad pública[1338].

Posteriormente, la Sala III de la CNACCF se expidió con relación a la petición del Banco de la Nación Argentina para que se aplicaran las normas de la ley 26.854 a las pretensiones cautelares deducidas en su contra. Sobre el punto, señaló que "*el Banco de la Nación Argentina es una entidad autárquica —tal como surge de su carta orgánica— y no un ente descentralizado (artículo 1° de la ley 21.799 modificada por las leyes 25.299 y 22.602). Esa calificación jurídica determina que, salvo expresa disposición en contrario, no se le aplican las normas que rijan la actuación de la administración pública nacional (artículo 32 de la Carta Orgánica). Tampoco puede verse beneficiada por la ley 26.854 ya que ésta establece un plexo normativo especial en materia de medidas cautelares, que está restringido al Estado Nacional y a sus 'entes descentralizados' (conf. artículo 1° de la ley cit.). En conclusión, al precepto contenido en la Carta Orgánica del BNA, se le suma el ámbito subjetivo definido por la ley 26.854 dentro del cual dicha entidad, por lo visto, no se encuentra*"[1339].

Si bien el Tribunal arribó a una conclusión ajustada al criterio restringido expuesto para determinar el ámbito de aplicación de la LMC, no puede dejar de señalarse la imprecisión de su fundamentación, en la que no se explica cuál es, concretamente, el razonamiento que permitiría excluir a las entidades autárquicas del concepto de descentralización empleado en la normativa. Ello sólo podría tener lugar en la medida en que se asimilara la descentralización —en el sentido de burocrática— a la desconcentración.

Por su parte, la Sala II de CNACCF también se pronunció en contra de la aplicación de la LMC a las sociedades anónimas de propiedad estatal. Al respecto, ante la invocación por parte de la empresa de la inembargabilidad de sus fondos, sostuvo que ARSAT había sido constituida como sociedad anónima en los términos de la ley 19.550, con exclusión, en general, de las normas o principios de derecho administrativo. En tal sentido, ponderó que la

---

1338 En cambio, con un sentido más amplio, el Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San Martín N° 1 requirió a las "demandadas" —que incluía a la empresa Ferrocarriles Argentinos S.E.— la producción del informe previsto en el artículo 4° de la ley 26.854 (v. "*Pajón, Omar Alberto c/ EN-Ministerio de Transporte – y otro s/ amparo ley 16.986*", causa 65.050/2022, providencia del 13/2/2023). En igual sentido, JNCAF 9, "*Servicios Vertua c/ Energía Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento*", causa 34.487/2017, providencia del 31/5/2017; y "*Glacco Compañía Petrolera S.A. – Roch S.A. – Áreas Chorrillos/Palermo Aike/Campo Bremen/Moy Aike/Océano – Unión Transitoria de Empresas c/ EN- Sec Energía – Energía Argentina S.A. – Prov. de Santa Cruz s/ amparo ley 16.986*", causa 16.607/2024, providencia del 10/10/2024.

1339 CNACCF, Sala III, "*Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Banco de la Nación Argentina s/ acción meramente declarativa – incidente*", causa 6417/2012, sentencia del 2/2/2016. Del mismo modo, aunque sin referirse expresamente a la inaplicabilidad de la ley 26.854, la Cámara examinó, para determinar la procedencia de una medida cautelar contra el Banco de la Nación Argentina, la configuración de los recaudos previstos en el CPCCN (Sala II, "*Zárate, Walter Nicolás c/ Banco de la Nación Argentina s/ acción meramente declarativa*", causa 5487/2021, sentencia del 2/3/2022).

intención del legislador había sido someter sus actividades —de índole comercial— al derecho común para conferirle suficiente agilidad para llevarlas a cabo y cumplir eficazmente sus cometidos. Por ese motivo, indicó que, toda vez que la acción tenía por objeto el cobro de sumas de dinero resultantes del incumplimiento de un vínculo contractual, la controversia estaba sujeta a la aplicación de las normas del derecho privado, de modo que la pretensión de la sociedad resultaba contrapuesta con su propia norma de creación y los antecedentes y fundamentos que precedieron a su sanción. Agregó, por otra parte, que no impedía esa conclusión el hecho de que "*su tarea o cometido de garantizar un servicio público de comunicación o el hecho de que ello se practique, en parte, con fondos provenientes del Estado Nacional*", circunstancia que no resultaba suficiente para determinar la inembargabilidad de sus fondos[1340].

En sentido análogo, aunque en el marco de un conflicto de competencia en una causa promovida contra Aguas y Saneamientos Argentinos S.A., la CNACCF sostuvo que la LMC —y, en particular, su artículo 20 que le asigna a la Alzada del fuero contencioso administrativo federal la potestad para dirimir ese tipo de conflictos— no resultaba de aplicación a AySA, "*más allá de la participación estatal mayoritaria*", puesto que había sido constituida por el régimen de la ley 19.550 y su actuación sujeta a las normas y principios del Derecho Privado[1341].

10. Procedencia de la acción de lanzamiento

La discusión acerca de la naturaleza y el régimen jurídico de las empresas estatales impacta en el carácter de sus bienes y, en lo que interesa a los efectos de este estudio, en la procedencia de la acción de lanzamiento para obtener el desalojo de los bienes inmuebles de los que fuera titular alguna de las formas societarias que integran esa categoría.

La ley 17.091[1342] establece que "[e]*n los casos en que se hubiere otorgado la concesión de inmuebles de propiedad del Estado, afectados a la Administración centralizada, descentralizada, Empresas del Estado o entidades autárquicas, con o sin instalaciones o viviendas accesorias, para el desarrollo de actividades lucrativas o prestación de servicios de esta índole o cualquier otra actividad u objeto, una vez vencido el plazo pactado o declarada su rescisión por la autoridad administrativa, el concesionario deberá restituir los bienes dentro del término de diez (10) días corridos. Caso contrario el organismo competente, acreditando el cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, podrá requerir a la justicia el inmediato desalojo del concesionario o de cualquier otro ocupante. Efectuada la presentación requerida, los jueces, sin más trámite, ordenarán el lanzamiento con el auxilio*

1340 CNACCF, Sala II, "Ti Sparkle Argentina S.A. c/ Empresa Argentina de Soluciones Satelitales SA. s/ incidente de apelación", cit. supra.
1341 CNACCF, Sala III, "*Cinko S.R.L. c/ AySA S.A. y otro s/ amparo*", causa 1076/2024, sentencia del 29/5/2024.
1342 B.O. 9/1/1967.

de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder a ambos contratantes" (énfasis propio).

Se advierte, pues, que la ley circunscribe su aplicación, en primer lugar, a inmuebles que hayan sido otorgados en concesión y, en segundo término, a que sean propiedad del Estado, ya sea que se encontrasen afectados a la Administración centralizada o descentralizada, empresas del Estado o entidades autárquicas. El interrogante que nuevamente aparece es, entonces, si se encuentran alcanzadas los restantes tipos societarios, tales como las sociedades del Estado o las sociedades anónimas de propiedad íntegra o mayoritariamente estatal.

Ante todo, procede señalar que la CSJN interpretó que una adecuada inteligencia de la ley 17.091 no puede quedar reducida a inmuebles otorgados en concesión, sino que, por el contrario, corresponde efectuar una exégesis que considerara el espíritu de la norma, habilitando la aplicación del procedimiento allí previsto no sólo a los fines del "*desalojo no sólo del concesionario, sino de cualquier otro ocupante, de los predios del dominio público de que se trata. Es decir, aun de todos aquellos que no están ni estuvieron sujetos a un contrato de concesión, no resultando, por ende, razonable el criterio de los jueces de la causa de señor su aplicación a la exclusiva existencia de ese vínculo convencional. Tal interpretación… se condice con los fundamentos dados en la nota de elevación del proyecto de ley, de donde se desprende que el fundamental objetivo de la norma es la de crear un instrumento legal que habilite al Estado Nacional a hacerse de los aludidos espacios del dominio público, sin sufrir contiendas judiciales que por su dilación demoraren considerablemente la recuperación d ellos bienes afectados*"[1343].

Esta interpretación fue realizada, asimismo, por la CNACAF que, con un criterio amplio y extensivo del ámbito de aplicación de la ley, sostuvo que la pretensión de lanzamiento resultaba procedente contra cualquier ocupante de los predios de dominio público, aun cuando no hayan estado sujetos a un contrato de concesión[1344].

Ahora bien, descartada la exigencia de un vínculo concesional, resulta relevante examinar respecto de qué tipo de bienes es que procede esta acción. Es decir, corresponde determinar si su aplicación se limita a los bienes de dominio público o privado del Estado y, en su caso, en qué categoría encuadran los de las empresas estatales no comprendidas expresamente en el artículo 1° de la ley 17.091.

[1343] CSJN, "Ferrocarriles Metropolitanos S.A. c/ Intrusos y/u ocupantes inmueble s/ lanzamiento ley 17.091", causa SCF 1090.L.XXXII, sentencia del 13/8/1998.

[1344] CNACAF, Sala I, "AABE c/ Tapia, Rubén y otro s/ lanzamiento ley 17.091", causa 9307/2018, sentencia del 28/2/2019; "EN-Ejército Argentino c/ Barrios, Diego Alejandro y/o intrusos y/o ocupantes s/ lanzamiento ley 17.091", causa 21.056/2021, sentencia del 3/10/2023; Sala III, "EN-AABE c/ Lago, Daniel Carlos y otros s/ lanzamiento ley 17.091", causa 28.432/2014, sentencia del 29/9/2014; "EN-Ejército Argentino c/ Flores, Gabriel Adolfo, inquilino subinquilino y/o intrusos y/o ocupantes s/ lanzamiento ley 17.091", causa 18.179/2020, sentencia del 10/12/2021; "EN-M Defensa – Fuerza Aérea c/ Giménez, Margarita s/ lanzamiento ley 17.091", causa 59.473/2018, sentencia del 7/2/2023; "EN-FAA c/ Duarte, Oscar Alberto s/ lanzamiento ley 17.091", causa 4247/2023, sentencia del 30/11/2023.

Sobre el punto, la CSJN calificó como arbitraria a la sentencia que había ordenado el lanzamiento requerido por la Agencia de Administración de Bienes del Estado en los términos de la ley 17.091, puesto que no había adecuadamente examinado las circunstancias del predio a desalojar, esto es, concretamente, el "*carácter público o privado del inmueble perteneciente al dominio estatal*", que —señaló— debieron haber sido ponderadas a los efectos de determinar la procedencia del lanzamiento solicitado de conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la ley 17.091[1345]. En este orden de ideas, la CNACAF entendió que la acción de lanzamiento no puede prosperar si no se acreditara que el inmueble reúne las condiciones exigidas para ser considerado un bien del dominio público del Estado Nacional, en los términos del artículo 235, inciso f, del Código Civil y Comercial, descartando su procedencia cuando se tratare de un bien del dominio privado estatal[1346].

Por otra parte, se ha dicho que, aunque el texto de la ley 17.091 tiene un alcance muy amplio, tanto en sentido subjetivo como objetivo, al extenderse a los entes empresarios del Estado —en rigor, empresas del Estado *stricto sensu*[1347]— y al no discriminar entre los bienes estatales que integran el dominio público o privado, esa falta de discriminación no puede ser suficiente para abarcar también a los bienes que integran el dominio privado del Estado; por lo tanto, la protección establecida por la ley sólo rige respecto a las dependencias del dominio público del Estado Nacional, pero no a las de su dominio privado[1348]. En este sentido, sin perjuicio de que el texto de la ley no distingue entre dominio público y privado, existen razones de peso que impiden interpretar la ley 17.091 con amplios alcances, pues se trata de un procedimiento especial de desalojo que se erige como excepción al principio general que rige en materia de protección de bienes del Estado sometidos a un régimen de derecho privado, ámbito en el cual, y salvo norma expresa que disponga lo contrario, el Estado, al igual que los particulares, debería emplear las vías procesales ordinarias previstas para solicitar su desalojo[1349].

Entonces, ¿pueden los bienes inmuebles de las empresas estatales ser alcanzados por la ley 17.091? Resulta determinante que aquéllos sean parte

---

1345 CSJN, *Fallos*: 339:1530.

1346 CNACAF, Sala IV, "Armada Argentina c/ Gómez, Manuel Antonio s/ lanzamiento ley 17.091", causa 26.131/2019, sentencia del 8/10/2019; "Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) c/ Rojas, Carlos y otro s/ lanzamiento ley 17.091", causa 19.344/2017, sentencia del 24/6/2022; "EN-M Defensa – FA c/ Iriarte Abregú, Norberto s/ lanzamiento ley 17.091", causa 49.291/2018, sentencia del 7/11/2023; "EN-M Defensa-FA c/ Barreiro, Alejandra Patricia s/ lanzamiento ley 17.091", causa 47.404/2017, sentencia del 24/11/2023; "EN-M Defensa – Ejército Argentino c/ I., E. I., inquilinos, subinquilinos y/o intrusos y/o cualquier otro ocupante s/ lanzamiento ley 17.091", causa 2503/2021, sentencia del 7/5/2024.

1347 CSJN, *Fallos*: 271:229 y 301:1028.

1348 MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, cit., p. 892-893. No obstante, GRECCO permite inferir que la acción podría de todas formas emplearse para la protección de bienes del dominio privado del Estado al señalar que "[u]*na primera aproximación permite, pues, aceptar que los inmuebles comprendidos en la ley encuadran dentro del patrimonio del Estado, es decir, que forman parte de su dominio privado. Ahora bien, tal caracterización no obstaculiza el establecimiento de un sistema especial de autotutela declarativa destinando a obtener la pronta recuperación de los mismos cuando se produzcan los presupuestos de hecho contenidos en la ley*" (GRECCO, Carlos M., "Autotutela administrativa y proceso judicial. A propósito de la ley 17.091", LL 1980-B, 906).

1349 BUSTELO, Ernesto N., "Desalojo de bienes del dominio público y privado del Estado" en CASSAGNE, *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, cit., T. II, p. 935-995, en particular, p. 951.

del dominio público estatal y, para ello, deben ser necesariamente consideradas parte del Estado. En efecto, sólo pueden ser titulares del dominio público entidades estatales, puesto que los privilegios inherentes a la titularidad del dominio público sólo pueden ser admisibles respecto del Estado o "*sus organismos descentralizados*" y, por tanto, las personas jurídicas públicas no estatales —por ejemplo— no pueden ser titulares de bienes del dominio público[1350].

Desde esta perspectiva, más allá de la participación que tiene el Estado en su capital y en la formación de sus decisiones, las empresas estatales —como vimos— no pierden carácter de personas jurídicas privadas en los términos del artículo 149 del Código Civil y Comercial. Sujetas a un régimen preponderantemente de Derecho Privado, las empresas estatales, en tanto formas jurídicas a las que el Estado acude para la consecución de actividades industriales o comerciales —de interés público, aunque de naturaleza privada—, no encontramos razones para que sus bienes estén regidos por las reglas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad propias del domino público (artículo 236 del referido cuerpo legal).

En tal sentido, aunque con relación a los bienes pertenecientes a las sociedades de economía mixta, MARIENHOFF sostiene que, aun cuando aquéllas pueden ser entidades de derecho privado o de derecho público según las circunstancias, no pueden considerarse entidades estatales o personas administrativas, por lo que, en atención a que no constituyen organismos estatales *stricto sensu*, cualesquiera que sean los fines que satisfaga la entidad, sus bienes no integran el dominio público por no cumplirse el elemento subjetivo que —como dijimos— exige que el titular del bien sea el Estado[1351].

Sin embargo, lo cierto es que la CNACAF admitió la procedencia de la acción de lanzamiento como instrumento procesal para encauzar la pretensión de

---

1350 MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., T. V, p. 69-70. En idéntico sentido, COMADIRA y ESCOLA, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. II, p. 1665 y CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. II, p. 315.

1351 MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., T. V, p. 74-76. Así, afirma que una cosa es la entidad autárquica (organismo administrativo o estatal) y otra muy distinta es la mera sociedad de economía mixta (organismo no estatal). Por lo demás, entiende que, para determinar la condición jurídica de un bien, no basta considerar su destino (elemento teleológico), sino que también cabe examinar la naturaleza de su titular (elemento subjetivo); y sólo puede considerarse un bien como perteneciente al dominio público en la medida en que se encuentren reunidos sus cuatro elementos. Ello, sin perjuicio de que, cuando tuviesen a su cargo la prestación de un servicio público, sus bienes se encontrarán sujetos a un régimen jurídico diferencial mientras dure su afectación a ese servicio.

desalojo de bienes de sociedades del Estado[1352] e, incluso, de sociedad anónimas de propiedad estatal[1353].

11. Régimen de ejecución de sentencias

Por otra parte, también resulta de interés dilucidar si a las empresas estatales les resulta aplicable el especial régimen de ejecución de sentencias que se encuentra consagrado en favor del Estado Nacional y sus entidades descentralizadas cuando se lo condena al pago de sumas de dinero.

Se ha afirmado que ese régimen privilegiado encontraría su justificación en el hecho de posibilitarle contar con el tiempo suficiente para tomar los recaudos del caso para no verse compelido a tener que hacer frente a una erogación sin haber tenido la posibilidad, en forma previa, de incluirla en su presupuesto[1354]; o, en términos de la CSJN, para "*evitar que la Administración Pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin, o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública*"[1355].

El régimen de ejecución de sentencias contra el Estado cuando —en lo que aquí nos interesa— la obligación consiste en dar sumas de dinero se encuentra regido, fundamentalmente, por el artículo 7° de la ley 3952, el artículo 22 de la ley 23.982 y por los artículos 7°, 19 —que dispone la inembargabilidad de los fondos y medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público— y 22 de la ley 24.624, para las deudas no consolidadas; y, en cuanto a las consolidadas, la ejecución se rige por las leyes 23.982 y 25.344[1356].La consolidación de deudas constituye una herramienta tendiente a reordenar las cuentas públicas como resultado de la imposibilidad del Estado de afrontar el pago de sus obligaciones, de causa o título anterior a las fechas

---

1352 CNACAF, Sala IV, "ADIF S.E. c/ Acosta, Alejandro Javier y/o intrusos y/u ocupantes s/ lanzamiento ley 17.091", causa 59.222/2015, sentencia del 26/5/2016; Sala V, "Playas Ferroviarias de Buenos Aires S.A. c/ Arcos del Gourmet S.A. s/ lanzamiento ley 17.091", causa 47.454/2018, sentencia del 19/9/2023 y "Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado c/ Belpaz S.A. y/o intrusos y/o ocupantes s/ lanzamiento ley 17.091", causa 69.176/2022, sentencia del 7/2/2024. Asimismo, ver JNCAF 1, "Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado c/ Fernández Velarde, Jessica Teodora y/o intrusos u ocupantes s/ lanzamiento ley 17.091", causa 17.663/2021, sentencia del 21/3/2022; JNCAF 3, "Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado c/ La Barriere s/ lanzamiento ley 17.091", causa 7546/2018, sentencia del 26/4/2018; JNCAF 10, "Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado c/ Asociación Civil María de las Cárceles y otro s/ lanzamiento ley 17.091", causa 7233/2018, sentencia del 23/5/2018.

