

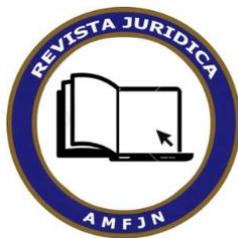
La vuelta del Estado Empresario bajo formas societarias del Derecho Privado. La experiencia Cordobesa

Por Manuel Celedonio Malbrán¹

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO – EMPRESA PÚBLICA - LEYES 8836 Y 8837 – CORDOBA – MODERNIZACION – SOCIEDADES ANÓNIMAS - INJERENCIA ESTATAL -

Sumario: I. Introducción. II. La evolución del concepto de "empresa pública". III. Las especies de SABIE. IV. Las leyes de la Provincia de Córdoba 8836 y 8837 de "Modernización del Estado". V. Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal en la Provincia de Córdoba. Diferentes supuestos. VI. Interrogantes que suscita la utilización por parte de Estado Provincial de figuras societarias del Derecho Privado. VII. Conclusión.

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho Administrativo Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Derecho Penal Económico Universidad Blas Pascal. Vicepresidente del Foro de Jóvenes Administrativistas –FORJAD- de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Docente de Grado y Posgrado. Autor de artículos doctrinarios en obras colectivas y revistas de la especialidad. Secretario de Juzgado – Relator de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Miembro de la comisión "Mapa Judicial" de la AMFJN.



I. Introducción

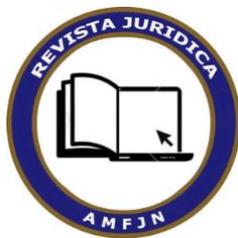
La temática acerca del rol del Estado en la economía y el debate sobre la actuación de las "empresas públicas" tuvo un gran desarrollo doctrinario. Sin perjuicio de ello, a partir de la década de 1990 esta problemática cayó en desuso por causa de la reforma del Estado y del avance de las privatizaciones en ese momento.

Sin embargo, el agotamiento de aquel modelo y el estallido de la crisis de 2001/02 provocaron la búsqueda de nuevas respuestas a este antiguo problema. Es así como, a partir de 2003, renace el interés por un "Estado empresario", pero con la particularidad de que dicha reaparición no se valió de instrumentos tradicionales, sino a través de nuevos formatos empresariales y societarios, cada vez más cercanos al derecho común, como sociedades comerciales que, no obstante su perfil netamente privado, estaban constituidas por fuertes atributos públicos.

En el presente artículo intentare delimitar los lineamientos de una posible caracterización jurídica de tales organizaciones, para luego analizar las leyes de la Provincia de Córdoba 8836 y 8837 de "Modernización del Estado", en lo que hace al desenvolvimiento del Estado Provincial mediante figuras societarias del Derecho Privado.

No se desconoce el hecho de que el debate jurídico acerca del fundamento e intensidad de la participación del Estado en la economía por medio de descentralizaciones empresariales² suele estar teñido de juicios de valor, sustentados en posiciones políticas concretas que reflejan la ideología del operador jurídico. Creo

²ver: DROMI, Roberto, "Empresas públicas. De estatales a privadas", Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1997. Asimismo, MATA, Ismael, "Empresas y sociedades estatales: pautas de organización y responsabilidad", en Ensayos de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ed. RAP, 2009. BALBÍN, Carlos F., "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, Ed. RAP, 2005; y su Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ed. La Ley, tomo I, 2008.



necesario tratar de realizar un análisis lo más objetivo posible, limitándome a un desarrollo puramente jurídico de la cuestión.

II. La evolución del concepto de "empresa pública"

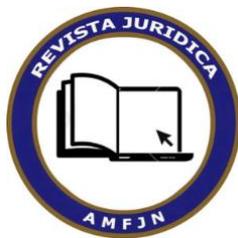
Las relaciones entre el Estado y la economía se han manifestado de diferentes formas a lo largo de la historia Argentina, tales como: las Sociedades de Economía Mixta (SEM) en el año 1946, las Empresas del Estado (EE) en el año 1955, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM) entre los años 1967 y 1972, y -por último- el régimen de las Sociedades del Estado (SE) en el año 1974.

El proceso de privatización iniciado en 1989 con la sanción de las leyes de "Reforma del Estado" y "Emergencia Administrativa y Económica", operó una serie de técnicas de "retroceso" de la presencia estatal en la economía³, especialmente a través de la enajenación al capital privado de las empresas y societarias de propiedad del Estado. En consecuencia, a partir de dicho proceso, la utilización de este instrumento cayó en desuso, lo que provocó un desinterés de la doctrina administrativista.

La crisis de 2001/02 y la declaración de emergencia pública y autorización al Poder Ejecutivo para la renegociación de los contratos de servicios públicos, marcaron un renacer de la "empresa pública". El Estado decide así retomar una participación directa en las actividades comerciales e industriales. Pero ahora bajo un formato novedoso, instrumentado bajo simples sociedades anónimas, cuyos rasgos comunes son su forma enteramente privada y el hecho de compartir atributos públicos relevantes, en lo que refiere: a su forma de creación, a la propiedad de su capital, a su finalidad o al control al que están sometidas⁴. En consecuencia Carabajales, estipula la denominación

³ PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Constitución y economía", Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, pág. 8.

