

**Voces:** SOCIEDAD ANÓNIMA CON PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA - EMPRESAS DEL ESTADO - PERSONAS JURÍDICAS DE CARÁCTER PÚBLICO - ECONOMÍA - ENTES DESCENTRALIZADOS

**Título:** Las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. Hacia el bien común por caminos privados

**Autor:** Romero, Fernando E.

**Fecha:** 19-may-2015

**Cita:** MJ-DOC-7236-AR | MJD7236

**Producto:** MDZ,SOC

**Sumario:** *I. Introducción. II. El Estado empresario. III. Antecedentes históricos y evolución de las SAPEM. La intervención del Estado en la economía. IV. Naturaleza jurídica de las SAPEM. V. Regulación de las SAPEM. VI. Conclusiones.*

---

Por Fernando E. Romero (\*)

## ABSTRACT

El artículo intenta exponer algunas reflexiones acerca del encuadre jurídico y régimen legal de las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM), motivado por la falta de criterio uniforme en la doctrina, los vaivenes jurisprudenciales, y las variadas y complejas formas societarias que ha adoptado la Administración centralizada a nivel nacional y en algunas provincias. Además, resulta oportuna su revisión, teniendo en cuenta el auge que ha experimentado en el último decenio la utilización de figuras societarias por parte del Estado en la participación de la economía del país. Sea que consideremos a las SAPEM como sujetos del derecho público o con una marcada tendencia al derecho privado, lo cierto es que su éxito dependerá de que sus administradores tomen decisiones teniendo en vistas el bien común, pero encaminadas a través de una eficiente gestión. Para ello debe el ordenamiento jurídico brindar un marco certero de regulación, que permita la confianza de los particulares para asociarse, y garantice a sus contratantes la seguridad jurídica propia de la actividad comercial. Para ello debe reevaluarse su regulación y encuadre legal, de tal forma que en esta nueva etapa de «publicación» económica, no se cometan los errores del pasado, y tengamos que lamentar nuevamente empresas tan ineficientes como el Estado, y tan poco solventes como los privados.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo expone el encuadre jurídico y régimen legal de las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (en adelante SAPEM). Dejando aclarado desde el inicio que la

complejidad de su abordaje se debe a la multiplicidad y disparidad de criterios existentes en la doctrina, que van desde la concepción publicista de los administrativistas, hasta las posturas más extremas de quienes, desde el derecho societario, ven en las SAPEM meras subespecies de sociedades anónimas. No obstante ello, y enriqueciendo la temática, es indudable el auge que ha experimentado en el último decenio la utilización de figuras societarias por parte del Estado en la participación de la economía del país. Resulta entonces una oportunidad coyuntural la revisión de esta sociedad para lograr precisión en su régimen legal, de tal forma que pueda el Estado provincial, al momento de decidir si conviene o no encarar una actividad mediante la utilización de una SAPEM, contar con criterios objetivos.

El fin último del Estado es el bien común, y hacia él se encamina su actuación. Sin embargo no resulta óbice lograrlo mediante la utilización de institutos de derecho privado. Más aún cuando los particulares participan de dichos institutos, resultando entonces espacios de cooperación entre la Administración y los administrados. Para ello debe el ordenamiento jurídico ser un sistema previsible, que garantice no solo la transparencia en la gestión de recursos públicos, sino también la seguridad jurídica necesaria para aquellos particulares que pretenden asociarse al Estado empresario. De esta forma puede aspirarse a constituir entes estatales que desarrollen eficaces actividades comerciales, industriales o de prestación de servicios en el mercado moderno, generando relaciones duraderas con particulares.

## II. EL ESTADO EMPRESARIO. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

El presente argentino nos encuentra con una fuerte presencia del Estado en la economía. Se acentúa así la «publicación» de la economía, sea mediante una mayor intensidad regulatoria, sea mediante la prestación estatal directa de ciertas actividades (1). El retorno del Estado empresario es un fenómeno experimentado en toda América Latina.

El modelo privatizador, con el retroceso del sector estatal resultó un fracaso, y las desigualdades sociales surgieron como vestigios del paradigma neoliberal. Frente a este escenario, y pese a las repetidas críticas que la estrategia estatizadora recolectó, se recurre nuevamente a instrumentos que fueron duramente criticados, y que dieron lugar a la reforma del Estado (2).

Al parecer, se espera un nuevo intento del Estado. Aquel que no hace mucho resultaba ineficaz y obsoleto para emprender ciertas actividades, hoy es depositario de nuevas esperanzas. Sin embargo, para que dicho cometido sea cumplido deben reevaluarse las reglas del juego. No puede pretenderse resultados distintos si el régimen jurídico aplicable no ha cambiado, y las interpretaciones no han evolucionado.