1353 CNACAF, Sala III, "*Playas Ferroviarias de Buenos Aires S.A. c/ Palermo Fútbol S.A. s/ lanzamiento ley 17.091*", causa 10.230/2016, sentencia del 19/3/2024. En este caso, para desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la accionada con fundamento en que la actora "*no es más que una simple sociedad anónima regida por la Ley 19.550*", el Tribunal remitió a los argumentos del Ministerio Público, quien destacó que no sólo existía un convenio cuyo objeto versaba sobre la desocupación del inmueble mediante la acción de lanzamiento, sino que, además, "*no puede obviarse l a pertenencia de Playas Ferroviarias SA al Estado Nacional, como asimismo que no aparece refutado el fin público al que estaría afectado el inmueble en cuestión*".

1354 GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional", SJA 25/03/2009.

1355 CSJN, *Fallos*: 265:191.

1356 HUTCHINSON, Tomás, "El procedimiento de ejecución de sentencias en el proceso administrativo" en CASSAGNE, *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, cit., T. II, p. 103-161 y, en particular, p. 132-136.

indicadas en las respectivas leyes, que —en esencia— importa dos formas de pago alternativas a opción del acreedor: en efectivo (en un plazo máximo de dieciséis años) o en bonos de consolidación. En cambio, si el crédito contenido en la sentencia firme no fue consolidado, luego de la liquidación se dicta a pedido de parte una intimación en los términos del artículo 22 de la ley 23.982 a fin de que el organismo demandado informe si cuenta con partidas presupuestarias para cancelar el crédito y, en caso contrario, que disponga los mecanismos para incluirlo en el presupuesto, aunque teniendo en cuenta que generalmente el Estado no cuenta con el presupuesto para cancelar las condenas en el año en curso, siempre procede a dar trámite a la previsión presupuestaria para el futuro[1357].

Pues bien, en "*Ferrocarriles Argentinos*"[1358], esa empresa estatal había promovido una demanda de reivindicación contra la Municipalidad de San Nicolas que fue rechazada con fundamento en que los inmuebles habían sido inscriptos a nombre del Estado Nacional, mientras que la actora —que había demandado como propietaria de ellos— era una persona jurídica con patrimonio propio distinto de aquél. La CSJN destacó que Ferrocarriles Argentinos había sido constituida como un sujeto de derecho con capacidad de las personas de Derecho Privado a fin de explotar los ferrocarriles de propiedad nacional y desarrollar las actividades complementarias y subsidiarias que fueran convenientes. Puso de resalto que, al dotársela de un patrimonio propio distinto de la hacienda del Estado —en tanto eran personas jurídicas diversas—, ello importó el sometimiento de esa universalidad jurídica a un régimen normativo determinado, con su consecuente salida del patrimonio indiferenciado del Estado y su individualización en el de su nuevo dueño (la empresa creada). Pero sostuvo que tal situación no obstaba "*a la concepción económica de unidad de la hacienda estatal…* [conforme a la cual] *al ser el deudor cedido la Nación misma y la demandada —o sea el cedente— una empresa de propiedad de aquélla, no cabe distinguir entre los bienes de una y otra, ya que en definitiva su titular es el Estado Nacional. Tal temperamento resulta de considerar el vocablo Estado en forma amplia, como comprensivo del conjunto de entidades estatales por las que aquél debe responder en su carácter de propietario de ellas, pero no conduce a desconocer la individualidad patrimonial existente entre la Nación y dichas personas, establecida en las leyes*".

La CSJN tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto en el caso "*Espeche*"[1359], donde se discutía la aplicación del régimen de ejecución de sentencias previsto en la ley 23.982 con relación a Ferrocarriles Metropolitanos S.A., entidad que había sido condenada al pago de una indemnización. Tras examinar las normas que regulaban la situación patrimonial de la sociedad —que había sido declarada sujeta al régimen de la ley 19.550—, la CSJN sostuvo

---

1357 ASCÁRATE, Andrés E., "Ejecución de sentencias contra el Estado ¿Hacia una nueva ley de consolidación" en AA. VV., *El control de la actividad estatal*, T. II, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 43-57 y, especialmente, 53-54.

1358 CSJN, *Fallos*: 311:2688.

1359 CSJN, *Fallos*: 323:3398.

que, "*en función del principio de la unidad de la hacienda estatal*" y "*aunque el proceso liquidatorio no haya finalizado y formalmente la empresa recurrente conserve su personalidad*", no cabía distinguir "*entre los bienes de la entidad apelante y los del Estado Nacional si quien responde por las deudas de aquéllas es, en definitiva, la Nación misma*". En consecuencia, concluyó que resultaba aplicable el régimen de ejecución contemplado en el artículo 22 de la ley 23.982.

Posteriormente, se expidió en la causa "*Compañía Integral de Montaje S.A.*"[1360]. Allí, en consonancia con lo expresado en el párrafo precedente, la CNACAF había rechazado el inicio del proceso de ejecución contra Nucleoeléctrica Argentina S.A. en el entendimiento de que aquélla se encontraba comprendida en el régimen del artículo 22 de la ley 23.982. Disconforme con esa decisión, la actora dedujo recurso extraordinario con fundamento en que la demandada era una "*sociedad comercial que… se encuentra absolutamente escindida del Estado Nacional*" y, entonces, constituía una "*sociedad anónima de derecho común… regida por el derecho comercial* [que] *tiene su propio presupuesto de recursos y gastos, siendo una sociedad con ganancias y sin aportes del Tesoro Nacional*", por lo que "*debe pagar la deuda como cualquier particular, sin que se aplique al mismo la Ley 23.982*". Para confirmar el criterio adoptado por la Alzada, la CSJN descartó que la sociedad demandada —sociedad anónima de propiedad del Estado Nacional— pudiera considerarse excluida del régimen de ejecución de sentencias por no ser una "sociedad anónima con participación estatal mayoritaria" en los términos del artículo 2º de la ley 23.982, pues esa conclusión importaría admitir "*la sinrazón de que quedaran comprendidas en el art. 2º de esa norma las deudas de una sociedad anónima con participación estatal de al menos el 51% del capital social, v. gr. el 70% o el 80% de aquél… y no las de una entidad como la demandada, en la que esa participación es del 100%*". Por su parte, agregó que "*lo expresado en el sentido de que la sociedad demandada genera ganancias y solventa sus gastos con los ingresos producidos por la venta de energía, no percibe fondo alguno del Tesoro Nacional o de la Secretaría de Energía, ni depende de previsiones contenidas en el presupuesto anual que aprueba el Congreso de la Nación, no puede predicarse con el grado de generalidad con que lo hace el apelante ni resulta apto, por sí solo, para fundar la exclusión de la deuda reclamada de la consolidación de deudas*". Ello, puesto que: (i) "*si bien es cierto que la demandada, por pertenecer al sector público nacional —pero no a la Administración Nacional—, confecciona su presupuesto de recursos y gastos en forma independiente del presupuesto nacional…, y sólo alguna de sus erogaciones debe ser aprobada por el presupuesto general de la Administración Nacional… ello no permite desconocer que, de existir 'transferencias de capital'… perciba recursos provenientes de la Administración Central*"; y (ii) "*no parece sostenible que Nucleoeléctrica Argentina S.A. sea una sociedad 'con ganancias' que 'gira, subsiste y existe' de los ingresos que produce por la venta de energía, pues esto no se ve reflejado, al menos, en*

[1360] CSJN, *Fallos*: 327:33.

todos sus ejercicios comerciales", reveladores de una "*situación deficitaria*" o de un "*resultado deficitario*".

Similares consideraciones fueron expuestas en el caso "*Compañía General de Combustibles S.A.*"[1361]. La CNACCF había resuelto que el crédito que se intentaba cobrar a YPF S.A. no se hallaba alcanzado por el régimen de consolidación de deudas del Estado, puesto que el Poder Ejecutivo Nacional había dispuesto la transformación de YPF S.E. en una sociedad anónima común regida por la ley 19.550, sin que impidiera ello el hecho de que el Estado Nacional fuese su único accionista. La sociedad demandada dedujo recurso extraordinario sobre la base de que, más allá de su tipificación como sociedad anónima, la empresa continuaba bajo control estatal. La CSJN recogió ese argumento y sostuvo que era "*necesario tener en cuenta que —más allá de su tipificación como sociedad anónima comercial— la empresa seguía bajo el control único del Estado Nacional*", de manera que —en sintonía con lo expresado en el caso aludido en el párrafo anterior— "*lo relevante… no es su tipificación legal sino el grado de participación estatal en el capital y en la toma de las decisiones societarias*".

Posteriormente, la CSJN tuvo oportunidad de expedirse en la causa "*Ruffo*"[1362], donde la parte actora había deducido demanda por el cobro de sumas de dinero que reparasen los daños sufridos en su calidad de propietarios de los inmuebles donde se asentaban ciertos yacimientos petrolíferos explotados por YPF S.A., que había dejado de ser una sociedad estatal para convertirse en una sociedad anónima. Tras admitir la procedencia del reclamo, el Tribunal debió dilucidar si la obligación reclamada se encontraba alcanzada por el régimen de consolidación de deudas, pues la ley 24.145 había dispuesto la transformación de YPF de sociedad del Estado a sociedad anónima mediante un régimen de asunción de pasivos por parte del Estado Nacional que remitía al sistema regulado por la ley 23.982, "*admitiendo por definición la posibilidad de que las obligaciones sean incluidas en dicho régimen, si se ajustan a las condiciones legalmente establecidas*", lo que "*despeja las dudas planteadas acerca de* [la] *legitimación de la codemandada YPF para invocar la aplicación de las normas citadas a su respecto*".

En idéntico sentido se pronunció el Máximo Tribunal en el caso "*Lalo Aaron*"[1363], donde volvió a admitir la sujeción de las deudas de YPF S.A. al régimen de consolidación de deudas previsto en la ley 23.982.

Frente a la condena al pago de sumas de dinero como consecuencia de un incumplimiento contractual, la traba de un embargo sobre las cuentas de Correo Oficial de la República Argentina S.A. en el BNA y las quejas de la sociedad anónima fundamento en la propiedad estatal de su capital que impediría la embargabilidad de esos fondos por aplicación de las leyes 11.672 y 23.982, la CNACCF sostuvo que, encontrándose sujeta a las reglas de la Ley General de Sociedades, "*la sociedad anónima con participación estatal*

1361 CSJN, *Fallos*: 330:2416.
1362 CSJN, *Fallos*: 330:5306
1363 CSJN, *Fallos*: 332:2625.

mayoritaria no tiene los privilegios de la Administración ni sus competencias, dado que sus actos no gozan de ejecutoriedad y sus bienes —en principio— no serán inembargables"[1364]. En idéntico sentido, con relación a la misma sociedad, consideró que "*dado que la acción promovida tiene como objeto el cobro de sumas de dinero por incumplimiento del contrato celebrado entre las partes, la cuestión sometida —y todos sus accesorios, como lo es la posibilidad de trabar medidas de embargo preventivo—- quedan sujetas a la aplicación de normas de derecho común, por lo que la posición ahora invocada por la demandada se contrapone con su propia norma de creación*"[1365].

La CNCiv. entendió aplicable el régimen de ejecución de sentencias previsto en el artículo 22 de la ley 23.982 en un caso donde había sido condenada Operadora Ferroviaria S.E. por resultar el tratamiento que "*reciben todos los acreedores del Estado*"[1366].

Asimismo, la CNCom. admitió la aplicación de las leyes 11.672 y 23.982 respecto de las obligaciones de Correo Oficial de la República Argentina S.A. Concretamente, el Tribunal señaló que, si bien había admitido que la sociedad de regía por las normas y principios del Derecho Privado, ello había sido para determinar la competencia del fuero comercial, pero ello no resultaba suficiente para determinar, en cambio, la normativa que regularía el cumplimiento de la sentencia. En ese sentido, destacó que la totalidad del capital social pertenecía al Estado Nacional y que, sin perjuicio del régimen jurídico preponderantemente de Derecho Privado aplicable a la demandada, no cabía equipararla al resto de los particulares en su relación con el Estado, pues existía una importante injerencia de este último en su desenvolvimiento como persona jurídica. Entonces, afirmó que "*a los efectos de considerar si un ente se encuentra incluido o no en las previsiones de la ley 11.672 y 23.982, no cabe estar solamente a la tipificación legal sino al grado de participación estatal en el capital y la toma de decisiones societarias*"[1367].

Por su parte, la CNT también consideró aplicable el régimen de ejecución de sentencias contra el Estado en los casos en que la entidad condenada fuera, por ejemplo, una sociedad de propiedad estatal[1368]. Así, entendió que las deudas de Correo Oficial de la República Argentina S.A. "*deben canalizarse a través del mecanismo de cancelación previsto por el art. 22 de la Ley 23.982*"[1369], de modo que el acreedor sólo se encontraría autorizado a solicitar

---

1364 CNACCF, Sala II, "La Meridional Compañía de Seguros S.A. c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ faltante y/o avería de carta transp. terrestre", causa 2651/2012, sentencia del 11/2/2021.

1365 CNACCF, Sala II, "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. c/ Correo Oficial de la Repúblico Argentina S.A. s/ faltante y/o avería de carga transp terrestre", causa 2167/2012, sentencia del 22/4/2022.

1366 CNACiv., Sala J, "*P., P. A. c/ C.F. S.A. L. S. M. y otro s/ daños y perjuicios*", causa 39.475/2014, sentencia del 18/8/2022.

1367 CNCom., Sala B, "Blue Steel S.A. c/ Correo Oficial de la República Argentina s/ ordinario", causa 12.593/2014, sentencia del 16/12/2019.

1368 CNT, Sala IV, "Celiberto, Daniel Eduardo c/ Ferrocarril General Belgrano S.A. (hoy Administradora de Recursos Humanos S.A.) y otro s/ despido", causa 22.902/2013, sentencia del 25/11/2021.

1369 CNT, Sala VI, "Almonacid, Jorge Vicente y otros c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ diferencias de salarios", causa 3893/2012, sentencia del 25/9/2019. Asimismo, JCCF N° 11, "Ace Seguros S.A. c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ incumplimiento de contrato", causa 5458/2015, sentencia del 22/5/2024.

la ejecución judicial de su crédito "*a partir de la clausura del periodo de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo*"[1370].

12. Conclusiones

La empresa estatal pone en jaque, con contradicciones, ambigüedades e incertidumbres, los esquemas organizativos clásicos de la Administración Pública y requiere una labor creativa en torno a la problemática de la organización administrativa[1371]. Es difícil afirmar que, por la utilización instrumental del Derecho Privado y de sus esquemas organizativos, puedan ser equiparables a cualquier sociedad privada. Surgen, entonces, nuevas exigencias organizativas de la Administración, esto es, nuevos esquemas organizaciones desconocidos por la organización administrativa clásica.

Se trata, como sostiene CASSAGNE, de un "*fenómeno con peculiaridades atípicas*", resultante de la aparición, juntamente con las entidades descentralizadas —personas públicas estatales—, de estes privados de propiedad estatal, —entes privados estatales— cuya condición y régimen jurídico se rigen por el Derecho Civil o Comercial. Ello es lo que acontece, entonces, "*cuando el Estado se somete a figuras jurídicas del derecho privado (formas societarias) dando lugar a la creación de un nuevo ente, dotado de la personalidad jurídica propia del derecho privado*"[1372].

A pesar de adoptar una forma de personificación privada (la de las sociedades de capital), las sociedades mercantiles estatales no se rigen o, mejor dicho, no se rigen solo, ni siquiera principalmente, por el Derecho Privado, sino que el legislador ha establecido para ellas numerosas normas, del más variado contenido, que vienen a poner en entredicho su naturaleza privada y que, en definitiva, demuestran que se trata de unas entidades que están a medio camino entre una Administración pública y una empresa privada, pues no siendo ni lo uno ni lo otro, tienen elementos característicos de ambas[1373].

La actuación estatal materializada a través del vehículo societario o empresario ciertamente reviste características singulares y de notorio interés en el estudio de la gestión del bien común. En efecto, la utilización por parte del Poder Público de técnicas y figuras propias del Derecho Privado no solo introduce una serie de interrogantes sustanciales conectados con la admisibilidad, pertinencia y secuelas

---

1370 CNT, Sala IV, "Brindisi, Ricardo Gabriel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo", causa 54.119/2010, sentencia del 25/3/2018.

1371 RIVERO YSERN, "Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas", cit., en particular, p. 27-28 y 38.

1372 CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., T. I, p. 246. Ello, a su criterio, no contradice el principio de que el Estado tiene una única personalidad de derecho público, sino admitir que aquél, en su accionar con miras al logro del bien común, puede acudir a la creación de nuevos entes dotados de una personalidad jurídica distinta a la estatal, asumiendo, recurriendo o sometiéndose a figuras jurídicas del derecho público o del derecho privado.

1373 CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferencia: ¿realidad o ficción?", RAP, N° 203, p. 17-56.

de esa decisión, sino que también suscita cuestionamientos en el plano procedimental, como los que fueron abordados en el presente ensayo.

Fueron numerosas las oportunidades en las cuales la doctrina y la jurisprudencia han tenido que examinar las diferentes aristas procesales conectadas con el fenómeno estatal empresario: las preguntas por su ubicación en el universo de la organización administrativa, la aplicabilidad a sus interacciones del texto de la LNPA o la concreta determinación del órgano judicial competente para resolver los conflictos en los que ellas se encuentren involucradas, así como las disposiciones a las cuales habrán de sujetarse esas disputas, han sido quizás aquellas de mayor frecuencia y notabilidad en los estudios llevados adelante en la materia, en tanto se erigen como pilares fundamentales del conjunto de reglas de naturaleza formal que condicionan sus actos.