⁴ CARABAJALES, Juan José, "Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE). ¿El regreso del "Estado empresario" a través de una nueva modalidad de "empresa pública"? (Legitimidad y límites constitucionales. Esbozo de régimen jurídico)", Buenos Aires, Ed. RAP, 2011 pag. 45.



de tales entes como "SABIE", esto es, "sociedades anónimas bajo injerencia estatal"⁵.

III. Las especies de SABIE

El concepto de "SABIE"⁶ reconoce también ciertos antecedentes de empresas que persistieron o fueron creadas incluso durante la década de 1990. Antecedentes que deben sumarse a las diferentes modalidades de sociedades anónimas constituidas a partir del año 2003, en razón de haber sido encuadradas bajo una forma netamente privada. En efecto conforme al autor, es posible aglutinar dentro del concepto de SABIE a las siguientes tipologías:

a) **Las SA "puras"**, esto es, netamente privadas pero de propiedad exclusivamente estatal;

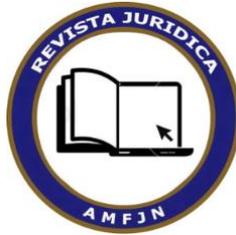
b) **Las SA "despublicadas"**, puesto que si bien son de propiedad estatal exclusiva, están expresamente excluidas de la aplicación del derecho administrativo; y

c) **Las SA "devenidas minoritarias"**, es decir, preexistentes y lucrativas, en las que el Estado Nacional luego adquiere una participación mínima.

Podría aventurarse que comparten la particularidad de no contar con un régimen jurídico específico, habida cuenta que su encuadramiento normativo remite exclusivamente a la legislación de fondo relativa a reglar la constitución, actuación y

⁵ Cassagne afirma al respecto, que las formas jurídicas que traducen la participación del Estado en el campo de la "gestión económica" no son sólo las conocidas SEM, SAPEM y SE, sino también "las meras sociedades anónimas cuyo capital fuera totalmente del Estado o éste tuviera la mayoría accionaria" (CASSAGNE, Juan C., "*Derecho Administrativo*", Buenos Aires., Ed. Abeledo-Perrot, 2002, 7° Edición, Tomo I, págs. 350 a 351).

⁶ Carabajales menciona como ejemplos de SABIE las siguientes sociedades: Líneas Aéreas Federales S.A. (LAFSA), Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA), Energía Argentina S.A. (ENARSA), Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA) y como ejemplo reciente el caso AR-SAT, creada por ley 26.092, la cual intervendrá como un agente más en el servicio de telefonía móvil.



liquidación de simples sociedades comerciales (Ley N° 19.550)⁷.

a). Las SA "puras", netamente privadas pero de propiedad estatal exclusiva

Las sociedades "puras", revisten forma privada y un grado de participación estatal en la composición accionaria que llega a ser exclusiva, pero no contienen ninguna particularidad adicional. Su forma societaria provoca que esta especie de SABIE, que podría ser concebida como el "tipo puro", se rija por las normas del derecho privado en general y comercial en particular. Así lo disponen sus actos de creación, que estipulan expresamente que las mismas se registrarán por lo previsto en los artículos 163 a 307 de la Ley N° 19.550.

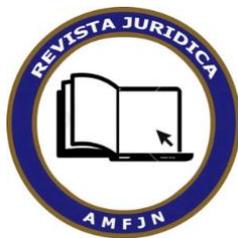
A su vez, se prevé que casi la totalidad del capital social pertenecerá al Estado, ejerciendo dicha titularidad a través de algún órgano desconcentrado. Y, en ciertos casos, se prescribe que las acciones estatales serán intransferibles. Por último, pueden encontrarse disposiciones expresas que prescriban que la participación estatal mayoritaria permanecerá "hasta que se privatice la actividad" en cuestión, como ocurre a nivel nacional en el caso de NASA⁸.

b). Las SA "despublicadas", de propiedad estatal pero expresamente excluidas del derecho administrativo

En las cuales el legislador ha pretendido enfatizar su perfil iusprivatista. Se trata de las sociedades anónimas cuyos actos de creación (sean leyes o reglamentos) disponen que las mismas se registrarán "por las normas y principios del derecho privado", por lo que no les serán aplicables, "en general, las normas o principios de derecho

⁷ CARABAJALES, Juan José, "Las sociedades anónimas...", op. cit., pag. 62/63.

⁸ Extremo que no ha acontecido al presente, pero que sirve a Balbín para hacer una nueva clasificación al interior de lo que llama "sociedades anónimas de propiedad estatal". En efecto, este autor distingue entre las que forman parte de la estructura estatal en forma "permanente" y las que se encuentran en ella sólo de manera "transitoria" y por razones "coyunturales" –BALBÍN, Carlos F., "Régimen Jurídico de las Actividades Empresariales del Estado. Las Empresas Absorbidas por el Estado", Buenos Aires, Ed. Rap. 2005, pp. 626 y 636.



administrativo"⁹.

