

## Sumarios

I. El nuevo escenario y el concepto de empresa pública. - II. Concepciones erróneas sobre la empresa pública. - III. Principios que rigen en materia de contrataciones en el ámbito de las empresas públicas. a. *Contrato de trabajo sobre contratos de empresas públicas.*

### Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas

I

#### El nuevo escenario y el concepto de empresa pública

La utilización de la figura de la empresa pública obedece a un variado conjunto de causas entre las cuales adquiere trascendencia el ensanche de las funciones del Estado que comienza al finalizar la primera guerra mundial, alcanzando su punto máximo en Europa, a partir de 1945, fecha de finalización de la segunda conflagración de magnitud universal.

Sin embargo, el hecho de que existan otras razones impulsoras de la injerencia del Estado en el campo de los servicios públicos o en materia industrial o comercial, desde aquellas más clásicas fundadas en la necesidad de suplir la insuficiencia de la participación privada en algunos sectores básicos o estratégicos hasta las motivadas por causas de distinta naturaleza política (ver predominio de un sector sindical o político determinado, intereses económicos, etc.), no impide advertir la fuerza con que irrumpe, en ciertas ocasiones con violencia, la primera de las causas enunciadas.

En efecto, la ampliación de las funciones del Estado, cuando adquiere carácter generalizado, responde siempre a una impronta ideológica opuesta a la matriz del capitalismo que, aun en su vertiente social, proclama la condición esencialmente privada de los medios de producción, excepto cuando la iniciativa de los particulares no estuviera presente en el mercado. El origen de esta corriente encuentra afinidades con las ideas colectivistas vigentes en algunos procesos políticos que aplicaron concepciones impregnadas en la filosofía de Hegel, influyendo en los principales movimientos mundiales de raíz totalitaria (comunismo, nazismo y fascismo).

A su vez, la gravitación de las concepciones del llamado *new deal* estadounidense a través de la política impulsada en la década de 1930 por el Presidente Roosevelt, no ha sido menor que las ideologías y tendencias que se han señalado.

Como puede apreciarse, el cuadro de las empresas públicas reviste cierta complejidad y se encuentra teñido por una carga ideológica considerable. Su descripción, en los países de Hispanoamérica, lejos de exhibir actualmente una definida línea o estilo, muestra oscilaciones y variantes. Desde el grado máximo de estatismo que representa Cuba, seguido, aunque con una menor extensión, por Venezuela y Bolivia, hasta los países que exhiben una parcial injerencia del Estado como la Argentina (casos de AySA y ENARSA[1]), Uruguay y Brasil, se observa una escala descendente que encarna el proceso chileno, que no volvió a estatizar las empresas de servicios públicos que pasaron a la gestión privada.

La ambigüedad de su contenido material se debe a que no todo lo público es estatal, pese a lo cual, la figura ha terminado por imponerse, abarcando categorías diversas, regidas, indistintamente, por el derecho público (administrativo) o por el derecho privado (mercantil).

De ese modo, como lo advirtió Langrod, hace más de cincuenta años(2) surgieron formas jurídicas nuevas con regímenes heterogéneos que van, en nuestro país, desde las clásicas Empresas del Estado hasta la sociedad anónima mercantil, pasando por las figuras de las Sociedades Anónimas de Participación Estatal Mayoritaria hasta las Sociedades del Estado.

## II

### Concepciones erróneas sobre la empresa pública

El abordaje del régimen de contrataciones de las empresas públicas requiere, previamente, despejar una serie de concepciones erróneas que dificultan su configuración jurídica. Al propio tiempo, resulta necesaria la armonización del concepto de empresa pública con los criterios establecidos en la legislación de fondo para definir las personas jurídicas (art. 33, cód. civil). En ese sentido, por razones históricas, la regulación básica de las personas jurídicas, tanto de carácter público como privado, se encuentra en el Código Civil.

Ello es así por cuanto si bien el derecho público no se inmiscuye, en principio, en el campo de la legislación común, sino en el local, existe la necesidad de establecer la línea divisoria (que incluye la definición de las categorías básicas) en ciertas instituciones como la determinación de la condición jurídica de las personas y de los bienes, a fin de hacer efectivo el principio de unidad de legislación que prescribe la Constitución (art. 75, inc. 12) y evitar la anarquía que se produciría si dichas materias básicas fueran reguladas con exclusividad, por la legislación provincial.

El escenario descrito se complica a la vista de algunas concepciones que, originadas principalmente en la doctrina y, en menor medida, en la jurisprudencia, han sostenido que:

1. Todos los entes estatales son públicos. Este error, del que un sector de la doctrina deduce que todos los contratos que celebran las entidades estatales, cualquiera fuera su naturaleza, son siempre administrativos<sup>(3)</sup>, traduce la adopción de un criterio no sólo no previsto por el ordenamiento sino contrario al mismo, pues si las sociedades mercantiles son comerciales por su forma<sup>(4)</sup> y si su capacidad o aptitud para contratar se encuentra regida por el Código de Comercio, la circunstancia de que el Estado participe como socio mayoritario o minoritario en su capital no altera la naturaleza esencialmente privada de los contratos que celebran, sin perjuicio de las regulaciones públicas que pudieran dictarse (v. gr. en el procedimiento de selección o en el control de sus actos), las cuales serán válidas en la medida en que no afecten el principio constitucional antes enunciado.