No obstante, es imperioso recordar que tales intervenciones y asuntos, más allá de su indiscutible relevancia, lejos se encuentran de agotar completamente el debate, que seguramente verá, en tiempos futuros, una atractiva reedición producto del camino que aún resta por recorrer en esta faceta de la intervención pública en la economía.

Así, nuestras propuestas y reflexiones se orientan, precisamente, a colaborar en la sistematización del conocimiento y los recursos nacidos históricamente como consecuencia de la articulación de la actividad estatal empresaria, teniendo especialmente presente el interés de construir una mejor y razonable comprensión de este tipo de fenómenos.

Capítulo XII. Empresas Públicas: ¿Para qué? (Una mirada desde el siglo XXI) – Javier D. Guiridlian Larosa

Autor: Javier D. Guiridlian Larosa[1374]

El presente trabajo intenta abordar una pregunta clave de la temática vinculada a las empresas públicas, cual es el Para Qué, esto es, si su existencia tiene razón de ser como mecanismo instrumental de gestión de cometidos estatales. Y siendo un tema clásico del derecho administrativo, intenta hacerlo tratando de aunar los dos universos: el de la mirada clásica sobre dicha materia, y la del mundo actual, con todos los desafíos que trajo consigo el avance exponencial de la ciencia y la tecnología en el último tiempo, al punto de constituir un cambio epocal, ponderando sobre todo su impacto en el rol que cabe esperar del Estado.

Palabras clave: Empresa Pública, Utilidad, Funcionalidad, Estado, Fines

1. Introducción

Las empresas públicas constituyen un tema que, aun cuando fue objeto de debate histórico en el derecho administrativo, sobre todo en el aspecto vinculado a si pertenecen o no a la organización administrativa[1375], ha adquirido renovada actualidad a partir del nuevo[1376] proceso de reforma del Estado que se ha implementado con el DNU 70/23 y la denominada "ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos", sancionada – luego de arduos debates parlamentarios – bajo el nro. 27.742.

Si bien el fin declamado por este último bloque normativo es acotar la participación del Estado en el ámbito de la actividad económica y social[1377], generando una mayor eficiencia por la reducción de los recursos que la intervención estatal venía implicando en general y en particular a través de las denominadas "empresas públicas"[1378], de modo de lograr así un equilibrio en las cuentas fiscales, dicho hito es una oportunidad para analizar un tema crucial vinculado a estas últimas, cual es la razón de ser que puede eventualmente justificar su existencia.

[1374] Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación sobre "Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la Economía", dirigido por el Dr. Ignacio María De la Riva (2022-2024), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina.

[1375] Y en menor medida, y a partir de lo anterior, el fin para el cual las mismas podían ser utilizadas.

[1376] No debe olvidarse aquí aquél llevado a cabo en la década del 90´, e implementado principalmente a través de la ley 23.696.

[1377] Lo que se colige especialmente de la motivación volcada en los considerandos del DNU 70/2023.

[1378] Dados los déficits presupuestarios crónicos que las mismas venían exhibiendo. Puede verse por el particular en https://www.casarosada.gob.ar/la-casa-rosada/historia/79-informacion/carta-jefatura-gabinete/41190-empresas-publicas-para-el-crecimiento

A ese cometido nos dedicaremos en lo que sigue.

2. El Estado y el fin que justifica su existencia

Para dar una respuesta coherente a la problemática planteada, lo primero que debe tenerse en cuenta es el fin por el que el Estado existe; esto ya que, como también se remembrará más adelante, la figura de la empresa pública es una de las que el Estado organizacionalmente puede valerse, pero para el cumplimiento de la télesis que lleva a su creación, por lo que resulta esencial tener bien en cuenta cuál es su verdadero contenido y alcance.

En esa línea tenemos que la autoridad pública, junto con el poder que le es ínsito, son entelequias instrumentales por esencia, ya que su presencia no representa un fin en sí mismo, sino una creación de la población en orden a hacer posible la vida en sociedad. Y ello reconduce a una discusión que si bien hizo correr ríos de tinta a los autores en cuanto a las diferentes razones que llevaron a la creación del Estado, dicha disquisición - conforme lo propicia la doctrina moderna – tiene una síntesis clara: el Estado existe para garantizar la satisfacción del bien común[1379].

No obstante ser la misma una idea que ya campeaba en la edad media[1380] tomó nuevo impulso con el racional- naturalismo, cuyos representantes más encumbrados – Hobbes, Locke y Rousseau – sentaron las bases ideológicas del período revolucionario que acabó con la llamada edad moderna; quienes, al margen de las disimilitudes en sus doctrinas (que eran de matiz), tenían un núcleo duro en común y que partía de una doble premisa: a) que el hombre por su propia esencia es titular de una serie de derechos; y b) dado el riesgo de su inobservancia, se hace necesario generar una autoridad que nazca no por la fuerza sino a través del consenso, y cuyo cometido central sea garantizar su efectiva vigencia.

Dicha circunstancia dejaba exteriorizada ya la incapacidad del individuo para proveerse el umbral de mínima sin el cual no es concebible la vida en sociedad, lo que generaba la inexorable necesidad de su "heteronomización", proyectándolas a un "otro" creado a tal efecto, ya que de lo contrario iba a llegar un punto en el que la propia interacción produciría una situación de canibalismo social – cristalizada en la célebre frase atribuida a Hobbes y que parte de concebir al "hombre como lobo del hombre"[1381] – donde la convivencia se haría imposible.

Ahora, el aspecto clave que sigue a continuación es intentar caracterizar el bien común, ya que muchas veces ha sido tratado como si se erigiese en una

---

[1379] Barra Rodolfo Carlos, "Tratado de derecho administrativo", t. 1, Ábaco, Bs. As., 2002, ps. 67 y ss; Comadira Julio R., *Derecho Administrativo*, 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo- Perrot, ps. 637 y ss; y Maljar Daniel E., *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, op. cit. ps. 93 y ss.

[1380] Dichos pensamientos ya se hallaban contenidos en los desarrollos medioevales, siendo uno de sus exponentes más representativos John Fortescue, quien junto con Edward Coke forjaron los cimientos dogmáticos del *common law*. Ampliar en Aparisi Miralles A., "La revolución norteamericana", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, ps. 137 y ss.

[1381] Puede ampliarse por el particular en Panea Márquez José Manuel, "El hombre, ¿un lobo para el hombre? (Racionalidad practicidad y alteridad en el pensamiento de Thomas Hobbes)", Contrastes: revista internacional de filosofía, ISSN-e 2659-921X, ISSN 1136-4076, Nº 4, 1999, ps. 97-111.

entelequia o abstracción, insusceptible de ser llenado de contenido. Y más allá de las distintas definiciones que se han intentado sobre el particular[1382], dicha noción involucra – a nuestro entender y visto desde la óptica del rol que le cabe al Estado en su ámbito – un hacer[1383] de su parte que tiene en miras la satisfacción de necesidades básicas y de primera línea desde el punto de vista económico-social, que no constituyen la mera sumatoria de las demandas individuales sino que engloban aquellas que aprehenden a la sociedad como un colectivo y que hacen a la buena vida en el orden social, las que se desagregan a su vez en dos parcelas básicas:

a) Una contingente, comprensiva de aquellos requerimientos esenciales pero que van mutando en el tiempo por el devenir evolutivo de la sociedad; y
b) Otra pétrea, esto es, prescindente de un momento histórico dado al involucrar aquellas demandas estructurales sin las cuales no es concebible la armónica interacción social cualesquiera sea el ámbito espacio- temporal en el que se lleve a cabo el análisis, lo que abarca:

I. la fijación de reglas de conducta (función legislativa);
II. la resolución de los conflictos que por su inevitable quebrantamiento[1384] van a ocurrir (función jurisdiccional); y
III. la generación de una estructura burocrático- administrativa que soporte materialmente su desarrollo, lo que a su vez iba a hacer nacer relaciones *ad intra* de la estructura, así como también *ad extra* para con relación a la población a la que debe servir (función administrativa).

Pero que, en ambos casos, trascienden las posibilidades singulares de los individuos que componen la sociedad. Piénsese así, por la primera de las categorías mencionadas, en los géneros prestacionales que por antonomasia la llenan de contenido (vg. obras y servicios públicos), siendo imposible de representar que ellas puedan ser llevadas a cabo por una sola persona, sea por las limitaciones materiales o mismo de interés, por comprender la cobertura de aquellas que trascienden el suyo propio.

Y, respecto de las contenidas en la segunda, para su entendimiento vale traer a colación el análisis que hacía de la función jurisdiccional la escuela clásica del derecho procesal italiano, donde y en ocasión de analizar los diferentes sistemas que existían (jurisdicción legal, correspondiente al *civil law*; y de equidad, perteneciente al *common law*) manifestaban que la imposición de proyectar a un otro (el Estado) la carga de resolver los conflictos que se suscitasen en la sociedad venía dada por la necesidad de evitar que las propias personas imbuidas en la relación conflictual terminasen tomando parte en su solución.

[1382] Algunas que han marcado una época, como la de Bernardino Montejano. Puede verse por el particular en Maino Carlos, "El bien común político", en Prudentia Iuris, Número Aniversario, 2020, ps. 133 y ss.

[1383] De allí que la inactividad del Estado constituya una anomalía, y el beneplácito que generó en la doctrina la consagración del silencio – mecanismo por antonomasia para paliarla – positivo en la reforma llevada a cabo por la ley de bases a la LNPA, conforme la redacción actual dada al art. 10 de dicho plexo. Puede ampliarse por el particular en Majul Pablo, "El fin del pronto despacho y el inicio de la era del silencio positivo", ISSN 3008-718X, www.cijur.mpba.gov.ar/doctrina

[1384] Consecuencia ello, precisamente, del "estado de naturaleza" del hombre del que hablaban los pensadores racionales naturalistas. Ver por el particular la literatura citada anteriormente en nota 8.

Esto dado que y producida una reyerta, en ausencia de un sujeto heterónomo que la componga no había más que la siguiente disyuntiva: o resolvían el diferendo por consenso, lo que suponía ni más ni menos que la celebración de un acuerdo, o en su ausencia no iba a quedar otra alternativa de solución más que el uso de la fuerza, situación que debía evitarse a toda costa so pena de hacer inviable la sana convivencia social[1385]; raciocinio que resulta tan evidente que incluso corresponde ser proyectado a la formulación de reglas de conducta, ya que en ausencia del Estado las alternativas que aplican para su implementación son exactamente las mismas.

Continuando con el análisis, el bien común no puede a su vez disociarse de la ideología que tiñe el actuar gubernamental, primando en la actualidad el denominado Estado subsidiario, el cual representa la síntesis de la evolución ocurrida desde el plano histórico. Dicho modelo nació del decantamiento entre los dos polos que existieron entre los siglos XVIII y XX, como fueron el liberalismo y el estado de bienestar. Por el primero, se partía de considerar al individuo en su singularidad, tomando como estandarte de su doctrina el respeto a su esfera de libertad, lo que reconducía al reconocimiento y protección de los derechos que se identificaban con la persona de su titular, ya que a él y solamente a él podían ellos pertenecerle.

Tratábase, a los ojos de lo que vendría, de una concepción egoísta, en donde el foco de atención se hallaba puesto en el yo personal en tanto sujeto portador de derechos propios, los cuales debían ser respetados no sólo por el resto de la sociedad sino también por el Estado, como verdadero triunfo de las revoluciones que encarnaron la lucha contra los abusos cometidos por los absolutismos monárquicos. La no injerencia de la autoridad en los asuntos de trascendencia social constituía la regla básica, lo cual tenía su télesis en las heridas que había marcado el advenimiento de la modernidad, y con ello la sobre elevación de la figura del Monarca, como sujeto sobre el cual residía todo el poder e incluso la soberanía.

Tal fue la ideología de este sistema que se ha dicho que la sociedad posesiva del mercado dejaba librada la pobreza a la caridad o la beneficencia privada, y la salud a las prestaciones asistenciales provenientes de los hospitales públicos. En definitiva, el desamparo, la miseria, la enfermedad, la desocupación y la ignorancia seguían los caminos del mercado, el modelo contractual y la contraprestación económica. La reacción contra la anterior concepción vino dada por el denominado Estado de bienestar, cuyo fin declarado fue el de resolver las inequidades del sistema individualista y donde, en contraste con el modelo liberal, la preocupación del aparato gubernativo por lo público fue de una exageración tal que prácticamente nada escapaba a la mano tuitiva de aquél.

Como los extremos nunca son buenos, la evolución precipitó la existencia de un punto intermedio dado en llamar estado social de derecho o subsidiario; donde el ente superior, respetando la iniciativa individual, emerge como el

[1385] Puede verse en Calamandrei Piero, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. I, Trad. SENTÍS MELENDO, Santiago; Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 202.

garante de una igualdad real de oportunidades para todos quienes conviven en la sociedad. De otro modo, se toma bajo su ámbito conciencia que la invasión a la esfera de lo privado debía reconocer sus límites, el primero de los cuales es admitir la necesaria presencia del Estado y aceptar sus roles, pero más reducidos y con una mayor eficacia y racionalidad.

Es por ello que el postulado del que el modelo actual parte – síntesis de la experiencia y medio entre extremos que fracasaron – es reconocer al sector privado como motor de la actividad económico-social, dejando al mismo deferida la iniciativa para su impulsión, quedando el Estado (auto) relegado a intervenir allí donde dicha proactividad falle y en tanto razones de interés público lo justifiquen[1386]. Como se ve, el bien común sigue siendo el concepto en derredor al cual se cimienta la actuación estadual, erigiéndose también como la piedra angular a partir de la cual se edifica el derecho público[1387].

3. El rol interventor del Estado

Queda en claro que el Estado constituye un ente necesario, pero que debe ser bien consciente del rol que le cabe como instrumento de la sociedad para la satisfacción del bien común. Es por ello que, consecuencia del sistema imperante en la mayoría del globo, se sabe a esta altura que así como no puede esperarse que el Estado lleve a cabo "todo", ya que ello trae consigo tanto ineficacia (esto es, el no logro del objetivo que lleva a su cometido existencial) como – y por sobre todas las cosas – ineficiencia (un dispendio excesivo de recursos más allá de lo óptimo a partir del fin perseguido)[1388], tampoco puede desentenderse sin más de la realidad, ello por la denotada imposibilidad del hombre en su interacción recíproca para proveerse lo elemental.

De allí que uno de esos objetivos básicos que integran la noción del bien común es la necesidad de su ineludible intervención en el seno de la sociedad. Y sobre este aspecto la doctrina clásica ha sido preclara en identificar las diferentes técnicas existentes, resultando inevitable aquí evocar la tradicional clasificación formulada en el derecho español por Jordana de Pozas, quién refiriéndose a aquellas que el Estado puede ejercer en la esfera de libertad de los particulares identificó – en orden creciente de intensidad – a la siguiente tríada: el fomento, el poder de policía y el servicio público[1389].

[1386] Entre muchos otros puede verse a Santiago Alfonso, "Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de protección de derechos humanos con los regímenes nacionales", Astrea, Buenos Aires, 2020. Por un análisis antropológico de dicho principio y sus consecuencias jurídicas ver a Soto Kloss Eduardo, "El principio de subsidiariedad", en Doctrina Pública, XXVIII- 1, Ediciones Rap, ps. 193 y ss.

[1387] Rodríguez Arana Jaime, "Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar", Iustel, Madrid, 2012, p. 97 y ss

[1388] Por una explicación ampliada de dichos conceptos, de contenido esencialmente económico, puede verse a Arroyo L., en AAVV "La administración de la escasez", Marcial Pons, 2015, ps. 47 y ss, esp. ps. 94/96.

[1389] Aun cuando dicha teorización fue insinuada en sus primeros trabajos sobre el tópico, su formulación "definitiva" puede verse en su "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", en *Revista de Estudios Políticos* nro. 48, del año 1949.

Ella fue completada a su vez por otro autor español, De la Cuétara, quién – ahondando la anterior – manifestó que así como existen diferentes niveles de intervención en la esfera de libertad de los particulares (fomento, policía y servicio público), idéntico estado de situación podía encontrarse con relación a los bienes, debiendo discriminarse en orden ascendente de intrusión a: 1) la propiedad privada del Estado, 2) las restricciones al dominio y expropiación, y 3) el dominio público[1390].

Reformulando ellas a los fines del objeto del presente trabajo, tenemos que la intervención que el Estado lleva a cabo en su carácter de gestor natural del bien común[1391], lo que implica un hacer, puede involucrar una triple manifestación posible: a) regulatoria, comprensiva del poder de policía, o más modernamente denominada regulación económica y/o social, así como del fomento[1392]; b) prestacional, encarnada en todo hacer vinculado a la satisfacción de necesidades públicas, siendo los institutos que por antonomasia representan esta manifestación las obras y los servicios públicos, lo que también puede involucrar un dar en términos de incentivo[1393]; o c) mixta (regulación + prestación)[1394].

Más nada de lo anterior puede disociarse de los estándares a los que está sujeto el Estado en general, tanto desde el plano ideológico cuanto a partir del correlato que ello ha tenido en los propios principios a los que su actuación está sujeta, en particular los ya mencionados de eficacia y eficiencia, hoy con base constitucional y reflejados en el art. 42 de nuestra Carta Magna, lo que por supuesto tuvo – incluso antes de la reforma constitucional del año 1994 – su correlato legislativo.

Deviene así una regla básica de la hacienda estatal que en la gestión de los recursos públicos deben observarse los antedichos, junto con los de regularidad financiera, legalidad, y economicidad[1395]. Y resulta trascendental entender que ellos impactan en absolutamente todo el obrar estatal[1396], ya que cualesquiera sean las tareas que el Estado realice tiene que efectuar erogaciones, sea de manera directa por así requerirlo el objeto de la encomienda involucrada, o indirectamente a partir de la estructura de la que se vale para llevarla a cabo, la que consume recursos para su funcionamiento.

[1390] De La Cuétara Martínez Juan M., *La actividad de la administración (lecciones de derecho administrativo)*, Tecnos, Madrid, 1983, ps. 92 y ss., citado por De la Riva Ignacio en "Ayudas Públicas", Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 107.

[1391] Lo que desde ya no excluye la posibilidad de reclinarse en los particulares para que coadyuven colaborativamente en su cobertura, ello en la forma y con el alcance que exponemos más abajo en el presente.