El fundamento de esas exclusiones radica, en "asegurar la fluidez operativa"¹⁰ de la empresa o del servicio público que aquéllas prestan. En virtud de ello, aquí también - por vía de una norma genérica- se excluye la aplicación de las normas del Derecho Administrativo¹¹.

En este sentido María Laura Alfonso ha señalado al establecer las características de la Empresa Estatal de Energía Argentina Sociedad Anónima (ENARSA): *"...Una vez más nos encontramos ante una sociedad atípica pues no existe en la Ley de Sociedades Comerciales una sociedad anónima o una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, en la cual uno de los socios posee una porción del capital que es intransferible –el Estado Nacional–"*.

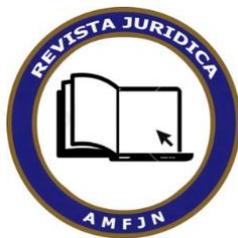
*"ENARSA se encuentra sometida a las normas comunes de las sociedades anónimas, también en lo referente al quórum y las mayorías (Arts. 243 y 244 de la Ley N° 19.550), pero la ley de creación establece que para la decisión de determinados temas se requiere la conformidad de las acciones "Clase A" de titularidad del Estado Nacional (...) Resulta llamativo que en la Ley de Creación de ENARSA o en su Estatuto Social no se prevea si son de aplicación las Leyes de Procedimientos Administrativos, de Obras Públicas o el Régimen de Contrataciones del Estado..."*¹².

⁹ Son ejemplos de este particular encuadramiento a nivel nacional las siguientes disposiciones: el art. 8° del Decreto N° 1.238/2003 que constituye "con vocación de transitoriedad" a LAFSA; el art. 13 del Decreto N° 741/2004 de creación del Correo Oficial (CORASA); el art. 11 del Decreto N° 304/2006 de constitución de AySA; el art. 2° del DNU N° 1.085/2006 de establecimiento de una Unidad de Gestión Central Nuclear Atucha II dentro de NASA. También pueden encontrarse disposiciones similares, aunque de forma no tan amplia y expresa, en ENARSA (cfr. Ley N° 25.942 y Decreto N° 1.692/04). Por su parte, el art. 3° de la Ley N° 26.092 (de 2006), que crea AR-SAT, también contiene una disposición expresa al respecto.

¹⁰ Cfr. Considerando 2° del Decreto N° 304/06.

¹¹ CARABAJALES, Juan José, *"Las sociedades anónimas..."*, op. cit., pag. 65/66.

¹² ALFONSO, María Laura, *"Régimen de Nacionalización de Empresas Privadas"*, Buenos Aires, Ed. Rap 2009, pag. 91.



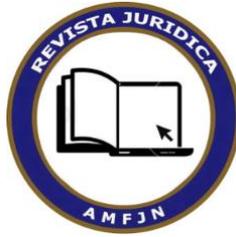
No obstante, la autora considera que en principio la intención del legislador ha sido crear una sociedad anónima bajo los principios del derecho privado, por tanto deberá interpretarse que las normas citadas no resultarían en principio aplicables.

c). Las SA “devenidas minoritarias”: preexistentes y lucrativas, que luego reciben una participación estatal mínima

Como tercer variante, señala Carabajales a las sociedades anónimas “minoritariamente estatales”. Indica como ejemplo de este tipo, lo acontecido en virtud de La Ley N° 26.425 del año 2008, reglamentada por el Decreto N° 2.104/2008, la cual eliminó el régimen de capitalización que había instaurado en 1993 la Ley N° 24.241, y dispuso su absorción y sustitución por el régimen de reparto. El Artículo 7° de esa ley estableció *la transferencia “en especie” a la Administración nacional de la seguridad social –ANSeS– de los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios del antiguo régimen*. Como las AFJP habían invertido en acciones de sociedades anónimas que cotizaban en bolsa¹³, esos títulos fueron transferidos a la ANSeS.

Siendo la ANSeS titular de una parte minoritaria del paquete accionario de varias empresas de primer nivel en las que las AFJP eran inversores institucionales, ha llevado al autor a tratar de determinar qué caracterización jurídica resulta de configurarse –el fenómeno de “empresa pública”– en virtud de los siguientes extremos, a saber: se trata de sociedades anónimas a) preexistentes, b) constituidas originariamente por particulares y no por actos legislativos ni reglamentarios, c) con la finalidad de competir libremente en el mercado y, en consecuencia, d) de obtener lucro, y e) obtener financiamiento a través de la cotización en bolsa; y donde el ingreso del

¹³ Según información periodística, el listado de las 44 empresas y el porcentaje de participación de la ANSeS en cada una de ellas sería el siguiente: S.A. San Miguel –26,96%–, Gas Natural BAN –26,63%–, Banco Macro –26,62%–, Consultatio –26,62%–, Distribuidora de Gas Cuyana –26,12%–, Siderar –25,97%–, Edenor –25,27%–, Transportadora de Gas del Sur –22,04%–, Grupo Concesionario del Oeste –21,56%–, Mirgor –21,54%–, Emdersa –20,96%–, Imp. y Exp. de La Patagonia –20,24%–, Molinos Río de La Plata –19,92%–, Pampa Energía –19,35%–, Transener –18,78%–, Telecom Argentina –18,78%–, entre muchas otras.



