

Capítulo XIV

CLASIFICACIÓN DE LOS ENTES PÚBLICOS*

1. Centralización, desconcentración y descentralización

La *centralización* implica que las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la administración. Es el estadio más primitivo de la administración pública central, la consagración del cacicazgo. Conviene destacar que el Presidente de los EE.UU., a pesar de su gran poderío, puede tomar muchas menos decisiones que el Presidente nuestro y tiene además muchos más controles internos y externos del resto del aparato estatal.¹

En la *desconcentración* se han atribuido partes de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal (Jefe de Gabinete, Ministros, Secretarios de Estado, Procurador del Tesoro de la Nación, direcciones generales o nacionales).

La *descentralización* aparece cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad del ente. Para que sea una contribución a la estabilidad y continuidad democrática, es importante que los nombramientos de sus autoridades venzan en forma escalonada y nunca con la renovación presidencial de la Nación. Así se ha comenzado con el Banco Central de la República Argentina y es de esperar que

* SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, "Distinción entre personas públicas y privadas," en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, t. XXI, p. 17 y ss.; ORTIZ, EDUARDO, *La autonomía administrativa costarricense*, San José, 1967; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Naturaleza e regime jurídico das autarquias*, San Pablo, 1967; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, 1967; SPILIOPOULOS, EPAMINONDAS P., *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, París, L.G.D.J., 1959; DEMICHEL, ANDRÉ, *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés*, París, 1960; OTTAVIANO, VITTORIO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padua, 1959; MESCHINI, PIETRO, *Sulla natura giurídica degli enti pubblici economici*, Milán, 1958; CONNOIS, RENÉ, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, París, 1959.

¹ Y de la sociedad, por supuesto.

se afirme como tendencia.² Casos análogos, aunque sin personalidad jurídica propia, son las nuevas autoridades administrativas independientes cuya dirección se confía al principal partido opositor, como es el caso de la Auditoría General de la Nación; también es el caso de la Comisión Bicameral creada por el art. 20 de la ley 25.561.

A partir de la Constitución de 1994, en efecto, se enfatizan diversos tipos de autoridades administrativas independientes, algunas descentralizadas y otras desconcentradas³ y las asociaciones y demás personas jurídicas, a veces públicas no estatales pero también privadas, con legitimación para actuar en defensa de derechos de incidencia colectiva. Estas últimas no integran desde luego el cuadro de la descentralización, como tampoco las personas jurídicas privadas en general. Las incluimos en la comparación solamente para tener un cuadro que enfatice lo que interesa más al derecho público.

2. Caracteres de los entes estatales descentralizados¹

Todos los entes estatales descentralizados (entes autárquicos, empresas del Estado, etc.) tienen algunas características básicas comunes. Ellas son:

Tienen personalidad jurídica propia, esto es, pueden actuar por sí mismos, en nombre propio, estando en juicio como actores o demandados, celebrando contratos en su nombre, etc.

Cuentan o han contado con una asignación legal de recursos, o sea, que tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos regularmente del presupuesto general, o por fin, los han recibido en el momento de su creación aunque después se manejen exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad.²

Su patrimonio es estatal, o dicho de otra manera, estas entidades son de “propiedad” del Estado, en el sentido de que el Estado central puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee, disponiendo de ellos como propios. Si bien, pues, el ente aparece formalmente

^{1,2} El próximo paso posiblemente sea la AFIP, Administración Federal de Ingresos Públicos. Muy lentamente, estamos avanzando en esa tendencia.

^{1,3} En el sentido de carecer de personalidad jurídica propia, aunque gozando de total independencia frente al Poder Ejecutivo, como el Defensor del Pueblo de la Nación.

^{2,1} Para la discusión entre autonomía y autarquía nos remitimos al § 9, “Distintos tipos de personas jurídicas estatales, públicas y privadas.”

^{2,2} No creemos que corresponda decir que además de tener personalidad jurídica propia deban tener “patrimonio” (VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 183; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 375), pues el tener personalidad jurídica (o sea, el ser sujeto de derecho) supone necesariamente contar con un patrimonio, ya que patrimonio no es sino un conjunto de derechos y deberes, que sigue siendo tal incluso aunque su titular tenga un pasivo. Por ello, al afirmar que el ente debe tener personalidad jurídica, ya está incluido el que también tendrá un patrimonio, en sentido jurídico.

como el “propietario” de sus propios bienes, en rigor de verdad, por la razón preindicada, resulta serlo el Estado general.³ Esta es, al mismo tiempo, la nota distintiva entre las entidades estatales y no estatales; en las últimas, como es obvio, el Estado no puede disponer de los fondos como le plazca en caso de disolución, sino que ellos deben reintegrarse a sus respectivos propietarios.⁴

De todas maneras, si bien el Estado dispone del patrimonio de estos entes, ha declinado su responsabilidad patrimonial indirecta por el comportamiento de ellos, que la doctrina había fundado en el art. 1113 del Código Civil.⁵ En efecto, el art. 21 de la ley de presupuesto 24.624 del año 1995 dispuso que “en todo [...] ente u organización empresaria o societaria donde el Estado Nacional o sus entes de cualquier naturaleza tengan participación total o parcial [...] la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales.”⁶ Se cuestiona la constitucionalidad de esta ley⁷ al eliminar la responsabilidad al menos subsidiaria que antes se admitía del Estado nacional, pero parece difícil —en los tiempos actuales— que la jurisprudencia acoja ese planteo, por las razones de índole general que explicamos con mayor detalle en otro lugar.⁸ De todas maneras, si es el propio Estado nacional quien extingue un ente descentralizado, es obvio que si crea otro en su lugar debe, sea transferirle todos los derechos y obligaciones del primero, sea asumir él mismo su pasivo.⁹

Tienen facultad de administrarse a sí mismos. Es una consecuencia lógica de las características anteriores y constituye uno de los datos administrativos

^{2.3} En sentido similar CSJN, *Provincia de La Pampa c/ Consejo Nacional de Educación*, año 1962, Fallos, 252: 375/80; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 443-4.

^{2.4} Sobre si éste es o no el criterio que debe utilizarse para distinguir las entidades estatales de las no estatales, no hay acuerdo en doctrina. Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran,” *LL*, 143: 1172, quien ha mantenido inmodificada su postura en *Derecho administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2002, 7ª ed., título segundo, cap. I, “Órganos y sujetos estatales,” § 9, punto B, p. 266.

^{2.5} Lo sostuvimos, como responsabilidad indirecta del Estado, en nuestra tesis *La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la administración pública*, 1958 (inédita). Ver COMADIRA, JULIO R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, cap. XII, p. 379 y ss., 392; TAWIL, GUIDO, *Recurso ordinario de la apelación ante la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, 1990, p. 92 y ss.; BIANCHI, ALBERTO A., *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 31.

^{2.6} Incorporado como art. 68 de la ley complementaria permanente de presupuesto, 11.672.

^{2.7} CNFed. CA, Sala I, *Osses*, *LL*, 1997-B, 363, año 1996, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “La coherencia del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad en la construcción de la seguridad jurídica. En un caso de determinación del «sueldo» a los efectos de la liquidación del haber jubilatorio,” *LL*, 1997-C, 1280; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Las leyes del presupuesto del Estado y la modificación del orden jurídico en un auspicioso fallo,” *LL*, 1997-B, 361. A su vez, el art. 19 de la misma ley declara la inembargabilidad de los medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público, lo que ha sido interpretado restrictivamente. Ver también el art. 16 de la ley 24.624 y el art. 25 de la ley 24.764.

^{2.8} *Infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. XX, § 2.3.

^{2.9} Así se ha hecho siempre. Uno de los ejemplos más recientes es SNMP (*infra*, § 10.2.2, p. XIV-15).

típicos de la descentralización. Es la asignación de competencia específica para resolver todos los problemas que plantee la actuación del ente, sin tener que recurrir a la administración central más que en los casos expresamente previstos por sus estatutos.¹⁰ Con todo, hay una permanente oscilación entre la tendencia legislativa a liberarlas de los controles de la administración central y la persistente inclinación del Poder Ejecutivo a someterlas a sus eufemísticamente llamados “controles de legalidad.”