[1392] Ya que la presente técnica puede tener bien una proyección solamente normativa, en el sentido de recrear condiciones para que la actividad sea llevada a cabo, o mismo un dar. Puede ampliarse en De la Riva Ignacio, "Ayudas Públicas", op. cit. ps. 101 y ss.

[1393] Manifestación esta que, tal lo expuesto en la nota al pie precedente, puede ser una de las representaciones que la técnica del fomento puede llegar a asumir.

[1394] Una síntesis similar realiza en el ámbito del derecho español Martínez López- Muñiz, quien tiene dicho que la regulación del Estado puede ser, bien ordenatoria, bien prestacional. Ver la cita que este sentido realiza De la Riva Ignacio, en "Ayudas Públicas", op. cit. p. 109.

[1395] Arg. art. 4 inc. a Ley de Administración Financiera nro. 24.156.

[1396] Una acabada referencia de esto puede encontrarse en el artículo de Vaquer Caballería Marcos, "El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo", publicado en Revista de Administración Pública, ISSN: 0034-7639, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), págs. 91-135.

Ello, exacerbado por un aspecto consolidado en lo que a su reconocimiento respecta, como son los denominados Derechos Humanos (DDHH); los que y partiendo de ponderar que en tanto el centro y fin del sistema es la persona humana, no pueden dejar de reconocérsele en su favor un "piso" de prestaciones en aras a propender a su desarrollo digno[1397], cuya garantización – como no podía ser de otra manera en tanto gestor del bien común – pesa sobre el Estado[1398], todo lo cual desde ya requiere también de financiamiento[1399].

Y en ese devenir de la actuación estatal, la que además es esencialmente continua (ya que las necesidades a satisfacer se proyectan en el tiempo sin solución de continuidad[1400]), no solo tiene que lograr su objetivo (la satisfacción del interés general), sino que el mismo debe alcanzarse consumiendo la menor cantidad de recursos posibles, ya que siendo estos escasos y finitos su buen uso hace también al equilibrio fiscal, y consecuentemente al adecuado funcionamiento del aparato gubernamental.

Sobre todo si se considera que la fuente primaria de financiamiento del conjunto de cometidos que integra la noción del bien común son los tributos, los que tienen a las propias personas humanas como sujetos pasivos de dicha carga; y que como todo recurso estatal debe, tal lo enseñado incluso desde el plano de las finanzas estaduales, ser destinado a la satisfacción de aquellos cometidos que hacen a las indicadas "necesidades públicas", tesitura que ha sido propiciada no solo por la doctrina[1401] sino por la jurisprudencia de nuestra CSJ[1402].

Cuanto se expone nos introduce en el preludio del aspecto central a tratar en el presente trabajo, cual es si la empresa pública es una herramienta organizacional en la que el Estado puede apoyarse para la gestión de sus menesteres, y en su caso el alcance que ello puede asumir; lo que obliga a analizar dicho tópico a partir de la línea rectora que se viene exponiendo, a la cual se le sumarán otros matices que - como se verá – terminan teniendo una incidencia inevitable al momento de forjar una conclusión.

[1397] Tal lo postulado por la CSJ en el a esta altura célebre caso "QC", Fallos 335:452.

[1398] Puede verse por el particular a del Toro Huerta Mauricio, "La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional", Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Fascículo 2, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012; y a Solís García Bertha, "Evolución de los Derechos Humanos", http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/32526

[1399] Holmes Stephen- Sunstein Cass, "El costo de los derechos (porqué la libertad depende de los impuestos)", Siglo Veintiuno Editores, Colección Derecho y Política, Bs. As., 2012, ps. 31 y ss.

[1400] Lo que ha sido puesto de manifiesto por autores como Bielsa, que asumían a la continuidad como uno de los caracteres básicos de la función estatal. Ver en su obra "Derecho Administrativo", t. 2, El Ateneo, Bs. As., 1947, ps. 223 y ss.

[1401] Villegas Héctor, "Manual de finanzas públicas", Depalma, Bs. As., 2000, ps. 1 y ss.

[1402] Dijo así el Alto Tribunal, en ocasión de una demanda de repetición entablada por un Municipio y a modo de *obiter dicta*, que – más allá de la razón que justificaba la procedencia de la pretensión – la Comuna constituye un "… ente estatal con sustento territorial y de carácter público (arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional y 33 del Código Civil), cuyo patrimonio está destinado íntegramente a los fines públicos que justifican su existencia" (el remarcado no pertenece al original, autos "Municipalidad de Monte Cristo (TF 18706-I) c/ DGI", 30/10/2012, Fallos: 335:2117, cons. 10; doctrina reiterada más recientemente en "Municipalidad de General Pueyrredón y OSSE c/ AFIP S/ cobro de pesos", 21/12/2021, Fallos: 344:3711).

4. El Estado y la estructura burocrática que lo secunda

Recapitulando, dijimos hasta aquí que el Estado es una creación instrumental del hombre destinada a "heteronomizar" aquellas necesidades estructurales y básicas a cuya satisfacción no puede proveer por sí mismo, y que devienen esenciales para la buena vida en el orden social. Para ello es que nace la apuntada persona moral[1403], a la postre reconocida por el ordenamiento jurídico, pero que – se reitera – no constituye un fin en sí mismo, sino que existe para garantizar la efectiva cobertura de las necesidades generales de la población.

Esto resulta preclaro de los elementos que hacen a su existencia, los cuales si bien varían en cantidad a partir del autor que se compulse, existen dos que se hallan presentes siempre y fuera de toda disputa, tal – en el orden que se enuncian – la población y el territorio[1404]; esto ya que, como deviene obvio, un territorio sin que exista una población al mismo asociada termina resultando *res nullius*.

Ahora bien, al ser el Estado un sujeto que no existe desde el punto de vista corpóreo o material, su reconocimiento trae consigo la generación de una estructura burocrática que soporte materialmente el ejercicio de las funciones que llevan a su formación. De allí que, a más de los elementos antes expuestos, otro sector autoral le adiciona al gobierno (que representa precisamente la indicada estructura organizacional)[1405] y el poder (comprensivo del conjunto de potestades de las que se vale como herramienta para la gestión del bien común)[1406].

La mentada complexión se descompone a su vez en órganos y entes, siendo la diferencia básica entre unos y otros que, mientras los primeros carecen de personalidad jurídica y patrimonio propios, los segundos van a contar con estos dos elementos como característica personalizante[1407]. Se da así la paradoja

---

[1403] Con las ya consabidas teorías que dan cuenta de su reconocimiento, tal las positivistas, la negatorias y las de la realidad. Puede ampliarse por el particular en Cassagne Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10° edición actualizada y ampliada, La Ley, Bs. As., 2011, ps. 188 y ss.

[1404] Ver por el particular, entre muchos otros, a Badeni Gregorio, Tratado *de Derecho constitucional*, t. I, Thomson Reuters La Ley, 3° edición actualizada y ampliada, Bs. As., 2004, ps. 471-495.

[1405] Explicándose la imputación de voluntad, luego de la evolución sucedida sobre el particular, por vía de la denominada teoría del órgano, sindicable al *iuspublicista* alemán Otto Von Gierke, quien pergeño una explicación superadora de las tesituras privatistas del mandato y la representación legal, las que devenían portadoras de un error lógico que culminaba en un razonamiento circular. En efecto, si de lo que se trataba era de justificar el "como" una persona que no existe materialmente puede exteriorizar voluntad, mal podía para ello partirse de considerar que la misma se hallaba vinculada a las personas físicas; en tanto dicha relación, que nacía de un contrato por la primera o de una ficción legal en la segunda, daba por supuesto aquello que se pretendía explicar: como era el momento inicial a partir del cual la voluntad necesaria para interactuar con el afuera podía imputársele, de modo de generar la vinculación con las personas humanas que iban a representarla. Fue Gierke quien, asumiendo un enfoque diferente, concibió que dicha exteriorización podía llevarse a cabo genéticamente desde que las personas físicas que constituían el vehículo inexorable para canalizar la voluntad del ente no se hallaban vinculadas con este último, sino que más bien lo integraban. Puede ampliarse en su obra "Teorías políticas de la Edad Media", introducción de F. W. Maitland, trad. española de Julio Irazusta, Bs. As., Ed. Huemul, 1963.

[1406] A más de la doctrina citada ver Dalla Vía Alberto, "Manual de Derecho Constitucional", LexisNexis, Bs. As., 2004, ps. 107 y ss.

[1407] Nuevamente aquí se sucedió una evolución, ya que se admitió en un primer momento que lo relevante del ente como tal era la existencia de un patrimonio propio, lo que dio origen – sobre todo en el ámbito del derecho italiano - a las denominadas descentralizaciones burocráticas o no personalizantes (Puede verse

que siendo el Estado una persona jurídica (de derecho público, claro está)[1408], puede el mismo tener en su ámbito órganos – léase los 3 "poderes" que lo componen – y el ejecutivo a su vez desagregarse tanto en más órganos (constitutivos de la llamada administración pública centralizada) cuanto en "entes" (que integran la denominada administración pública descentralizada)[1409].

Dicho método tiene su origen, como no podía ser de otra manera – por resultar el cimero creador de la mayoría de los institutos que llenan de contenido al derecho público continental-europeo – en Francia, dadas las particularidades que la misma presentaba en su época gestacional. En efecto, siendo potencia imperial con vocación expansiva, lo vasto del territorio integrante de sus conquistas hacía necesario conferir cierto halo de "desenvoltura" a las autoridades locales, de modo de dar mejor cuenta de los negocios particulares (y su idiosincrasia) que se sucedían en cada región, los que no iban a poder desarrollarse con fluidez si quedaban atados al centralismo parisino[1410].

Fue así que vieron la luz los denominados "establecimientos públicos", que tenían originalmente como misión la prestación de "servicios públicos especiales", noción esta que luego fue objeto de ampliación incluso a aquellos supuestos donde los particulares actuaban en la gestión de cometidos públicos por delegación o encomienda estatal[1411]. Como salta a la vista, la razón de ser de su creación radicó fundamentalmente – reconducida a lenguaje actual y en línea con cuanto se viene exponiendo – en la mejora de la eficacia y la eficiencia de la parcela de la función pública encomendada al ente de que se trate, siendo su finalidad (como la del Estado mismo cuya organización integra) esencialmente instrumental[1412].

Por si quedaba alguna duda, la (relativamente) reciente ley española 40/2015[1413], por la que se aprueba el Régimen Jurídico del Sector Público del citado país ibérico, es muy aleccionadora en cuanto al rol que les cabe a las entidades gubernamentales en el actual contexto del modelo de estado subsidiario, la que prácticamente al inicio de su "preámbulo" deja en claro que:

"Las Administraciones Públicas, lejos de constituir un obstáculo para la vida de los ciudadanos y las empresas, deben facilitar la libertad individual y el desenvolvimiento de la iniciativa personal y empresarial. Para ello es imprescindible establecer un marco normativo que impida la creación de

---

por esto, entre otros, a Bielsa Rafael, "Derecho Administrativo", t. I, 5ta edición, Depalma, Bs. As., 1955, p. 250); para luego reconocerse, desde el punto de vista civil, como sujetos con personalidad propia. Ver por el particular lo que decimos seguidamente en el presente acápite.

[1408] Conforme resultaba en nuestro derecho tanto del código civil veleciano (art. 33), cuanto del nuevo CCyC (art. 146).

[1409] Puede ampliarse por el particular en Ivanega Miriam, "Principios de la Administración Pública", Ábaco, Bs. As., 2005, ps. 179 y ss.

[1410] Ver en Benoit Francis-Paul, "El Derecho Administrativo Francés", Madrid, 1977, Parte Primera, Libro 1°, "La personalidad jurídica de los organismos administrativos", ps. 27 y ss.

[1411] A más de la doctrina citada puede verse a Ariño Ortiz Gaspar, "Sobre el concepto y significado institucional de la expresión ` establecimiento público´", en DA Estudios, nro. 155, 1973, ps. 7 y ss.

[1412] En igual sentido puede verse Matilla Correa Andry, "Descentralización administrativa: pequeño boceto", Revista Peruana de Derecho Público Año 17, Número 33, julio - Diciembre de 2016, ps. 1 y ss, esp. p. 27.

[1413] Cuya entrada en vigencia se produjo el 02/10/2016.

órganos o entidades innecesarios o redundantes, y asegure la eficacia y eficiencia de los entes públicos[1414], ejerciendo sobre ellos una supervisión continua que permita evaluar el cumplimiento de los objetivos que justificaron su creación, y cuestionar su mantenimiento cuando aquellos se hayan agotado o exista otra forma más eficiente de alcanzarlos"[1415].

Continuando con el análisis, aun cuando el "cuantum" de que es lo que integra la estructura orgánico- estadual fue objeto de arduas discusiones en doctrina y jurisprudencia, lo que se dio muy especialmente en cuanto al tipo de entes que iban a formar parte del Estado[1416], cabe sobre ese particular realizar varias consideraciones básicas. La primera es que a esa discusión le han puesto fin las leyes de administración financieras, al determinar el alcance de lo que debe entenderse por "sector público".

La segunda es que y circunscribiendo el análisis – por razones de extensión del presente trabajo – al Estado Nacional, la 24.156 a consagrado uno de tipo elefantístico, al dar cuenta de una organización estadual extensísima[1417] y que pareciera partir – para los entes – del criterio de la influencia dominante[1418]; la cual, en lo que hace a la tipología empresas y sociedades del Estado, ha sido refuncionalizada por el DNU 70/23, que derogó todos los tipos con excepción de la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria prevista en la Sección VI de la Ley General de Sociedades N° 19.550 y modificatorias[1419].

[1414] El resaltado no pertenece al original.

[1415] Cuyo reflejo se encuentra luego en múltiples previsiones del plexo, partiendo de ser dichos estándares –enunciados en los incs. h, i y j, de su art. 3°, junto con los de a) Servicio efectivo a los ciudadanos; b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa; d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión; e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional; f) Responsabilidad por la gestión pública; g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas; y k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas – unos que debe observar la Administración Pública en general para toda su actuación.

[1416] Siendo uno de los pronunciamientos más relevantes "La Buenos Aires Cía. de Seguros S. A. c/ Petroquímica Bahía Blanca", Fallos 311:750. Puede verse por el particular a Cassagne Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, op. cit. ps. 179 y ss.

[1417] Ello conforme lo que resulta del art. 8, para la cual el "sector público nacional" va a estar constituido por:

a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a 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. 8 de la Ley N° 25.827 B.O. 22/12/2003).

[1418] Esto al indicar que lo relevante para su calificación como tal viene dado por la incidencia que el Estado puede tener en su ámbito, sea por la titularidad del capital o en la formación de la voluntad decisoria (vid. los incs. b y c del art. 8 antes citado).

[1419] Arg. arts. 36, 37, 40 y 48 DNU 70/2023.

Dicho lo cual y no obstante que por comodidad lingüística seguiremos hablando en lo sucesivo de empresas públicas, nos encontramos en condiciones de abordar el meollo del presente trabajo, que radica en responder a la siguiente pregunta: ¿cuál es la inteligencia que puede llegar a justificar la creación de una empresa pública? De su tratamiento nos ocupamos en lo que sigue.

5. Empresas públicas, ¿Para qué?

Tenemos entonces que, para el cumplimiento de su cometido existencial y dado que el interés general involucra un hacer, el Estado – en tanto sujeto incorpóreo – necesita respaldarse en una estructura burocrático-administrativa en la que pueda hacer pie para su exteriorización. Y dentro de ese esquema se presentan como una herramienta instrumental los entes, habiendo sido una especie posible de estos últimos (en tanto género organizacional) las empresas públicas, formato acotado en la actualidad – como se acaba de exponer – a la tipología sociedades anónimas.

Más, por lógica, cualquiera sea la especie de que se trate – como los restantes órganos y entes estaduales en general - no deberían poder hacer nada que no le corresponda al Estado como tal llevar a cabo, estándar que es el que rige la actuación de las personas jurídicas en general. Es que y más allá de imperar en el derecho privado un principio de base distinto que en el derecho público, primando la libertad para el primero (principio de vinculación negativa) y la prohibición para el segundo (principio de la vinculación positiva o competencia como carácter de la organización administrativa)[1420], para las personas jurídicas en general el marco delimitativo de su obrar viene dado por el objeto y fin que motivó su creación[1421].

Lo que, llevado al ámbito estadual, nos reconduce al conjunto de expresiones ya mencionadas que integran la noción de bien común, fin último por el que la autoridad existe y que – canalizado a través de la organización en la que se asienta para lograrlo – es el que determina el para qué del obrar gubernamental. Ello enmarcado a su vez en los principios de subsidiariedad, eficacia y eficiencia, lo que consecuentemente arroja el siguiente resultado: el Estado (a través de *toda*[1422] la estructura que lo encarna) deberá realizar *per se* solo aquellas manifestaciones estructurales del interés general que no puede proyectar "hacia afuera"[1423] de su organización so pena de

[1420] Tal y como resulta del art. 3 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio de la evolución que se ha dado sobre el presente, conforme exponemos más adelante.
[1421] Arg. art. 141 CCyC. De allí que, más allá del indicado principio de libertad, la extensión de la imputación de la actuación de los representantes legales de las personas jurídicas privadas a estas últimas va a estar ceñido a aquello que se vincule con su objeto estatutario, lo que importa la aprehensión de la regla de la especialidad. Puede ampliarse por el particular en Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Directores, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. I, 2° edición, 2016, ps. 278 y ss.
[1422] Lo que incluye a los entes, como mecanismo instrumental que representan al igual que la persona jurídica Estado que integran.
[1423] O de manera "transestructural", para utilizar la a esta altura célebre expresión de Barra. Puede verse en su "Tratado de derecho administrativo", t. 3, Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2006, ps. 605 y ss.

comprometer la noción de soberanía en su faz interna, lo que requiere varias aclaraciones.

La primera de las cuales es que si bien la actualidad del derecho internacional público ha cuestionado la subsistencia de la noción de soberanía[1424], ello es en la faz externa; esto es, entendido como potencia que manda desde el punto de vista jurídico- material en su interacción para con los restantes Estados a nivel global, lo que presenta hoy en día limitaciones tanto de derecho (por los múltiples organismos internacionales que existen y de los que los países forman parte) como de hecho (dadas las asimetrías presentes en términos de recursos)[1425] [1426].