Estado es f) diferido y g) no promovido –ni originaria ni actualmente– por los accionistas privados, al tiempo que h) la participación accionaria estatal es minoritaria; aunque i) están sujetas al control interno del Estado¹⁴.

IV. Las leyes de la Provincia de Córdoba 8836 y 8837 de “Modernización del Estado”

Concluido el relato del marco teórico del regreso del “Estado Empresario” bajo formas societarias del Derecho Privado, entiendo necesario ingresar al análisis de lo acontecido al respecto en estas últimas décadas, en la cual se ha producido una profunda reinención del Estado Provincial.

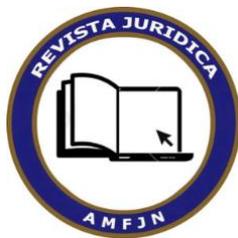
Cabe recordar que en la provincia de Córdoba se advierten diferencias muy importantes respecto de lo actuado a nivel nacional, puesto que el proceso de reforma de los '90 caló de un modo mucho menor en este gobierno de provincia. Podría decirse que la reforma provincial se manifestó con un mayor contenido teórico y un menor efecto práctico. En la reforma del Estado provincial se advierte una mayor preocupación en buscar esquemas administrativos eficientes, sin caer en el recurso de la privatización.

Ello así, la Ley de la provincia de Córdoba n° 7850¹⁵, de Reforma del Estado Provincial, habilitó al gobierno de la provincia para privatizar y concesionar una larga serie de funciones y servicios, basándose también en razones de emergencia económica. Pese a ello, en la provincia de Córdoba no se realizaron negocios de privatización, adoptándose el sistema de concesión como modalidad extensiva para la transferencia de servicios al sector privado.

Mediante esta modalidad, las únicas operaciones que se realizaron son: a) La transferencia del servicio de agua potable de la ciudad de Córdoba, mediante concesión por treinta años a un consorcio privado. b) La transferencia de tres centrales termoeléctricas (Pilar, Villa María y General Lavalle), mediante concesión por 10 años

¹⁴ CARABAJALES, Juan José, “*Las sociedades anónimas...*”, op. cit., pag. 68.

¹⁵ B.O. 17/11/1989.



a un consorcio integrado por una agrupación de cooperativas de servicios públicos, asociada con el sindicato de empleados de la Empresa Provincial de Energía Eléctrica (EPEC)¹⁶.

Transcurrida esa primera experiencia de reforma, a comienzos de este siglo se dictan una serie de leyes con el objeto de lograr una “Modernización del Estado”. Así, el Gobierno de la Provincia de Córdoba sanciona la Ley 8836¹⁷, que tiene como objetivos, tal como reza su artículo 1º, *“Asegurar la plena vigencia de los derechos y garantías reconocidos en las Constituciones de la Nación y de la Provincia (...) Observar un desempeño solidario, eficiente y de servicio de la función estatal en todos los aspectos de su actividad. Promover y asegurar la participación y los controles ciudadanos, la iniciativa privada... Garantizar la calidad de las prestaciones y servicios a su cargo o de aquéllos que estén sujetos a su control”*, entre muchos otros.

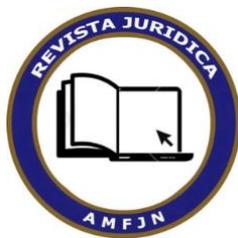
Para tales cometidos, se establecen una serie de políticas a seguir, de las que pueden destacarse: *“Descentralización de funciones y servicios hacia los municipios... Desregulación de aquellas actividades que admitan la competencia y funcionamiento de los mecanismos de mercado (...) Modernización y cambio de la gestión del sector público mediante la incorporación de modelos que aseguren eficiencia, economía y calidad (...) Participación privada en el gerenciamiento y las inversiones del sector público, cuando -con ella- se persiga eficacia en los resultados...”*¹⁸

Por su parte, los artículos 17 y 18 facultan al Poder Ejecutivo a elaborar un “Plan de reinversión del sector público” bajo pautas de “Participación en las prestaciones y servicios públicos del capital y el gerenciamiento privado” y “...modalidades de participación ciudadana en la gestión y control de las actividades públicas”.

¹⁶ GALFIONE, Alberto L. – RODRÍGUEZ VILLAFañE, Miguel Julio, *“La reforma del Estado en Argentina, en el ámbito nacional y en el de la provincia de Córdoba y sus Municipios –entre propuestas y realidades-“*, Buenos Aires, La Ley, RDM2000-5, 139.

¹⁷ B.O. 28/03/2000.

¹⁸ Ver en este sentido el art. 2º de la norma referenciada.



