

“Empresas públicas y DNU 70/23: la *vexata quaestio* de la intervención directa del Estado en la economía”.

Julio C. Durand

Introducción

El extenso Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70 del 20 de diciembre de 2013 (en adelante el “DNU”) recibió una amplia difusión en nuestro medio, y suscitó opiniones y reacciones diversas.

El objeto de este trabajo es analizar las normas de ese DNU referidas a las “empresas públicas”, es decir, las entidades de naturaleza empresarial, controladas por el Estado, que intervienen de manera directa en la actividad económica.¹

En una primera parte analizaremos en detalle el contenido del DNU, y en ese marco aprovecharemos para repasar los distintos regímenes instrumentales que, a lo largo del tiempo, han servido para canalizar la intervención directa del Estado en la economía (formatos que ahora han sido derogados, para unificar todas las figuras anteriores en la “sociedad anónima” de la Ley General de Sociedades).

En la segunda y última parte expondremos algunas reflexiones generales sobre la cuestión -antigua pero siempre vigente- de la intervención estatal directa en la actividad económica, y sobre el lugar en el que se ubican, en ese contexto, las disposiciones del DNU.

Corresponde advertir que, al tiempo de escribir estas líneas, no se ha completado aún el “trámite parlamentario” del decreto, según lo previsto en la Constitución Nacional y la Ley 26.122.² En esta inteligencia, es teóricamente posible que el Congreso de la Nación

¹ Este concepto de “empresa pública”, que empleamos en el presente trabajo, coincide con el indicado por el art. 8° de la Ley 24.156, que considera parte del Sector Público Nacional a “todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”. En el mismo sentido, la Directiva 80/723 de la CEE, que ya no se encuentra vigente, definía a la empresa pública como “cualquier empresa en la que los Poderes públicos puedan ejercer directa o indirectamente una influencia dominante en razón de la propiedad, participación financiera o de las normas que la rigen” (influencia que se presume en ciertos casos, descriptos en la Directiva, tales como la posesión de la mayoría del capital social). La condición de empresa pública es independiente del tipo societario o del formato de la entidad. En el mismo sentido, “lo que las califica como ‘empresas públicas’ es, entonces, una condición jurídica no dependiente del tipo adoptado sino de la realidad del caso: el 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 o, independientemente de ello, por así establecerlo el tipo jurídico adoptado” (Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As., ed Abaco, 2006, tomo 3, pág. 377). De estas y otras conclusiones Barra deduce el sometimiento pleno y necesario de las empresas públicas al Derecho Público (cuestión que no es necesario analizar a los efectos de este trabajo).

² Sintéticamente, el trámite es el siguiente: (i) el Jefe de Gabinete debe someter la medida a la Comisión Bicameral Permanente dentro del plazo de 10 días de dictada (art. 99.3, Constitución Nacional); si no lo hace, la Comisión debe abocarse de oficio a su tratamiento (art. 18, Ley 26.122); (ii) la Comisión debe elevar el dictamen sobre “la validez o invalidez del decreto”, en un plazo de 10 días, al plenario de cada Cámara (ibíd., y art. 10, Ley 26.122); si no lo hace, las Cámaras deben abocarse “al expreso e inmediato tratamiento del decreto” (art. 20, Ley 26.122); (iii) las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto, debiendo limitarse a “la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes” (art. 23, Ley 26.122). En un trabajo reciente, Manili ha señalado que la Ley 26.122, al establecer el mecanismo de control de los DNU, “estableció varias limitaciones al accionar del Congreso, con la clara intención de fortalecer al PE y desdibujar el control por parte del Legislativo. Por ese motivo varias de sus normas son inconstitucionales” (Manili, Pablo L.,

decida el “rechazo” del DNU, lo que “implica su derogación de acuerdo con lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”³.

Al mismo tiempo, se han iniciado varias decenas de acciones judiciales, ora cuestionando la constitucionalidad del DNU en su totalidad, ora la de algunas de sus disposiciones en particular.⁴ También es teóricamente posible, en consecuencia, que una decisión judicial disponga en el futuro la nulidad total o parcial de la norma.

Hechas estas salvedades sobre las amenazas principales que se ciernen sobre la continuidad del decreto, vamos directamente al objeto de nuestro trabajo.

I. PRIMERA PARTE. EL DNU 70/2023

I.1. La justificación de las medidas en el “Considerando” del DNU

En sucesivos párrafos del “Considerando” del DNU se desarrolla una justificación constitucional para el dictado del acto, con referencia a la “emergencia” y a la “necesidad urgente” de las diversas medidas adoptadas por el decreto.⁵

En este sentido, entre otras reflexiones similares se argumenta que la crisis actual de nuestro país “pone en riesgo la subsistencia misma de la organización social, jurídica y política constituida”. Según el texto, la herencia recibida del gobierno anterior incluye “déficits gemelos (...) equivalentes a 17 puntos del PBI”, emisión de moneda “por un equivalente a 20 puntos del PBI”, y el “cepo cambiario”.

El origen de los problemas se rastrea hasta “un conjunto de decisiones intervencionistas”, y como solución para revertir esta situación “de inédita gravedad” se propone, por una parte, “un urgente ajuste fiscal que ordene las cuentas públicas”, y por otro lado “un programa general de desregulación de la economía.”

Más adelante, dentro del mismo “Considerando” del DNU, las decisiones vinculadas con las empresas públicas, que son el tema de nuestro comentario, se describen como parte de las medidas de “ajuste fiscal”⁶.

“Inconstitucionalidades y vacíos del mecanismo de control de las atribuciones legislativas del Poder Ejecutivo (ley 26.122)”, La Ley, diario del 14/2/24.

³ Conf. art. 24, Ley 26.122.

⁴ Ver, por ejemplo: <https://www.telam.com.ar/notas/202312/650655-amparos-judiciales-contradnu.html>

⁵ El tema no está aún saldado judicialmente, y se han expuesto opiniones divergentes sobre la constitucionalidad del DNU. Al respecto, y a favor de la constitucionalidad del decreto, puede verse el profundo trabajo de Cassagne, Juan Carlos, “Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023”, La Ley, diario del 10/1/24, segunda edición, y en el sentido contrario, el artículo publicado en el mismo medio y fecha por Pablo L. Manili (“Ni necesidad, ni urgencia, ni imposibilidad de que actúe el Congreso: nulidad del DNU 70/23”, *Ibid.*).

⁶ Para demostrar que las decisiones sobre empresas públicas se justifican en la necesidad de resolver el problema fiscal es suficiente transcribir los siguientes dos párrafos del “Considerando” del DNU: “Que por otra parte, y toda vez que la causa fundamental de la situación de emergencia ya descripta es sustancialmente fiscal, su solución conllevará la superación de la crisis que aqueja al país. Que para ello es necesario modificar el status jurídico de las empresas públicas, reconvirtiéndolas en Sociedades Anónimas, acordes al régimen de la Ley General de Sociedades....” (el destacado no está en el original).

La decisión principal, en materia de empresas públicas, es la modificación de su “status jurídico, reconvirtiéndolas en Sociedades Anónimas, acordes al régimen de la Ley General de Sociedades”. Esta transformación, siempre según el “Considerando”, mejorará “la transparencia y el gobierno corporativo de estas empresas, al tiempo que tendrá la virtud de facilitar la transferencia de las acciones a sus empleados” si se decide avanzar en este sentido.

Con el mismo fundamento citado en último término (facilitar la transferencia de acciones a los empleados) se modifica el capítulo sobre el “Programa de Propiedad Participada” de la Ley 23.696.