## III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DE LAS SAPEM

La realización por parte del Estado nacional de actividades de tipo industrial o de prestación de servicios bajo una forma de una aparente organización empresarial se remonta a la década del 50: Obras Sanitarias de la Nación (3), la Dirección Nacional de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (4), la Dirección Nacional de Gas del Estado (5) y la Dirección de fabricaciones militares y la Dirección Nacional de Correos Telegráficos, son un ejemplo de ello. Nótese, sin embargo, que en esta primera etapa, no se recurrió a la creación de entes descentralizados, sino que actuaban en la órbita de la Administración central, careciendo por tanto de personalidad jurídica propia.

Recién con el dictado de la Ley 13.653, surge el primer antecedente de organización jurídica bajo la forma de empresas del Estado, las cuales fueron reguladas bajo un régimen mixto de derecho público y privado, volcándose su encuadre hacia una mayor prevalencia del derecho público mediante la sanción de la Ley 15.023, la cual les hizo aplicables las leyes de contabilidad y de obras públicas, que habían sido originariamente excluidas. Previamente a su regulación general, y mediante la sanción de la Ley 14.772 el Estado creó la sociedad anónima Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA). Dicha

empresa constituye el primer antecedente de las SAPEM, ya que su creación no se ajustaba a las disposiciones del Código de Comercio en materia de sociedades anónimas, como tampoco al régimen legal de las sociedades de economía mixta, por lo que fue necesaria su creación por ley (6). El Estado nacional era titular del 80 % accionario, mientras que las empresas privadas Compañía Argentina de Electricidad (CADE) y la Compañía de Electricidad de la Provincia de Buenos Aires (CEP) integraban el 20 % restante. Sin embargo, tal decisión no estuvo motivada por razones de eficiencia empresarial, sino por la intención de ir privatizándola gradualmente (7).

Fue entonces que hace su aparición en escena la SAPEM, mediante la sanción del Decreto Ley 17.318 (derogado), siendo el antecedente directo de lo que luego se plasmaría en la Ley de Sociedades Comerciales, Ley 19.550. Mediante dicha norma se pretendió:

a) regular un sistema que permitiera armonizar la flexibilidad y fluidez operativa que son características de las empresas comerciales, con el adecuado control que exigen los intereses del Estado, a la vez de asegurar la prevalencia del Estado en el órgano asambleario para facilitarle su acceso al mercado financiero; b) concebir toda la actividad comercial e industrial del Estado como susceptible de ser llevada bajo la forma de entidades regidas por el derecho privado y suponer, por consiguiente, que este tipo de actividades, aun cuando se las admite como convenientes, útiles o deseables, son ajenas a las funciones estatales específicas y, por esto mismo, accesorias; c) legislar sobre una de las posibles formas de sociedades de economía mixta, sin que se trate de las comprendidas en el régimen del Decreto Ley 15.349/46 (Ley 12.962) (8). En ese contexto, se buscó el beneficio de flexibilidad y agilidad comercial, pretendiendo facilitarle el acceso al mercado financiero para incorporar el ahorro público (9).

Asimismo, y mediante la Ley 20.705 se reguló lo referente a las sociedades del Estado. Como sociedades del Estado, se organizaron la Administración de Infraestructura Ferroviaria Sociedad del Estado y la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (Ley 26.352), entre otras.

Como sociedad anónima, las sociedades Líneas Argentinas Aéreas Federales, Correo oficial de la República Argentina, Energía Argentina, Aguas y Saneamientos.

Finalmente, las disposiciones de la Ley 17.318 fueron incluidas en la Ley 19.550, Ley de Sociedades Comerciales.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SAPEM

##### 1. Las SAPEM como personas jurídicas públicas no estatales

Los autores administrativistas, entre ellos Agustín Gordillo (10), abordan el tema partiendo desde el análisis de la organización administrativa, ello teniendo en cuenta que las SAPEM son una expresión más de la actuación del Estado. Corresponde entonces comparar la naturaleza jurídica de los distintos entes que surgen como consecuencia de la delegación de facultades que realiza el Estado.

La centralización implica que las funciones de decisión están reunidas en los órganos superiores de la Administración. La desconcentración conlleva la atribución de parte de las competencias a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal (jefe de gabinete, ministros, secretarios, etc.). Por último, la descentralización implica que la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, con la característica que dicho ente aparece separado de la Administración central, dotado de personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad del ente.

Los entes descentralizados comparten las siguientes características: 1) tienen personalidad jurídica

propia; 2) cuentan o han contado con una asignación legal de recursos; 3) su patrimonio es estatal; 4) tienen facultad de administrarse a sí mismos; 5) son creados por el Estado; 6) tienen un fin público, con la salvedad de que dicho fin puede aparecer de manera mediata, por lo que no impediría que ciertos entes, como las SAPEM, desarrollen actividades de tipo industrial comercial o de prestación de servicios.