Continuando con la reseña de esta norma, es importante enfatizar lo estipulado en el artículo 36, a través del cual se instaura el “Programa de propiedad participada”, el que señala que el capital accionario de las empresas, sociedades, entes o establecimientos que incorporen capital privado, podrá ser adquirido -parcialmente- a través de un “programa de propiedad participada”. Agregando que el ente, sociedad o empresa sujeta a la incorporación de capital privado deberá estar organizado bajo la forma de Sociedad Anónima¹⁹. A su vez, se indica que tales procesos de incorporación de capital privado, no producirán alteraciones en la situación de afiliación y provisional de los agentes y empleados públicos (art. 39).

Por último la Ley 8836, en sus arts. 102 a 108 bis, crea la “Corporación Inmobiliaria Córdoba S.A.”, instituto que será analizado más adelante en el presente trabajo.

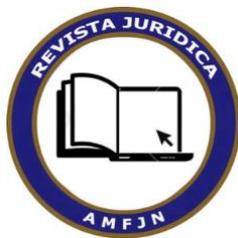
El mismo día es sancionada la Ley 8837²⁰, de la que puede destacarse la figura contemplada en su art. 4º, en donde se faculta al Poder Ejecutivo a proceder a la incorporación de capital privado (ya sea una participación total o parcial), o a la liquidación de empresas, sociedades, establecimientos o entidades cuya propiedad pertenezca, total o parcialmente -pero en forma mayoritaria- al Estado Provincial. Por su parte el art. 7º, expresamente dispone que *“La aprobación acordada como empresa, sociedad o entidad “sujeta a incorporación de capital privado” puede referirse a cualquiera de las formas de gestión privada, sea total o parcial, y comprende tanto a una empresa como a un establecimiento, bien o actividad determinada”*.

Por último, es preciso mencionar al reciente Decreto n° 1387/13²¹, el cual tuvo como fin la refuncionalización de la estructura orgánica del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba. No me detendré en el análisis de éste, puesto que no suma

¹⁹ Ver apartado B) inciso a) del artículo citado.

²⁰ B.O. 28/03/2000.

²¹ B.O. 03/02/2014.



disposiciones en lo que respecta a la participación del Estado Provincial bajo formas Societarias del Derecho Privado. Pero no podía obviarse su alusión, pues ha tenido un claro fin reformador y revitalizador de los diferentes ministerios y secretarías que componen dicho poder.

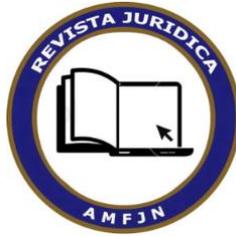
Como puede observarse en las normas referenciadas, actualmente existe una clara tendencia por parte del Gobierno Provincial en lograr una desregulación de aquellas actividades que admitan el funcionamiento de los mecanismos de mercado, básicamente, la participación privada en el gerenciamiento y las inversiones del sector público. Todo lo cual es encauzado bajo figuras societarias del derecho privado, pues tal como surge del art. 39 de la ley 8836, que al regular el “programa de propiedad participada”, expresamente establece que las nuevas figuras que incorporen capital privado deberán desarrollarse como Sociedades Anónimas, todo lo cual lleva a que dicha sociedad poseerá junto a los accionistas particulares, al Gobierno de la Provincia.

Aparentemente, tal como señala Mata, en nuestro país la evolución del sector público empresario ofrece un proceso dialéctico a través del cual el Estado ensaya modelos de organización tomados del derecho privado, con el propósito, muchas veces expresado, de obtener mayor agilidad y eficiencia en su gestión, sustrayéndose de los rígidos procedimientos y controles de la administración centralizada. Pero en este proceso muchas veces sucede que la fuerza centrípeta de la Administración, sustentada en el manejo de los recursos, sumada a las crisis periódicas del Estado, provocan que la libertad de gestión se pierda o se vea fuertemente recortada²².

V. Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal en la Provincia de Córdoba. Diferentes supuestos

A esta altura de la exposición, ya estamos en condiciones de ingresar al análisis de los diferentes casos de “sociedades anónimas bajo la injerencia estatal”, que se

²² MATA, Ismael, “*El regreso del Estado empresario en la Argentina*”, Buenos Aires, Ed. Rap 2009, p. 140vta.



dieron en Córdoba, como consecuencia de la vuelta del “Estado empresario” operada en nuestro país en estos últimos años, sobre todo a partir del año 2003.

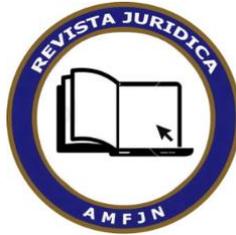
a) Corporación inmobiliaria S.A.

La ley 8836 ya referenciada, en su art. 102 faculta al Poder Ejecutivo Provincial a constituir la Corporación Inmobiliaria Córdoba S.A ., como sociedad anónima sujeta al régimen de la Ley N° 19.550, a designar la empresa o sociedad del sector público que la integrará y a ordenar su inscripción en la Dirección de Inspección General de Personas Jurídicas.

El objeto de dicha Sociedad será la administración y enajenación de los inmuebles que le transfiera el Poder Ejecutivo. Por su parte, el art. 103 establece que la sociedad será dirigida por un Directorio de cinco miembros nombrados por el Poder Ejecutivo, cuya remuneración será establecida por dicho poder.