Paralelamente, también se considera necesario “efectuar una profunda reorganización de las empresas públicas mencionadas precedentemente” para lograr “una mayor eficiencia en el funcionamiento del sector público”, aunque este objetivo genérico no se traduce en decisiones concretas en la parte dispositiva del DNU (más allá de la citada transformación en S.A.).

En fin, si tuviéramos que resumir y ordenar el contenido del “Considerando” sobre la cuestión de las “empresas públicas” deberíamos decir que, según el Poder Ejecutivo: (i) el país se encuentra en una gravísima crisis, que nos enfrenta a “una emergencia nunca vista en la historia de nuestro país”; (ii) la solución del problema requiere “un drástico cambio de rumbo económico”; (iii) este cambio consiste en (o al menos incluye) un “ajuste fiscal” y una “desregulación de amplísimo alcance”; (iv) en el marco de ese ajuste corresponde disponer la transformación de las empresas públicas en sociedades anónimas; y (v) esa transformación permitirá una mejor administración de estas entidades, y facilitará una (eventual) transferencia de las sociedades a sus empleados.⁷

Veamos ahora cuáles son las normas concretas de la parte dispositiva.

1.2. Título III del DNU 70/23 (artículos iniciales: normas derogatorias de otras normas)

Las normas vinculadas con el tema de las “empresas públicas” 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; luego el “Capítulo I” contiene 7 artículos con modificaciones a la Ley 23.696, y finalmente un “Capítulo II” dispone, en 5 artículos, la transformación de empresas del Estado en sociedades anónimas y el régimen jurídico aplicable a su actividad.

De los primeros artículos del título (36 al 40) podemos excluir de nuestro trabajo a los artículos 38 y 39 que tratan, respectivamente, de la derogación de diversos artículos de la Ley 18.875 de “Compre Nacional”, y de la derogación de la Ley 14.499 sobre Jubilaciones y Pensiones (es decir, cuestiones ajenas al tema de las “empresas públicas” al que se refiere este análisis).

Nos limitaremos, entonces, a repasar los artículos 36, 37 y 40 y los tipos de entidad involucrados en cada derogación.

⁷ Cabe deducir que esta transferencia permitirá evitar, en lo sucesivo, el costo fiscal derivado de la necesidad de sostener estas empresas con fondos públicos, lo que justificaría la pertinencia de estas medidas en el marco del anunciado “ajuste fiscal”.

2.a. Las sociedades de economía mixta (Decreto-Ley 15.349/46)

El artículo 36 deroga el Decreto-Ley 15.349/46, que había aprobado el régimen jurídico aplicable a las “sociedades de economía mixta” (SEM).

En ese ya lejano año 1946 el decreto derogado 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”.

Sobre la base de aquellas consideraciones, la norma creó las SEM a las que describió como la entidad “que forma el Estado Nacional, los Estados provinciales, las municipalidades o las entidades administrativas autárquicas dentro de sus facultades legales, por una parte, y los capitales privados por la otra, para la explotación de empresas que tengan por finalidad la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades económicas” (art. 1°), y preveía que podían ser tanto “persona de derecho público o persona de derecho privado, según sea la finalidad que se proponga su constitución” (art. 2°).

En el pasado recurrieron a este formato un número reducido de sociedades, tales como SOMISA (cfr. Ley 12.987) y ATANOR (Dto. 4316/44).

En cuanto a su régimen jurídico, el art. 3° disponía la aplicación de las normas relativas a las sociedades anónimas, excepto por las cuestiones que fuesen reguladas de manera diferente en el decreto (previsión reiterada luego en el art. 389 de la Ley General de Sociedades N° 19.550).

Las cuestiones reguladas diferencialmente, que distinguían a las sociedades de economía mixta de las sociedades anónimas, no eran menores: las SEM no podían ser declaradas en quiebra, y el Estado tenía la posibilidad de “vetar” (por intermedio del Presidente de la Sociedad, o de cualquiera de los directores nombrados por el Estado⁸) tanto las resoluciones del Directorio como las de la Asamblea de Accionistas, “cuando ellas fueren contrarias a esta ley o la de su creación o a los estatutos de la sociedad, o puedan comprometer las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad” (art. 8°).

2.b. Las empresas del Estado (Ley 13.653)

El artículo 37 dispone la derogación de la Ley 13.653.

Esta ley, de 1949, fue modificada por su similar 14.380 de 1954, lo que condujo a la aprobación de un texto ordenado en 1955 (por el Decreto 4053/55). Todas las referencias siguientes corresponden a este texto ordenado, con las modificaciones posteriores incorporadas por la Ley 15.023.

“Empresa del Estado” era la denominación genérica que recibirían las entidades, regidas por esta norma, por medio de las cuales el Estado llevara a cabo “actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza” (art. 1°). Como apunta Barra, “no es una figura societaria sino que, simplemente, expresa la

⁸ La decisión de “veto” adoptada por el Presidente del Directorio, o por alguno de los directores nombrados a propuesta del accionista público, era luego elevada “a conocimiento de la autoridad administrativa superior de la administración pública asociada, para que se pronuncie en definitiva sobre la confirmación o revocación correspondiente del veto, quedando entre tanto en suspenso la resolución de que se trata” (conf. art. 8°, Decreto-Ley 15.349/46). El accionista privado podía recurrir esa decisión ante la justicia “cuando el veto se fundamentase en la violación de la ley o de los estatutos sociales” (*Ibid.*).

personificación jurídica de la misma, y pura, organización empresarial establecida a los efectos de realizar un emprendimiento 'de carácter industrial o comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza'.⁹

Podían ser constituidas por el Poder Ejecutivo (art. 7°) y quedaban sometidas a un doble régimen: 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°).¹⁰

Su régimen jurídico¹¹ da cuenta de una verdadera pertenencia a la estructura estatal¹², sobre todo desde el punto de vista funcional y patrimonial. Así, el art. 3° dispone que funcionarían "bajo la dependencia del Poder Ejecutivo" y serían supervisadas "directamente por el ministerio o secretaría de Estado jurisdiccional que corresponda, a los efectos de la orientación de sus actividades y no obstante cualquier disposición en contrario de las respectivas leyes o estatutos orgánicos".

De acuerdo con el art. 4°, las empresas del Estado debían someter al Poder Ejecutivo el "plan de acción", junto con "un presupuesto integral del programa financiero", y el Poder Ejecutivo debía aprobarlos "con intervención de los ministros y secretarías competentes".

Sus balances debían elevarse anualmente a la consideración del Poder Ejecutivo, quien luego daba cuenta de los mismos al Congreso (art. 5°). Un porcentaje de las utilidades líquidas y realizadas, definido por el Poder Ejecutivo, debía ser ingresado a rentas generales (art. 9°).

La empresa pública como "técnica de organización"¹³ fue "por más de dos décadas el tipo casi exclusivo de intervención estatal en la economía, en calidad de propietario de medios

⁹ Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As., ed. Astrea, 2006, tomo 3, pág. 408.

¹⁰ Dromi apunta que "existe siempre una tensión y conflicto entre la naturaleza pública de la entidad y su régimen jurídico parcialmente privado, por lo cual se planteará la duda acerca de si sus actos y contratos son administrativos o civiles y comerciales, regidos en el primer caso por las leyes de contabilidad y los procedimientos administrativos y de obras públicas, y en el segundo por el Código Civil y el Código de Comercio" (Dromi, José Roberto, Derecho Administrativo Económico, Bs. As., ed. Astrea, 1983, tomo I, pág. 279).