Los entes descentralizados, estatales y no estatales: para determinar si un ente descentralizado es o no estatal, debemos preguntarnos si los particulares integran dicho sujeto. Los entes públicos estatales pueden clasificarse en administrativos y comerciales y/o industriales, de acuerdo a la finalidad inmediata que persiguen. Encontramos dentro de los administrativos: aquellos que gozan de competencias generales, como el Estado nacional, provincial y municipal; los que poseen competencias especiales, como las entidades autárquicas, como el INTA, CONEA, etc. También aquellos entes independientes como el Consejo de la Magistratura, Ministerio Público, etc., y las corporaciones regionales: Mercado Central de la CABA, etc.

Dentro de las entidades descentralizadas estatales con carácter comercial encontramos a las empresas del Estado (Ley 13.653) (11), y a las sociedades del Estado (Ley 20.705) (12). Obsérvese que estas se diferencian de las SAPEM por ser las primeras constituidas únicamente por el Estado, sin intervención de los particulares. Es por ello que las sociedades integradas por más de dos entes estatales, como sería el caso de una formada por un Estado provincial, asociado con las municipalidades, no deben quedar enmarcadas dentro de las SAPEM, por requerir estas últimas la intervención necesaria, y legal (ver art. 308 de la LSC) de capitales privados (13).

Gordillo encuadra a las SAPEM dentro de las entidades descentralizadas públicas no estatales. Entiende que son públicas por haber sido creadas por ley, porque aun cuando cumplen una actividad industrial o comercial, su finalidad es pública, siendo este el criterio orientador del contenido de su objeto social (14). A estos dos requisitos, aunque con menor claridad, agrega el de mayor grado de control que ejerce el Estado sobre dichos entes, determinando entonces su caracterización como públicas. A la par de las SAPEM ubica a las sociedades de economía mixta (Ley 12.962, Decreto-Ley 15349/46, Ley 19550, art. 389 de Sociedades) y a las sociedades dirigidas (por ejemplo, las obras sociales). Estas últimas tres con participación estatal, a diferencia de aquellas que carecen de dicha participación aun cuando comparten el hecho de ser públicas no estatales: corporaciones públicas tales como los colegios profesionales o los partidos políticos.

Por último, las entidades privadas, que pueden ser con o sin participación estatal. Aquellas que poseen participación estatal o donde el Estado solo posee ocasionalmente la titularidad de acciones, pero que dicha participación estatal estatutaria no otorga potestades especiales al ente estatal, son ubicadas por el autor como entes descentralizados, privados no estatales (15). Dentro de las privadas sin participación estatal pueden identificarse a las cooperativas, bancos comerciales, etc., que aun siendo privadas sin participación del Estado, su nacimiento y actuación tiene un interés público. Se diferencian estas últimas de aquellas que solo tienen un interés privado, como las personas jurídicas privadas, sociedades comerciales, asociaciones, etc.

Fanelli Evans (16), Linares, Barra (17) y Bianchi (18) también consideran a las SAPEM como sujetos públicos, por entender que si fue el Estado mediante un acto de imperio el que decidió su creación, con fondos públicos para alcanzar finalidades también públicas, no pueden resultar sujetos privados, aun cuando su regulación esté prevista en la Ley de Sociedades Comerciales. Entre las características que determinan su naturaleza jurídica dichos autores enumeran: a) la creación proveniente de un acto estatal legislativo; b) el ejercicio de una actividad administrativa de control; c) su fin no es lucrativo, sino tienen por fin la satisfacción de intereses generales de la comunidad; d) el capital, en su gran mayoría, se forma a través de fondos públicos; e) la calificación de funcionarios públicos a los integrantes de los órganos sociales; f) la pertenencia de la SAPEM a la órbita de la Administración pública por la típica

existencia del régimen exorbitante y el sometimiento a las normas presupuestarias del Estado fundador.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso «La Buenos Aires, Cía. de Seguros c/ Petroquímica Bahía Blanca, S. A.», en oportunidad de decidir acerca de la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549 a los procedimientos de actuación de una SAPEM, entendió que dicha norma le resultaba aplicable, ya que «el concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización. De allí que no cabe excluir a las sociedades anónimas con participación estatal, de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal» (19).

## 2. Las SAPEM como sujetos de derecho privado

Cura y Bello Knoll (20), Mairal (21), Cassagne (22) y Héctor Somaglia (23), entre otros, sostienen la caracterización de las SAPEM como sujetos de derecho privado. Entre los argumentos: a) el Estado ha optado por una forma jurídica propia de aquella norma del derecho, en cuanto la utilización de las herramientas iusprivatistas no es óbice para lograr el bien común perseguido;

b) sería incoherente que el Estado utilizara un tipo societario que salvo algunas excepciones comparte la regulación de las sociedades anónimas, y luego pretenda regirlo por el derecho público;