Sin embargo, lo anterior no empece a que el Estado siga sosteniendo su poder de imperio "ad intra" o en su faz doméstica, lo que en términos prestacionales se reconduce a las ya indicadas expresiones pétreas del bien común y que abarcan las tres funciones básicas del Estado: legislativa, jurisdiccional, y administrativa, requiriendo alguna aclaración extra cuanto hace a esta última. Sabido es que la administrativa es la más amplia de las que el Estado lleva adelante, implicando aquella actividad que sin presuponer ninguna de las restantes, el mismo ejecuta en pos de dar efectiva cobertura al interés general[1427].

Y si bien está claro que respecto de las dos primeras proyecciones funcionales no hay posibilidad de concebir su gestión indirecta, ya que el buen orden social no deja al pueblo otra alternativa – tal lo ya explicado – que recurrir a la "heteronomización" tanto de la fijación de pautas de conducta cuanto de la resolución de los conflictos que su inobservancia genere[1428], la administrativa

[1424] Por el origen histórico del nacimiento de esta noción, directamente asociada a la figura de Jean Bodin, puede verse a García Gestoso Noemí, "Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los seis libros de la república de J. Bodino", en Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, Nº 120, 2003, págs. 301-328.

[1425] Puede verse en Lloyd de Villamor Morgan-Evans, "Los límites de la soberanía del Estado en un contexto de configuración supranacional", en Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, ISSN 0213-988X, ISSN-e 2695-7728, Nº 17, 1999, ps. 633-639.

[1426] Cuanto se expone ha sido advertido incluso por el Papa Francisco, quien en su Carta "Fratelli Tutti" ha expresado que "172. El siglo XXI «es escenario de un debilitamiento de poder de los Estados nacionales, sobre todo porque la dimensión económico-financiera, de características transnacionales, tiende a predominar sobre la política. En este contexto, se vuelve indispensable la maduración de instituciones internacionales más fuertes y eficazmente organizadas, con autoridades designadas equitativamente por acuerdo entre los gobiernos nacionales, y dotadas de poder para sancionar». Cuando se habla de la posibilidad de alguna forma de autoridad mundial regulada por el derecho no necesariamente debe pensarse en una autoridad personal. Sin embargo, al menos debería incluir la gestación de organizaciones mundiales más eficaces, dotadas de autoridad para asegurar el bien común mundial, la erradicación del hambre y la miseria, y la defensa cierta de los derechos humanos elementales".

[1427] Bianchi Alberto, "Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa", ED, tomo 129, ps. 266-276.

[1428] Aun cuando sería ajeno al objetivo del presente trabajo ahondar sobre este particular, se encuentra ya acreditado a esta altura de la evolución, por la primera de las manifestaciones indicadas, la falacia que supuso la postulada "auto-regulación" del mercado, ya que y para mencionar las razones más relevantes que se oponen a semejante postura del liberalismo ortodoxo: a) siendo condición esencial para la fijación de reglas de convivencia social la "objetividad", nadie que forme parte de la propia relación a regular puede dárselas a sí mismo; b) ello sumado a que éstas deben "aprehender" el bienestar del conjunto, lo que trasciende un sector de la economía dado; y c) la hipótesis de competencia perfecta de la que partía el liberalismo para justificar tal tesitura constituye una franca utopía. Sin embargo, esto no debe llevar a la posición de que el Estado deba intervenir en "exceso", debiendo ir éste – conforme lo ya expuesto y tal

impone una precisión: siendo, como se expuso, la más omnicomprensiva de las que componen el quehacer gubernamental, esta es la única que admite la gestión por terceros y en tanto no se trate de aspectos que hagan al orden social básico (vg. gobierno, defensa, policía, tributación, etc.), los que por comprometer la propia esencia del Estado y con ello su soberanía interna no deja otra opción más que su ejecución estatal directa.

De allí la distinción, a cuento de esto último, que un sector de la doctrina (liderado por la italiana) realizó entre función (pública) y servicio (público), residiendo la diferencia en el hecho que aun cuando en ambos casos se hallaba involucrada una actividad prestacional de bien común por el carácter básico de las necesidades en juego; mientras que en la primera (función), por su ya indicada centralidad para garantizar la interacción social armónica no era posible su privatización, la segunda (servicio) lo admitía al no poner en tela de

como la historia lo ha demostrado - por el camino del medio (Puede ampliarse por el particular en Barrantes Roxana, "Teoría de la Regulación", en Economía PUCP, 2018, http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/ME004.pdf; y Castro Videla Santiago y Maqueda Fourcade Santiago, "Tratado de la regulación para el abastecimiento", Ábaco, Bs. As., 2015, ps. 57 y ss).
Y, en lo que hace a la función jurisdiccional, aun cuando se admita la existencia de técnicas alternativas de composición de conflictos (con el arbitraje como estandarte), estas se afincan en un conjunto de características y elementos que dan cuenta que – más allá de la posición que se siga para determinar su naturaleza (vg. contractual o de derecho privado, y jurisdiccional o de derecho público) – en todos los supuestos se parte de admitir: 1) la existencia de una autorización legal que permita una opción semejante; 2) la que queda deferida, por regla, al arbitrio o voluntad de los sujetos que pretendan sujetarse a dicho método de solución de controversias; y 3) lo que en ningún caso sustituye ni enerva la intervención estatal, sea por las posibilidades de revisión existentes y que suelen reconocerse más allá de lo acordado por las partes (tal lo resuelto por la CSJ en "Cartellone", Fallos 327:1881; y lo dispuesto en el art. 1656 del CCyC), sea porque la efectiva ejecución de lo decidido por los árbitros depende en todos los casos del Estado (Una síntesis de esta temática puede verse en el excelente trabajo de Freyre Mario y Vásquez Kunze Ricardo, "Arbitraje: naturaleza y definición", en Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, Nº. 59, 2006, págs. 273-284).

juicio el adecuado funcionamiento de la sociedad como tal[1429], siendo la herramienta pergeñada históricamente a estos efectos la concesión[1430].

Ella nace justamente bajo el ámbito del modelo de Estado liberal, donde este último, haciéndose cargo de tener que satisfacer las necesidades colectivas básicas en tanto gestor del bien común pero limitado en su posibilidad de tomar acción directa por razones ideológicas, utilizó a dicha figura como "puente" para deferir su desenvolvimiento a los particulares, aunque reservándose para sí tanto prerrogativas de autoridad como un poder de regulación intenso[1431].

Más aún, la ideología estadual imperante – Estado subsidiario – sumada a los machacados principios de eficacia y eficiencia, llevan a que la regla en la materia sea la gestión por los particulares de todas aquellas actividades prestacionales de contenido económico- social, incluso las que por el carácter elemental de las necesidades (públicas) involucradas resulten de titularidad estatal y comprendidas dentro de la noción de servicio público u obra pública; quedando, respecto de estas dos últimas, el rol de prestador directo del Estado relegado a aquellos supuestos donde la gestión indirecta falle y por el tiempo que dure la selección – por regla abierta y competencial[1432] – de un nuevo concesionario que las lleve a cabo[1433].

[1429] Al margen de dicha distinción y aun cuando la regla en la materia lleva a que mientras el servicio – y su sucedáneo, las obras públicas, tal como se expone en este trabajo - sean por principio una porción de la función administrativa estadual susceptible de delegación, mientras que aquello que encuadra en la "función" propiamente dicha no, consideramos que este último principio no debe a su vez postularse con carácter absoluto. Esto ya que pueden darse manifestaciones prestacionales del Estado que no obstante no integrar la noción de servicio público son pasibles de delegación sin que por ello se ponga en tela de juicio la soberanía interna, lo que es propio de la esencial modulabilidad de que el funcionamiento gubernamental – y el consecuente derecho (público) que lo regula – es susceptible, con los matices resultantes de la ideología que impere. Piénsese en el supuesto de los Colegios Profesionales, ejemplo inveterado de actividad administrativa delegable transestructuralmente y donde la parcela de la tarea encomendada (el gobierno de la matrícula), sin encuadrar en la noción de servicio público (tal los elementos que llenan de contenido a la presente técnica de intervención, vg. actividad de prestación positiva, de titularidad estatal, por el carácter básico de las necesidades públicas contingentes y de primera línea en juego) puede proyectarse a terceros dejando indemne la esencia del Estado en cuanto a su razón de existir, debiendo ser justamente este el estándar a considerar para determinar la "delegabilidad" de la parcela de la función administrativa involucrada.
De allí que, traspolando la distinción que realizara Barra entre actividad y función (a la que debería agregarse el servicio), tenemos que mientras que todo cuanto haga a la función – por involucrar el núcleo duro del Estado en cuanto a su razón de ser visto desde la óptica de los cometidos estructurales que hacen al orden social básico – no será pasible de "privatización", si podrán serlo a contrario tanto las prestaciones que integren la noción de servicio público (categoría que se llena de contenido a partir de los elementos antes descriptos) como de actividad pública, encuadrando particularmente en esta última aquella que – sin reunir los elementos que hacen al servicio público - el Estado lleva materialmente a cabo para satisfacer el interés general, admitiéndose a su respecto delegación por fuera de su estructura orgánica al no afectar dicha parcela los atributos esenciales del poder estatal (Por la distinción entre actividad y función puede verse en Barra Rodolfo, "Principios de Derecho Administrativo", Ábaco, Bs. As., 1980, ps. 173 y ss).
[1430] Ariño Ortiz Gaspar, "Economía y Estado", Abeledo- Perrot, Bs. As., 1993, ps. 358 y ss.
[1431] Ariño Ortiz Gaspar, "Economía y Estado", op. cit. ps. 364 y ss.
[1432] Dada la naturaleza contractual que dicho título jurídico asume, siendo condición para su perfeccionamiento la licitación y/o el concurso público, conforme doctrina y jurisprudencia – de la CSJ - vigente. Puede ampliarse en Comadira- Escola- Comadira, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, ps. 775 y ss.
[1433] Puede verse por el particular en nuestro artículo "Actualidad en la noción de servicio público: ¿La regulación económica como extintiva de dicha técnica de intervención estatal?", publicado en ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 03/10/07.

Lo anterior bajo ningún aspecto supone que el Estado se desentienda de intervenir, pero debe hacerlo: a) ponderando primeramente la extensión de la actividad que le cabe en tanto gestor del bien común; b) a partir de la ideología actualmente reinante (Estado subsidiario) y que no solo se impone a la luz de una interpretación dinámica de la Constitución, sino dados los propios principios que en la materia ella misma ya establece considerando la última reforma sufrida[1434]; y c) lo que debe llevar a utilizar el instrumento que resulte más eficaz y eficiente, fórmula actualmente sintetizada en el aforismo sajón *value for money*[1435].

De allí que, de los mecanismos con los que cuenta a dichos efectos, que como se vio pueden ser prestacionales, regulatorios o mixtos, dado que la experiencia ha demostrado que el Estado es un gestor ineficiente e ineficaz de actividades prestacionales de contenido económico, la regla deberá ser la intervención a través del dictado de reglas que limiten y delimiten tanto el ejercicio como el contenido de los derechos (regulación económica y/o social), partiendo de la base que el desarrollo del comercio y la industria es uno que integra la esfera de libertad de los particulares, pudiendo complementarse ello con la adopción de medidas que "incentiven" su efectivo desenvolvimiento (fomento o ayudas públicas).

Dicho en otros términos, más allá de las manifestaciones estructurales del bien común, que como se vio debe ejecutar siempre por sí, la intervención prestacional del Estado solo se justifica siempre que estén en juego necesidades básicas, que naturalmente encuadrarán por regla en la noción de servicio público y su sucedáneo, la provisión de infraestructuras públicas[1436] (lo que descarta las puramente mercantiles, al no comprometer éstas demandas sociales de primera línea), y en ausencia de efectiva cobertura por el sector privado. Sobre todo si se considera que existen herramientas que, sin llegar a dicha hipótesis de máxima, permiten promover su efectivo desenvolvimiento, lo que puede lograrse tanto por vía regulatoria cuanto combinando ésta con medidas de fomento[1437], siempre respetando la tríada subsidiariedad, eficacia y eficiencia.

Todo lo anterior potenciado a poco que se tenga en cuenta un aspecto central y que trasciende toda ideología, por ser un dato ya bien consolidado de la realidad. De un tiempo a esta parte el avance tecnológico ha dejado en evidencia las limitaciones del Estado para proveer a la consecución de

---

[1434] Conforme los ya mencionados estándares que resultan de los arts. 42 y concordantes.

[1435] El que no debe reducirse al sentido de abaratamiento (eficiencia y economía) de los costes de realización de la actividad prestacional de que se trate sino que también debe considerar la posibilidad de su efectiva concreción (eficacia), sobre todo si lo que se encuentra en juego es la satisfacción de una necesidad pública y aun cuando conlleve oblar una remuneración al sector privado, todo lo cual impuso una revitalización de la relación colaborativa sector público-sector privado, conforme lo exponemos a continuación.

[1436] Siendo la vinculación – o conexidad – entre ambas evidente, ya que para la prestación de servicios de interés general se requiere por regla de infraestructura básica que le sirva de soporte, la que en tanto cursa igual finalidad de bien común va a quedar alcanzada por los regímenes jurídicos de derecho público, presentando además ella las más de las veces la característica de monopolio natural. Puede ampliarse por el particular en De la Riva Ignacio, "Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras", La Ley, Bs. As., 2018, ps. 151 y ss.

[1437] Lo que nos deja en lo que hemos calificado ut supra como intervención "mixta", que incluye asimismo alternativas tanto *ex lege* como *ex contractus*, con la consabida figura de la concesión a la cabeza.

determinado tipo de necesidades (públicas), al involucrar un grado de experticia que trasciende las capacidades funcionales de su planta; sumado a la circunstancia que, y en tanto ha sido el sector privado quien se avocó *principalmente* a su desarrollo[1438] en las últimas décadas (lo que al fin de cuentas persigue un ánimo de lucro), ello hizo que dicha tecnología sea onerosa, aspecto que se contrapone con los acotados presupuestos fiscales.

Esto fue lo que determinó la revalorización de aquello que se dio en llamar bajo el ámbito del derecho sajón como PPP[1439], que – tal lo expuesto – no suponía en sí mismo nada novedoso, sino el sector privado coadyuvando – a instancias del sector público y bajo su encomienda - en la consumación de labores que hacían a la satisfacción de necesidades colectivas. Pero, y a diferencia de lo que ocurrió en el siglo 19, no se trataba de una colaboración basada en limitantes ideológicas, ya que en dicha época el Estado se hallaba en capacidad (técnica y financiera) de llevarlas a cabo por sí[1440].

La mayor demanda suscitada por el avance de la sociedad hacia finales del siglo 20, con la consecuente complejización resultante, no dejaba al Estado más alternativa que la ligazón con los particulares de modo de aprovechar su *know how*, a lo que se agregaban los recursos económicos que éstos podían aportar a través de la banca (sector financiero); situación que generaba ventajas para ambas partes, dado el diferente – pero no antitético – fin que cada uno busca.

En efecto, persiguiendo los particulares la obtención de rédito, el PPP les representaba una nueva oportunidad de negocio; y, para el Estado, permitía la satisfacción del bien común respecto de esas nuevas necesidades que la evolución había decantado pero que – y a diferencia de antaño – iba a erigirse en la única alternativa de concreción posible, dada la inhabilidad del sector público para gestionarlas en solitario[1441].

Lo anterior sumado al exponencial avance – en la era digital que vivimos – de las nuevas tecnologías, con modernos paradigmas a afrontar, algunos más conocidos aunque no por ello menos intrincados (como la biotecnología o el internet de las cosas) y otros que se están presentando francamente como

---

[1438] Vale la aclaración ya que, sobre todo durante la guerra fría, tanto Estados Unidos cuanto la Unión Soviética invirtieron en el avance de tecnología militar, lo que incluyó la carrera espacial; destacándose así respecto del primero de los mencionados a la DARPA (Defense Advanced Research Projects Agency), la que – a través de un "ecosistema" que incluye a socios académicos, corporativos y gubernamentales – encabezó investigaciones que terminaron teniendo gran impacto social, dentro de los que cabe destacar a la propia internet, pero donde queda en claro que la participación del sector privado se presenta como esencial. Ver en https://www.darpa.mil/about-us/about-darpa

[1439] Public Private Partnership, cuyas traducciones dan cuenta de expresiones tales como participación público- privada, asociación público- privada o colaboración público- privada.

[1440] De lo que dio cuenta el Estado de Bienestar, donde y superado el dogma liberal de la no intervención estatal, se pasó al extremo inverso; esto es, el Estado realizando todo tipo de actividad, pero no ya solamente las que tenían en miras la satisfacción de requerimientos socio- económicos básicos (servicio público/ obra pública) sino llegando a realizar actividades comerciales e industriales en competencia con los particulares, al partir de la concepción de la "publificación" de los factores de la producción. Puede verse por el particular la ya citada obra de Gaspar Ariño, "Economía y Estado", op. cit. ps. 141 y ss.

[1441] Puede verse por el particular nuestro artículo intitulado "La participación público- privada (PPP) como mecanismo para la satisfacción de necesidades generales de la población", Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, ISSN-e 2007-3798, Nº. 16, 2019.

revolucionarios, dentro de los cuales cabe mencionar a las criptomonedas y – muy especialmente – a la inteligencia artificial; lo cual no solo limita la posibilidad estatal de contribuir aisladamente a su desarrollo, sino que su estrepitosa evolución muestra las dificultades para encarar siquiera su adecuada regulación[1442].

Un claro ejemplo de cuanto se expone lo representa la firma *Apple*, pionera en el desarrollo de productos tecnológicos (con las computadoras y la telefonía celular como estandartes), representando hoy la empresa tecnológica más valiosa del mundo, con una capitalización de mercado de US$ 3,4 billones[1443]. Y su crecimiento exponencial no hubiera podido llevarse a cabo sin el apoyo del gobierno estadounidense, quien – antes que pensar en realizar un desarrollo semejante por sí[1444] - tuvo un aporte trascendental en un doble aspecto: económico, a través de desgravaciones fiscales[1445] y contratos de compra de productos; e institucional, tanto en la colaboración brindada para la protección de patentes como en la eliminación de barreras de entrada de las que la empresa fue objeto en muchos países desarrollados, tal el caso de Japón[1446].