¹¹ Régimen jurídico que, de acuerdo con la descripción incluida por Dromi se basaba en la Ley 13.653 "modificada por la 14380, t.o., por decr. 4053/55, modificado por la ley 15.023. A su vez, por decr. 5383/55 se reglamenta la ley 13.653, sobre régimen legal de empresas del Estado. Posteriormente, en virtud de la ley 16.432, se creó la Sindicatura de la Administración Pública, por cuyo trámite se designan síndicos en dichas empresas. El decr. 10.599/61 fija normas a la actividad económica y financiera de dichas empresas, así como también las atribuciones y deberes de los síndicos, lo cual, por decr. 5610/65, se hace extensivo a todas las empresas del Estado. Por otra parte, por decr. 389/95 se fijan normas de control de la Contaduría General de la Nación, sobre los presupuestos y los planes de trabajo de las empresas del Estado. A su vez, el decr. 2573/65 fija las fechas de comienzo y cierre de los ejercicios económico-financieros. Por último, el decr. 2613/66 reglamenta el control de auditoría que ejercerá la Contaduría General de la Nación. Finalmente, el régimen de la ley 20.558, que incorpora dichas empresas -en el ámbito nacional- a la Corporación de Empresas Nacionales, es en buena medida aplicable a las empresas del Estado de la ley 13.653, cuyo régimen, incluso, modifica en varios aspectos. Además, algunas de las empresas del Estado tienen un régimen especial, al margen de la ley 23.653; así, por ejemplo, la Empresa Ferrocarriles Argentinos (decr. Ley 18.360/69)" (Dromi, José Roberto, *op. cit.*, pág. 277).

¹² Las empresas del Estado "se caracterizan por ser entes enteramente estatales" (Dromi, José Roberto, *op. cit.*, pág. 46).

¹³ Tal la denominación que utiliza Montoya Martín para referirse a las distintas formas de "empresas públicas" (Montoya Martín, Encarnación, Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 16).

de producción y productor de bienes y servicios industriales y comerciales. Al amparo de tal tipo, el Gobierno federal prestó los principales servicios públicos, que fueron siendo estatizados o bien creados a partir de la misma época, y realizó otras actividades industriales de gran trascendencia para la economía nacional...”.¹⁴ Es así que, en su momento, participaron de esta tipología las principales empresas del Estado Nacional, como YPF, Aerolíneas Argentinas, Agua y Energía Eléctrica, Ferrocarriles Argentinos, OSN y ENCOTel.¹⁵

2.c. Las Sociedades del Estado (Ley 20.705)

Por medio del art. 40 del DNU se deroga la Ley 20.705.

Conforme el art. 1° de esta ley, de 1974, eran “sociedades del Estado” las que constituyan el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales o las propias sociedades del Estado, sin participación de privados (incluso podían ser unipersonales) “para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos”.

En el régimen jurídico de estas entidades se incluía una prohibición expresa de transformarlas en sociedades de economía mixta, o admitir la incorporación de capitales privados bajo cualquier modalidad (art. 3°). A la inversa, se autorizó al Poder Ejecutivo a transformar en sociedades del Estado “ las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta, las empresas del Estado y las constituidas por regímenes especiales que al presente existen y los servicios cuya prestación se encuentre a su cargo” (art. 9°).

No podían ser declaradas en quiebra (art. 5°) y estaban expresamente excluidas de la aplicación de las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos (art. 6°).

Pertenecen a este tipo societario, entre otras entidades, TELAM, RADIO Y TELEVISIÓN ARGENTINA y EDUC.AR.

I.3. Capítulo I (“Reforma del Estado”: modificaciones a la Ley N° 23.696)

En 1989 la Ley 23.696, de “Reforma del Estado”, declaró en emergencia la situación económico-financiera del sector público nacional, la prestación de servicios públicos, y la ejecución de los contratos a cargo del sector público.

Junto con otras disposiciones relacionadas con la suspensión de la ejecución de obligaciones contra el Estado, y la renegociación o extinción de los contratos, la ley incluyó varias normas sobre reorganización y privatización de entidades públicas.

El Poder Ejecutivo fue autorizado a intervenir “todos los entes, empresas y sociedades, cualquiera sea su tipo jurídico, de propiedad exclusiva del Estado Nacional y/o de otras entidades del sector público nacional de carácter productivo, comercial, industrial o de servicios públicos” (art. 2°) así como a “transformar la tipicidad jurídica de todos los entes, empresas y sociedades” (art. 6°) y a “disponer por acto fundando la creación de nuevas empresas sobre la base de la escisión, fusión, extinción o transformación de las existentes, reorganizando, redistribuyendo y reestructurando cometidos, organización y

¹⁴ Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As., ed. Astrea, tomo 3, pág. 409.

¹⁵ Dromi, José Roberto, *op. cit.*, pág. 272 y ss.

funciones u objetos sociales de las empresas y sociedades indicadas en el artículo 2°” (art. 7°)

El Capítulo II de la ley incluía disposiciones sobre la privatización o liquidación de “empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional” (art. 8°). A estos efectos declaró “sujetos a privatización” a un conjunto de entidades, entre las que se encontraban las principales sociedades y empresas del sector público¹⁶, y previó la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, con aprobación del Congreso, agregue otros nombres a la lista (art. 9°).¹⁷

Como “modalidades de privatización” previó la venta (de las empresas o de sus acciones), la locación con o sin opción a compra, la administración con o sin opción a compra, y la concesión, licencia o permiso (art. 17) en todos los casos, por medio de procedimientos competitivos y transparentes (art. 18).

Su Capítulo III estableció el llamado “Programa de Propiedad Participada”, mediante el cual los empleados, los usuarios de los servicios, o los productores de materias primas vinculados con el establecimiento a privatizar, podían adquirir parte o todo el capital accionario de los mismos (arts. 21 y 22). Para ello, el ente debía estar organizado como “Sociedad Anónima” (art. 23) y su capital representado por acciones, todas con derecho a voto según las condiciones de su emisión (art. 24).

Como explica Barra, “el capítulo III (de la Ley 23.696) dedica un importante conjunto de normas para regular este instituto que, sin duda, ha sido querido por el legislador como uno de los elementos sustanciales del proceso de privatización, de manera de facilitar que la propiedad pública pudiese ser transformada, ya sea total o parcialmente, en una empresa de propiedad de sus empleados y obreros, como así también, como sabemos, de otras categorías calificadas, como los usuarios y productores de materias primas sobre las que el ente a privatizar emplea su actividad de industrialización y elaboración. Es el PPP, también, un eficaz mecanismo de protección de los trabajadores y de distribución de la propiedad de los medios de producción en aquellos que acreditan una relación significativa con la vida de una empresa que, en definitiva, fue solventada con el esfuerzo de la totalidad de la población. No obstante, reiteramos, el legislador fue prudente al no imponer el PPP como un mecanismo de obligada -reglada- aplicación para todos y cada uno de los casos”.¹⁸

Más de tres décadas después, el DNU ha incorporado modificaciones sustanciales a la Ley 23.696, específicamente en cuanto se refiere al régimen de reforma y privatización de entidades estatales.

3.a. Modificaciones al régimen de los Programas de Propiedad Participada

(i) El art. 42 del DNU derogó el art. 29 de la Ley 23.696, que disponía -con relación a los PPP- que el ente a privatizar debía emitir “bonos de participación en las ganancias” para

¹⁶ Por ejemplo, YPF, Aerolíneas Argentinas, ENTel, Ferrocarriles Argentinos, ENCOTel y Subterráneos de Buenos Aires.

¹⁷ De acuerdo con Barra, la decisión del Congreso declarando a una empresa “sujeta a privatización” le asigna a esa empresa “una situación jurídica de derecho público peculiar: la empresa queda sujeta al procedimiento privatizador, que obliga al Ejecutivo y a sus órganos subordinados, incluyendo especialmente a las autoridades de la empresa, a realizar las actuaciones necesarias para tal fin, al que, a partir de tal momento, toda la gestión empresaria debe orientarse” (Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As., ed. Astrea, tomo 3, pág. 522).