c) carecería de sentido que existiendo tipos asociativos puramente públicos, como las empresas del Estado o las sociedades del Estado, las SAPEM, no existiendo disposición expresa que lo sostenga, queden enmarcadas en el derecho público, y regidas por sus principios;

d) la decisión del Estado nacional, provincial o municipal en su caso, de constituir una SAPEM, se expresará a través de una norma formal, vinculante de la voluntad del gobierno a un instituto tipificado por la Ley de Sociedades 19.550 (t. o.), por lo que el querer legislativo es congruente con la decisión estatal de subordinarse al régimen privado de la Ley de Sociedades para el cumplimiento de uno de sus fines, constituyendo la voluntad de los socios;

e) dentro de las SAPEM, el Estado es un socio más, el mayoritario, el cual no extenderá su naturaleza a la totalidad del ente que integra. Lo público seguirá siendo público, y lo privado, privado. La nueva persona que nace, la SAPEM, es privada, aun cuando el ente que concurre a formarla sea público. Ello en función de la participación y asociación que el Estado hace con el o los particulares.

f) la SAPEM actúa no a través de mandatarios del Estado, sino mediante la expresión de su órganos de gobierno y de administración: «Sus decisiones asamblearias y resoluciones del directorio, traducen la existencia de actos jurídicos que en modo alguno pueden ser categorizados como actos administrativos por cuanto están regulados por un régimen jurídico propio, contenido en los Códigos Civil y Comercial. Consecuentemente, someter sus actos a recursos administrativos, o a las leyes de defensa en juicio del estado importaría subvertir el orden jurídico particularizado de las sociedades mercantiles, instituyendo por encima de ellas superiores jerárquicos con facultades superiores de control sobre la legitimidad y oportunidad de las decisiones» (24).

Resulta trascendente la caracterización que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha dado a la SAPEM en oportunidad de resolver el caso «Aguas y Saneamientos Argentinos S. A.» del 19/05/2009. El tribunal debió determinar la competencia local o federal para entender en la apelación de una multa impuesta a dicha empresa por un tribunal de faltas municipal. La Fiscal General afirmó el carácter «mixto» de estas empresas, por lo que correspondía la competencia a la justicia local, por el carácter privado de la SAPEM: «Ello es así, porque Aguas y Saneamientos Argentinos es una sociedad anónima, constituida bajo el régimen de la ley 19550, cuyo capital social está conformado por el Estado

Nacional, con un aporte del noventa por ciento, y los ex trabajadores de Obras Sanitarias de la Nación adheridos al Programa de Propiedad Participada, en el restante diez por ciento» (25).

## V. REGULACIÓN DE LAS SAPEM

Este particular tipo de sociedad anónima se encuentra regulado en la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, norma que trasladó la regulación que el Decreto Ley 17.318 (derogado) había previsto para ella.

Las características sobresalientes de las SAPEM, establecidas en los artículos del 308 a 314 son las siguientes:

a) El socio mayoritario: Cuentan con participación estatal mayoritaria en el capital societario. El Estado debe tener participación en el capital social que represente al menos 51 %. La sociedad debe entonces al menos haberse formado mediante la integración de dos tipos de socios: uno estatal, y el otro privado.

Respecto del socio estatal, el art. 308 realiza una enumeración de aquellos entes que pueden ser titulares de las acciones estatales: a) El Estado nacional, b) los Estados provinciales, c) los municipios, d) los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, y e) las sociedades anónimas sujetas a este régimen.

El primer interrogante que se presenta respecto del ente habilitado para constituir SAPEM se refiere a la capacidad de los municipios, y la posibilidad de las provincias de limitar la posibilidad de que ciertos municipios así lo hagan. Respecto de ello, y atento a que las provincias tienen la facultad de delimitar y definir el grado de autonomía que les reconocen a sus municipios, estarán por ello también facultadas para reconocer si sus municipios pueden o no conformar SAPEM, las condiciones de dicha integración, etc.

La segunda cuestión que debe ser objeto de interpretación se refiere a la denominación genérica y ambigua que la norma posee respecto a « los organismos estatales legalmente autorizados al efecto», entendiéndose junto con Dromi que quedarán comprendidos: los entes autárquicos, las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las corporaciones públicas estatales, entre otras. En cuanto a que dichos entes deben ser legalmente autorizados, pareciera imponer el legislador la condición de haber sido dichos entes autorizados por sus leyes orgánicas o estatutos a integrar SAPEM, no siendo necesario que dicha autorización surja explícitamente, siempre que en razón de su objeto su actuación no exceda su capacidad, debiendo en tal caso solicitarse la autorización legislativa (26).