Todo ello impone entonces que el Estado cumpla acabadamente el rol que le cabe, pero en su justo límite, posición que ha comenzado a abrirse camino a nivel normativo en el más avanzado derecho público europeo, siendo dos casos representativos de ello tanto la ya citada ley española 40/15 (del régimen jurídico del sector público), cuanto la normativa comunitaria en materia de contratación pública. Respecto a la primera, se encarga la misma de determinar el "como" debe el Estado intervenir a través de su estructura orgánica, postulando en ese sentido que:

"Artículo 4. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el

[1442] Dejando expuesta así la denominada "brecha regulatoria" como nunca antes (Un interesante tratamiento de la presente temática y sus múltiples aristas es abordado en el Suplemento "Derecho y Nuevas Tecnologías", dir. por Gonzalo Ana Dobratinich, Bs. As., 2021).

[1443] El ranquin actualizado puede verse en https://www.infobae.com/tecno/2024/08/04/descubre-las-12-empresas-de-tecnologia-mas-valiosas-actualmente-en-el-mundo/#:~:text=Apple%2C%20el%20l%C3%ADder%20Indiscutible,de%20US%243%2C4%20billones.

[1444] Resulta difícil imaginar que un Estado pueda haber promovido por sí mismo – a través de una empresa pública - el desarrollo tecnológico y comercial que Apple alcanzó, mas no que pueda resultar el impulsor de un cambio económico que traiga consigo una evolución; siendo otra prueba de cuanto se dice Finlandia, quienes generaron un viraje drástico de su economía por la consciente y enderezada inversión hacia un sector determinado, como fue la tecnología, lógica que se logró principalmente mediante el otorgamiento de ayudas públicas económicas al sector privado para que ello ocurriera (Una interesante reseña del particular puede verse en Ahumada José Miguel, "Finlandia no es el paraíso de la CPC: las raíces públicas del despegue económico finlandés", del 03/08/20, en http://www.bitacora.com.uy/auc.aspx?11556,7

[1445] Se estima que Apple ha solicitado, hacia el año 2008, un total de 8.300 millones de u$s en desgravaciones fiscales para investigación y experimentación. Puede verse por el particular en Mazzucato Mariana, "El Estado emprendedor. La oposición público vs. privado y sus mitos", Taurus, 3° edición, 2024, p. 160.

[1446] Mazzucato Mariana, "El Estado emprendedor. La oposición público vs. privado y sus mitos", op. cit. p. 158.

desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos"[1447].

Y, en lo que hace a las segundas, la saga de Directivas dictadas para estandarizar la contratación pública en los países integrantes de la Unión Europea, nros. 23, 24 y 25 de 2014, que regulan – respectivamente – la adjudicación de contratos de concesión, la contratación pública y la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, si bien continúan contemplando – como lo hacía ya el Tratado Fundacional de la UE[1448] – la figura de la empresa pública[1449], lo hacen o bien como "entidad adjudicadora"[1450], o para la prestación de "servicios", los que vienen delimitados por la última de las directivas mencionadas y que se corresponden con el concepto de servicio público[1451] [1452].

6. Algunas consideraciones adicionales

Si bien lo que se expone no excluye que en los hechos sigan existiendo empresas públicas destinadas al desarrollo de actividades puramente

[1447] No obstante ser claros los principios de los que parte, culmina reconociendo la posibilidad de crear empresas no solo para la gestión de servicios o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, sino también de tipo comercial (arts. 103.1 y 107.2); las que estarán sujetas por regla al derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto Legislativo 3/2011, la Ley 33/2003, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación (art. 104). Queda a la vista lo difícil que termina siendo la delimitación y deslinde del régimen jurídico aplicable cuando a las antedichas se les reconoce la posibilidad de actuar más allá de la razón de ser del Estado (la ya indicada satisfacción del bien común, en cuyo ámbito la aplicación del derecho público está fuera de discusión, sin perjuicio de su modulabilidad), con las consecuentes distorsiones que se terminan generando en el ámbito económico, tal y como ahondamos en el capítulo que sigue.

[1448] Conforme lo que resultaba del art. 90.3. Puede ampliarse en Canales Gil Álvaro, "El sector público empresarial desde la perspectiva de la Unión Europea", Cuadernos de estrategia, ISSN 1697-6924, Nº. 95, 1998 (Ejemplar dedicado a: La Unión Económica y Monetaria: sus implicaciones), págs. 81-94.

[1449] A la que califican, conforme resulta del art. 7.4 de la Directiva 23/2024 como "toda empresa sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen", aclarando luego que "Se entenderá que existe influencia dominante por parte de los poderes adjudicadores en cualquiera de los siguientes casos, en los que dichos poderes, de manera directa o indirecta: a) estén en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión de la empresa".

[1450] Esto es, una entidad del sector público que tiene la capacidad legal para contratar y adjudicar contratos públicos en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público. Puede ampliarse en Gimeno Feliu José María, "Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!", en Observatorio de Contratación Pública, https://www.obcp.es/opiniones/ser-o-no-ser-poder-adjudicador-esa-no-es-la-cuestion

[1451] Por la vigencia de la presente técnica en la UE puede verse a Tornos Más Joaquín, "El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario", Revista de Administración Pública ISSN-L: 0034-7639, núm. 200, Madrid, mayo-agosto (2016), ps. 193-211. http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.10

[1452] Más allá de las referencias que de esta técnica realizados ut supra, ver en particular lo que de ella decimos en el acápite que sigue.

"mercantiles", mismo en el ámbito del derecho europeo y con mayor o menor ascendencia en el PBI de cada país[1453], la regla que resulta de tales plexos es la que debería primar a poco que se considere que dicha tipología organizacional – como el resto de los entes estatales - son un mecanismo instrumental para la mejora en términos de valor por dinero en la gestión de cometidos públicos.

Sobre todo si se tiene en cuenta que, salvo escasas excepciones[1454], la constante en materia de gestión de empresas públicas es su ineficiencia[1455], más allá que muchas veces puedan llegar a lograr adecuados estándares en términos de eficacia y sostenibilidad[1456], lo que en consecuencia únicamente puede justificarse en el contexto ya expuesto; esto es, cuando se encuentran en juego necesidades básicas y de primera línea integrantes de la noción de bien común (en la parcela que se puede delegar a los particulares por no ponerse en tela de juicio la noción de soberanía interna)[1457], y donde la gestión indirecta falle.

Es que, a riesgo de redundancia, los principios de subsidiariedad, eficacia y eficiencia de la función estatal imponen adoptar la alternativa que sirva para lograr de mejor manera, y con el mayor ahorro de recursos, el fin buscado[1458]; circunstancia que determina que la intervención prestacional deba estar acotada – insistimos, más allá de las manifestaciones estructurales del bien común, que siempre estarán a su cargo - a aquellas necesidades de primera línea, y aun así llevarse a cabo su prestación como *última ratio* en ausencia de mecanismos más eficaces y eficientes, tal la gestión indirecta de cometidos públicos allí donde sean delegables. Máxime por la complejización de los requerimientos técnicos (con la consiguiente mayor onerosidad asociada) que muchas de las necesidades públicas actuales conllevan, lo que potencia las limitaciones estatales para tomar acción directa sobre las mismas.

[1453] Un estudio del particular puede verse en Merino Álvaro, "El peso de las empresas públicas en la Unión Europea", en https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/peso-empresas-publicas-union-europea/

[1454] Es interesante referenciar aquí el estudio realizado a modo de tesis doctoral por Magda Cayón Costa, que trata acerca del "Análisis comparativo de la eficiencia de la empresa pública respecto de la empresa privada, aplicado a empresas hoteleras en España", donde llaman la atención dos aspectos: primero, la existencia de una empresa pública dedicada a la hotelería; y lo segundo, que si bien la misma resulta en líneas generales eficiente, en comparación con las empresas particulares – y sin perjuicio de las asimetrías informativas con las que tuvo que lidiar la doctorando, sobre todo del sector privado – la eficiencia de la privada (de la que pudo recabar información íntegra) era superior (Vid. en Universidad Autónoma de Barcelona, 2007, publicada en https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/3962/mcc1de1.pdf).

[1455] Por un análisis concienzudo del tema y su complejidad puede verse a Vergés Joaquim, "Eficiencia comparativa Empresa Pública vs. Empresa Privada: La evidencia empírica", 2014. MPRA Paper No. 58816, posted 24 Sep 2014 14:06 UTC, online at https://mpra.ub.uni-muenchen.de/58816/

[1456] Existen así interesantes estudios que dan cuenta que en ciertos países las empresas públicas presentan mejores estándares de sostenibilidad en términos de cumplimientos de ODS que las empresas privadas. Puede verse por el particular el informe de Pacto Mundial (Red Española), publicado en https://www.pactomundial.org/biblioteca/contribucion-empresas-espanolas-agenda-2030-resultados-consulta-empresarial/?utm_source=blog&utm_medium=web&utm_campaign=publicacion-consulta-agenda2030

[1457] Que naturalmente se encarnan en la noción de servicio público y/o de infraestructuras públicas, las que suelen presentar por regla además la característica de monopolio natural. Ver lo que decimos supra en el punto V del presente trabajo, y en especial la nota 63.

[1458] Por una visión desde el plano económico de cuanto se expone puede verse a Coloma Germán, "Empresa pública, privatización, regulación y competencia: su papel en la provisión de servicios de infraestructura," CEMA Working Papers: Serie Documentos de Trabajo. 268, Universidad del CEMA, 2004.

Además, los formatos empresariales, al margen del riesgo siempre latente de que sean utilizados como objetivos fáciles de la política, presentan – vinculado con esto último y más allá de las limitaciones en términos de experticia – otras debilidades endémicas, tales como requerir estructura de funcionamiento, lo que coadyuva a que terminen siendo una fuente de ineficiencia, al mostrar por regla un exceso de personal, bienes y consecuente afectación de recursos fiscales, todo ello por sobre el umbral óptimo para el cumplimiento de su cometido. Cuanto se expone, exacerbado por otro aspecto clave.

Más allá de la evolución que se registra respecto del nacimiento de las sociedades comerciales, donde el rol del Estado fue – nuevamente aquí – vital[1459], adoptado que fue dicho formato como aquél que por antonomasia servía para el desarrollo de actividades económicas a partir del principio de la separación[1460] (que implica la no confusión con las personas humanas que la integran, con su proyección en términos de escisión patrimonial y limitación de responsabilidad), ellas presentan como elemento estructural la obtención de ganancias que nacen de un flujo de fondos positivo[1461] [1462].

Y este último objetivo, por obvio que resulte aclararlo, no constituye un fin de los que el Estado pueda perseguir en términos funcionales como parcela integrante del bien común a cuya cobertura debe proveer[1463]. Antes bien, se encuentra el mismo en las antípodas de su razón de ser[1464], salvo ociosidad de

---

[1459] Quien históricamente promovió la vinculación con los particulares, bien a través de la encomienda de funciones estatales, de lo que da cuenta el derecho romano a través de la societates publicanorum (representando uno de los primeros ejemplos de PPP de la historia); o del reconocimiento de determinados privilegios, tal la English East India Company, creada mediante Royal Charter el 31/12/1600 por la Reina Isabel I de Inglaterra y que tenía asignado un monopolio comercial sobre las Indias Orientales (Puede ampliarse en Payer Puccio José Antonio, "Notas sobre el origen y la evolución de la sociedad anónima", THĒMIS-Revista de Derecho 84. julio-diciembre 2023. pp. 15-34. e-ISSN: 2410-9592).

[1460] Receptado en general para las personas jurídicas en el art. 143 del CCyC.

[1461] Puede verse en Tantalean Tapia Iván, "La naturaleza de la empresa. Su teleología desde las Ciencias de la Administración, el Derecho y la Economía", en Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit. - Univ. Pontif. Bolivar. Vol. 52 no.136, Medellín Enero/Junio 2022 (https://doi.org/doi.org/10.18566/rfdcp.v52n136.a11).

[1462] No se nos escapa que se admite actualmente como posible en el ámbito del derecho privado, con reflejos normativos comparados, a las denominadas empresas no lucrativas. Sin embargo, y más allá de los debates que esta alternativa suscita, se ha dejado en claro – lo que impacta en la lógica que se expone a partir de los principios de eficacia y eficiencia – que aún respecto de esta nueva alternativa "… (la) ausencia de fin lucrativo no significa que no deban funcionar conforme a las reglas de la economía y las exigencias de una correcta administración; si sus gastos superan a sus ingresos, inexorablemente habrán de sucumbir, como cualquier empresa. Lo dicho vale aun para las entidades que se proponen fines culturales, deportivos, artísticos, etc., puesto que incluso ellas deben administrarse con criterios de empresa para poder subsistir y cumplir sus finalidades." (Cracogna Dante, "Modernas Orientaciones en el Derecho Societario", La Ley, TR LALEY AR/DOC/1960/2022).

[1463] En esta línea manifiesta Barra que "…. en el orden de los principios, la creación de estas empresas por parte del Estado no puede responder a la necesidad de satisfacer fines de lucro, es decir fines de naturaleza privada, que son ajenos a la realidad estatal, sino, por el contrario, tal creación encuentra su exclusivo fundamento en una decisión orientada a la consecución de determinados objetivos de política económica y social, previamente definidos por el Estado. Por consiguiente, estas empresas, que no son más que una forma de actuación estatal, no tiene otro fin que el del Estado mismo: el bien común" (Ver en su "Contrato de Obras Pública", t. I, Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1984, p. 48).

[1464] Esto se ve incluso en las épocas más oscurantistas de la modernidad, tal el período ocurrido entre los siglos 15 y 18, donde se produjo una tergiversación del rol de la Autoridad, que de garante del bien común mutó a lo que se denominó "razón de Estado" (lo que suponía concebir a la misma, junto con el poder que ella portaba, como un fin en sí mismo). Aún en este interregno, su impacto en la concepción de los bienes fiscales (donde se pasó a una "regalista") no supuso un cambio en la télesis, cuanto menos desde lo formal: es que el patrimonio del Rey iba a seguir estando destinado a cubrir las necesidades de la "comunidad", con

bienes[1465], pero aún en este último caso su inversión no constituirá un fin en sí mismo, sino un medio para la preservación del valor de los recursos fiscales sobre-stockeados[1466].

De allí la *contradictio in terminis* que presenta la por algunos pregonada "a-lucratividad" de las empresas públicas[1467], lo que deja al descubierto que se quiere aplicar un formato organizacional para el logro de un objetivo que no cuaja con la noción de bien común, sobre todo si se considera al modelo ideológico actual que del Estado se propugna (subsidiariedad).

Para cerrar la inteligencia que se esboza en este último aspecto, siendo lo más parecido a la obtención de renta por inversión de bienes la actividad financiera, se ha planteado si la misma debía ser – o no – ungida como servicio público; pero ello, entendemos, ponderando como razón de interés general que la justifica no la ganancia que puede generar, sino su trascendencia como instrumento dinamizador de la economía. Aun cuando la discusión sigue en pie, pensamos que la calificación como servicio público no ha ocurrido ya que, si el Estado quisiese esto último (promover la actividad económica), tiene otros mecanismos más eficientes para llegar a idéntico objetivo sin necesidad de "publificar" la actividad.

Por caso, si lo que se pretende a ese efecto es dar créditos a tasa subsidiada, bien podrían otorgar – bajo las condiciones que se determinen – ayudas

---

la particularidad que en esa época ellas iban a estar identificadas lisa y llanamente con las propias de la corona y no con las de la sociedad a las que ella debía servir (Ampliar en Serna Vallejo Margarita, "Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico", en AAVV *Derecho de los Bienes Públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, ps. 16 y ss.

[1465] Los que históricamente existieron, tal el caso del Reino Unido en el s. 19, circunstancia que motivó su utilización a los fines "incentivar" la promoción del nuevo escenario productivo que veía la luz a partir de la revolución industrial, el establecimiento fabril por sobre la producción agrícola- ganadera, dando así origen a la técnica del fomento, modelo luego exportado a Norteamérica (Puede ampliarse en Aparisi Miralles Ángela, "La revolución Norteamericana", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, ps. 21 y ss). Como se ve, los recursos fiscales no constituyen un fin en sí mismo, sino medios para coadyuvar al cumplimiento de aquellos por los que el Estado existe, sintetizados en el concepto de bien común; cuya mayor o menor extensión, en término de las "necesidades" que el mismo abarca, dependerá de la ideología imperante.

No obstante lo cual y más allá de una época o sesgo de pensamiento dado, cuesta pensar al Estado actuando con ánimo de obtener ganancias como un fin *per se*, y a poco que se repase la historia se verá que en los momentos que intervino directamente en la economía (a través de las distintas tipologías que los "entes comerciales" pueden asumir) va a poder encontrarse siempre un interés solapado que trasciende el lucro como razón fundante de su intromisión (Puede verse así los ejemplos que dentro de la cronología histórica menciona Payer Puccio José Antonio, "Notas sobre el origen y la evolución de la sociedad anónima", cit. anteriormente). Lo que, llevado al día de hoy y conforme se expone a lo largo del presente, debería ser (re)evaluado a partir de los principios de subsidiariedad, eficacia y eficiencia, teniendo en cuenta que existen otras técnicas de intervención que pueden lograr igual objetivo pero con mucha menor afectación de la libertad y las arcas públicas.

[1466] Al margen de tener la Argentina una experiencia crónica de desequilibrio fiscal, lo que hace difícil visualizar dicha hipótesis, países como Noruega dan cuenta de la existencia de recursos excedentes (generados en su caso a partir de los ingresos provenientes de la explotación off shore de petróleo), los que motivaron la creación de un fondo global de pensiones que sirve como reserva financiera del país, y que si bien es objeto de colocación, ello es al solo efecto de preservar su valor de modo de garantizar el equilibrio fiscal en tiempos de merma recaudatoria. Puede verse por el particular en https://www.norway.no/es/argentina/Noruega-X/noticias-eventos/el-fondo-de-pensiones-global-de-noruega/

[1467] Puede verse por esto a Barra Rodolfo Carlos, "Contrato de Obras Pública", t. I, op. cit. p. 48; y Rivero Ysern Enrique, "Derecho público y derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas", Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 86, 1978, ps. 11-52.

económicas a los sectores vulnerables, sea directamente (a través de organismos o entes con los que ya cuenta en su estructura[1468]) o por vía de la banca privada, sin generar para eso una – nueva – estructura empresarial (bancos públicos) con todo lo que una medida semejante conlleva en términos de externalidades negativas, tal lo expuesto a lo largo del presente trabajo.

Un ejemplo de lo anterior podemos encontrarlo en ocasión de la crisis generada en la banca norteamericana por la problemática de los créditos "sub prime" en el año 2008[1469], lo que motivó como reacción gubernamental – antes que la publificación del sector o de alguna de sus empresas – el otorgamiento de un paquete de ayuda económica para evitar su quiebra (intervención "mixta"), y con ello la de la economía americana en su conjunto[1470].