¹⁸ Barra, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, pág. 571.

el personal, en los términos del art. 230 de la Ley General de Sociedades, y garantizaba que cada empleado, “por su mera relación de dependencia recibirá una cantidad de bonos de participación en las ganancias determinada en función de su remuneración, su antigüedad y sus cargas de familia”.¹⁹

En síntesis, la derogación dispuesta excluye la obligación de emitir “automáticamente” bonos de participación en las ganancias para todos los empleados beneficiarios del PPP, otorgando mayor libertad a las autoridades para el diseño del programa.

(ii) Más adelante, el art. 44 del DNU reemplazó el texto del inciso a) del artículo 27 de la ley, referido al modo en que se calcula el coeficiente de participación de cada empleado en el PPP.

El texto original preveía que la Autoridad de Aplicación elaboraría un “coeficiente de participación” a partir de la antigüedad, las cargas de familia, el nivel jerárquico o categoría (y) el ingreso total anual del último año, actualizado.

El nuevo texto aprobado por el DNU mantiene literalmente esa previsión, y agrega que el monto del capital disponible para prorratar entre una categoría de beneficiarios, se repartirá íntegramente entre los empleados que decidan participar del proceso (excluyendo a quienes opten por no participar, los que además “perderán cualquier derecho de reclamar su participación en el futuro”).

La medida -anticipada públicamente por las autoridades del Gobierno Nacional- apunta a asegurar la efectividad de este mecanismo de transferencia de las empresas al sector privado (en concreto, a sus empleados) ya que en la práctica basta con que uno solo de los empleados decida participar para que el proceso se lleve a cabo.

(iii) El art. 45 del DNU reemplaza el texto del art. 30 de la Ley 23.696, sobre el precio de las acciones transferidas en el marco de un PPP.

El texto original establece que ese precio sería pagado por “anualidades” y “del modo que se establezca en el Acuerdo General de Transferencia (...) que no debe entenderse como limitativo de otros modos de pago que pudieren acordarse”. La modificación dispuesta por el DNU mantuvo literalmente ese texto, y agregó una autorización al Poder Ejecutivo para disponer que la transferencia, cuando sea en beneficio de los empleados, sea “a título gratuito”, norma cuya finalidad se alinea con la indicada en el párrafo anterior.

(iv) El art. 46 sustituye el art. 31 de la Ley 23.696, referido al modo en que los empleados adquirentes cancelan el pago debido por las acciones del PPP. En su redacción inicial, la ley disponía que los empleados pagarían las acciones con el importe de los dividendos anuales (hasta su totalidad, de ser necesario) y de ser ello insuficiente, con hasta el 50% de los fondos provenientes del bono de participación en las ganancias al que se refiere el art. 29 de la misma ley (citado al comienzo de este subcapítulo).

Como consecuencia lógica de la derogación del art. 29, que implica la eliminación de este bono, el nuevo art. 31 mantiene la referencia a los dividendos (aunque ahora dice que se

¹⁹ Barra (*op. cit.*, pág. 598), refiriéndose al mecanismo original previsto en la Ley 23.696, entiende que “se trata de un beneficio que la ley otorga para todo el personal del ente privatizado, siempre que en tal proceso se haya utilizado un PPP. Debe subrayarse, precisamente, que el beneficio alcanza a todo el personal de la empresa ya privatizada, y no sólo a los miembros del PPP, tal como lo dispone el art. 29, LRE. Es decir, se trata de una disposición vinculada con el PPP, pero que, en realidad, no hace a su esencia. A pesar de ello, el legislador lo ha establecido como una disposición obligatoria, reglada para los supuestos de privatización con PPP, exigiendo la reglamentación que ‘la emisión de dichos bonos deberá constar en los estatutos sociales’”.

“podrá” destinar ese dividendo al pago de las acciones, cuando antes decía que “se destinarán” los dividendos anuales) y suprime toda la segunda parte, referida a la posibilidad de cancelar el precio de las acciones con lo percibido por el bono (que ya no existe).

(v) Finalmente, el art. 47 del DNU sustituye el art. 34 de la Ley 23.696, que preveía una prenda de las acciones adquiridas en el marco de un PPP, a favor del Estado vendedor, como garantía del pago del precio.

La modificación del DNU consiste simplemente en la incorporación de la expresión “En los casos que corresponda...” al comienzo del artículo, ya que la novedosa posibilidad de disponer una transferencia a título gratuito (conf. art. 45 del DNU, antes analizado) implica que, en tales supuestos, la prenda carezca de sentido.

Como conclusión de lo analizado hasta aquí, podemos decir que en el marco del proceso de privatizaciones desarrollado al amparo de la Ley 23.696, el PPP fue una herramienta utilizada para beneficiar al personal de las empresas sujetas a privatización con una porción minoritaria del capital (en todos los casos de los que tenemos referencia ese porcentaje fue del 10%).

No obstante, es importante tener en cuenta que las normas originales de la Ley 23.696 (todavía vigentes) preveían para esta herramienta un campo de acción potencialmente más amplio, ya que anticiparon la posibilidad de recurrir a esta modalidad para transferir acciones tanto en beneficio de los empleados como también de los usuarios o proveedores, y en especial, dispusieron que podría utilizarse el PPP para una adquisición “total o parcial” del capital accionario de las entidades a privatizar.

Las modificaciones introducidas por el DNU, y las declaraciones contemporáneas de funcionarios del gobierno nacional, parecen revelar una intención de recurrir al mecanismo previsto en la Ley 23.696 para transferir -esta vez- la totalidad, o al menos una porción sustantiva, del capital de ciertas empresas públicas a sus empleados, incluso a título gratuito. Es decir, para utilizar este mecanismo como una herramienta de transferencia de las entidades a sus empleados (y en consecuencia, un medio de reorganización y reforma del sector público en sí mismo) antes que como un elemento facilitador de la transferencia onerosa de las entidades a inversores del sector privado, en el marco de una privatización.

3.b. Beneficios tributarios para las entidades a privatizar.

El art. 15 de la Ley 23.696 habilitó al Poder Ejecutivo (a través de la Autoridad de Aplicación o en forma directa) a adoptar una cantidad y variedad de decisiones en el marco de “los objetivos y fines” de la ley. Entre otras, permite al Ejecutivo transferir la titularidad de las entidades sujetas a privatización; constituir, transformar, escindir o fusionar esas entidades, o disolverlas; reformar sus estatutos; otorgar permisos, licencias y concesiones para la explotación de los servicios a que estuvieren dedicados esos entes; autorizar diferimientos, quitas, esperas o remisiones de las deudas de esas entidades con organismos oficiales, asumir sus pasivos, y en general “llevar a cabo cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento necesario o conveniente para cumplir con los objetivos de la presente ley”.

Todas las habilitaciones y autorizaciones previstas en el art. 15 continúan vigentes, con la única excepción de la indicada en el inciso 8°, que ha sido derogado por el art. 43 del DNU, y que preveía la posibilidad de “acordar a la empresa que se privatice beneficios tributarios que en ningún caso podrán exceder a los que prevean los regímenes de

promoción industrial, regional o sectorial, vigentes al tiempo de la privatización para el tipo de actividad que aquélla desarrolle o para la región donde se encuentra radicada”.

A diferencia de la derogación de la norma mencionada en el punto anterior (que preveía la emisión de bonos de participación en las ganancias a favor de los empleados beneficiarios del PPP) esta disposición del inciso 8º, ahora derogada, simplemente facultaba al Poder Ejecutivo a disponer beneficios tributarios (sin obligarlo a otorgar tales beneficios).