Respecto del régimen de la mayoría estatal, el art. 308 establece que el Estado participante debe ser propietario «en forma individual o conjunta de acciones que representen por lo menos el Cincuenta y uno por ciento (51 %) del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias». Surgen entonces dos requisitos: la titularidad de más de la mitad del capital; y la prevalencia en las asambleas ordinarias y extraordinarias. Para algunos autores este último condicionamiento viene a modificar el porcentaje estatal, toda vez que para asegurarse la prevalencia en todas las asambleas, el Estado deberá ser titular del 60 % al menos de las acciones (27). Dicha participación deberá permitirle quórum propio y tantos votos propios como para decidir cualquier cuestión que hay sido incluida en el orden del día (conforme al artículo 244, parr. 1º, el quórum en primera convocatoria es del 60 % de las acciones con derecho a voto); y según el art. 244, párr. 4º, las cuestiones ahí detalladas requieren la mayoría de las acciones con derecho a voto, computándose las acciones preferidas (art. 217) con lo que resulta que para cumplir dicho requisito el Estado debe ser titular del 60 % del capital.

b) El socio minoritario: La participación no estatal, minoritaria, o privada, tiene lugar a través de

personas físicas o jurídicas privadas, o personas jurídicas públicas no estatales. Concebir a la SAPEM como instrumento de integración de los particulares con el Estado en la concreción del bien común supone requerir que en dichas sociedades la participación de al menos un socio privado es un requisito esencial. Los constituyentes deben ser más de uno, como en toda sociedad comercial, al menos con el sistema legal vigente; no pueden ser dos socios estatales sin participación de particulares, pues en tal caso estaríamos desnaturalizando la condición de sujeto mixto de las SAPEM, careciendo por tanto de sentido su adopción, encuadrando en sociedad del Estado, o empresa del Estado según su caso (28).

Sin embargo, el art. 308 habilita expresamente la participación de más de un sujeto estatal. ¿Puede una SAPEM asociarse con un particular para formar otra SAPEM? Al posibilitar a las SAPEM sujetas a la LSC ser socias de otras SAPEM, se desvirtúa la participación mayoritaria de por lo menos el 51 % que debe poseer el Estado en ella, toda vez que cualquiera que sea la participación del Estado en aquellas sociedad, al no sustentar la totalidad del capital, el porcentaje del 51 % en la realidad queda inexorablemente reducido (29).

¿Puede una SAPEM asociarse con un ente estatal para conformar otra SAPEM? Sí, ya que ocuparán el lugar de capital privado, por ser sujetos de derecho privado, y entes comerciales equiparables a las sociedades anónimas. Podrán por tanto las SAPEM ser socias de otra SAPEM integrándola con entes públicos de los enumerados en el artículo 308, siempre que no existan limitaciones estatutarias que prohíban dicha participación.

c) El Estado socio y su representante: La actuación del Estado en su calidad de socio en las asambleas es igual a la de cualquier otro socio de una sociedad anónima. El nombramiento de quien concurrirá por el Estado a las asambleas deberá ser dispuesto por decreto del Poder Ejecutivo, pudiendo dicho decreto delegar en la escribanía general de gobierno el otorgamiento de poderes especiales. Sin embargo, bastará para su actuación en las SAPEM la acreditación de tal nombramiento. Deberán dichos representantes suscribir el Libro de asistencia a las Asambleas, el registro de acciones, las Actas de Asambleas, etc. No será necesaria la refrenda del Estado para la aprobación de una cuestión de competencia de la asamblea.

Por otro lado, a diferencia de los directores, que resultan ser administradores de un ente no estatal (las SAPEM), los representantes ante la asamblea actúan en ejercicio de funciones públicas, habiendo delegado el Estado la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para la realización de un fin público, por lo que deben ser considerados funcionarios públicos. Atento a ello, deberán rendir cuenta ante los organismos de control estatal, pudiendo encuadrar su conducta en un incumplimiento funcional penalmente relevante.

d) El directorio de la SAPEM: Respecto de la organización del directorio, resultan aplicables todas las disposiciones referentes a las sociedades anónimas salvo las siguientes:

i) no rigen las prohibiciones e incompatibilidades establecidas en el inc. 4 del art. 264 y exclusivamente respecto del Estado o entes estatales;

ii) en la elección de directores no será aplicable el voto acumulativo (art. 263). La minoría puede elegir a uno o más directores cuando el estatuto así lo prevea, pero no podrá exceder del número que le corresponda en proporción al monto del capital, toda vez que el art. 311 dispone imperativamente que solo cuando el capital privado alcance al 20 % la minoría tendrá representación proporcional en el directorio. Al igual que en las demás sociedades anónimas, en las SAPEM los directores son nombrados y removidos por la asamblea, a diferencia de lo que sucede en las sociedades anónimas de economía mixta, donde la designación constituye un acto administrativo.

e) El órgano de fiscalización en la SAPEM: El rol que juega la sindicatura en este tipo de empresas es

fundamental para garantizar la transparencia de su gestión. Constituye el órgano de control interno de la sociedad, y debe el estatuto brindarle las herramientas necesarias para ejercer efectivamente dicha vigilancia. De acuerdo a los art. 310, 311 y 299 dicha sindicatura será plural y colegiada; y cuando el capital privado alcance el 20 %, elegirá por lo menos uno de los síndicos, y se les aplicarán las prohibiciones e incompatibilidades previstas por los art. 264, 286, 271 y 273 de la Ley de Sociedades (30).