En la misma línea y con un enfoque más general, si el fin es promover el desarrollo económico, lo que constituye una preocupación constante en términos de bienestar social, la generación de incentivos (fomento o ayudas públicas, con su consecuente proyección regulatoria) fue la modalidad por antonomasia para lograrlo, ello antes que la gestión estatal directa[1471]; técnica que sigue encontrando en la actualidad ejemplos que dan cuenta de su utilidad, como exhibe la propia ley de bases a través del Régimen de Incentivo a las Grandes Inversiones (RIGI) que implementa[1472].

Siguiendo con el análisis, otro aspecto que pone en crisis a las empresas públicas es la polémica habida respecto del régimen jurídico aplicable[1473], el rol y las responsabilidades funcionales de los Directores[1474], y las prerrogativas de autoridad asociadas a dichas formas organizacionales, las que no solo carecen de razón de ser en ausencia de interés público a satisfacer en su ámbito[1475], sino que además traen consigo ventajas comparativas artificiales

---

[1468] El Ministerio de Desarrollo Social o mismo el Anses.

[1469] Que básicamente supuso dar préstamos a personas que tenían bajo "rating" crediticio, y con ello dudosa capacidad de repago.

[1470] Puede verse en Pineda Salido Luis, "La crisis financiera de los Estados Unidos y la respuesta regulatoria internacional", en Revista Aequitas, Vol. 1, ps. 129-214, ISSN: 2174-9493.

[1471] Y la prueba más cabal de la eficacia de dicha técnica fue el cambio de paradigma que con su implementación se produjo en la historia económica, habiendo sido el medio por el cual se pasó de la explotación agrícolo- ganadera al establecimiento fabril (Ver en este sentido lo que decimos en la nota 92).

[1472] Título VII, reglamentado por el Decreto 749/24.

[1473] Si derecho público, derecho privado o uno de tipo "mixto". Puede verse por este aspecto a Bautista Flores Álvaro, "La aplicación de la Ley General de Sociedades en las empresas públicas", publicado en la Revista de Derecho Administrativo, Thompson Reuters, Enero-Febrero 2023 N° 145, ps. 63 y ss.

[1474] Aspecto este que se vio sobre todo con la estatización del sistema de las AFJP, donde – conforme el régimen aprobado por Dcto. PEN 1278/2012 - aparecía tergiversado tanto el rol del director propio de las sociedades – gestor de los negocios y del interés societario, reemplazado por el del Estado en el caso de los que actuaban en su nombre, ya que debían velar porque el primero se concrete con base en el de este último – como el alcance propio de su responsabilidad, al establecer un sistema de indemnidad cuando la actuación por la cual se pretendiese hacer valer la misma se basase en el cumplimiento de las Directivas y Recomendaciones emitidas por la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, cuya ascendencia – a poco que se repase el contenido del citado plexo que los regía – iba a ser prácticamente total (Puede ampliarse en Vítolo Daniel, "Hacia una nueva realidad en materia de administración societaria en la empresa privada: los "directores del Estado", ED, 249-839).

[1475] En este sentido no debe perderse de vista que el derecho público involucra la presencia de prerrogativas de autoridad, las cuales son esencialmente modulables, existiendo una relación directamente proporcional entre las mismas y el interés público que las causa; de modo que, a mayor involucramiento del bien común, superiores son las potestades que el régimen jurídico puede contemplar en favor del Estado, lo que no se

(paradójicamente a partir de su a-lucratividad e ineficiencia), y con ello un efecto distorsivo en el mercado[1476].

Esto ya que, como no interesa tener flujos de fondos positivos, obtener ganancias, ni cumplir objetivos contra la racionalización de los gastos (valor por dinero), ello produce una tergiversación de la lógica de "mercado" y a partir de allí una incidencia con externalidades negativas múltiples: para el mercado, ya que se forja un competidor ilegal; y, respecto de la sociedad toda, en tanto termina pagando la "ineficiencia" por el salvoconducto de la tributación[1477].

Lo que se refleja incluso en el ámbito de la contabilidad, donde queda en claro que el fin en el sector público y el sector privado son distintos, dejando expuesto así los diferentes objetivos buscados en uno y otro caso; esto tal y como lo expone la propia Contaduría General de la Nación, órgano rector del sistema de contabilidad gubernamental, quien tiene dicho que:

"11. El principal objetivo de la mayoría de las entidades del sector público es prestar servicios al público, en lugar de obtener beneficios y generar una rentabilidad sobre el patrimonio. En consecuencia, el objetivo de los estados financieros que emite el Sector Público, a diferencia del ámbito privado, no radica exclusivamente en mostrar riqueza o solvencia patrimonial para cumplir compromisos con terceros, sino también exponer un adecuado resguardo del patrimonio público y la utilización transparente de los recursos que percibe"[1478].

7. Los enfoques actuales de la intervención estatal: desde la doctrina social de la iglesia hasta la teoría económica moderna

La misma línea que se viene exponiendo puede encontrarse incluso en la propia doctrina social de la Iglesia, tal lo que se extrae de la ya citada carta "Fratelli Tutti", donde el Papa Francisco reconoce al sector privado como

concibe cuando se trata de entidades que – aun cuando estatales – no comprometen con su actividad parcela alguna del bien común tal y como lo hemos caracterizado (Entre muchos otros De la Morena y De la Morena Luis, "Los límites del interés público como causa y como límite de la competencia y como medio y medida de control jurídicos", en RAP nro. 85, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, enero/abril 1978, ps. 151 y ss; y Cuadros Oscar "Administración y Constitución", 1° reimpresión, Astrea, Bs. As., 2016, ps. 35 y ss).

De allí las dudas que deja al respecto el CCyC, cuerpo este que al regular la participación que el Estado puede tener en personas jurídicas privadas deja dispuesto que "La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación" (art. 149). Como se ve, más allá de regular aspectos concernientes al derecho público y por ende ajenos a dicho cuerpo normativo, deja abierta la posibilidad de consagrar prerrogativas a entes empresariales estatales sin que tengan por cometido la satisfacción de necesidades públicas.

[1476] En similar sentido Ariño Ortiz Gaspar, "Economía y Estado", op. cit. p. 187.

[1477] Puede verse por el particular a Bautista Flores Álvaro, "Empresas públicas y tributos", Suplemento "Enfoques Tributarios" del diario "El Día" de la ciudad de La Plata, 7 de enero de 2023. https://www.eldia.com/nota/2023-1-8-2-36-55-empresas-publicas-y-tributos-economia-dominical/amp.

[1478] Transcripción literal del prólogo contenido en el documento "Marco Conceptual Contable para el Sector Público Nacional", versión actualizada y aprobada por Disposición N° 10 CGN- del 06/12/23, publicada en https://www.argentina.gob.ar/economia/sechacienda/cgn/marcoconceptualcontable

hacedor en términos de desarrollo económico, sin desconocer – dado que la economía de mercado se asienta en la generación de ganancias – que el mismo bajo ningún aspecto puede sustituir el rol esencial que le cabe al Estado; que es, precisamente, quien debe garantizar el mínimo vital de prestaciones que dignifiquen a la persona más allá de la obtención de un beneficio económico asociado, aspecto nuclear del bien común.

Puesto en sus palabras, expresa así el difunto Santo Padre con claridad encomiable que:

"107. Todo ser humano tiene derecho a vivir con dignidad y a desarrollarse integralmente, y ese derecho básico no puede ser negado por ningún país. Lo tiene aunque sea poco eficiente, aunque haya nacido o crecido con limitaciones. Porque eso no menoscaba su inmensa dignidad como persona humana, que no se fundamenta en las circunstancias sino en el valor de su ser. Cuando este principio elemental no queda a salvo, no hay futuro ni para la fraternidad ni para la sobrevivencia de la humanidad.

108. Hay sociedades que acogen parcialmente este principio. Aceptan que haya posibilidades para todos, pero sostienen que a partir de allí todo depende de cada uno. Desde esa perspectiva parcial no tendría sentido «invertir para que los lentos, débiles o menos dotados puedan abrirse camino en la vida». Invertir a favor de los frágiles puede no ser rentable, puede implicar menor eficiencia. Exige un Estado presente y activo, e instituciones de la sociedad civil que vayan más allá de la libertad de los mecanismos eficientistas de determinados sistemas económicos, políticos o ideológicos, porque realmente se orientan en primer lugar a las personas y al bien común"[1479].

Línea rectora esta que aparece mismo condensada en otros dos principios básicos, como son los de solidaridad y cooperación, los que si bien se postulan actualmente como parte del "buen gobierno" y que por ende alcanzan al obrar estatal en su conjunto[1480]; no presentan, una vez más, nada en sí mismo novedoso, ya que la historia de la humanidad se ha forjado en base a ellos, existiendo múltiples estudios que dan cuenta de cómo fueron (y son) básicos para el desarrollo social.

Pueden hallarse así variados ensayos realizados desde el ámbito de la economía, basados en la "teoría de los juegos"[1481], que dan cuenta de las dificultades con las que se enfrenta el hombre para proveerse lo básico para la buena vida en el orden social, lo que muchas veces no puede ser librado solamente al mercado, ya que éste presenta un conjunto de condicionamientos – fallos, ética, bien común, etc. – de los que el mismo no puede dar acabada cuenta o lisa y llanamente prescinde, situación que exterioriza la (necesaria)

[1479] Carta "Fratelli Tutti", nro. 108.

[1480] Un muy interesante tratamiento de esta temática puede encontrarse en el artículo del profesor Pedro Coviello, intitulado "El principio de solidaridad en el derecho administrativo. Una visión personalista", publicado en la Revista Iberoamericana de Gobierno Local, nro. 18, diciembre 2020, ISSN: 2173-8254.

[1481] La que ha sido definida en general como una técnica para tomar decisiones en situaciones de conflicto sobre la base de la construcción de una matriz formal que permite comprender el conflicto y sus posibles soluciones (Puede ampliarse en Soto Antonio y Valente María Rosa, "Teoría de los juegos: Vigencia y limitaciones", Revista de Ciencias Sociales v.11 n.3 Marcaibo sep. 2005.

presencia de un sujeto externo y objetivo (Estado) que se haga cargo de todas esas circunstancias sin las cuales no puede concebirse un desarrollo de la sociedad digno y equitativo[1482].

Desde esa perspectiva y con base en la "teoría de los juegos" aplicada al orden de la realidad[1483], se han pergeñado "complicaciones" de la misma partiendo de sus variantes y de que puede ser ella cooperativa o no, una de las cuales es el dilema del prisionero; que constituye una especie no cooperativa, la que se plantea la tarea analizar distintas alternativas a partir de la disyuntiva de la que parte: a dos presos arrestados por un delito menor se les ofrece delatar al compañero para rebajar la pena. Y, frente a la antedicha, una de las enseñanzas que se extrae es que, cuando se busca el interés común, el conjunto de los individuos salen mejor parados que si únicamente atienden a sus propios beneficios[1484].

Es por todo lo anterior que se habla en la actualidad de la "ética del desarrollo" como una nueva disciplina, nacida – conforme enseña el nobel de economía Amartya Sen – a partir de las grandes asimetrías que presenta el mundo contemporáneo, que exhibe una desigualdad en la distribución de los ingresos en máximos alarmantes, y "… cuyo objetivo es recuperar la relación perdida entre ética y economía, y superar la escisión entre ambas prevalente en el pensamiento convencional que ha tenido profundos impactos regresivos en el diseño de políticas"[1485].

Con todo lo anterior se demuestra que aunque el motor de la economía es el sector privado, tal circunstancia no empece a la necesidad de que el mismo necesite muchas veces ser "encauzado" en su recta senda a través del prisma del bien común a partir de los múltiples fallos que la actividad enderezada a la generación de la riqueza presenta, entre otros y para mencionar los más relevantes: el poder de mercado, la distribución inequitativa de la renta, la eficiencia económica y la asimetría informativa, ello más allá que la hipótesis de competencia perfecta – cuya presencia llevaría a prescindir, según el liberalismo ortodoxo, de regulación estatal – es prácticamente imposible de encontrar en los hechos[1486].

Y es allí donde aparece el rol insustituible del Estado como gendarme objetivo del interés general, que debe actuar no obstante de manera ecuánime para

[1482] Por un análisis de la cooperación social y su vinculación con la figura del Estado puede verse a Stordeur Eduardo, "Coordinación social espontánea, juegos y experimentos: una nota introductoria", en Revista de Instituciones, Ideas y Mercados Nº 48 | Mayo 2008 | pp. 33-71 | ISSN 1668-0693.
[1483] Donde se destacan personalidades como Roth y Shapley, que recibieron el Nobel de economía en 2012.
[1484] Ver en Setién Hernández Tamara, "El dilema del prisionero y la cooperación", 2015 (Tesis de pregrado), Universidad de Valladolid - Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, publicado en https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/15834/1/TFG-E-176.pdf
[1485] Ver en su obra "Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado", en co-autoría con Lliksberg Bernardo, Deusto, Barcelona, 2007, p. 8.
[1486] Ver por esto lo que decimos en nuestro artículo "Las grandes superficies y las cadenas de distribución supermercadistas en la Provincia de Buenos Aires: sus formatos y las posibilidades de regulación a nivel municipal (Con especial referencia al Partido de Gral. Pueyrredón)", en La Ley Buenos Aires, Número 10, Noviembre 2008.

que a través de su intervención no se genere el efecto opuesto[1487], de modo de garantizar ese piso prestacional mínimo al que las personas humanas tienen derecho por su sola condición de tales, pero sin que eso lleve a una opresión desmedida sobre la propia población que debe a su vez financiarlo[1488].

8. Recapitulando: el rol del Estado, y la subsistencia de las técnicas de intervención clásicas (aunque *aggiornadas*)

Conforme se viene exponiendo, no se trata de acotar o prescindir sin más del rol del Estado, sino de encauzarlo bajo los principios de subsidiariedad, solidaridad, eficacia y eficiencia; lo que supone que cumpla con su causa-fin, tal la cobertura del interés general, y con ello el conjunto de prestaciones que lo integran, pero utilizando la técnica de intervención que logre el objetivo con el menor acotamiento de libertad a la par que de dispendio de recursos fiscales posible.

Raciocinio que impone, salvo para aquellas manifestaciones estructurales de bien común que no pueden delegarse so pena de poner en tela de juicio el orden social básico y con ello la soberanía interna del Estado, deferir la iniciativa a los particulares. Y ello implica regular (mismo complementado por ayudas públicas) antes que gestionar, quedando esto último reservado a aquellos supuestos donde la necesidad pública es de primera línea (entendimiento que descarta el desarrollo de actividades puramente mercantiles)[1489] y la prestación transestructural no es posible o falla.

Lo que tampoco debe de ser visto con un demérito o menoscabo a la figura del Estado en sí, ya que – como se dejó aclarado – mientras se halle presente el interés general existirán prerrogativas de autoridad asociadas, en mayor o menor medida a partir de la impronta con la que el bien común aparezca comprometido, y cuyo portador natural no es otro que la autoridad[1490]. De allí que, como también se dejó explicitado, la delegación de prestaciones que hagan a la satisfacción de necesidades colectivas implica para el Estado la posibilidad de concretar una intervención exacerbada, pero ya desde el plano regulatorio y no prestacional.

[1487] Existe también evidencia empírica que allí donde el Estado acomete su rol en exceso, ello trae consigo ineficiencia y consecuentemente retrogradación a la libertad y los derechos de los particulares; lo que sobre todo se ve en países como el nuestro, con elevada carga tributaria y que no tiene un correlato en la calidad y cantidad de función, actividad y servicios (públicos) que el mismo presta a la ciudadanía.

[1488] Una muestra de esto puede verse en el trabajo de O'Connor Ernesto A., "Algunas consideraciones acerca de la eficiencia del IVA en la Argentina", 2006, setiembre. Documento de trabajo No. 10 del Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Sociales y Económicas de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2397

[1489] Una tesitura similar sigue Durand Julio, aun cuando termina reconociendo que ello es un hecho de la realidad, que un sector de la doctrina admite como posible al no resultar incompatible con el bien común. Ver en "Empresas públicas y DNU 70/2023: La «vexata quaestio» de la intervención directa del Estado en la economía", en AAVV "Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia", Juan Carlos Cassagne Director, Rubinzal- Culzoni Editores, Bs. As., 2024, ps. 457 y ss., esp. p. 478.

[1490] Ver supra en punto VI del presente y lo dicho en nota 102.

Por eso no cabe inteligir, como fue propiciado por un sector de la doctrina[1491], la desaparición del instituto del servicio público; ya que, frente a supuestos de gestión indirecta – que, conforme lo dicho, debería ser el estandarte – el Estado va a conservar poderes más allá de los que son posibles de ser desenvueltos en el marco de una relación policíaca, que se afinca en una actividad sujeta al principio de libertad de los particulares por resultar el derecho en juego uno que le pertenece a estos *iure propio*.

A contrario, el servicio público presupone una necesidad que en tanto hace al núcleo duro del bien común conlleva prerrogativas de autoridad ampliadas[1492], facultándolo consecuentemente a que – en pos de garantizar su efectiva cobertura y cuando no gestiona por sí, lo que como se expuso debería ser la regla – pueda implementar en simultáneo los siguientes 4 actos de gravamen[1493], cuya posibilidad no se concibe en las relaciones de mera policía, a saber: a) restricción al ingreso; b) control de precios[1494]; c) fijación de estándares de calidad y cantidad[1495]; y d) imposición, al gestor indirecto, de la carga de prestar el servicio a todos quienes lo requieran bajo condiciones de razonabilidad[1496].

Fue así también que, de las dos posibilidades que existen para la instrumentación de los PPP (institucional y contractual), la praxis terminó decantando por esta última, ya que era la que mejor compatibilizaba con su razón fundante. En efecto, en los dos casos se trataba de la ligazón sector público/ sector privado, radicando la diferencia en que, mientras en la

---

[1491] Entre los que se destaca Mairal. Puede verse en "La ideología del servicio público", Revista de Derecho Administrativo (REDA), Nº 14, ps. 359 y ss.