Son creados por el Estado. En las últimas décadas entró en discusión si el medio idóneo para su creación era una ley formal del Congreso de la Nación o podía serlo un Decreto del Poder Ejecutivo.¹¹ De acuerdo con la anterior ley de contabilidad, la regla era que debían ser creados por ley¹² excepto las empresas del Estado que por autorización legal expresa podían ser creadas por Decreto.¹³ El Congreso de la Nación ha vuelto a ratificar por ley 25.152 el recto principio constitucional y directamente prohíbe al Poder Ejecutivo la creación de entes descentralizados.¹⁴ Ello es correcto aun más con la nueva Constitución, que al procurar limitar las facultades reglamentarias de la administración, debe ser interpretada en consonancia a los principios de un Estado de Derecho democrático y liberal y no a un sistema de tinte cesarista. Incluso la delegación legislativa al Poder Ejecutivo puede darse en materias de administración por tiempo limitado (art. 76)¹⁵ y además los entes del art. 42 requieren ley expresa, por lo que pensamos que la solución constitucional es, una vez más, la adoptada por el legislador.

^{2.10} Esta característica está comprendida en la primera, pues no se concebiría el otorgamiento de personalidad jurídica a una entidad sin una cierta capacidad de autoadministración; lo incluimos acá para destacarlo más, pues al fin de cuenta es esta capacidad de administrarse a sí misma la característica y la finalidad primordial de la descentralización. Usamos aquí los términos capacidad y competencia en sentido lato. Para su alcance más estricto ver *supra*, cap. XII, § 6 a 8.

^{2.11} Peor aun, se ha sostenido que el Congreso *no podría* crear entes autárquicos salvo mención constitucional expresa, olvidando así la categórica facultad residual del art. 75 inc. 32 de la Constitución nacional. El autor de la segunda opinión fue MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 383 y ss.; seguido por BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 760; CASSAGNE, *op. loc. cit.* En la primera opinión puede recordarse a BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 247; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 185, aunque en su prólogo a la obra de MARIENHOFF adhiere a su opinión; LUQUI, JUAN CARLOS, “División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina,” *LL*, 107: 1035, nota 8; es también el criterio que expusimos en todo momento.

^{2.12} El art. 136, segunda parte, de la ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56), expresaba: “El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional.”

^{2.13} En efecto, la ley 13.653, modificada por la 14.380 y la 15.023, dispone: “El Poder Ejecutivo queda facultado para constituir empresas del Estado con los servicios actualmente a su cargo y que, por su naturaleza, están comprendidos dentro de la presente ley.”

^{2.14} Ley 25.152 art. 5º inc. a): “Toda creación de organismo descentralizado y empresa pública financiera y no financiera, requerirá el dictado de la ley respectiva.”

^{2.15} Es el caso de la ley 25.561, art. 1º. Ver también *infra*, t. 2, *op. cit.* cap. VII, “La regulación económica y social.”

Están sometidas al control estatal. No ha de confundirse con control administrativo por el Poder Ejecutivo, que tiende a reducirse.¹⁶ El ámbito y la extensión del control es variable pero pueden señalarse algunos trazos comunes: control del presupuesto (autorización legislativa) y de la inversión, a través de los organismos específicos (Auditoría General de la Nación, SIGEN); designación del presidente y parte del directorio (en los entes del art. 42 hay representantes privados y provinciales).¹⁷ Excepcionalmente, en casos muy graves, se admite la facultad de intervención, excepto en el caso de los entes reguladores y otros semejantes en cuanto a su independencia (p. ej., BCRA). En sus relaciones con la administración central y otros entes estatales se rigen invariablemente por el derecho público; en sus relaciones con los particulares pueden regirse parcialmente por el derecho privado en el caso de realizar ciertas actividades comerciales o industriales.

Fin. Hay aquí duda respecto a si puede agregarse como característica de las entidades estatales descentralizadas el que éstas persigan *un fin público*, por oposición a *comercial o industrial*. En efecto, históricamente el Estado no se ha limitado a realizar sus clásicas actividades públicas administrativas, sino que también invadió en su momento este otro tipo de tareas, algunas de las cuales no han sido nuevamente privatizadas. En consecuencia, no podemos caracterizar en forma genérica a los entes estatales descentralizados como portadores única y exclusivamente de fines administrativos, sino que debemos admitir la posibilidad de que de hecho efectúen actividades comerciales o industriales.

A nuestro juicio no debemos agregar ninguna característica específica en cuanto al fin que persiguen las entidades estatales descentralizadas, pues éstos pueden ser variados de acuerdo a la época y a las circunstancias. Ni siquiera si llegase a desaparecer del todo la actividad comercial o industrial del Estado,¹⁸ podría retomarse el antiguo criterio de explicar que estas entidades persiguen un fin público, aunque es dudoso que requiera expresa categorización: en tal caso toda la actividad del Estado, por definición, tendrá un fin público. No sería una característica propia de ninguna institución o actividad del Estado que la diferencie de otras de él mismo.¹⁹

^{2.16} Ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. XI, "Recurso de alzada."

^{2.17} Ver p. ej. BIELSA, *op. cit.*, t. I, p. 271; nuestro Proyecto de 1964, art. 75 a 83; ley 3.909 de la provincia de Mendoza, art. 23 a 27; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 50.

^{2.18} Algo, al parecer, relativamente improbable.

^{2.19} Comp. BIELSA, *op. cit.*, p. 246; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 183; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 376, quienes incluyen el elemento "fin público" como característico de la autarquía. En general, estimamos que el elemento "fin público" o similares, en una noción jurídica, no hace sino otorgarle imprecisión e introducir dudas acerca de su exacto alcance, por lo que también lo hemos suprimido en otros conceptos. Sobre esto ver, respectivamente, nuestro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 39 y ss.; "Obra pública y contrato de obra pública," en la revista *Rassegna dei Lavori Pubblici*, 5: 2 (Roma, 1960), reproducido en AA.VV., *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1982, cap III.

3. *Entes públicos no estatales*

Si bien es frecuente en el lenguaje común (incluso en muchos autores contemporáneos) hablar indistintamente de “entes públicos” y “entes estatales” como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. Expresa SAYAGUÉS LASO: “La doctrina clásica sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podía ser pública. En definitiva: público y estatal venían a ser la misma cosa.”

“El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público,”¹ “personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público. El ejemplo más típico de esa clase de instituciones lo constituyen los Colegios de Abogados y otras órdenes profesionales, cuando han sido creados y organizados por ley.”²

4. *No hay entes estatales privados*

Tenemos así entonces que las personas o entes públicos (esto es, regidos total o parcialmente por el derecho público) pueden o no ser estatales (y en esto nos apartamos, pues, de la doctrina tradicional, siguiendo a SAYAGUÉS LASO).

Sin embargo, creemos que no puede darse la hipótesis inversa. En otras palabras, por vía de principio, al menos, no parece que pueda admitirse que las personas estatales puedan ser indistintamente personas de derecho público o de derecho privado. Ello es así en el derecho argentino, aunque existen opiniones contrapuestas en el derecho comparado.¹

Se opone a ello la doctrina moderna en materia de personalidad y doble personalidad del Estado, la cual señala que “el Estado es siempre persona pública y ente de derecho público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La administración es siempre persona de derecho público, que realiza operaciones públicas, con fi-

^{3.1} SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., p. 175.

^{3.2} *Op. cit.*, p. 174.

^{4.1} Opiniones extranjerías que recuerda p. ej. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, 7ª ed., op. cit., pp. 267-70.

nes públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos.”²

Esta doctrina de la personalidad única del Estado, admitida hoy sin discusión en el derecho público moderno con referencia al Estado central, es a nuestro juicio enteramente aplicable a todas sus entidades descentralizadas: éstas, por el solo hecho de formar parte del Estado, adquieren un indudable carácter público, a pesar de que puedan estar en alguna medida regidas por el derecho privado: ello es así porque todo lo que hace a la creación y supresión, competencia, formación de la voluntad, etc., estará siempre regido por el derecho público y sólo podrá quedar para el derecho privado lo referente al contenido de sus actos o contratos.³

Concluimos entonces en que todas las entidades estatales son siempre públicas, aunque puedan en ciertos casos según veremos, estar parcialmente regidas por el derecho privado. En este sentido se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación, refiriéndose a entidades autárquicas y empresas del Estado: “no debe interpretarse [...] que al actuar en la esfera del derecho privado las entidades autárquicas pierdan, por ello, su personalidad jurídica de derecho público, que es la única sin desdoblamiento que poseen y que no les impide en absoluto adquirir derechos y contraer obligaciones que estarán regidos, según corresponda, por el derecho público o por el derecho privado.”⁴ Creemos por ello discutible la categoría de entes estatales privados.⁵

^{4.2} PENA, VARELA Y OTROS, en el informe de la Comisión que proyectó un Código Contencioso administrativo para el Uruguay, citado en SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 161, nota. La doctrina tradicional hablaba de una “doble personalidad del Estado” (BIELSA, *op. cit.*, p. 215 y ss.), pero la mayoría de la doctrina posterior niega esta doble personalidad del Estado y se pronuncia por la personalidad única; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, pp. 161-3; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 69; BULLRICH, RODOLFO, *Principios generales del derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1942, p. 127; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 362; ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 131; CANASI, JOSÉ, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1972, p. 20; DROMI, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 57 y ss.