Además de ello, las SAPEM se encuentran sujetas al control permanente de la autoridad de fiscalización de las sociedades por acciones (art. 299, inc. 3, Ley de Sociedades Comerciales).

f) Relaciones laborales de las SAPEM con sus dependientes: Las relaciones laborales que la SAPEM mantenga con sus dependientes quedarán encuadradas dentro del derecho laboral, y no en el régimen del empleado público. No es el Estado quien contrata a un particular, sino que es una sociedad anónima, resultando esta última el empleador. No deberán por tanto aplicarse los estatutos propios de la actividad estatal, debiendo regirse las relaciones laborales por el derecho laboral, y los conflictos laborales resolverse en los tribunales con competencia laboral. Asimismo se encontrará facultada la SAPEM para suscribir los convenios colectivos que deban regir la actividad.

g) El régimen contractual de las SAPEM: Los contratos que suscriba la SAPEM con particulares no serán contratos administrativos. No deberá someterse a las normas de contratación pública, no siendo aplicable las leyes de contabilidad o de obra pública. Pretender solución distinta sería someter una sociedad comercial al exorbitante régimen público. No se olvide que en la SAPEM también participan particulares, no existiendo argumento que otorgue facultades exorbitantes a los socios privados.

No obstante ello, y teniendo en cuenta la personalidad de su socio mayoritario, deberán confeccionar los regímenes de contratación de forma tal que se compatibilice la agilidad propia de los negocios, con los principios generales de la contratación pública (libre concurrencia de oferentes, transparencia, etc.). El diseño de los regímenes requiere una correcta adopción y estudio de las condiciones particulares de la actividad por desarrollar. Dichas disposiciones tienen carácter de autolimitación, pudiendo ser reformadas cuando la sociedad así lo considere, no siendo necesaria su aprobación legislativa. En el acto de constitución deberá dejarse aclarado lo referente al régimen de contratos. Se recomienda la exclusión de la aplicación a las leyes de contabilidad y obra pública expresamente en el estatuto, de tal forma que elimine disparidades de interpretación (31).

## VI. CONCLUSIONES

1. La SAPEM es una sociedad comercial, pero nace como resultado de la descentralización administrativa. No resulta imprescindible determinar la pertenencia de estas sociedades al derecho público o privado. Es necesario determinar cuáles institutos públicos o privados se aplican a estos entes del derecho. Se debe evitar un encuadramiento que, como pública o privada encasille a las SAPEM en moldes tan estrechos como incorrectos.

2. En relación con los demás entes públicos, 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. Aun cuando consideremos a la SAPEM como ente público no estatal, ella es la más privada dentro de su tipo.

3. Las limitaciones que pretendan hacerse valer contra estas sociedades deben quedar expresamente previstas en su Estatuto. Los organismos de control externo no tienen facultades para inmiscuirse en sus negocios particulares. Sí podrán auditar el ingreso de fondos públicos, o la gestión de los mandatarios estatales, como el representante del Estado ante la sociedad.



4. La SAPEM es una herramienta que puede utilizar el Estado para desarrollar actividades comerciales, con gestión eficiente, siempre que el socio privado conozca el sector, y tenga la solvencia necesaria para acompañar los aumentos de capital de la sociedad, y las inyecciones financieras que el Estado efectivice.

5. El éxito de estas empresas no depende de determinar la naturaleza jurídica del ente, sino de la gestión eficiente y transparente que realicen sus órganos. El desafío del directorio será el de compatibilizar su origen político, su visión pública, con la utilización de recursos estratégicos propios de «management» empresarial. Si bien deberá dar prioridad al plan político que sustentó la creación del ente, decidiendo a partir de criterios discrecionales, deberá encauzar esas decisiones mediante los canales que le brinde la sociedad comercial.

6. Son los criterios de organización, eficiencia y control (auditoria) que efectivamente la Administración central implemente, los que pueden dar con la solución deseada a las SAPEM.

-----  
(1) HUICI, Héctor M.: «El Retorno del Estado empresario y la prestación de servicios públicos», Revista de derecho administrativo N° 81, Abeledo Perrot, p. 660. El autor ilustra que desde el punto de vista cuantitativo, la participación del Estado en la economía ha pasado del 30 % al 40 % del PBI.

(2) DROMI, Roberto: «Empresas Públicas, de estatales a privadas», Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1997.

(3) En el año 1949 mediante la Ley 13.577 se dictó la Ley Orgánica de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DE OBRAS SANITARIAS DE LA NACIÓN. Se fijó como finalidad de esta el estudio, proyecto, construcción, renovación, ampliación y explotación de obras de provisión de agua, saneamiento urbano en la Capital Federal y ciudades y pueblos de la República y la exploración, alumbramiento y utilización de aguas subterráneas.