Finalmente, el art. 105 enumera los bienes que podrá transferir el Poder Ejecutivo a la Corporación Inmobiliaria S.A., entre los que se menciona: *“a) Los inmuebles del dominio privado de la Provincia, de sus entes descentralizados u otros de la administración centralizada, desconcentrada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas y sociedades del estado, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales... b) Los inmuebles que desafecte de su finalidad específica. c) Los inmuebles que no queden incorporados a las unidades de negocios de las actividades que, conforme a las disposiciones de esta Ley, sean transferidas al capital privado.”*

Del análisis efectuado, puede concluirse que esta sociedad claramente encuadra dentro de las previsiones de lo que se llama “Sabie”, puesto que si bien ha sido creada bajo la forma jurídica de una Sociedad Anónima, excluyéndose la normativa administrativa sobre la materia, al remitir el texto legal directamente a las previsiones de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales. Más allá de ello, la injerencia estatal sobre la



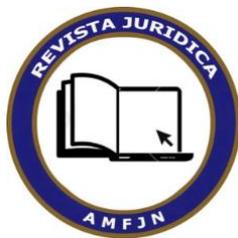
misma es clara, ya que las prerrogativas que conserva la Administración son totalmente ajenas a las normas, principios y costumbres que guían al derecho mercantil (léase la posibilidad de la Administración de designar a todos los miembros del directorio, sin tener en cuenta su efectiva tenencia accionaria, o la fijación de sus remuneraciones, entre otras).

b) Banco de la Provincia de Córdoba S.A.

Mediante la ley 8837 analizada supra, se dispuso en su art. 46 la transformación del Banco de la Provincia de Córdoba en una sociedad anónima, de acuerdo con el criterio que adopte el Poder Ejecutivo para la transferencia de las actividades bancarias al sector privado. El art. 47 sujeta a incorporación de capital privado, hasta el noventa y nueve por ciento del capital accionario del Banco, estableciendo además en el inc. g) que *“El Estado Provincial mantendrá -como mínimo- el uno por ciento (1%) del capital social, siendo titular de los derechos establecidos en el artículo 12 de la presente Ley”*.

Por su parte el art. 12 de dicho cuerpo legal dispone: *“Los estatutos sociales de las empresas, sociedades o entidades a ser creadas para posibilitar la incorporación de capitales privados, podrán prever la participación minoritaria del Estado Provincial en el capital social y, como consecuencia de ello, la designación de representantes en los órganos de administración y de contralor. En tales supuestos, el Estado Provincial -en su carácter de accionista- tendrá, a través de su representante, una acción dorada con poder de veto y efecto suspensivo sobre las decisiones que adopten dichos órganos cuando se verifiquen algunas de las siguientes situaciones: a) Violación de la legislación vigente. b) Modificaciones estatutarias que afecten los regímenes de mayorías especiales para las decisiones en el Directorio o en las Asambleas destinadas a dar una adecuada protección a las distintas clases de accionistas...”*.

Como puede observarse, nuevamente nos encontramos ante una Sociedad Anónima en la que en su ley de creación se establecen cláusulas exorbitantes al Derecho Privado. En este caso particular, el accionista minoritario (incluso con 1% de



las acciones), tiene posibilidad de suspensión y veto de las decisiones que tome el directorio.

c) Casisa S.A. (Caminos de las Sierras S.A.)

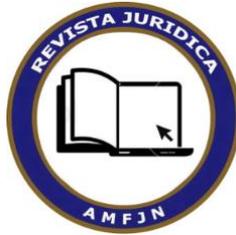
Mediante ley 9799²³ el Gobierno de la Provincia de Córdoba autorizó el “Convenio de Compraventa de Acciones y Reestructuración de Pasivos” suscripto entre la Provincia de Córdoba y las empresas Impregilo International Infrastructures N.V., Iglys S.A. y Caminos de las Sierras S.A., la cual tenía por objeto la adquisición por parte de la Provincia de Córdoba de la totalidad de las acciones que Impregilo Internacional Infrastructures N.V. posee en Caminos de las Sierras S.A., con sus consecuentes derechos patrimoniales y políticos.

Sobre esta cuestión es preciso recordar, que con fecha 4 de diciembre de 1992, el Estado Nacional y la Provincia suscribieron un convenio mediante el cual la Nación delegó a la Provincia las facultades de adjudicación y administración del Contrato de Concesión de Obra Pública de la Red de Accesos a la Ciudad de Córdoba. Dicho Convenio fue aprobado por la Legislatura Provincial mediante Ley N° 8.361.

Posteriormente, el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia, efectuó el llamado a Concurso Nacional e Internacional para la calificación y selección de empresas para la construcción de mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación bajo el sistema de Concesión de Obra Pública por Peaje de la Red de Accesos a la Ciudad de Córdoba (la RAC).

Con fecha 4 de septiembre de 1997, se suscribió en forma definitiva, entre la Provincia y CASISA, el contrato por el cual se otorgó a esta última, en concesión de obra pública por peaje, la RAC.