[1492] Lo que, a diferencia de la visión histórica, hoy se debate en proyectar a aspectos que no solo involucran actividades de tinte económico, sino también sociales (vg. educación, salud, etc. Puede verse por esto a Tornos Más Joaquín- Galán Galán Alfredo, "La configuración de los servicios sociales como servicio público", Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1051/2005, 2007) o mismo humanas básicas como las alimentarias, donde la esencialidad de la prestación en juego lleva a admitir un estándar de intervención más alto que los de mera policía (Rastrollo Suárez Juan José, "Seguridad y Soberanía Alimentaria en el contexto del Derecho Administrativo Global: una aproximación jurídico-administrativa a la estrategia europea «de la granja a la mesa »", publicado en Actualidad Jurídica Ambiental el 16 de septiembre de 2024, DOI: https://doi.org/10.56398/ajacieda.00380).

[1493] Tal y como se admite incluso, por paradójico que resulte, bajo el ámbito de los Estados Unidos para las denominadas "public utilities" (Kahn Alfred, "The Economics of Regulation", vol. I, The MIT Press, 1988, Cap. I, p. 3); donde también pueden encontrarse empresas públicas, bien que en general enderezadas al desarrollo de actividades que integran dicho concepto (utilities, versión norteamericana del instituto del servicio público), siendo el ejemplo más representativo Amtrak, que es una corporación nacional de ferrocarriles de pasajeros, la que también presenta a su vez déficit económicos (ineficiencia) en su funcionamiento (Puede verse en https://espanol.amtrak.com/about-amtrak.html).

[1494] Se ha considerado así como una facultad inherente de la autoridad pública la de autorizar las tarifas que los gestores del servicio percibirán de los usuarios, tal y como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Gómez" (Fallos 146: 207) y "Ventafrida" (Fallos 184: 311).

[1495] Lo que se vincula a su turno con los remanidos principios de eficiencia y eficacia. Ver en este sentido a Cassagne Juan Carlos, "La crisis de los servicios públicos en la Argentina", en AAVV *Servicios Públicos y Policía*, Director Juan Carlos Cassagne, El Derecho, Bs. As., 2006, ps. 375 y ss; y Urbiztondo Santiago, "Servicios públicos ¿Hacia dónde estamos yendo?", en *Los servicios públicos en la encrucijada*, JA 2007- II, ps. 24 y ss.

[1496] Puede ampliarse en nuestros artículos "Actualidad en la noción de servicio público: ¿La regulación económica como extintiva de dicha técnica de intervención estatal?", ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 03/10/07; y más recientemente "Servicios Públicos y Defensa del Consumidor: la articulación de regímenes ante un conflicto y su incidencia en el derecho a la tutela jurisdiccional", publicado en JA, "Constitución y Proceso", Número Especial, 2018-I, Parte II.

institucional dicha vinculación se concretaba por medio de la estructuración de una sociedad vehículo de proyecto (SVP), a través del segundo por vía de la celebración de un contrato.

Y la primera de las mencionadas (institucional) tenía defectos que ponían en tela de juicio los principales beneficios buscados a través de un PPP, tal la transferencia de riesgos del sector público al privado (respetando así la máxima en la materia de que los mismos deben de trasvasarse a quien mejor condición está de afrontarlos), aunque sin demeritar las prerrogativas de autoridad del Estado, todo lo cual quedaba en duda cuando el vínculo asociativo se constituía a través de un nuevo ente antes que por un contrato[1497].

En la línea que se expone y con base en ese método instrumental (PPP contractual), el derecho fue históricamente capaz de crear artilugios simbióticos con la premisa de la que parte el Estado subsidiario. Y así como la concesión[1498] fue la herramienta de antaño que dio cuenta de la posibilidad de concretar actividades esenciales a la vida del hombre por terceros (aun cuando el Estado las asumía como centro del cometido que hacía a su existencia), habiéndose en esa línea postulado modernamente mismo un "relajamiento" sobre el principio de la vinculación positiva en todo cuanto hace a la administración organizacional y prestacional (no así en la "autoritaria"), ello como planteo dinamizador en la gestión del bien común[1499], pueden hallarse en la actualidad otros dispositivos también ingeniosos que el derecho europeo nos trae en la materia.

Sobre esto, dijimos que lo que se destaca de un tiempo a esta parte – y que diera origen a un renacer de la participación del sector privado en la concreción de prestaciones inherentes al bien común, siempre por encomienda estatal, dado en llamar PPP – es el estrepitoso avance de la tecnología; donde quien se avoca principalmente a su impulso (con la consiguiente inversión asociada)[1500] es el sector privado, y lo hace, claro está, para obtener de ello un rédito[1501]. Y muchas veces dicho obrar no tiene una relación directa con el

---

[1497] Ver en nuestro artículo "La participación público- privada (PPP) como mecanismo para la satisfacción de necesidades generales de la población", Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, ISSN-e 2007-3798, Nº. 16, 2019.

[1498] La que se erige en el contrato administrativo por antonomasia. Ver en nuestra obra "Contratación pública y desarrollo de infraestructuras", op. cit. ps. 31 y ss.

[1499] Movimiento que comenzó en el derecho alemán y que sumó adherentes como Cassagne y Comadira a nivel local, lo que incluso ha tenido proyecciones al contrato público, existiendo posiciones que admiten al día de hoy la vigencia en su ámbito del principio de autonomía material de la voluntad. Puede verse por cuanto se expone en nuestro libro "Contratación pública y desarrollo de infraestructuras", Abeledo- Perrot, Bs. As., 2004, ps. 20 y ss; y más recientemente en nuestro ya citado artículo "La participación público-privada (PPP) como mecanismo para la satisfacción de necesidades generales de la población", Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, ISSN-e 2007-3798, Nº. 16, 2019.

[1500] La que no excluye, como se ha remarcado, incentivos económicos por parte del Estado (vg. los casos de *Apple* y Finlandia), que actúa como catalizador antes que como gestor.

[1501] Vinculado a esto y como apostilla adicional, lo que se dice fue tan así que fruto de la revolución industrial se sumó – a la tríada clásica de factores de la producción que la literatura económica enseñaba, esto es, tierra, capital y trabajo – un cuarto factor, la tecnología; cuya crítica enraizada llevara a cabo Marx en su famosa teoría del valor-trabajo (plusvalía), al considerarla como una creación artificial del empresariado para obtener más beneficio para sí, a costa del esfuerzo de los trabajadores (Puede ampliarse por el particular

tipo de necesidades básicas que al Estado le cabe satisfacer, las que a su vez también van evolucionando, en complejidad y costos.

Por eso y más allá de las citadas experiencias que se han dado en el plano del desarrollo tecnológico[1502], el derecho europeo ha creado como herramienta contractual específica a la llamada "asociación para la innovación", contenida en la citada Directiva 24/2014, que básicamente supone un sinalagma enderezado a utilizar la experticia del sector privado en la búsqueda de soluciones de avanzada pero referidas a la satisfacción de necesidades colectivas, que sin la encomienda estatal de otro modo no tendrían los particulares "interés económico" en realizar *per se*.

Su finalidad es entonces "… el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores [por el sector privado] y la compra ulterior [por parte del Estado] de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes"[1503]. En esa línea se ha dicho así que el fundamento de su aparición "… es la concepción de que existe una necesidad de disponer de productos que no existen, o que ya están desarrollados aunque no son suficientemente buenos, siendo necesario recurrir a soluciones innovadoras para solventar estos problemas"[1504].

Quedan circunscriptas aquellas situaciones en que el interés general lleva a la necesidad de un producto o servicio innovador, pero esta insuficiencia no se puede cumplir con las soluciones conocidas y existentes en el mercado, surgiendo con este nuevo procedimiento la posibilidad de desarrollar una novedosa, caracterizada por aunar en una sola fase la tradicional licitación que históricamente se había dividido en dos etapas: la primera concerniente al desarrollo del producto o servicio, mientras que la segunda trataba su adquisición[1505].

Con todo lo anterior, lo que pretende dejarse en claro es que la gestión del bien común descuenta hoy en día – dada la mayor complejidad que muchas de las necesidades colectivas actuales presentan – la gestión mancomunada del sector público y del privado, sin perder de considerar que la garantía de su satisfacción es de la esencia del primero y no de los segundos. Razón que conduce a que deba el Estado articular el hacer necesario a dichos efectos aunque respetando los principios de subsidiariedad, solidaridad, eficacia y eficiencia, haciendo primar las alternativas que permitan su concreción con el

---

en Ruíz Ramírez Héctor, "Marx y su visión del trabajo", Contribuciones a la Economía, ISSN-e 1696-8360, Vol. 11, Nº. 1, 2013, Universidad Autónoma del Estado de México).

[1502] Tal los ya indicados casos de la DARPA y Apple en Estados Unidos, así como el de Finlandia.

[1503] Art. 31.2 segundo párrafo Directiva 24/2014. Puede ampliarse en Moreno Molina José Antonio, "Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español", en Gabilex, Número Extraordinario, Mayo de 2015, ps. 227 y ss; y, del mismo autor, "El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0", Chartridge Books Oxford, 2015, ps. 62 y ss.

[1504] Martín Rodríguez Manuel David, "El procedimiento de asociación para la innovación en la contratación pública", en ELSA Spain Law Review, 3rd edition, https://issuu.com/lawreviewslr/docs/revista_2020172018/s/11239802

[1505] Martín Rodríguez Manuel David, "El procedimiento de asociación para la innovación en la contratación pública", cit. anteriormente.

menor impacto en la libertad y fiscal posible, lo que debería llevarlo a priorizar consecuentemente aquellos mecanismos menos densos en cantidad y calidad de intervención así como de organización puesta a su servicio, evitando consecuentemente la creación de entes (particularmente empresas o sociedades) innecesarios[1506].

9. Colofón

En línea con lo que ha sido el tratamiento seguido, y ponderando sobre todo que intentamos dar un enfoque actual sobre un tema históricamente debatido, no quisimos dejar de consultar a la Inteligencia Artificial (IA) cuál era su parecer en la materia, lo que llevamos a cabo con "Meta"[1507], la aplicación de "artificial intelligence" con la que cuenta Android. Y su respuesta la insertamos aquí, ya que entendemos constituye una síntesis acabada de cuanto pretendimos transmitir a lo largo del trabajo.

Fue así que frente a la pregunta realizada bajo el siguiente parámetro: "Ponte en especialista en derecho público y contéstame si tiene razón de ser que el Estado tenga empresas públicas", la devolución de la citada fuente de IA fue la siguiente:

"Como especialista en derecho público, puedo decirte que la existencia de empresas públicas es un tema debatido entre los expertos en la materia. Aquí te presento algunos argumentos a favor y en contra:

A favor:

1. **Interés público**: Las empresas públicas pueden ser creadas para satisfacer necesidades básicas de la población, como servicios de agua, electricidad o transporte, que son esenciales para el bienestar de la sociedad.

2. **Regulación y control**: Al ser propiedad del Estado, las empresas públicas pueden ser reguladas y controladas para garantizar que operen de acuerdo con el interés público y no solo en busca de ganancias.

3. **Inversión en sectores estratégicos**: El Estado puede invertir en sectores clave para el desarrollo económico y social del país, como la energía, las comunicaciones o la salud.

4. **Generación de empleo**: Las empresas públicas pueden crear empleos y contribuir al desarrollo local.

En contra:

1. **Ineficiencia**: Las empresas públicas pueden ser menos eficientes que las privadas debido a la burocracia, la falta de competencia y la politización en la toma de decisiones.

[1506] En igual sentido Barra Rodolfo, Tratado de derecho administrativo", t. 1, op. cit. ps. 90 y ss.
[1507] Consulta que realizamos, para tranquilidad del lector pero sobre todo propia, ya concluida la escritura del presente de modo de no condicionar o subjetivizar su desarrollo.

2. **Corrupción y nepotismo**: La gestión de empresas públicas puede estar sujeta a prácticas corruptas y de nepotismo, lo que puede perjudicar su desempeño y la confianza pública.

3. **Competencia desleal**: Las empresas públicas pueden tener ventajas injustas sobre las privadas, como acceso a financiamiento preferencial o exenciones fiscales, lo que puede distorsionar la competencia en el mercado.

4. **Costo para el contribuyente**: Las empresas públicas pueden requerir subsidios o inyecciones de capital del Estado, lo que puede aumentar la carga fiscal para los contribuyentes.

En resumen, la existencia de empresas públicas puede tener razón de ser si se justifica por la necesidad de satisfacer intereses públicos fundamentales, se gestionan de manera eficiente y transparente, y no distorsionan la competencia en el mercado. Sin embargo, es importante debatir y evaluar cada caso concreto para determinar si la intervención del Estado es necesaria y justificada".

Puesto en nuestras palabras, la historia de la humanidad ha demostrado que definitivamente no puede concebirse la vida sin Estado, pero también es una realidad que el exceso o los desvíos que puede acometer el mismo en su obrar socavan la buena vida en el orden social. De allí que la experiencia acumulada ha decantado por un modelo intermedio, donde la autoridad debe mantener un adecuado equilibrio, de modo de lograr eficazmente el cumplimiento de su misión, cuidando para ello los (escasos) recursos que le son confiados a esos efectos, lo que hace a una buena administración[1508].

Esto debería llevar irremediablemente a que aplique, principios de subsidiariedad, solidaridad y valor por dinero o costo/beneficio mediante, las técnicas de intervención que resulten más adecuadas a dichos estándares en términos cuali y cuantitativos. Y en este mundo que presenta una evolución sin precedentes[1509], al extremo que se habla ya de los albores de una nueva revolución industrial[1510], se impone cada vez más la racionalización para que pueda cumplir con el fin que justifica su existencia (el bien común).

Todo lo cual implica asegurar por parte del Estado solo aquellas prestaciones básicas que hacen al núcleo duro de la buena vida en el orden social y cuya delegación, consecuentemente, no puede proyectarse a terceros, lo que incluye también las de interés general que aun cuando transferibles al sector privado (generalmente incardinadas a las figuras de servicios y obras públicas)

[1508] La que es erigida hoy en día mismo como un derecho fundamental. Ver por esto a Rodríguez- Arana Muñoz Jaime, "Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano", A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, año 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.

[1509] Ello a tal punto que existen posiciones revisionistas a la vertiginosidad en la que se vive aplicadas a la ciencia, planteándose así la "productividad lenta", que propone – volviendo sobre aquél modelo que había instaurado Marie Curie – retomar los proyectos a largo plazo que se consideren importantes, lo que no solo mejora la calidad de la investigación sino que también contribuye al bienestar personal y profesional de los investigadores (Ver en revista científica "Nature", artículo del 05/08/24, https://www.nature.com/articles/d41586-024-02540-0).

[1510] Rueda- López Juan Jesús, "La tecnología en la sociedad del siglo XXI: albores de una nueva revolución industrial", en Revista de ciencias sociales, ISSN-e 1696-7348, Nº. 32, 2007.

hallan en el mercado un fallo que determina ausencia de prestación efectiva y mientras persista dicha situación, pensamiento que lleva a descartar de plano el desarrollo de actividades puramente mercantiles.

Esto ya que realizar una actividad semejante, más allá de la incidencia negativa que puede producir en la esfera de libertad de los individuos[1511], carecerá de sustento fáctico por su ajenidad al bien común (fin por el que el Estado existe), que en ningún caso concibe la obtención de ganancias por ejercicio mercantil. Sumado a que, dado el abanico de técnicas de intervención con las que cuenta (no solo prestacionales, sino regulatorias o mismo mixtas) y por imperio de los ya indicados principios de subsidiariedad, solidaridad, eficacia y eficiencia, si lo que pretende es promover la actividad económica, su desarrollo *per se* – conforme la verificación empírica existente – falla en presentar una adecuada proporción entre medios y fines, esto ya que dicho objetivo podrá por regla lograrse a través de otros medios más efectivos sin necesidad de tomar acción directa con su propia estructura (vg. regulación + ayudas públicas), lo que colisiona con el principio de razonabilidad[1512].
Bajo esta lógica, no debe perderse de vista que tanto el propio Estado (lo que comprende la *completitud* de la estructura que lo secunda) cuanto los diferentes instrumentos de los que se vale son simples herramientas que tienen en el centro al hombre y sus necesidades[1513], sin las cuales el mismo deja de tener razón de ser. De allí que debe ser un salvoconducto para garantizar su satisfacción antes que para obstaculizarlas, debiendo su presencia consecuentemente mantenerse en el punto justo para asegurar una armónica interacción entre los componentes de la sociedad, lo que corresponde se refleje incluso en su "densidad" organizacional (en volumen y tipologías), que debería lucir proporcionada a la cantidad de prestación que el interés general demanda[1514].

Conforme lo expresa Sunstein, la cabina de mando del Estado Regulador actual supone "… simplificar las cosas. En concreto de cómo los gobiernos podrían ser mucho mejores y desempeñar mucho mejor su labor si facilitaran la vida a la gente y se despojaran de una complejidad innecesaria. Pensemos por un momento en los ordenadores y tabletas de última generación. Tienen todo tipo de mecanismos complicados, mecanismos tan complejos que hace apenas una década habrían resultado prácticamente inimaginables, pero que a los usuarios nos resultan sencillos e intuitivos. No necesitamos un manual de instrucciones

[1511] Al forjar, a partir de su ineficiencia, un competidor ilegal para el mercado, lo que conlleva una carga desmedida a los particulares que lo financian a través de la tributación, tal y como se dejara expuesto ut supra.
[1512] El cual constituye, como se sabe, uno de los principales estándares para evaluar la legitimidad del obrar gubernamental. Puede ampliarse por el particular en nuestro artículo "La doctrina de la emergencia económica en la jurisprudencia de la CSJN, la seguridad jurídica y su vinculación con la doctrina de la confianza legítima", publicado en la Revista Jurídica "El Derecho", Suplemento de Derecho Administrativo del 31/10/02.
[1513] Un interesante análisis del presente tópico y su estrepitosa evolución en el último tiempo puede verse en Yuval Noah Harari, "Homo Deus. Breve historia del mañana", 2° edición, Debate, Bs. As., 2017.
[1514] Circunstancia que debería llevar una simplificación del gigantesco sector público que hoy se reconoce en nuestro derecho, cuanto menos en el orden nacional, a partir de lo normado por el ya citado art. 8 de la ley de administración financiera; línea esta que es la que parece seguir el DNU 70/2023 y la ley de bases 27.742.

para manejarlos, es suficiente con los conocimientos que ya tenemos. A esto precisamente tendría que parecerse el gobierno"[1515].

[1515] Ver en su libro "(más) Simple. El futuro del Gobierno", Colección Administración Pública y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 13.