Aunque no hay en el texto del DNU ningún indicio de las razones concretas que justificaron la medida, cabe entender que el Poder Ejecutivo ha considerado conveniente derogar la propia existencia de esta habilitación legal, antes que simplemente limitarse a no ejercer las facultades que de ella derivan.

3.c. Privatización del Banco de la Nación Argentina

En su redacción original de 1989, el art. 9º de la Ley 23.696 sólo incluía dos párrafos, referidos a entes sujetos a privatización. La Ley 25.108 de 1999, incluyó un tercer párrafo del siguiente tenor: “Exceptúase de la declaración de "sujeta a privatización" al Banco de la Nación Argentina, el que deberá continuar su actividad como institución bancaria de propiedad del Estado nacional”.

Ahora, el art. 41 del DNU dispuso derogar este tercer párrafo, y volver así a la redacción original de la ley, consistente con los anuncios del Gobierno sobre su intención de privatizar el Banco Nación.

I.4. Capítulo II (“Transformación de empresas del Estado en Sociedades Anónimas”)

El Capítulo II del Título III del DNU (artículos 48 a 52) comienza por una directiva clara y categórica: **las sociedades o empresas con participación del Estado, cualquiera sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en Sociedades Anónimas (art. 48).**

El complemento de esa disposición se encuentra en los ya citados artículos 36, 37 y 40 del DNU, que disponen la derogación de los regímenes legales que habilitaban el recurso figuras asociativas o empresarias diferentes.

El siguiente párrafo aclara que están alcanzadas en la obligación de conversión: 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.

El artículo 51, poco más adelante, establece un “período máximo de transición de 180 días” para que la Autoridad de Aplicación (que no está designada en el DNU) cumpla con la instrucción e inscriba las nuevas sociedades anónimas en los registros correspondientes. Lamentablemente el DNU no especifica ninguna regla transitoria para resolver el problema que se presenta durante los 180 días (como máximo) que transcurrirán entre la instantánea derogación de los regímenes anteriores (que priva de un marco legal a las entidades existentes) y la transformación de esas entidades en sociedades anónimas.

Las restantes normas del capítulo se refieren al régimen jurídico al que estarán sometidas estas sociedades anónimas y sus actividades.

En este sentido, el propio art. 48 fija la directiva principal, al establecer que las nuevas sociedades “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 estatal²⁰ y sin prerrogativa pública alguna”.²¹

Seguidamente, el art. 49 (que modifica el inciso 3° del art. 299 de la Ley General de Sociedades) dispone que todas las sociedades anónimas que “sean de participación estatal, ya sea por la participación del Estado nacional, los estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios y/o los organismos estatales legalmente autorizados al efecto” quedan sujetas a “fiscalización estatal permanente”.

Para terminar, el art. 50 dispone 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.”

El texto ratifica y refuerza la previsión del art. 48, que ya mencionaba la ausencia de prerrogativas, y la “igualdad de condiciones” entre estas sociedades anónimas y las sociedades de capital privado.

Las disposiciones anteriores presentan un problema (al menos desde el punto de vista teórico) al momento de identificar con precisión las entidades alcanzadas por las disposiciones del DNU. Veamos: el art. 48, cuando dispone transformar en sociedades anónimas todas “las sociedades o empresas con participación del Estado”, y “todas aquellas otras organizaciones societarias donde el Estado nacional tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias”. Todas estas referencias, interpretadas textualmente, conducen a aplicar el DNU (por ejemplo, la obligación de transformación en sociedad anónima) a cualquier empresa u organización societaria en la que participe el Estado, aunque tal participación sea minoritaria, o incluso mínima.

Inicialmente debemos confesar que no tenemos conocimiento de empresas, o entidades societarias, diferentes de las sociedades anónimas,²² en las que el Estado Nacional tenga una participación minoritaria.

Asumiendo hipotéticamente su existencia, entendemos que por las características de la participación estatal en estas entidades (en las que el Estado no tiene los derechos que la ley atribuye al accionista mayoritario, ni está en condiciones de formar la voluntad social) las mismas directamente no pueden ser consideradas “empresas públicas”, ni mucho menos “estatales”.²³ No integran la estructura del Estado, y en la práctica no pueden

²⁰ Expresión que recuerda al “principio de igualdad de trato” del Derecho comunitario europeo, vinculado al principio de no discriminación.

²¹ La ausencia de prerrogativas implica que toda la actividad de la entidad sea regida por el Derecho Privado, en tanto es justamente la existencia de tales prerrogativas la que conducía a la aplicación del Derecho Público

²² Por caso, las entidades en las que participa la ANSES, con porcentajes variables pero minoritarios, como consecuencia de las disposiciones de la Ley 26.425, son todas sociedades anónimas (cfr. Durand, Julio C., “Participación de la ANSES en el capital de las sociedades anónimas abiertas”, LA LEY 2010-A, 696).

²³ En el mismo sentido, Barra: “las empresas, seguramente con tipicidad societaria comercial, en las que el sector público no predomine en el capital o en la formación de la voluntad del ente, no deberán ser consideradas ‘empresas públicas’, es decir, entes integrantes del mismo sector público” (Barra, Rodolfo

cumplir finalidades públicas bajo una dirección estatal (ya que el Estado no puede determinar el curso de sus decisiones).

En estas condiciones, no nos parece *prima facie* razonable que el Estado disponga su transformación en sociedades anónimas, sin el concurso de la voluntad de los verdaderos titulares de esas entidades (sus accionistas privados mayoritarios o controlantes).

Lo expuesto nos llevaría a concluir que las referencias del DNU a la participación estatal en el capital y en la formación de la voluntad societaria, debían referirse a una participación mayoritaria, y a una situación de control, que permita -como presupuesto para la incidencia de las disposiciones del DNU- considerar que esa entidad *es parte del Estado, o pertenece al Estado, o está controlada por el Estado*.

Sin embargo, el art. 52 del DNU establece la aplicación de la Ley 24.156 “y demás normativa de control del sector público” *solo cuando la participación del Estado Nacional en las sociedades anónimas de las que venimos hablando sea mayoritaria*.

Más allá de la cuestión de la aplicación de la Ley 24.156, el texto del art. 52 implica necesariamente, en virtud de una regla de interpretación lógica, que el DNU considera la existencia de otras sociedades anónimas, igualmente alcanzadas por sus disposiciones, en las que la participación del Estado no sea mayoritaria.

En otras palabras, la redacción del art. 52 conduce a interpretar que existe un conjunto mayor (las entidades “con participación del Estado”, obligadas a transformarse en sociedades anónimas) y dentro de él dos subconjuntos menores: las entidades donde la participación del Estado sea mayoritaria (a las que, luego de la transformación, se les aplicará la Ley 24.156) y las otras entidades, integrantes del conjunto mayor, a las que no se aplicará la Ley 24.156 porque la participación estatal no es mayoritaria (en otras palabras, empresas o entidades societarias participadas por el Estado, abarcadas por el DNU y obligadas a convertirse en sociedades anónimas, donde la participación estatal sea minoritaria). Si tal conjunto cuenta con algún integrante, expresamos nuestras serias dudas sobre la constitucionalidad de la decisión estatal, que obliga a una entidad *que no integra el sector público, ni cumple un cometido público, ni sirve finalidades públicas ordenadas por el Estado Nacional*, a convertirse en sociedad anónima aun en contra de la voluntad de sus controlantes o titulares mayoritarios.