^{4.3} En lo referente a cómo se plantea esta cuestión en materia de actos de entes estatales, ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. II, § 10 y ss.

^{4.4} *Dictámenes...*; 84: 133: “La expresión «como persona de derecho privado» [...] no es aceptable, pues ello implica que la entidad en cuestión también podría actuar «como persona de derecho público», lo que, en definitiva, equivaldría a aceptar la doble personalidad del Estado: como persona de derecho público y como persona de derecho privado. Esta posición, si bien antaño —por razones más bien utilitarias— fue auspiciada por un sector de tratadistas, hoy está abandonada por la doctrina predominante, la cual sólo le reconoce al Estado —y entidades autárquicas— una personalidad *única* que bien puede desenvolverse en el campo del derecho público o en el campo del derecho privado, según las circunstancias.”

^{4.5} Nos apartamos así de SAYAGUÉS LASO, “Distinción entre personas públicas y privadas,” *op. cit.*, p. 17 y ss.; comp. MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 433, quien refiriéndose a las empresas del Estado les reconoce carácter de públicas, pero no de estatales, a la par que SAYAGUÉS LASO les reconocería aparentemente el carácter de estatales, pero no el de públicas. El caso más cercano a la hipótesis de un ente estatal regido por el derecho privado lo encontramos en materia de sociedades del Estado: ver *infra*, § 10.2.2, o algunas fundaciones universitarias; § 11.2.2.

Las afirmaciones que estamos realizando no son de carácter dogmático, ni tienen pretensiones de permanencia: por el contrario, intentan recoger la experiencia del derecho administrativo argentino, que en el conjunto se muestra reacio a admitir el funcionamiento de personas estatales bajo un régimen jurídico privado. Así se advierte con las empresas del Estado, que en su creación bajo la ley 13.653 se regían en buena medida por el derecho privado, pero a las que luego por la ley 15.023 se les declaró de aplicación supletoria las leyes de obras públicas y de contabilidad.

De igual modo, las sociedades anónimas del Estado con participación estatal mayoritaria, regladas por el decreto-ley 19.550/72, se ubicaron *prima facie* en el Código de Comercio, pero luego les fueron aplicadas diversas normas especiales de derecho público (obligación de abrir sus cuentas corrientes en instituciones bancarias oficiales, etc.). Un caso más duradero en la legislación fue el de las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705, que les declaró inaplicable la legislación administrativa. Algunas de estas sociedades, con todo, no pudieron resistir la tentación de autoregularse y auto someterse al derecho administrativo, con lo cual a veces terminaron actuando en el campo del derecho administrativo por voluntad propia.⁶ De tal modo, si bien en un determinado momento histórico podemos encontrar personas estatales bajo un régimen privado, ello es contingente: la tendencia ha sido a volver a incluirlas o incluirse dentro del derecho público, con el correr del tiempo y la modificación legislativa o reglamentaria posterior. Tanto va el cántaro a la fuente que finalmente se optó por la lisa y llana privatización.

5. Criterio para determinar si un ente es público o privado

Según vimos, toda vez que establezcamos que un determinado ente es estatal, la solución es fácil: necesariamente es también un ente público; sin embargo, el problema se plantea en el caso inverso: ¿cómo se determina si un ente no estatal es público o privado?

Al respecto son aplicables los mismos criterios usados por la doctrina, con la aclaración de que ninguno de ellos es decisivo de por sí, sino que constituyen rasgos que, tomados en conjunto, darán una pauta acerca del carácter público o privado de la entidad.¹

Cuando el ente es creado por una ley, es casi seguro que se trata de un ente público; sólo excepcionalmente pueden encontrarse en el derecho comparado casos en que un ente creado por una ley constituye, a pesar de ello, una entidad

^{4,6} El mecanismo jurídico de esta transformación lo explicamos, en el caso de sus contratos, en el cap. XI de este vol. Las razones profundas se exponen en parte en el cap. VII al tratar del crecimiento e hipertrofia reglamentaria de la administración. Otros desarrollos pueden verse en nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982.

^{5,1} SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*; SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago, 1961, t. II, p. 150 y ss.; RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, París, 1970, pp. 424-5. Como señala este último autor: "Ningún criterio ha parecido, por sí solo, absolutamente determinante [...] Pero la convergencia, en el estatuto de un establecimiento, de varios de estos elementos —de los cuales ninguno, aislado, es un criterio certero— permite determinar su pertenencia a la categoría de establecimientos públicos o a la de establecimientos de utilidad pública. Es este método fundado sobre el examen global del estatuto, el que utiliza la jurisprudencia" (*op. loc. cit.*).

privada. Podemos así formular la regla de que todo ente creado por ley es de naturaleza pública; lo mismo si la ley asigna a una entidad carácter público en forma expresa: es lo que ocurre con el art. 33 del Código Civil, que establece que tienen carácter público el Estado, las provincias, los municipios y las entidades autárquicas. La falta de inclusión de personas públicas en esa enumeración no tiene trascendencia jurídica, por tratarse de una mera enunciación no taxativa efectuada en un código de derecho privado, ajeno por razón de la materia al objeto propio del derecho público: será el derecho público, en consecuencia, el que determinará en definitiva cuáles son las entidades que integran o se incorporan a su régimen normativo.

Un elemento de juicio importante, aunque no decisivo, es asimismo el fin que persigue la entidad, según se trate de un fin de utilidad general o no. También es muy importante y frecuentemente decisivo, el que la entidad tenga potestades públicas no usuales dentro de las personas privadas; si bien la ausencia de potestades públicas no puede ser suficiente para decir que una entidad determinada es privada, la presencia de tales potestades (p. ej., de imponer tributos, tasas, etc., a los administrados; de expropiar, de asociar compulsivamente a los miembros de la profesión de que se trate y ejercer poder disciplinario sobre ellos; la existencia de recursos "contencioso-administrativos," lo que presupone que la entidad dicta actos en cierta manera públicos, etc.) es un índice casi seguro de que la entidad es pública.

Otro dato a tenerse en cuenta, aunque de por sí no sea determinante totalmente del carácter de la entidad, es el grado de control del Estado sobre ella. Cuando el control es muy intenso (particularmente, si es el Estado central quien designa a los funcionarios directivos de la entidad; en menor grado, si tiene facultades de autorización o aprobación para determinados actos fundamentales a la entidad; en menor grado aun, si tiene facultades de intervención, veto, revisión en recurso de alzada de sus actos, control contable, etc.) puede afirmarse por lo general que se trata de una entidad pública. En realidad, esto último es poco menos que tautológico, porque tal control es de naturaleza indiscutiblemente pública y por lo tanto, si hay mucho control, entonces hay iguales partes de la actividad del ente que están sometidas al derecho público, con lo que se llega necesariamente a la conclusión de que la entidad ha de ser indudablemente pública por dicha intromisión del derecho público.²

6. Criterio para determinar si un ente es estatal o no

Con esta caracterización no estamos pretendiendo encontrar la naturaleza o esencia de la actividad estatal, pues ya explicamos que la concepción metodo-

^{5.2} Para estos y otros criterios, ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 24; SILVA CIMMA, *op. loc. cit.*; RIVERO, *op. loc. cit.*; CONNOIS, RENÉ, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, París, 1959, p. 34 y ss.; DRAGO, ROLAND, *Les crises de la notion d'établissement public*, París, 1950.