2. Las empresas, cuyo capital o patrimonio estatal o parcialmente estatal, son empresas públicas, por hallarse sometidas a un régimen contractual contable, financiero o de gestión, o incluso de legalidad. Sin embargo, al confrontarse este argumento con el orden de la realidad (aparte de los principios descriptos precedentemente) se observa que el ámbito del contrato estatal es más vasto y que no se circunscribe a las personas jurídicas públicas, sino que abarca un universo de entidades privadas cuyas funciones y actividades caen bajo la policía o vigilancia estatal por razones de interés público, sin que ello produzca la transformación de su personalidad jurídica privada en pública (ej. bancos), no obstante las regulaciones públicas a las que deben ajustar obligatoriamente su actuación.

En definitiva, si se circunscribe la empresa pública en el ordenamiento nacional a las que llevan a cabo actividades industriales o comerciales o servicios públicos de esa naturaleza, se configura un cuadro que comprende: (1) Empresas del Estado, regidas por la ley 13.653 y sus modificatorias; (2) Sociedades del Estado, conforme a la ley 20.705; (3) Sociedades Anónimas de Participación Estatal Mayoritaria, reguladas por la ley 19.550 (Sección VI); (4) Sociedades de Economía Mixta, cuyo régimen legal se establece en el decreto 15.349/46, ratificado por ley 12.962 y (5) Sociedades Anónimas del Código de Comercio.

## III

### Principios que rigen en materia de contrataciones en el ámbito de las empresas públicas

Si se parte de la premisa que admite que las entidades estatales pueden celebrar tanto contratos públicos como de objeto privado (régimen mixto), lo cual es aplicable en materia de las contrataciones de las Empresas del Estado<sup>(5)</sup>, corresponde concluir que la concepción unitaria de los contratos que celebran las personas públicas estatales (que les atribuye condición pública por el sujeto), además de contrariar la realidad (como lo comprueba el hecho de que cualquier persona jurídica privada posee aptitud para celebrar contratos de derecho público), no tiene cabida en el ordenamiento nacional que rige las contrataciones.

#### A. Contrato de trabajo sobre contratos de empresas públicas

En efecto, el art. 1° del RCAN (aprobado por decreto 1023/01) prescribe la posibilidad de que las contrataciones del sector público nacional, si bien se presumen de índole administrativa, puedan, en virtud de su objeto o de sus antecedentes, hallarse sometidas a un régimen jurídico de derecho privado.

Cabe advertir, sin embargo, que el sistema dualista antes señalado plantea algunas incógnitas en el régimen de contrataciones de las empresas públicas, toda vez que el RCAN las excluye de su ámbito de

aplicación(6) al prescribir que sólo será de aplicación obligatoria en los “procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8° de la ley 24.156 y sus modificaciones”.

O sea que para todo el universo de empresas públicas mencionadas en el inc. b) del art. 8° de la ley 24.156 (desde las Empresas del Estado, Sociedades de Economía Mixta, Sociedades del Estado, Sociedades del Estado con Participación Estatal Mayoritaria hasta todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias) el RCAN no resulta preceptivo.

Va de suyo que esta circunstancia no impide que los reglamentos de contrataciones de las empresas públicas adopten todos o algunos de los preceptos de RCAN ni que los incorporen en las bases de la contratación o en el clausulado contractual. Tampoco es óbice para la aplicación analógica de las prescripciones de dicho régimen cuando el contrato contenga elementos propios del derecho administrativo conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte(7) en materia de Sociedades de Estado, entre otros supuestos.

No obstante lo expuesto, como la licitación o el concurso constituyen procedimientos que poseen fundamento constitucional (arts. 16, 42, 2ª parte y 75, inc. 23, CN)(8), consideramos que deben observarse también en el ámbito de las contrataciones de las empresas públicas enumeradas en el inc. b) del art. 8° del RCAN, por una razón inherente a la jerarquía de los principios en juego (igualdad, defensa de la competencia y concurrencia).

Al respecto, a la luz de lo que viene aconteciendo en algunos campos, como en materia de fideicomiso, las ventajas de imponer obligatoriamente el principio de la licitación pública o concurso público genera una mayor transparencia en este tipo de contrataciones. Porque es evidente que dejar librado todo a la exclusiva voluntad de los funcionarios de las empresas o de los contratistas privados -como han sostenido algunos- no contribuye a la moral pública. Pero, en este aspecto, la Administración y, por reflejo, las empresas públicas, carecen de libertad para seleccionar el contratante habida cuenta de que, en definitiva, y cualquiera fuere la forma jurídica, está administrando recursos de la comunidad.

En cualquier caso, sería conveniente y necesario para la seguridad jurídica que se reglamentaran los procedimientos de contrataciones de las empresas públicas comprendidas en el inc. b) del art. 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias, incorporando principios que aseguren la transparencia de las contrataciones, entre los que resulta insoslayable la publicidad, así como la igualdad y concurrencia.

**voces: servicios públicos - sociedad del estado - fideicomiso - administración pública - contratos administrativos - empresas del estado - sociedad de Economía mixta - personas jurídicas - Constitución nacional - sociedad - contratos**

(1) AySA fue creada por decreto 304/06 (creación finalmente ratificada por ley 26.100) y ENARSA, mediante la ley 25.943.

(2) Conf. Langrod, George, L'entreprise publique en Droit Administratif comparé, Revue Internationale de Droit Comparé, N° 2, LGDJ, París, 1956, pág. 217.

(3) Barra, Rodolfo Carlos, Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado, Buenos Aires, Ábaco, 1989, págs. 186/189.

(4) Art. 1° de la ley 19.550.

(5) Vid nuestro Derecho Administrativo, 8ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, t. I, pág. 385.

(6) Art. 2° del RCAN, texto según el art 1° del decreto 666/03.

(7) Fallos, 306:328, entre otros.

(8) Nos remitimos a lo sostenido en: El Contrato Administrativo, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2005, págs. 72-74.