Finalmente, también la reforma del art. 299 de la LGS -según una interpretación literal- extiende la fiscalización estatal permanente a todas las sociedades anónimas que “sean de participación estatal”, pero no aclara el sentido de esta expresión: ¿debe ser una participación “mayoritaria” o “de control”, o incluso una participación minoritaria estatal somete a la sociedad a las previsiones del art. 299? En este caso no es tan claro que extender la fiscalización a sociedades con participación estatal minoritaria constituya un problema, ya que es perfectamente concebible -al menos como posibilidad- que el Estado decida someter a fiscalización estatal permanente las entidades en las que tenga *alguna* participación, aunque sea minoritaria, sin que se vulnere por ello principio o derecho alguno de los restantes accionistas. Esta interpretación, además, sería consistente con las conclusiones que se pueden extraer del art. 52 recién citado.

Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As., ed. Abaco, 2006, tomo 3, pág. 378). Al contrario, “será pública toda aquella empresa cuya ‘voluntad’ -en el sentido de subsistema interno para la toma de decisiones- 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**” (Barra, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, pág. 382).

No tenemos otra alternativa que concluir, a falta de otra precisión (o de alguna aclaración por vía reglamentaria) que el texto del DNU, interpretado literalmente, ha sometido a fiscalización estatal permanente a las sociedades en las que el Estado nacional tenga *alguna* participación en el capital (aunque no sea mayoritaria, ni suficiente para formar la voluntad del ente).

I.5. Otras disposiciones

Sin perjuicio de las disposiciones generales incluidas en el Título III, recién analizadas, el DNU también contiene disposiciones aisladas sobre las empresas estatales de aeronavegación, en las que se habilita la posibilidad de ceder, total o parcialmente, el paquete accionario de Aerolíneas Argentinas S.A., Austral Líneas Aéreas -Cielos del Sur S.A.- y sus empresas controladas, a sus respectivos empleados, de conformidad con el Programa de Propiedad Participada (arts. 246, 247 y 248 del DNU).

II. SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS CONTEXTUAL DE LAS DISPOSICIONES DEL DNU

Luego de la descripción detallada de las disposiciones del DNU, y su impacto en el ordenamiento jurídico preexistente, en esta segunda parte creemos apropiado finalizar el trabajo con un análisis del significado de estas disposiciones, en el marco político y económico actual (sin descuidar la índole estrictamente jurídica de nuestro comentario). Recordaremos, con este propósito, algunas nociones generales sobre la antigua y siempre debatible cuestión de la “intervención directa del Estado en la economía”, y procuraremos reflexionar sobre el modo en que las disposiciones del DNU se ubican en ese terreno.

II.1 La cuestión de la intervención del Estado en la economía

En el siglo pasado, y en el marco de un fenómeno que se manifestó con nitidez entre las dos guerras mundiales, el Estado moderno incrementó su participación en la economía interna de casi todos los países occidentales.

Para sistematizar las diversas modalidades de este fenómeno recurrimos a la descripción que en su momento expuso Dromi, quien señaló que *“intervención directa” es la “intervención de ejecución, también llamada administración prestacional, por la cual el Estado es un sujeto económico más que participa y dirige actividades económicas (...) La intervención directa, a su vez, puede ser: a) por participación en situación de competencia, o por lo menos no sustitutiva de la actividad económica privada (...) b) por sustitución de actividades económicas privadas, que se incorporan al sector público (...) con carácter monopólico y, por tanto, totalmente excluyente de la participación privada”*.²⁴

A su turno, *“la intervención estatal directa requiere, a su vez, de diversos modos de gestión pública, que se clasifican en directos (ejecución por el propio Estado) e indirectos (ejecución por terceros bajo la dirección y fiscalización del Estado)”*; *“la gestión directa comprende la realizada por el Estado (nacional, provincial o municipal) por sí, mediante órganos de la administración central, o a través de entes descentralizados que operan como filiales de la gestión e instrumentos al servicio de la competencia del Estado (...). Tal gestión directa descentralizada, también denominada en doctrina ‘gestión por*

²⁴ Dromi, José Roberto, “Derecho administrativo económico”, Buenos Aires, ed. Astrea, 1983, tomo 1, pág. 10.

organismo autónomo', puede efectivizarse a través de distintos entes que se tipifican, en razón del régimen jurídico que los rige, en: a) De Derecho Público predominante: entes autárquicos, consorcios y corporaciones; b) De Derecho Público y Privado, es decir un régimen mixto: empresas del Estado; c) De Derecho Privado predominante: sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y sociedades de economía mixta con participación estatal mayoritaria...". Finalmente, "la técnica de intervención directa, correspondiente con los 'modos de gestión directa', es una resultante del traspaso de actividades económicas, comerciales e industriales del sector privado al sector público. Tal redistribución o traspaso implica una transferencia al Estado, es decir la 'estatización'..."²⁵

Ahora bien, excluyendo enfoques socialistas o colectivistas, es más bien evidente que no existe una vinculación lógica e inmediata entre los fines propios del Estado, como organización jurídica y política de la comunidad, y la realización de actividades comerciales e industriales. A pesar de ello, es igualmente evidente que este fenómeno es una realidad indisputable (bien que con diferente intensidad en distintos momentos y lugares) en todos los Estados modernos, aun los que supuestamente adscriben a ideologías más liberales.

Las razones para que el Estado intervenga de manera directa en la actividad económica han sido múltiples (o al menos, han sido explicadas de múltiples maneras). En palabras de Cassagne, *"muchas son las causas que originaron, en su momento, la intervención del Estado, desde aquellas fundadas en una ideología típicamente estatista, hasta aquellas que se vinculan en las condiciones económicas y sociológicas que se presentan en la época actual, tales como el hecho de las aglomeraciones, la aceleración histórica, la elevación del nivel de vida, los adelantos tecnológicos, etc. Una de las fases de la intervención estatal se configura por la participación del Estado directamente en el campo de la gestión económica o, como también se le ha denominado, la asunción (parcial) por la Administración de los medios de producción y cambio."*²⁶

Un primer cometido, diríase típico, de las empresas públicas, es la prestación de los "servicios públicos". Como apunta Barra, en este caso *"estos -es decir, el 'servicio público' en sí mismo, independientemente de su modalidad de gestión- son por definición de titularidad del Estado, es decir, pertenecen por naturaleza al sector público del ordenamiento, por lo cual el prestarlos con medios propios, organizados de forma empresaria, será simplemente una opción frente a la alternativa de concederlos a empresas privadas"*.²⁷

En el mismo sentido explica Dromi que *"posiblemente las primeras empresas públicas que se constituyeron en cualquier parte del mundo tenían por finalidad prestar un servicio público, ya fuera por razones de orden económico o por razones sociales"*²⁸

Adicionalmente, entre otras razones que justificaron la intervención estatal, este autor menciona *"la finalidad de transformar situaciones monopolísticas y oligopolísticas que deforman el proceso competitivo en el mercado", o para "generar economías externas (...) suministrando insumos básicos de manera permanente y regular, que la*

²⁵ Dromi, José Roberto, *op. cit.*, págs. 11, 12 y 13.

²⁶ Cassagne, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, Bs. As., ed. La Ley, 2021, 13ª ed., tomo I, pág. 309.

²⁷ Barra, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, pág. 357.

²⁸ Dromi, José Roberto, *op. cit.*, pág. 120.