lógica de intentar determinar lo que algo “realmente es,” o su naturaleza o esencia, se encuentra superada.¹ Simplemente estipulamos² el significado con el cual utilizaremos la palabra “estatal;” el fundamento de la estipulación que proponemos reside en que a nuestro juicio la participación de titulares privados de capital, dentro de una entidad en la cual también es titular el Estado, no permite normalmente a éste otorgarle a ella un régimen demasiado especial de privilegios y prerrogativas; en cambio, cuando el Estado es el único titular del capital de una entidad, el tratamiento de ésta por el orden jurídico y administrativo es netamente diferenciado a los efectos de su régimen económico, presupuestario, impositivo, aduanero, cambiario, bancario, crediticio, etc. También podría, quizás, atenderse a dichas y otras normas del régimen jurídico-económico de la entidad para estipular si ella debe considerarse estatal o no; pero pensamos que en tal caso desaparecería la distinción entre público y estatal, como conceptos diferenciados y además estaría destacando las consecuencias de distinguir y no los fundamentos por los cuales la distinción se origina en el orden positivo. Hay otra consecuencia adicional que se produce en el régimen de las entidades estatales, que no es común a todas las entidades públicas y ella es el destino que puede darse a sus fondos: siendo el Estado el único titular de capital, él puede disponer libremente la utilización de su capital en caso de extinción, o incluso quitarle todo o parte del capital sin extinguirla; si el Estado no es el único titular del capital de la entidad, no tiene lógicamente tal facultad, en cuanto puede disponer a título de propietario solamente en aquella parte del capital que le corresponde como tal entidad. Estimamos que este conjunto de razones justifica suficientemente el estipular que denominaremos entidad estatal a aquélla cuyo patrimonio pertenece exclusivamente al Estado.³

Algunos autores aplican esos mismos criterios para determinar si un ente es estatal o no; otros, si bien no los aplican estrictamente, los toman en cuenta como dato general. Por nuestra parte creemos que tales criterios son totalmente inaplicables y que la distinción sólo puede basarse racionalmente en un único y exclusivo carácter: si el capital de la entidad pertenece sólo parcialmente al Estado y en otras partes a personas privadas, entonces no puede darse al ente el carácter de estatal: será pues una sociedad de economía mixta, o una sociedad anónima de capitales mixtos, etc.

7. *La prevalencia del derecho público sobre el privado*

De lo antedicho se desprende, en conjunto, una neta prevalencia del derecho público sobre el derecho privado: mientras que un ente *estatal* sigue siendo

^{6.1} Ver *supra*, cap. I, primera parte.

^{6.2} En el sentido indicado *supra*, cap. I, primera parte.

^{6.3} O en que, por excepción, hay sólo una participación nominal o aparente de capital privado.

público a pesar de estar parcialmente regido por el derecho privado, un ente *no estatal*, que en principio pudiera ser considerado *privado*, debe ser considerado un ente *público* cuando está regido por el derecho público en una medida importante. Hay en esto, tal vez, una cierta inconsecuencia ya que también pudiera haberse dicho, en un plano estrictamente lógico, que el ente no estatal debiera seguir siendo privado a pesar de que se le aplicara parcialmente el derecho público; pero esa aparente inconsecuencia, que no es tal, es producto de la creciente invasión del derecho público sobre el privado, que ha determinado su prevalencia en casos de conflicto. Es cierto que se ha producido una reacción contra esta tradición, p. ej. en Italia sometiendo los empleados públicos al régimen laboral común.¹ Pero esa reacción toma principalmente el camino de la transferencia al sector privado de actividades antes desarrolladas por el Estado, o de una desregulación de actividades antes más regimentadas por el Estado. En lo que sigue siendo actividad administrativa, en cambio, es aun predominante la aplicación del derecho público.

8. *Autonomía y autarquía*

Tradicionalmente se distinguen dos conceptos escalonados: “autarquía” y “autonomía:” a) “Autarquía” significa exclusivamente que un ente determinado tiene capacidad para *administrarse a sí mismo*; b) la “autonomía” agregaría a la característica anterior la capacidad para *dictarse sus propias normas*, dentro del marco normativo general dado por un ente superior.¹

En realidad no existe sino una diferencia de grados, pero en nuestro país siempre se le ha querido agregar una dosis cualitativa. Es así como la antigua proposición de la autonomía académica de las universidades y una cierta autonomía municipal tienen recepción constitucional en 1994.² Salvo estas diferencias cualitativas que hacen a la extensión del control estatal, no hay diferencias intrínsecas.

Adviértase que cuando se dice que la *autonomía* implica la posibilidad de *darse sus propias normas dentro de un marco normativo superior*, tal definición abarca no sólo a las provincias sino también a los entes autárquicos, pues éstos, dentro del marco de sus estatutos, *también se dictan sus propias nor-*

^{7.1} Ver *supra*, cap. XIII, § 4.

^{8.1} Así BIELSA, *op. cit.*, p. 249 y ss.; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 371, etc. En realidad, hay muy variados criterios para intentar una distinción entre “autonomía” y “autarquía,” pero todos ellos son sumamente imprecisos, como se advierte en la crítica que les hace VIRGA, PIETRO, *La regione*, Milán, 1949, p. 3 y ss. Ver también CREO BAY, HORACIO, “Los conceptos de autonomía y autarquía,” en el libro colectivo *El derecho administrativo, hoy*, Buenos Aires, 1996, p. 159 y ss. y las referencias de las notas siguientes.

^{8.2} Ha “triunfado” la tesis de la “autonomía” municipal: CSJN, *Rivademar*, 312: 326, 1989; BIANCHI, “La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades,” *LL*, 1989-C, 47; “El enigma jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *RAP*, 222: 5 (Buenos Aires, 1997); en contra, MARIENHOFF, “La supuesta autonomía municipal [...],” *LL*, 1990-B, 1012.

mas. Dicho de otra manera, la autarquía no puede concebirse como mera capacidad de administrarse a sí mismo, sin poder dictarse norma alguna, sino que comprende siempre, necesariamente, el dictado de normas para reglar el propio funcionamiento (dentro, por supuesto, de lo establecido por las leyes y reglamentos que le hayan sido dados por el Estado a través de sus órganos).

Se sigue de ello que no hay una diferencia esencial entre las llamadas “autarquía” y “autonomía,” sino que existiría a lo sumo una diferencia de grado, de matices,³ que torna en consecuencia ociosa toda discusión acerca de la naturaleza “autárquica” o “autónoma” de un ente determinado. Muchos autores suprimen por ello la denominación de “ente autárquico” y hablan directamente de “ente autónomo”⁴ o viceversa. La propia Constitución califica de ambos modos a las universidades, lo que puede entenderse, en cuanto autonomía, como ausencia de regulación o control de su actividad *académica* por el Poder Ejecutivo nacional (Ministerio de Educación),⁵ salvo el que en iguales circunstancias ejerce sobre las universidades privadas. En lo no académico, es análoga a otras entidades llamadas autárquicas.⁶ En todo caso la doble calificación constitucional de las universidades nacionales como autónomas y autárquicas demuestra que La Constitución no está contemplando distintos tipos de entidades, sino distintos campos de actuación de un mismo tipo de ente.

9. *Distintos tipos de personas jurídicas estatales, públicas y privadas*

Hechas las aclaraciones precedentes —a modo de advertencia general que no agota el tema— podemos entrar ahora a efectuar una enumeración general de los distintos tipos de personas estatales, públicas no estatales y privadas existentes o posibles. Es de advertir, con todo, que no todas las formas de descentralización aquí mencionadas se presentan en todos los países, ni se presentan siempre con los mismos caracteres o denominaciones; hay, pues, un margen de variación que hace necesaria una adecuación concreta a las legislaciones pertinentes. No obstante, en líneas generales el panorama es el siguiente:

^{8.3} Ya que si bien las provincias, p. ej., dictan más normas propias que los demás entes descentralizados, están, no obstante, igualmente constreñidas por un marco normativo superior, que es el conjunto de los tratados internacionales, la Constitución Nacional y las demás leyes nacionales. De tal modo, tanto la “autonomía” provincial, municipal y universitaria como la “autarquía” de otras entidades *participarían de la característica común de dictarse sus propias normas, pero bajo un orden jurídico superior*. La distinción sólo podría basarse en la mayor o menor cantidad de normas que el ente puede dictarse, lo que le quita justificación práctica, salvo como orientación muy general.

^{8.4} Así SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 252, quien, al igual que gran parte de la doctrina extranjera, prefiere usar solamente el término “ente autónomo.”

^{8.5} Ampliar *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. XI, § 3.5, “La evolución en materia de Universidades nacionales.”

^{8.6} CSJN, *Minist. de Cultura y Educación c/Universidad Nacional de Luján, LL*, 1999-E, 389; CNFed. CA, Sala IV, *Universidad de Buenos Aires c. Jefe de Gabinete de Ministros, LL*, 2001-A, 270.

10. *Entidades públicas estatales*

Ubicamos aquí a las entidades que son íntegramente estatales y por lo tanto, según lo hemos expuesto, necesariamente públicas. Dentro de éstas es necesario distinguir dos grandes grupos: aquellas que realizan una actividad administrativa típica, que persiguen un “fin público,” en la terminología usual, y aquellas que realizan una actividad comercial o industrial.