²³ B.O. 25/06/2010.



CASISA, con fecha 6 de marzo de 2002, reclamó la recomposición de la ecuación económico financiera del Contrato de Concesión, en procura de que se le compensen los perjuicios que dijo haber soportado la imposibilidad de recuperar las inversiones y hacer frente a los gastos de operación y mantenimiento con motivo de la devaluación del peso y el incremento de sus costos operado a partir de enero de 2002, como consecuencia de la pesificación y congelamiento de la tarifa que se le impuso; la ejecución de obras adicionales no previstas en el Anteproyecto Técnico Definitivo del Contrato de Concesión, que debió ejecutar a solicitud de la Provincia; la falta de compensación de rebaja de la tarifa establecida en el Convenio N°38; la demora en la habilitación de las obras de primera etapa; la incidencia de impuestos sobrevinientes no previstos en la oferta; entre otros.

La empresa Impregilo S.p.A., controlante de Impregilo International Infrastructures N. V. titular del 90.52% del capital de CASISA, notificó en noviembre de 2007 al Gobierno de la República Argentina la existencia de una controversia en materia de inversión bajo el Tratado para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones suscripto el 22 de mayo de 1990 entre la República Argentina y la República de Italia (aprobado por Ley N° 24.122²⁴) y la apertura formal del procedimiento de amigables negociaciones.

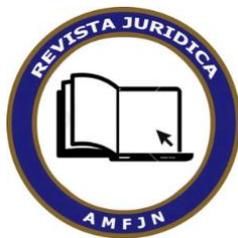
Ante ello, la Provincia, por intermedio del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, presentó a Impregilo International Infrastructures N.V., una formal propuesta de adquisición de las acciones de CASISA de su propiedad conjuntamente con una propuesta de reestructuración de pasivos de la sociedad y condiciones complementarias de acuerdo e implementación²⁵. Operación que fue autorizada por la ley 9799 y ratificada por leyes 9871²⁶ y 9872²⁷.

²⁴ B.O. 25/09/1992.

²⁵ Ver anexo I de la Ley n° 9799.

²⁶ B.O. 04/01/2011.

²⁷ B.O. 04/01/2011.



En definitiva, del relato efectuado se concluye sin esfuerzo que nuevamente el Estado reasume una función que anteriormente había sido delegada, puesto que la acción empresarial del Estado atiende inevitablemente a la satisfacción de fines públicos, los cuales rara vez constituyen el “fin social” de una empresa de carácter privado.

A lo que cabe agregar, que en este caso particular, nos encontramos con una Sociedad Anónima preexistente y lucrativa, a la que el Gobierno de la Provincia de Córdoba decide adquirirla, casi en su totalidad, con el fin último de rescatar una empresa que se encontraba en una situación crítica.

VI. Interrogantes que suscita la utilización por parte de Estado Provincial de figuras societarias del Derecho Privado

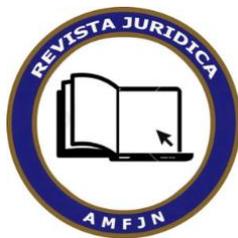
a). Los objetivos de "interés público" del Estado y el "fin social" de la sociedad:

En materia societaria, el "interés social" se identifica con el "fin perseguido por la sociedad según su objeto social".²⁸ Otra cuestión diferente es el "interés del socio" (o accionista). Por ejemplo, el art. 248 de la LSC prevé que *"el accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla..."*.

En este orden de ideas, recordemos que el Estado no tiene realmente un "interés propio", pero sí tiene por misión la consecución del "bien común"²⁹. Ahora bien, es posible imaginar casos concretos en los que el "interés social" (la consecución de cada objeto social, con una finalidad última de lucro) difiera total o parcialmente de este "interés del accionista" Estado (con una finalidad de "interés público").

²⁸ NISSEN, Ricardo A., *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1989, p. 51.

²⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *"Derecho Administrativo"*, Buenos Aires, ed. LexisNexis, 8ª ed. actualizada, t. I, p. 45.



Por ejemplo, una empresa distribuidora de gas debe realizar un nuevo gasoducto, y puede optar por hacerlo para abastecer una gran zona urbana (donde podrá recuperar rápidamente la inversión) o en una zona alejada y necesitada de inversiones que contribuyan a su desarrollo. La primera decisión sería más conforme al "interés social", pero la segunda podría ser más beneficiosa para el "desarrollo económico general".