*pequeña y mediana empresa privada no están en condiciones de hacer y producir”, o por finalidades de “promoción regional”, o de “promoción y generación del desarrollo de determinadas áreas del espacio socioeconómico nacional”, o finalmente por 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”.*²⁹

En un sentido similar, para 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, etc., 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 donde el incentivo del lucro conduciría a una política empresaria contraria a la política social que el Estado busca realizar...”*.³⁰

Más resumidamente, desde el punto de vista económico *“la intervención del Estado en la economía puede darse en forma directa, para suministrar bienes o servicios que el mercado espontáneamente no puede brindar (teoría de los bienes públicos) o bien, para ‘rectificar’ la acción de los mercados, cuando se estima que éstos, si bien actúan espontáneamente, lo hacen en forma imperfecta”*.³¹

En definitiva, la doctrina en general admite la posibilidad de que la realización directa de actividades comerciales o industriales se vinculen, de manera directa o indirecta, con la realización del bien común (y se conviertan, de este modo, en “fines del Estado”, habilitando conceptualmente la intervención directa de que estamos hablando). Como explica Barra, el Estado *“realiza el bien común cuando, frente a las exigencias de la sociedad, históricamente determinadas, sabe responder con la prestación adecuada, respetando los límites impuestos por el principio de subsidiariedad”* y eso incluye contemplar la posibilidad de que *“la titularidad de ciertos medios de producción puede ser un instrumento en las manos del gobierno (...) a los fines de la realización de sus políticas orientadas al bien común”*.³²

Así, la intervención directa implica la asunción de *“actividades de carácter industrial o comercial en forma de empresa, que en principio corresponderían a los particulares pero que, excepcionalmente, toma a cargo el Estado para la satisfacción del bien común frente a la ausencia, insuficiencia, prestación defectuosa o inconveniente de la iniciativa privada”*.³³ Por supuesto, este fenómeno está íntimamente ligado a las circunstancias históricas y políticas de cada país. Como explica Dromi, *“la dimensión propia de cada sector de la economía -público y privado- es uno de los problemas centrales del Estado actual y, para su determinación, deben ponderarse y evaluarse factores políticos, económicos, históricos y sociales, a efectos de precisar la ajustada definición del sitio por donde debe pasar la línea divisora de ambos sectores”*.³⁴

²⁹ Dromi, José Roberto, *op. cit.*, pág. 121 y ss.

³⁰ Barra, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, pág. 364.

³¹ Bustamante, Jorge E., *Desregulación*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, pág. 13.

³² Barra, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, págs. 81 y 358, respectivamente.

³³ Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, pág. 309.

³⁴ Dromi, José Roberto, *op. cit.*, pág. 5.

II. 2. El impacto de la actividad interventora sobre las formas de organización estatal (la “empresa pública”)

Los modos empleados por el Estado para intervenir de manera directa en la actividad de producción y comercialización de bienes y servicios tienen, a su turno, un significativo impacto en las formas de la organización estatal, que generan típicamente controversias sobre el derecho aplicable. Cassagne apunta que este es *“un fenómeno con peculiaridades atípicas”* que se verifica con *“la aparición, juntamente con las entidades descentralizadas (personas públicas estatales) de entes privados de propiedad estatal, cuya condición y régimen jurídico se rigen por el derecho civil o comercial. Así acontece cuando el Estado se somete a figuras jurídicas de derecho privado (formas societarias) dando lugar a la creación de un nuevo ente, dotado de la personalidad jurídica propia del derecho privado. Tal postura no implica contradecir el principio de que el Estado - como tal- tiene una única personalidad de derecho público, sino admitir que aquel, en su accionar con miras al logro del bien común, puede recurrir a la creación de nuevos entes dotados de una personalidad jurídica distinta de la estatal, asumiendo, recurriendo o sometiéndose a figuras jurídicas del derecho público o del derecho privado”*.³⁵

Desde el punto de vista organizacional, el tema se estudia en general en torno a la noción de “empresa pública”, y a las diferentes “técnicas de organización” empleadas para gestionar estos cometidos de interés público, pero de naturaleza privada. Como anticipamos más arriba, la expresión “empresas públicas” no es unívoca. Por nuestra parte, la utilizamos en sentido amplio, para referirnos a “toda empresa que de una u otra manera sea controlada por el Estado”.³⁶ Dentro del género “empresa pública”, entonces, encuentran cabida las diversas especies o formatos de entidades empresariales que a lo largo del tiempo han desarrollado actividades económicas bajo el control estatal (como las empresas del Estado, las sociedades del Estado, y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria).

La notable variedad de formatos a los que ha recurrido el Estado (en nuestro país, y en el resto del mundo) dificultan la sistematización de estas entidades (y la propia noción de “empresa pública” como categoría general con elementos comunes). El caso más conflictivo en materia de derecho aplicable es el de las sociedades mercantiles, originalmente concebidas como formas organizativas a disposición de los sujetos privados, para la consecución de finalidades mercantiles, pero empleadas igualmente por el Estado en el marco de su actividad interventora con un propósito de interés público.

Desde una perspectiva realista, es indudable que el recurso a las formas jurídicas mercantiles de la mano de la “empresa pública” puede estar inspirado en la voluntad de eludir las garantías y controles típicos del Derecho Administrativo (esto es, cuando el Estado podría llevar a cabo adecuadamente el mismo cometido estatal, o de interés general, por intermedio de personas jurídicas públicas estatales, pero prefiere hacerlo mediante entidades de naturaleza privada porque implican menores formalidades y controles).

De algún modo es lo que explica Cassagne cuando señala que *“la técnica de atribución de personalidad jurídica ha sido el instrumento del que se ha servido la Administración tanto para crear entes instrumentales de carácter privado como para eludir en buena*

³⁵ Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, pág. 246.

³⁶ Martín Mateo y Sosa Wagner, Derecho Administrativo Económico. El Estado y la Empresa, Madrid, ed. Pirámide, 1974, citados por Dromi, José Roberto, *op. cit.*, pág. 80

medida la aplicación del Derecho Administrativo”³⁷ y que “los fines que persigue el Estado al acudir a las formas jurídicas del derecho privado son bastante concretos y ellos consisten básicamente en dotar de una gestión ágil a la empresa, sometiéndola a las leyes y usos mercantiles, escapando de la aplicación del derecho administrativo y otorgándole mayores posibilidades de financiación en cuanto a los créditos de terceros”.³⁸

Ahora bien, no obstante los esfuerzos de la legislación, coincidimos en que “la cláusula general de remisión al Derecho privado no es suficiente para conocer el régimen jurídico singular por el que se regula cada uno de estos entes (...) Rota la ecuación y correspondencia entre naturaleza jurídica, forma y régimen jurídico, el único dato relevante es el estudio del régimen jurídico concreto al que el legislador o la Administración deciden someter a un ente instrumental por ella creado”.³⁹

En cualquier caso, la aplicación mayor o menor del derecho privado no debe hacernos olvidar la premisa fundamental que justifica la “intervención estatal” en primer término, que es la existencia de una finalidad de interés público. La participación estatal en una actividad privada, sometida íntegramente al derecho privado, en la que no esté involucrado de manera alguna el bien común, es un verdadero contrasentido.

Tal como lo explica Barra, “en el Estado -cabeza y forma de la sociedad- el fin es uno y excluyente: el bien común”⁴⁰, y desde esa perspectiva “el Estado debe procurar siempre -aun a través de estas formas jurídicas privadas- el bien común”.⁴¹

II.3. La evolución del fenómeno de la intervención estatal en la economía argentina, y la ubicación del DNU en ese contexto

Expuestas algunas características generales del fenómeno de la intervención directa, entendemos apropiado repasar la evolución de esta actividad en nuestro país, para intentar ubicar las disposiciones del DNU en un contexto ideológico y político que favorezca su interpretación y aplicación.

3.a. El Estado empresario

Con algún retardo, pero en línea con lo ocurrido en la mayor parte de los países del hemisferio occidental, a partir de la segunda mitad del siglo XX el Estado argentino intensificó su participación directa en la producción de algunos bienes y servicios, y emprendió la realización de diversas actividades comerciales e industriales, por entender que en ello estaba interesado el bienestar general.