10.1. *Administrativas*

Las primeras pueden a su vez dividirse en tres subgrupos:

10.1.1. *Entidades estatales administrativas con competencia general:* son los llamados entes autárquicos “territoriales,” o sea, las comunas o municipios, las regiones, distritos urbanos, condados, etc., según el sistema imperante. También se incluyen acá la Nación misma y las provincias.

10.1.2. *Entidades estatales administrativas con competencia especial.* Se trata de los llamados entes autárquicos “institucionales,”¹ que prestan un servicio o un conjunto de servicios determinados, careciendo de la competencia genérica que caracteriza a las municipalidades. Ejemplos: Universidades nacionales, INTA, INTI, CONAE,² ARN,³ etc. Las dos especies mencionadas constituyen los llamados “entes autárquicos,” que realizan una actividad de tipo administrativo clásico; además de tener personalidad jurídica propia, pues, persiguen un “fin público” y se rigen íntegramente por el derecho público; todos sus agentes son públicos, etc.

10.1.3. *Autoridades administrativas independientes.* Cabe incluir aquí en primer lugar las previstas en el art. 42 de la Constitución como organismos independientes de contralor de los servicios públicos privatizados bajo condiciones monopólicas, que en buenos principios no están sujetas a la tutela administrativa del Poder Ejecutivo.

Hay otras importantes autoridades administrativas independientes como el Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, el Ministerio Público, como órganos de la Constitución carentes de personalidad jurídica propia aunque tienen, como en el caso del Defensor del Pueblo, legitimación procesal para actuar en sede judicial. Son la manifestación más moderna de la fractura del poder como preservación de la libertad.

^{10.1} Excepcionalmente puede tratarse de una fundación, tal como la “Fundación Argentina en la Ciudad Internacional Universitaria de París, República Francesa,” decretos 1155/82 y 562/00, que pareciera funcionar como ente autárquico. Las fundaciones que crean las Universidades nacionales, tampoco exentas de objeción, parecieran responder a la tipología de personas estatales regidas por el derecho privado. Todavía no está claro si esto terminará siendo adoptado pacíficamente por el orden jurídico.

^{10.2} CONAE, Comisión Nacional de Actividades Espaciales, D. 995/91, ratificado por ley 24.061.

^{10.3} ARN, Autoridad Regulatoria Nuclear, ley 24.804 ex Ente Nacional Regulador Nuclear.

10.1.4. *Corporaciones regionales*: en un país federal debiera ser más frecuente el ente interjurisdiccional para atender problemas específicos de una región.⁴ Sin embargo, hay pocas autoridades asociativas entre diversas jurisdicciones: ETOSS,⁵ CEAMSE,⁶ Mercado Central de la Ciudad de Buenos Aires, YMAD, etc.⁷ El primero es el más conocido, encuadrado en el derecho público, pero hay otros.⁸ Se proponen también autoridades interjurisdiccionales en el área metropolitana, para transporte interurbano, puerto, etc.

10.2. *Comerciales o industriales*⁹

El segundo grupo de entes estatales comprende muchas actividades que el Estado del siglo XX había considerado necesario encarar por sí mismo, bajo un régimen similar al del derecho privado. Con la privatización masiva del sector público de la economía, las categorías legales subsisten pero virtualmente sin referencia empírica de interés. Estos entes raramente se rigen íntegramente por el derecho privado sino por un régimen mixto de derecho público privado. Sus agentes superiores son a veces considerados “funcionarios públicos” (p. ej. en el caso de las empresas del Estado) pero sus obreros y empleados siempre se rigen por el derecho privado. Encontramos dos subgrupos:

10.2.1. *Empresas del Estado*:¹⁰ en nuestro país el nombre de “empresa del Estado” se aplica tan sólo a las regidas por las leyes 13.653, 14.380 y 15.023, que se caracterizan por tener ese doble régimen con un mayor acento en el derecho público que en el derecho privado, tanto es ello así, que se ha podido decir que prácticamente han sido regulados como si fueran entes autárquicos. Con todo, existen varias diferencias entre ambos: el ente autárquico se rige íntegramente por el derecho público, la empresa del Estado no; todos los agen-

^{10.4} Ver nuestro art. “La región argentina a partir de la Constitución de 1994,” cap. X del libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.

^{10.5} Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios.

^{10.6} Cinturón Ecológico del Área Metropolitana Sociedad del Estado.

^{10.7} Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio.

^{10.8} P. ej. la Autoridad interjurisdiccional de las cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro, creada por tratado de la Nación y las provincias de Buenos Aires, Neuquén y Río Negro en 1985; cada parte lo ratificó por ley. A nivel nacional es la ley 23.896.

^{10.9} Sobre esto ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, caps. II y III.

^{10.10} Ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*; MAIRAL, HÉCTOR A., “Las sociedades del Estado o los límites del derecho Administrativo,” *LL*, 1981-A, 790; BREWER CARIAS, ALLAN R., *Régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela*, Caracas, CLAD, 1980; VALENTINI, STELIO, *L'Impresa Pubblica. Lineamenti Giuridici*, Milán, Giuffrè, 1980; BONEO, HORACIO, *Saber ver las empresas públicas*, San José, EDUCA, 1980; WITKER, JORGE, *La empresa pública en México y España. Un estudio comparativo de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1982; CLAD, *Las empresas estatales en América Latina*, Caracas, 1979; VERNON, RAYMOND y AHARONI, YAIR (comp.), *State-Owned Enterprise in the Western Economies*, Londres, Croom Helm, 1991; DE ALMEIDA DUTRA, PEDRO PABLO, *Controle de empresas estatais. Uma proposta de mudança*, San Pablo, Saraiva, 1991; GHAI, YASH (comp.), *Law in the Political Economy of Public Enterprise*, Uppsala, 1977.

tes del ente autárquico son funcionarios o empleados públicos, en la empresa del Estado sólo lo son los funcionarios superiores; lo que queda vigente de la vieja ley de contabilidad se aplica íntegramente a los entes autárquicos, pero sólo supletoriamente de sus propios estatutos a las empresas del Estado.

10.2.2. *Sociedades del Estado*:¹¹ Llamamos así a las sociedades constituidas bajo las formas del derecho privado (usualmente como sociedades anónimas), pero cuyas acciones están totalmente en poder del Estado. Están en su mayor parte sometidas al derecho privado, pero siempre resta algún margen de aplicación del derecho público.¹² A veces la sociedad del Estado ha sido concesionaria de un servicio público, como Subterráneos de Buenos Aires, caso en el cual el derecho público reaparece a través de su objeto social; otro caso de actividad monopolizada por el Estado bajo esta figura jurídica es Sociedad del Estado Casa de Moneda. Se encuentran regidas por la ley 20.705. Si bien en su mayor parte han sido privatizadas, ocasionalmente se crea alguna nueva, como EDUC.AR Sociedad del Estado, creada en el año 2000 y SNMP, Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado, creada en el 2001.

La principal diferencia entre las empresas del Estado y las sociedades del Estado es que las segundas adoptan una forma similar a la de las empresas privadas, mientras que las primeras tienen una forma típicamente estatal. A consecuencia de ello, el control del Estado sobre una sociedad del Estado se realiza *internamente* en la sociedad desde *adentro* de ella, a través de la asamblea de accionistas que estará integrada por los funcionarios de la administración central que concurrirán al efecto muñidos de la documentación que acredita la titularidad del paquete accionario. El nombramiento de los directores de la sociedad lo hará así la propia “asamblea de accionistas” de la sociedad, desde adentro, en un acto de derecho privado. En cambio, en la empresa del Estado el control del Estado sobre ella se realiza *externamente*, desde *afuera* de la empresa, a través de actos estatales típicos y habrá así, p. ej., un decreto del Poder Ejecutivo designando quiénes serán los directores de la empresa, etc. Además, en la empresa del Estado los particulares afectados por sus actos podrán recurrir a la administración central contra aquéllos, suscitando otra vez el control externo de la administración central; en cambio, en la sociedad del Estado no cabría tal posibilidad de recurso.