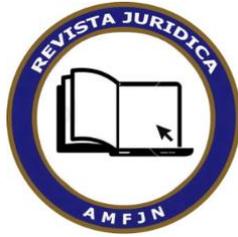
En este entendimiento, si el Estado Provincial decide participar como accionista en una sociedad abierta, debe asumir los objetivos que resultan del "fin social" expuesto en el Estatuto (en la medida en que le corresponde como accionista de la sociedad) ya que en eso consiste el "*affectio societatis*". Los demás accionistas, y la propia sociedad, tienen derecho a exigir que así lo haga, ello debería ser la regla general³⁰.

b). Casos de incompatibilidad de objetivos:

Aunque no existe una necesaria incompatibilidad general o apriorística, es posible una contraposición entre el "interés social" y el "interés público". Conforme lo señala Durand, estos conflictos pueden ser de dos clases: "estructurales", cuando exista alguna circunstancia que haga objetivamente inconveniente o desaconsejable la participación estatal en el capital de una determinada empresa (actividades inconvenientes, empresas prestadoras de servicios públicos) o "puntuales", cuando la decisión que debe adoptar la Asamblea afecte de manera significativa el "desarrollo sustentable de la economía real" (como ocurriría con la decisión de cerrar una gran planta industrial y trasladarla al exterior).

En el caso de un "conflicto estructural" se señala que el Estado debería transferir inmediatamente su participación accionaria. En las empresas de servicios públicos, por ejemplo, es evidente la inconveniencia de contar con el Estado (en sentido lato) a ambos lados del contrato, como concedente o licenciante (y regulador), y simultáneamente como concesionario.

³⁰ Cfr. DURAND, Julio C., "*Participación de la ANSeS en el capital de las sociedades anónimas abiertas*", Buenos Aires, LA LEY 16/12/2009, 2010-A, 696, pag. 8/9.



En cuanto al segundo, indica si en un caso puntual el "interés social" y el "interés público" no son meramente diferentes sino directamente opuestos (de forma tal que la consecución del fin social determine un real perjuicio a la finalidad de interés público en cuestión) el accionista -en este caso el Gobierno de la Provincia de Córdoba- debería abstenerse de votar, de acuerdo a la solución que prevé el art. 248 de la LSC³¹.

En definitiva, los directores que fueran designados por el Gobierno de la Provincia de Córdoba son órganos de la sociedad anónima, y están obligados a enderezar su conducta hacia el beneficio de la sociedad, independientemente del "interés particular" de los accionistas en cada caso.

c). ¿Se afecta el principio de legalidad con la creación de sociedades a través de normas de alcance individual?

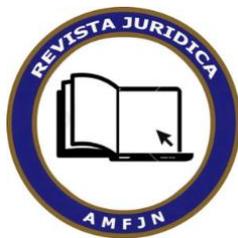
Otra cuestión a tener en cuenta es la consiste en determinar si no se afecta el principio de legalidad con la creación de sociedades a través de normas de alcance individual, existiendo regímenes generales de participación estatal en sociedades. Principio, que en Derecho Administrativo conocemos como “inderogabilidad singular de los reglamentos³²”, el cual consagra la primacía de la norma frente a los actos y resoluciones administrativas singulares, sometiéndose la Administración, en virtud del principio de legalidad, a todo el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, a sus propios reglamentos.

VII. Conclusión

Entiendo que el esfuerzo de los autores citados, en tratar de conceptualizar el fenómeno del regreso del Estado a la actividad económica privada, es loable. Creo que

³¹ DURAND, Julio C., “*Participación de la ANSeS...*”, op. cit., pag. 9/10.

³² MATA, Ismael, “*El regreso del Estado...*”, op. cit., p. 138.



del desarrollo del presente artículo ha quedado claro, la existencia de estas nuevas modalidades de intervención a través de sociedades anónimas, con atributos públicos. Ahora bien, no me atrevo a otorgarles a estas figuras una naturaleza jurídica propia, ni comparto del todo la clasificación propuesta por la Doctrina en cuanto a sus diferentes tipos, por no darse de manera tan clara en la realidad.

Existe una fuerte contradicción en la génesis de la cuestión. Cabe recordar que el Estado utiliza figuras del derecho privado, bajo la pretensión de renunciar a las figuras contractuales del derecho administrativo para asegurar la fluidez operativa, excluyéndose muchas veces expresamente la normativa de derecho público. Pero a renglón seguido, se establecen prerrogativas a la Administración que son exorbitantes al derecho común.

En definitiva, parece que la Administración por más que pretenda librarse de sus privilegios, para poder intervenir como un agente más en la economía, al final siempre vuelve a su origen, no pudiéndose desprender de sus prerrogativas propias del interés general que persigue.

Para concluir, traigo a colación una reflexión de Stiglitz, el cual afirma que los mercados son “medios” para obtener ciertos fines, medios de por sí limitados, ya que se dirigen al bienestar material y no a valores más generales como la justicia social, de modo que *“los mercados sin restricciones a menudo fracasan a la hora de conseguir estos objetivos limitados. Los noventa demostraron que los mercados no aseguran la estabilidad, los setenta y los ochenta, que no necesitaban generar un alto crecimiento y que la pobreza puede incluso aumentar, aunque avance la economía (...) conseguir el equilibrio entre el Estado y el mercado es el mejor camino hacia el crecimiento sostenido y la eficiencia a largo plazo. El equilibrio correcto implicaría que se reforzara el papel del Gobierno en algunas áreas y se atenuara en otras”*³³.

³³ STIGLITZ, Joseph E., “*Los felices 90*”, Buenos Aires, Ed. Taurus, 2003, pp. 337 y 339.