Para hacerlo utilizó distintas figuras jurídicas, algunas propias del Derecho público, y otras pertenecientes al Derecho privado (al que el Estado recurrió con el deliberado propósito de evitar la aplicación del Derecho Administrativo —por ejemplo, en materia de contrataciones, o recursos contra actos, o régimen de personal— para favorecer la “agilidad” en la gestión de las empresas públicas).

³⁷ Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, pág. 208.

³⁸ Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, pág. 312.

³⁹ Montoya Marín, Encarnación, Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 461/462.

⁴⁰ Barra, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, pág. 68.

⁴¹ Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, pág. 312.

Ordenadas progresivamente, desde las figuras más típicas de Derecho público hasta las más puramente privadas, estas han sido tradicionalmente las siguientes:

i) órganos de la Administración Central (supuesto poco frecuente);

ii) entidades autárquicas "atípicas": es decir, personas jurídicas públicas estatales, que actúan en jurisdicción de algún órgano de la Administración Central, pero que en lugar de realizar cometidos típicamente estatales (como el Banco Central, o los entes reguladores) están sujetas a una normativa específica que les impone la realización de actividades comerciales o industriales (era el caso, por ejemplo, de Ferrocarriles Argentinos);

iii) "empresas del Estado": una figura tipificada en la ley 13.653, a la que nos hemos referido antes, que corresponde a entidades de Derecho público, estatales, con personalidad jurídica propia, a las que se atribuyó principalmente la gestión de los servicios públicos. La actuación de la empresa quedaba sometida a un régimen "mixto", que combinaba elementos de Derecho público (por ejemplo, todo lo atinente al "servicio público") con otros de Derecho privado, de un modo a veces impreciso, y que dio lugar a frecuentes discusiones y conflictos;

iv) "sociedades de economía mixta": creadas por el mencionado Decreto 15.349/46 (ratificado por Ley 12.962 —Adla, VII-229—) que podían ser personas "de derecho público o privado, según sea la finalidad que se proponga su constitución". En cualquier caso el Presidente del Directorio (que tenía derecho de veto) debía ser nombrado por el Estado, al igual que un tercio de todos los directores. Interesa apuntar que la doctrina distinguía la relación funcional de los directores con el Estado, según aquellos (i) fuesen al mismo tiempo funcionarios públicos, en cuyo caso la tarea de Director se integraba a esa función, o (ii) no fuese funcionario ni empleado público, en cuyo caso la relación constituía un "mandato de Derecho público".

v) "sociedades del Estado": otra figura típica, en este caso regulada en la ley 20.705, que también mencionamos *ut supra*. Su régimen está basado en el régimen de la sociedad anónima, con algunas modificaciones singulares (como unipersonalidad, e interdicción de participación del capital privado).

vi) "sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria": establecidas por la ley 17.318 y luego incorporadas a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319), en las que el capital estatal debe alcanzar al menos el 51% del total y ser "suficiente para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias". También se aplica el régimen de la S.A., con pocas modificaciones (por ejemplo, la "incapacidad de derecho" que prohíbe a los funcionarios públicos ser directores o síndicos por la minoría; la inexistencia de límites vinculados a la utilidad al momento de determinar la remuneración del directorio, y la imposibilidad de quiebra reemplazada por una "liquidación administrativa").

Entre medio, como señaló Cassagne, aparecieron también "formas jurídicas nuevas que no responden a categorías conceptuales preestablecidas, con regímenes jurídicos heterogéneos, caracterizados por la presencia simultánea de ordenamientos público y privado".⁴² Entendemos que no es necesario realizar aquí su descripción puntual, desde que el panorama descripto es suficiente a los efectos de nuestro análisis.

⁴² Cassagne, Juan Carlos, "Sociedades y Empresas del Estado", en Elementos de Derecho Comercial, cuadernillo 19, Buenos Aires, ed. Astrea.

3.b. La "Reforma del Estado"

En 1989 el Estado argentino emprendió un ambicioso proceso denominado "Reforma del Estado".

A partir de las disposiciones de la ley 23.696, y en el marco de una "emergencia" (declarada por ley 23.697), se 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".

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 cargo. El caso paradigmático —y más visible— ha sido el proceso de privatización de los servicios públicos domiciliarios.

Por lógica consecuencia, se diluyó de manera significativa la importancia práctica de todas las figuras jurídicas de intervención estatal directa que antes hemos descripto.

3.c. La etapa posterior (luego de la Reforma del Estado)

En nuestro país el movimiento pendular parece ser una constante, en particular en aquellas materias que involucran al Estado y la economía. A partir de la crisis de 2001/2002, con un intervalo entre 2015 y 2019, hay ejemplos inequívocos de una creciente intervención del Estado (directa e indirecta) en la economía nacional.

Esto se tradujo en un cambio de tendencia en materia de actividad administrativa de intervención, ya sea mediante una intensificación de las regulaciones, una reinterpretación de las normas vigentes (como en el caso de la Ley de Abastecimiento) o incluso con prescindencia de cualquier apego a las normas (configurando verdaderas "vías de hecho", como en el caso de las restricciones a la importación o exportación de algunos productos. Paralelamente, también se verificaron cambios en materia de *gestión estatal directa de medios de producción* (es decir, la producción de bienes y servicios por parte del Estado) que, sin llegar a configurar un verdadero regreso al modelo del "Estado empresario" (que en algún momento concentraba una porción sustancial del PBI) multiplicaron las empresas públicas y las medidas de regulación económica.

3.d. El contexto del DNU 70/2023

La ideología y la praxis de las actuales autoridades del gobierno nacional (desde su asunción en diciembre de 2023) es inequívoca, y se encolumna claramente con las ideas económicas liberales. Uno de los capítulos principales, en este sentido, es el estímulo de la actividad económica privada, y la retracción de la intervención estatal.

Vimos que el DNU plantea, como solución a la crisis, medidas de "ajuste fiscal" y "desregulación", y que, en ese marco, las decisiones sobre empresas públicas son derivadas de la primera de las cuestiones.

En este sentido, el gobierno nacional ha planteado un franco retroceso en materia de intervención directa en la actividad económica, y esta decisión -como históricamente lo hizo la decisión contraria- también proyectará importantes efectos en el campo de la organización administrativa del Estado Nacional y, dentro de este ámbito, en el recurso a las "técnicas de organización" que traducen los distintos formatos de entidades o empresas públicas.

En concreto: el DNU es explícito al disponer que -en sustitución de todas las modalidades anteriores, incluso las vigentes hasta la fecha, que son derogadas por este mismo DNU- las empresas públicas se uniformarán bajo el tipo de la “sociedad anónima”. Es igualmente claro al disponer que su régimen jurídico prescindirá del empleo de “prerrogativas” y privilegios lesivos de la competencia; y es indicativo (aunque no inequívoco) al prever la transferencia de todas estas entidades, así transformadas, al sector privado (en particular, al menos en algunos casos, mediante la modalidad del PPP, que implica la cesión o venta de las acciones a los empleados, usuarios o proveedores).⁴³

El éxito de este proceso podría implicar tanto como el abandono de las actividades de intervención estatal en la gestión de los medios de producción. El tiempo dirá si esta interpretación es correcta, y -de ser así- si el proceso puede llevarse adelante hasta su culminación, en contra de las amenazas apuntadas al comienzo de este trabajo.

⁴³ En este sentido, los arts. 246, 247 y 248 del DNU ya prevén la posibilidad de que se ceda, total o parcialmente, el paquete accionario de Aerolíneas Argentinas S.A., Austral Líneas Aéreas - Cielos del sur S.A. y sus empresas controladas, a sus respectivos empleados, en los términos de un PPP.