^{10.11} Ampliar en MAIRAL, “Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo,” *op. cit.*; BARRA, RODOLFO C., “Acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado,” *ED*, 67: 601; GONZÁLEZ, FLORENCIA, “Las sociedades del Estado como figura jurídica de la organización de empresas estatales,” *RADA*, 8: 51 (Buenos Aires, Plus Ultra) y sus respectivas referencias. En cualquier caso, después de las privatizaciones de la década del noventa ya no son significativos los casos de sociedades del Estado. Lo único que puede apuntarse es que, como se ve en el texto, en el nuevo milenio se siguen creando nuevas sociedades del Estado.

^{10.12} Ampliar en *Empresas del Estado*, *op. loc. cit.*; ver también GROISMAN, ENRIQUE I., “Acerca del régimen jurídico aplicable a las sociedades anónimas con capital estatal mayoritario,” *LL*, 143: 1204 y ss.

En otro aspecto, la sociedad del Estado *a)* se asemeja a las entidades autárquicas y empresas del Estado en que no participa en ellas capital privado: son íntegramente estatales; *b)* se diferencia de ellas en que adopta la forma externa de la “sociedad anónima.” Hay por lo demás una gradación en la aplicación del derecho público, que es mayor en el ente autárquico, menor en la empresa del Estado y mínimo en la sociedad del Estado.

Comparando la sociedad del Estado con la sociedad de economía mixta del decreto-ley 15.349/46, encontramos: *a)* que en la primera hay solamente capital estatal, *b)* en la segunda capitales estatales y privados.

Por fin, en la confrontación de la sociedad del Estado con la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (decreto-ley 19.550/72, art. 308 y ss.), hallamos: *a)* que ambas tienen forma de sociedad anónima y su capital puede estar representado por acciones, *b)* que la primera puede ser “unipersonal,” es decir, estar constituida por un solo socio (el Estado), mientras que la segunda requiere siempre la concurrencia de al menos dos socios, aunque ambos sean entidades estatales, *c)* que la primera no admite ninguna participación de capital privado, mientras que la segunda puede legalmente admitir la participación minoritaria de capital privado.

La idea rectora del sistema de la sociedad del Estado fue utilizar la forma jurídica del derecho privado para realizar determinadas actividades económicas del Estado. Con ella se buscó eliminar las suspicacias sobre la posible participación de capital privado en las empresas públicas (crítica que, p. ej., se hizo a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria). Pero la tendencia global que se impuso a partir de la década del 80 y en nuestro país desde el 90, arrasó con las formas jurídicas. Las privatizaciones se llevaron a cabo con total independencia de cuál fuera el encuadre jurídico previo de la actividad realizada total o parcialmente por el Estado.

A su vez, comparando ambos tipos de entes con los de tipo administrativo, encontramos que mientras éstos se rigen exclusivamente por el derecho público, los comerciales o industriales lo hacen en alguna medida por el derecho privado.

Son asimilables a las sociedades del Estado las llamadas “sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria” (decreto-ley 19.550/72, arts. 308 a 314), cuando el capital es enteramente estatal.

11. *Entidades públicas no estatales*

Entramos ahora a considerar las entidades no estatales (por lo tanto, entidades en las que participan en mayor o menor medida los particulares pero que por estar sometidas a un régimen especial, de derecho público, son calificadas como “públicas”). En todas ellas existe el problema común de que si bien tienen un cierto régimen de derecho público, él no viene dado por normas generales

sino por las propias de cada ente, lo cual crea frecuente incertidumbre sobre la concreta regla de derecho a aplicar en una situación determinada. Dentro de las personas jurídicas públicas no estatales deben distinguirse las que tienen participación estatal y las que carecen de ella. A su vez, dentro de cada grupo pueden señalarse muchas especies diversas, que veremos a continuación.

11.1. *Con participación estatal*

11.1.1. *Sociedad de economía mixta, con potestades o privilegios públicos¹*

En nuestro país el nombre de “sociedad de economía mixta” puede aplicarse principalmente a aquellas empresas regidas por la ley 12.962, que establece un régimen especial; ello no significa, sin embargo, que no puedan existir otras formas de sociedad mixta no alcanzadas por dicha ley, pero a las que no se aplicará tal denominación sino otra que se verá.

La distinción más importante entre las sociedades mixtas regidas por la ley 12.962 y otras sociedades en que puede encontrarse simple coparticipación accionaria de capitales del Estado y privados, es que en las primeras la participación estatal es estatutaria y permanente, mientras que en las últimas es accidental e informal; en las primeras el acta de constitución o la ley o el decreto de creación determinan imperativamente el modo y/o el porcentaje de la participación del Estado en la sociedad y éste no puede cambiarse sin modificar dicho acto en forma expresa; en las segundas, en cambio, el Estado participa a través de la adquisición de acciones, sin ningún compromiso de seguir integrando en el futuro la sociedad y puede entonces venderlas en cualquier momento sin afectar la sociedad. Además, en la ley 12.962 el Estado tiene ciertas atribuciones especiales como socio, al par que en una simple adquisición de acciones de cualquier sociedad anónima, el Estado sería un socio más.

La sociedad de economía mixta regida por la ley 12.962 puede tanto perseguir fines públicos típicos, como realizar actividades de índole económica, comercial o industrial (art. 2º). En el primer caso la sociedad será una entidad pública no estatal; en el segundo una entidad privada y como tal la incluimos nuevamente en esta enumeración, más adelante.

11.1.2. *Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria*

Estas sociedades requieren, de acuerdo con el decreto-ley 19.550/72, que por lo menos el 51% de las acciones sean de propiedad del Estado, quien además

¹¹¹ Sobre esto ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado, op. cit.*, cap. IV; VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Empresas públicas e sociedades de economía mixta*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1978; RODRÍGUEZ ARIAS, JULIO C., *La sociedad de economía mixta. Su definición jurídico económica*, Rosario, Librería Ciencia, 1940; MARIONÉ, ÉMILE, *Les sociétés d'économie mixte en Belgique*, Bruselas, Bruylant, 1947; TAGAND, ROGER, *Le régime juridique de la société d'économie mixte*, París, LGDJ, 1969.

designa el directorio. Si bien el art. 311 admite que el Estatuto disponga la designación de uno o más directores por la minoría y establece que en caso de que el capital privado alcance el 20 % del capital total los accionistas privados tendrán representación proporcional en el directorio, lo cierto es que la hipótesis no se ha presentado habitualmente cuando era importante la presencia del Estado como sujeto económico. Al producirse la privatización la situación se invierte y aparecen nuevas sociedades anónimas en las que el Estado tiene a veces una porción minoritaria del paquete accionario. En su momento, pues, la práctica argentina fue constituir bajo este régimen sociedades de capital enteramente estatal, con lo cual no estábamos ante una sociedad anónima con participación estatal “mayoritaria,” esto es, un tipo de sociedad mixta, sino ante una sociedad exclusivamente del Estado.

De cualquier manera, de acuerdo con la ley las características salientes serían que la participación es estatutaria (igual que en la ley 12.962), mayoritaria (no necesariamente, en la ley 12.962) y que una sociedad anónima común puede transformarse en una de este régimen si se da la condición de mayoría estatal y una asamblea especialmente convocada al efecto así lo determina, sin oposición expresa de accionista alguno (art. 309), a diferencia de la ley 12.962, en que es necesario modificar el estatuto de la sociedad y de hecho crear una nueva, para transformar una sociedad anónima privada en una sociedad mixta regida por dicha ley.

Por último, cabe recordar, al igual que respecto de las sociedades regidas por la ley 12.962, que las reguladas por el decreto-ley 19.550/72 serán públicas cuando tengan otorgadas por la ley o por el orden jurídico *lato sensu*, potestades o privilegios de derecho público que permitan distinguir su régimen global como perteneciente a dicho ordenamiento. A su vez, si carecieran de tales especiales potestades públicas, lo que en su contexto de origen era improbable, podrían ser consideradas privadas si fueran además realmente de capital mixto. Si eran totalmente de capital estatal, era inevitable, a corto o mediano plazo, que tales potestades le fueran acordadas, según la experiencia lo demostrara, salvo que el proceso se revierta por la privatización. En aquel caso cabía ubicarlas como públicas estatales (*supra*, § 10.2.2).

11.1.3. Asociaciones dirigidas

A veces el orden jurídico crea o autoriza una entidad destinada p. ej. a prestar determinados servicios sociales o asistenciales dentro de un gremio o corporación profesional. En el pasado no ha sido infrecuente, en el primer caso, que existiera participación estatal en el control y dirección del ente, como asimismo determinadas ventajas o privilegios. Son, en la Argentina, las llamadas “obras sociales.” Esta clase de entidades, que no son estatales —pues el capital es en parte de los afiliados o asociados—, pero sí públicas (pues tienen un régi-

men de derecho público), no pueden ser asimiladas a las sociedades de economía mixta. En efecto, aunque existe a veces una coparticipación del Estado con particulares, dicha participación estatal no lo es a los fines de actuar conjuntamente en la prestación de determinada actividad o servicio, sino más bien de control.