(4) LEY 11.668.

(5) La Dirección General de Gas del Estado, más conocida como Gas del Estado, fue creada el 1.º de enero de 1946 para promover el aprovechamiento del gas natural en todo el territorio argentino. Constructora del primer gasoducto argentino, el que une Comodoro Rivadavia con la ciudad de Buenos Aires, fue privatizada y desmantelada en 1992.

(6) HUICI, Héctor M.: op. cit., p. 660.

(7) «A partir de la sanción de la Leyes N° 23.696 de Reforma del Estado y la N° 23.697 de Emergencia Económica, SEGBA fue disuelta y sus tareas quedaron divididas entre 7 nuevas empresas privadas. La distribución de electricidad se dividió en tres áreas, una perteneciente a EDENOR, otra a EDESUR y la última a EDELAP. En la parte de generación fueron creadas las empresas Central Costanera, Central Puerto y Central Dock Sud. Siendo que a la primera central termoeléctrica se le transfirieron 5 unidades BTH de 120 MW, la unidad 6 de 350 MW, y la unidad 7 de 310 MW manejada por operadores de élite. En junio de 1993 SEGBA transfirió sin cargo a la empresa TRANSENER la línea de 500 KV y varias subestaciones» (RAPOPORT, Mario; SEOANE, María: «V». Buenos Aires, historia de una ciudad, Tomo II, 1.ª edición, 2007, Planeta, Buenos Aires, p. 68).

(8) Ley 17.318, Mensaje de elevación del proyecto; conf. CFED. Córdoba, Sala Civ y Com, 30/7/81, JA, 1982/II-649 y RepLL, XLII-2441, sum. 55

(9) VERÓN Alberto V.: «Sociedades Comerciales Ley 19.550 y modificatorias, comentada, anotada y concordada», Tomo I, Astrea, Bs. As., 1993, pp. 372-373.

(10) GORDILLO, Agustín: «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 1, Capítulo XIV, Clasificación de los entes públicos, 10.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009.

(11) Art. 1 de la Ley 13.653: «Art. 1° - A los efectos de la presente ley se entiende por "empresas del Estado" las entidades descentralizadas de la administración nacional, que cumplen funciones de índole comercial, industrial o de prestación de servicios públicos de carácter similar».

(12) Art. 1 de la Ley 20.705: «Art. 1°.- Son sociedades del Estado aquellas que, con exclusión de toda participación de capitales privados, constituyan el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por la presente ley, para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos».

(13) Es por ello que la reciente creación de «EMESA», EMPRESA MENDOCINA DE ENERGIA SAPEM, mediante la Ley 8423, ha quedado al margen de su caracterización. Se ha creado una Sociedad del estado, no una SAPEM. De acuerdo a lo que establece el art. 6 de su estatuto, son socios de ella: a) la Provincia de Mendoza en un 71 % del capital social, representado por acciones clase «A»; b) además la provincia de Mendoza ha suscripto el 10 % de capital social, representado por acciones clase «B», supeditando la transferencia de dichas acciones a los municipios en dicho porcentaje a la suscripción de un futuro convenio; c) aparece nuevamente el Estado provincial de Mendoza como titular del 19 % accionario representado en acciones de clase «C». O sea que en el acto constitutivo de esta anónima, ha suscripto la totalidad del capital un solo ente público estatal. No existe por tanto participación estatal mayoritaria, sino única.

(14) Respecto de este punto no queda claro si cuando el Estado emprende una actividad cuya finalidad inmediata no resulta ser pública sino comercial, y por tanto con finalidad de lucro, existe contraposición de intereses, o conflicto de finalidades. En un primer análisis pareciera que no existen obstáculos legales para que el Estado irrumpa en el mercado, y desarrolle una prestación comercial, la cual si bien puede no tener una finalidad inmediata pública, su intervención apunte a alcanzar objetivos en pos del bien común; por ejemplo, la creación de una SAPEM que desarrolle cierta actividad industrial, como puede ser el procesamiento y comercialización de pulpas, para la reactivación del sector frutícola en la región.

(15) Tal es el caso de EDEMSA S. A., en donde el capital accionario se encuentra dividido entre la provincia de Mendoza, en un 39 %, el personal de la empresa a través del programa de propiedad participada, en un 10 % y capitales privados en un 51 %.

(16) FANELLI EVANS, G.: «Sociedades del Estado», en RADA 1977, n.º 18; pp. 47-48.

(17) BARRA, Rodolfo: «Acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado», en ED, 67-605.

(18) BIANCHI, Alberto: «Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pca. y Función Administrativa», ED, 129-267.

(19) Como consecuencia de ello, la Corte obligó a una SAPEM a dar vista de un expediente radicado en la empresa: «La negativa a otorgar vista de actuaciones por parte de una sociedad anónima con participación estatal, constituye un acto ilegítimo, que vulnera derechos de raigambre constitucional, dada la naturaleza de la empresa y su modo de actuación -la mayoría de sus directores es designada por el Estado- debe entenderse que el acto emana de una autoridad pública en los términos del art. 1° de la

ley 16.986» (Adla, XXVI- C, 1491) DJ 1989-2.

(20) CURA, José y BELLO KNOLL, Susy: «La SAPEM», LA LEY, 1991-A, 365.

(21) MAIRAL, Héctor: «Las sociedades del Estado o los límites del D. Adm.», LA LEY, 1981-A, 791.

(22) CASSAGNE, Juan C.: «La Actuación estatal a través de la forma societaria mercantil», ED, 69-855.

(23) SOMAGLIA, Héctor G.: «Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM) ¿Personas jurídicas públicas o privadas?», DJ2005-1, 89. Aun cuando el autor reconoce una injerencia del derecho privado: «Las formas jurídicas mercantiles del Estado, no obstante que se regulan, en principio por el Código de Comercio, admiten una parcial injerencia del derecho público en aquellas relaciones atinentes a la dirección y control de tales entidades en su vinculación necesaria con la Administración Pública en orden a un plan coordinado e imprescindible de los caudales empleados en la actuación empresarial del Estado».

(24) Doctrina del fallo citado de la CS Santa Fe, 7/7/1992, in re «O.M.A. SRL c/ Banco Pcial. de Santa Fe», t. 94, p. 414.

(25) «Se trata, entonces, de una sociedad de capitales mixtos (públicos y privados) y no exclusivamente estatal, a diferencia de lo que sucedía con la ex Obras Sanitarias de la Nación y, por ello, considero que no resultan aplicables los precedentes de V.E. relativos a dicha empresa estatal para determinar el órgano judicial que debe entender cuando se planteen conflictos con la actual prestadora del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales en el área delimitada por el art.1 del decreto recién mencionado», AR/JUR/43282/2009.

(26) DROMI, citado por VERÓN, Alberto V.: ob. cit., p. 571.

(27) HALPERIN y OTAEGUI: «Sociedades anónimas», Depalma, p. 733.

(28) VERÓN, Alberto V.: ob. cit., p. 593.

(29) D'ANGELO, Horacio G.: «Las sociedades anónimas del Estado en la ley 19.550 de sociedades comerciales», JA, doctrina 1973-450.

(30) No obstante ello existe jurisprudencia contraria, por ejemplo, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en «E.S.E.B.A. S.A. c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa» opinó que «la creación de entes descentralizados bajo formas societarias comerciales y su sometimiento a regímenes de derecho privado, no importa negar carácter público a los fondos que constituyen su capital social. La sociedad así creada celebrará sus relaciones jurídicas, habitualmente, al amparo del derecho privado, lo que no significa que su patrimonio resulte privatizado, sino que continúa siendo público. Siendo ello así, su administración no puede quedar exenta de los controles externos instituidos, precisamente, para su defensa» 13/9/2006, MJJ9154.

(31) Obsérvese sin embargo que ciertas normas, como pueden ser las referentes a traspaso de fondos, o de financiamiento de ciertos planes por parte del socio mayoritario, pueden requerir de la aplicación de dichos fondos mediante normas de contratación pública. Tal fue el caso de la Ley provincial N° 8.270, la cual encomendó al Poder Ejecutivo de Mendoza la implementación del Plan estratégico de agua y saneamiento para la provincia de Mendoza. Aquella, en su art. 15, ordenó al operador del servicio de agua y cloacas, la empresa Agua y Saneamiento Mendoza SAPEM, que todas las obras debían ser

contratadas mediante la aplicación de la Ley 4.416 de Obras Públicas de Mendoza. En la implementación de dicho plan, y a fin de cumplir el requerimiento legal, la empresa ha debido reformar su mecanismo de contratación, para adecuarse al régimen público, debiendo por tanto someterse al control y asesoramiento del Consejo de Obras Públicas de Mendoza, informar acerca de las licitaciones al RACOP provincial, readecuar sus pliegos licitatorios, y todas aquellas cuestiones que contradigan la Ley 4.416. Han quedado en la marcha varios interrogantes, tales como la caracterización de los contratos de obras del Plan, como contratos administrativos; la naturaleza administrativa de los actos que emitan sus órganos de administración, como las resoluciones del directorio que resuelvan adjudicaciones; la posibilidad de realizar obras por administración fuera de los supuestos expresamente establecidos en la ley de obras públicas; etc.

(\*) Abogado, UNCuyo. Maestrando en Derecho Empresario, Universidad de Mendoza. Miembro de la Gerencia de Asuntos Legales, Agua y Saneamiento Mendoza SAPEM.