En otro aspecto, este tipo de entes, a pesar de estar destinados a “afiliados” —lo que sería muy similar a “asociado” o “miembro”— no están siempre constituidos con criterio asociacional, en cuanto los “afiliados” pueden ser de hecho meramente receptores o beneficiarios de la actividad del ente, sin poder participar plenamente en su dirección y administración. Pero tienen sin embargo derecho a accionar judicialmente en defensa de sus derechos de incidencia colectiva.² Ello ocurre cuando las autoridades de la obra social no son nombradas por los “afiliados,” sino por el Poder Ejecutivo, lo que quita al ente su carácter corporativo. Por ello se las llama también “asociaciones dirigidas,”³ lo que las diferencia de las “corporaciones públicas” que también son creadas compulsivamente por la ley, agremiando imperativamente un determinado sector profesional, pero en las que la dirección del ente está a cargo exclusivamente de los asociados. En la “asociación dirigida,” por el contrario, los miembros son mero objeto de las funciones que realiza el ente y no sujetos que las realicen por su cuenta. Hay entidades que pasan según las épocas de ser asociaciones dirigidas a ser personas privadas sin ingerencia estatal, por lo tanto corporaciones públicas no estatales, o incluso simples personas privadas de interés público, sin fines de lucro.

Además de las obras sociales de la administración, pueden citarse como caso paradigmático de ambivalencia deliberada las cajas de jubilaciones o cajas nacionales de previsión, de las que la jurisprudencia ha dicho que administran fondos “que constituyen un patrimonio común y exclusivo de los beneficiarios,”⁴ lo que las caracteriza como entes no estatales, del tipo de asociación dirigida. No obstante, una imperfecta caracterización legislativa hizo que se los haya llamado “entes autárquicos,” lo que a juicio nuestro es inexacto por las razones señaladas.

^{11.2} CNFed. CA, Sala II (la publicación indica Sala I), *Torello, LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad.”

^{11.3} Esta denominación fue usada sobre todo en Alemania, aunque sin hacer por ello una distinción formal frente a las corporaciones públicas no dirigidas; en tal sentido dice FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 622-3, que “al concepto de corporación pública no se opone el que los miembros, como ocurre en las llamadas asociaciones dirigidas, queden excluidos de la administración y del nombramiento de los órganos.” Sin embargo, por la total supresión de la libertad de asociación que este tipo de entidad implica, creemos necesario destacarlos como fenómenos aparte. Considérese que ya se discute arduamente si es o no constitucional que el Estado obligue a los particulares a asociarse en determinada institución, aunque dejándoles la libre dirección de su asociación y se concluirá en que mucho más grave aun es que también se elimine esta última, por lo que mal pueden considerarse situaciones asimilables.

^{11.4} CSJN, *Fallos*, 244: 548, *López de Reyes*, 1959.

11.1.4. *Entes reguladores no estatales*

Otra figura de persona jurídica pública no estatal, con participación estatal, son ciertos entes reguladores de una determinada actividad cuya dirección se encomienda en forma mayoritaria a los representantes de los sectores no estatales y en general privados a los que la regulación afecta. La presidencia del directorio y una minoría de él son reservados por las normas de creación a representantes del Estado nacional. Puede mencionarse entre estos entes reguladores no estatales el INYM, Instituto Nacional de la Yerba Mate;⁵ EN.A.P.RO., Ente Administrador Puerto Rosario;⁶ Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata,⁷ etc.

11.2. *Sin participación estatal*

11.2.1. *Corporaciones públicas*

Son corporaciones públicas, en general, asociaciones (organizadas en base a la cualidad de miembro o socio de sus integrantes) que han sido compulsivamente creadas por el Estado para cumplir determinados objetivos públicos y sometidas a un régimen de derecho público, particularmente en lo que se refiere al control del Estado y a las atribuciones de la corporación sobre sus asociados.

Hay distintos tipos de corporaciones públicas: *a)* Colegios profesionales: colegios de abogados, colegios médicos, de veterinarios, ingenieros agrónomos, etc., cuando tienen asociación compulsiva determinada por la ley, control de la matrícula, poder disciplinario sobre sus miembros, etc. Su régimen jurídico tiene muchas influencias del derecho público, en particular en lo que hace a su potestad de dictar actos administrativos.⁸ *b)* Sindicatos, cooperativas,⁹ cámaras comerciales o industriales, etc., cuando tienen un régimen de derecho público. Es necesario destacar que, al igual que en lo que se refiere a las órdenes o colegios profesionales, estas entidades pueden existir tanto como asociacio-

^{11.5} Ley 25.564, *B.O.*, 15-III-2002.

^{11.6} Ley provincial 11.011, *B.O.* de la provincia de Santa Fe, 30-VIII-93. Ver *Enapro c. Puerto de Rosario S.A.*, año 2000, Juzg. Civil y Com. N° 1, Rosario, firme, *LL*, 2000-C, 766, con nota de GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., "La extinción concesional con fundamento en la realidad social."

^{11.7} Ley 11.414 de la Provincia de Buenos Aires. Ver GUIRIDLIAN LAROSA, "Deslinde de competencias nacionales, provinciales y municipales en jurisdicción portuaria. (Con especial referencia al Puerto de Mar del Plata y su consorcio portuario regional)," *RAP*, 282: 19-25 (Buenos Aires, 2002).

^{11.8} Ampliar *infra*, t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, cap. I, § 11 y 12.1, "Las corporaciones profesionales." No se admite en cambio, en general, que los contratos que celebren puedan ser calificados como "contratos administrativos."

^{11.9} Las cooperativas, en el país, prestan muchos servicios públicos locales. En tal caso se aproximan al supuesto de los concesionarios y licenciatarios, pero con la fundamental diferencia de que los usuarios son socios o accionistas de la cooperativa y tienen por lo tanto poder de decisión sobre la prestación del servicio. (Ver también nuestro art. "Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos," *LL*, 2002-A, 954.) Pero también hay cooperativas asimilables a las demás asociaciones civiles, p. ej. cuando operan como mutuales.

nes puramente privadas (caso en el cual no corresponderá incluirlas dentro de las corporaciones públicas), con agremiación libre y en general atribuciones comunes de derecho privado, o estar creadas compulsivamente por el Estado, con afiliación obligatoria y ciertas facultades de poder público. Es solamente en este último caso y de acuerdo, pues, con los criterios diferenciales enunciados al referirnos a la distinción entre personas públicas y privadas, que corresponderá eventualmente considerarlas “corporaciones públicas.” Cabe incluir aquí también a SADAIC y otras entidades similares,¹⁰ C.A.M.M.E.S.A.,¹¹ etc.

11.2.2. *Fundaciones e instituciones públicas no estatales*

Son entes similares a los anteriores en cuanto a su carácter público pero no estatal, mas difieren de ellos en que carecen de ese carácter corporativo (gremial, asociacional). Se incluirán aquí la Iglesia, ciertas fundaciones de derecho público, etc.

Un caso intermedio es el de los partidos políticos, que si bien tienen carácter libremente asociativo, pertenecen sin embargo claramente al ámbito del derecho público constitucional y administrativo.

En el caso de las fundaciones, ellas han tenido un importante desarrollo reciente como personas jurídicas estrictamente privadas, tanto en nuestro país¹² como en el exterior.¹³ A ese crecimiento cabe sumar el fenómeno de la fundación de derecho público,¹⁴ o de fundaciones creadas por el Estado como personas estatales privadas.¹⁵ Existe también, desde luego, el caso opuesto de la fundación creada por un particular que mantiene su autonomía aunque con

^{11.10} *Infra*, t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, cap. I, § 11 y 12.

^{11.11} Ver al respecto el desarrollo que hace DONCEL JONES, JUAN CARLOS, “Los organismos descentralizados del Estado que actúan como empresas del derecho privado (con especial referencia a C.A.M.M.E.S.A.),” *LL*, 1997-F, 1070, quien la considera equiparable a una entidad autárquica.

^{11.12} CONTE, JOAQUÍN, *Manual de asociaciones civiles y fundaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1978; COCCA, ALDO ARMANDO, “Las fundaciones en el derecho argentino,” *LL*, 1981-D, 885; GIUNTOLI, MARÍA CRISTINA, *Fundaciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994; CARRANZA, JORGE A., *Las fundaciones en el Derecho Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1977.

^{11.13} Ver TAFUR GALVIS, ÁLVARO, *Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1984; HARIOU, MAURICE, *La teoría de la institución y de la fundación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968; ROSSI, NAPOLEONE, *Le gestione erogatrici private*, Turín, UTET, 1973; FÉNELON, J. L., *Les fondations*, París, Boyer, 1902; CAETANO, MARCELLO, *Das fundações*, Lisboa, Atica, 1962; AA.VV., *Las fundaciones y la sociedad civil*, Madrid, Civitas, 1992; AA.VV., *Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid, Civitas, 1990; AA.VV., *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*, Bilbao, Fundación BBV, 1994.

^{11.14} SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *As fundações de direito privado instituídas pelo poder público no Brasil*, Río de Janeiro, 1970; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Fundações e empresas públicas*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1972; CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, *Fundações de direito público*, Río de Janeiro, Forense, 1976; CUSTODIO, HELITA BARREIRA, *Associações e fundações de utilidade pública*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1979; COELHO, LUIZ FERNANDO, *Fundações públicas*, Río de Janeiro, Forense, 1978.

^{11.15} SENNA, HOMERO Y ZOBARAN MONTEIRO, CLÓVIS, *Fundações no direito na administração*, Río de Janeiro, Fundación Getúlio Vargas, 1970.

fuertes nexos al sector público.¹⁶ También complejo es el caso de las fundaciones universitarias dedicadas a la enseñanza o al apoyo de enseñanza, algunas de las cuales han tenido un crecimiento vertiginoso merced a las falencias percibidas de las instituciones estatales, más el apoyo oficial de la exención impositiva y aportes de distinto género del Estado. Existe una amplia zona gris con las fundaciones vinculadas a la política. Las hay genuinas, pero algunas parecen estar constituidas como un mecanismo paralelo o marginal de “financiamiento” de la política.

12. Entidades privadas

12.1. Con participación estatal

12.1.1. Participación estatutaria: sociedades privadas de economía mixta

De acuerdo con lo ya explicado, estas sociedades, cuando no tienen potestades o privilegios públicos sino una actividad comercial o industrial, son personas privadas; las diferenciamos a su vez de otras formas de coparticipación estatal y privada, en que aquí la participación estatal es permanente, continua y está prevista en los estatutos de la empresa o en la ley de su creación, a diferencia de otras formas accidentales de coparticipación.

12.1.2. Participación no estatutaria: tenencia de acciones de sociedades privadas

Entre las que hemos denominado formas accidentales de coparticipación estatal y privada, está la simple compra de acciones en la Bolsa,¹ de determinada sociedad anónima, por parte del Estado. Esta participación: *a)* es accidental y por ello se sigue distinguiendo de las sociedades mixtas; *b)* es parcial y la empresa se mantiene como entidad no estatal; *c)* su actividad continúa siendo comercial o industrial. Estas participaciones no modifican el régimen jurídico de la empresa. En la Unión Europea son reguladas por la Comunidad, que trata de poner límites a los apoyos o intervenciones en la actividad económica realizadas autónomamente por los Estados parte. El criterio dominante ha sido que los subsidios a la actividad económica es una decisión comunitaria, no nacional.² Quedan todavía conflictos extrazonales, p. ej. cuando EE.UU. recla-

^{11.16} Ampliar en OMIL, ALBA, *Fundación Miguel Lillo*, Tucumán, Fundación Miguel Lillo, 1993.

^{12.1} O su adquisición por otro título traslativo de dominio, p. ej. expropiación; o como contraprestación de créditos otorgados a la empresa, o en pago de deudas previsionales, impositivas, etc.

^{12.2} Esta tendencia europea de transferencia parcial de soberanía al ente supranacional, indica el probable desarrollo futuro de nuestra actual limitada inserción regional en el MERCOSUR. Sobre el estado actual de la cuestión en Europa ver, entre otros, ALONSO GARCÍA, RICARDO, “Aspectos esenciales de la reforma institucional de Niza,” en GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, ENRIQUE (director), *Jornadas sobre derecho administrativo comunitario*, Madrid, Montecorvo, 2001, p. 63 y ss. Ver también nuestros arts. “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 25-VII-02; “G8, UE, FMI, Argentina,” *LL*, agosto de 2002.

ma contra subsidios comunitarios a actividades que en dicho país no son subsidiadas por el Estado (Boeing v. Airbus, clásicamente).

12.2. Sin participación estatal

12.2.1. De interés público

Pueden carecer o no de fin de lucro.

12.2.1.1. Entre las primeras están las cooperativas, fundaciones, mutuales, sindicatos, etc., cuando no tienen ese régimen jurídico de derecho público que permita considerarlos corporaciones públicas, pero reciben mayor control y reglamentación como así también el otorgamiento de beneficios y privilegios que no se reconocen a otras entidades privadas.³

También entran aquí las asociaciones de bien común (ALPI, CERENIL, LALCEC, Cruz Roja, Caritas, etc.), sociedades de fomento, cooperadoras escolares, asociaciones de bomberos voluntarios,⁴ etc.

El caso de mayor interés actual, por su expresa inserción constitucional, lo constituyen en especial las asociaciones o personas jurídicas de usuarios y consumidores (Consumidores Libres, ADELCO, ADECUA, etc.). Estas entidades se encuentran legitimadas para actuar judicialmente en defensa de los derechos de incidencia colectiva a tenor del art. 42 de la Constitución y del art. 52 de la ley de defensa del usuario y consumidor. Igualmente lo están otras figuras jurídicas como las cooperativas,⁵ fundaciones, otras asociaciones,⁶ etc.

12.2.1.2. Entre las segundas encontramos a los bancos privados, entidades financieras y de seguros, las “empresas reglamentadas” que prestan, generalmente por concesión, licencia o permiso del Estado, alguna actividad de interés público (electricidad, transporte), etc.

El régimen jurídico público de las primeras (§ 12.2.1.1) es más proclive a darles privilegios y ventajas o beneficios diversos, precisamente por esa carencia de finalidad lucrativa y su característica de satisfacer un interés público; el régimen jurídico de las segundas (§ 12.2.1.2) tiende a fijarles imposiciones o limitaciones de variada naturaleza, procurando evitar, dada la índole de la actividad que realizan (régimen financiero y bancario, servicios públicos monopolísticos), que puedan llegar a ejercerse en forma ilegalmente perjudicial a los usuarios. Sin duda el caso actual más significativo de este grupo (§ 12.2.1.2),

^{12.3} AA.VV., *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*, op. cit.; OZANAM, CHARLES, *Associations syndicats et fondations*, París, Sirey, 1947.

^{12.4} Las asociaciones de bomberos voluntarios se hallan regidas por la ley 25.054, que las califica como personas jurídicas de bien público y sin fines de lucro, cuya actividad se tipifica como servicio público (art. 4°).

^{12.5} Así lo resolvió la CNFed. CA, Sala I, *in re Consumidores Libres*, 17-VII-97, firme.

^{12.6} Ver CARRIÓ, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Abeledo-Perrot, 2000.

como entidades con fin de lucro, son las empresas concesionarias o licenciatarias de servicios públicos otorgados por el Estado con carácter monopolístico o de exclusividad. Su regla principal es la interpretación restrictiva de su monopolio o privilegio, el principio de estar en la duda a favor del usuario, más la necesaria existencia de una autoridad independiente de control y regulación de ellas.⁷

12.3. *De interés privado*

Son la generalidad de las sociedades anónimas, en comandita por acciones, etc., del derecho civil y comercial. Ellas no interesan, por lo menos en principio, al derecho público.

Todos estos tipos de entidades pueden ubicarse en un cuadro sinóptico⁸ que resuma las clasificaciones hechas, en el que las distintas entidades están ubicadas en un cierto orden descendente: las que están en los primeros lugares se rigen total o casi totalmente por el derecho público; las que siguen presentan ya una aparición más o menos importante del derecho privado y en los casos restantes va aumentando la aplicación del derecho privado a la entidad y disminuyendo correlativamente la del derecho público. En los últimos casos, por fin, es neto el predominio del derecho privado pero se encuentran todavía restos de aplicación del derecho público.

^{12.7} Nos remitimos al cap. XI de este vol. para el contrato concedido con monopolio o exclusividad y al cap. XV en lo que hace a los entes independientes de control que prevé el art. 42 de la Constitución.

^{12.8} Lo hemos hecho en ediciones anteriores.