

La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (su naturaleza jurídica a la luz de un fallo clarificador)

Por José María Curá y Susy Inés Bello Knoll

Sumario: I. Preliminar – II. El instituto como subespecie del género sociedad comercial y su inclusión en la ley 19.550. – III. Su naturaleza jurídica. – IV. Importancia e la cuestión frente a la ley 23.696 de reforma del Estado.

Preliminar

El fallo que anotamos, emanado del Tribunal Comercial de la Capital Federal, contiene importante doctrina acerca de una cuestión de infrecuente tratamiento en nuestro medio. Como señalara Halperín, estas sociedades responden a la necesidad de que el Estado tome participación activa en empresas cuyo desarrollo existe preponderantemente interés público o en las que la aplicación del capital privado en un momento determinado satisface la policía de prooeridad (art. 67, inc. 16, Constitución Nacional) (conf. “Sociedades Anónimas”, p. 733, núm. 3, ed. 1978) más ello no las aparta de su sometimiento al ordenamiento societario mercantil como regla ineludible, tal como con acierto lo fija el decisorio (cit. “in re”, Hierro Patagónico de Sierra Grande S.A. CNCom., sala A., febrero 13-980, LA LEY, 1980-B, p. 2)

No dudamos en su caracterización como sujeto de derecho privado, de igual tratamiento, por ende, que las restantes sociedades anónimas, desapareciendo todo privilegio que pueda alcanzar a figuras del derecho público, tal como pretendiera la recurrente. Propende el rigor interpretativo a limitar, con certeza, el alcance de todo régimen de excepción –en el caso el plazo preferente del art. 346 del Cód. Procesal, 2º párr. –. Ello permite ya

anotar que la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (SAPEM) se inscribe como sujeto de derecho diferenciado de la Nación, una provincia o una municipalidad, más allá de la intervención de éstas como socios.

Constituyó un mejor ordenamiento legislativo la incorporación de lo preceptos de la ley 17.318 al texto de la ley 19.550 (Adla XXVII-B, 1480, XLIV-B, 1319), calificada como subclase de sociedad anónima, sometiéndola a las normas comunes, con las disposiciones especiales peculiares que fijara el régimen de origen, cuyos conceptos no aparecen alterados.

Es importante dirigir la atención hacia la figura en momentos de serio y profundo cuestionamiento al avance del Estado sobre la actividad de los particulares. La ley de reformas del Estado, 23. 696 (Adla, XLIX-C, 2444), viene precisamente a poner de relieve su importancia y necesidad de adecuado tratamiento; no obstante su inclusión en un largo listado de figuras de muy distinta naturaleza, tal como se formula en su art. 1º. No dudamos que, en tanto el Estado se interese, por estrictas razones de interés público, en tomar participación en la actividad empresaria, habrá de hacerlo a través de personas jurídicas como la que examinamos. Sólo así, la mentada reforma del Estado podrá apuntar tanto a la transformación de la estructura administrativa y económica como a la transformación social. Mas ello deberá exigir, a la par, la derogación de regímenes de excepción, como es la no aplicación del procedimiento concursal, que fija el art. 314 de la ley de sociedades comerciales, incluyendo a nuestro país entre aquellos que, como Alemania, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Bolivia, Brasil, Japón, Kuwait, Nicaragua, Nigeria, Nueva Zelanda y Senegal, excluyen a las “empresas públicas” del régimen falencial. No hallamos razón que justifique tal apartamiento de un sistema de atribución de responsabilidad para administradores y fiscalizadores de la sociedad. Si bien la exclusión de dichas personas jurídicas del régimen de la quiebra, en general, se ha de vincular también con la presunción de plena responsabilidad del Estado, detentador del control económico y jurídico de entes y empresas públicas (Segal, Rubén “Las empresas públicas, quiebra y legislación de emergencia”. LA LEY, 1989-E, 1017)

No ignoramos la falta de unicidad de criterios en punto a la naturaleza de la SAPEM. Sin hesitar, Etchebarne afirma que son entes estatales y consecuentemente no pueden ser declaradas en quiebra (su trabajo “El Estado empresario” LA LEY, 1985-C, 989); como también para Dromi tienen personalidad jurídica pública (ver “Derecho Administrativa Económica”, t. I, p. 331) junto a alguna decisión judicial que dijera que “cualquiera sea la personalidad, siempre será necesario indagar el concreto negocio jurídico, que será lo decisivo para corroborarse si el ente se rige por el derecho administrativo o por el privado”. Como que la personalidad privada que aquí le atribuimos ni quita ni pone nada al respecto. Entendemos, sin vacilar, que la definición de la naturaleza del ente permite la determinación de sometimiento a tal o cual régimen legal – tal como ocurre en el pronunciamiento en examen – y a partir de allí la atribución de presunción de comercialidad de los actos realizados por una persona del derecho comercial –vgr. art. 5, Código de Comercio-. Nos parece pues importante reforzar la línea de pensamiento en la que se enrola la sala E, de la Alzada, en orden a contar con una figura jurídica que habilite al Estado a intervenir en negocios propios de los particulares, mas sin por ello aparecer revestido de los privilegios que no harían sino desnaturalizar aquella limitación de las prerrogativas e intromisiones en el campo de acción de los comerciantes particulares.

Al mismo tiempo, parece apropiado señalar que el análisis singular quiere escapar de la generalizada expresión “empresas públicas” o “empresas del Estado”, omnicomprensiva de diversas hipótesis técnico-jurídicas, generalmente tratadas en la doctrina como entes públicos, nacidos al amparo de la ley general de empresas del Estado (11.653) y otras, según leyes más recientes con varios matices diferenciales. Adelantamos así nuestra opinión favorable a considerar a la SAPEM como excluidas, a partir de su inclusión en el régimen societario mercantil.

El instituto como subespecie del género sociedad comercial y su inclusión en la ley 19.550

Reconoce la figura como antecedente el régimen de la ley 17.318, promulgada en el año 1967, respondiendo a los lineamientos de política

económica adoptados por el gobierno de aquel entonces. En particular se buscaba garantizar la permanencia de la situación preponderante del Estado en el caso en que la misma haya sido condición establecida en el acto constitutivo de la sociedad, tal como lo señala su nota de elevación, a la par, sus autores buscaban justificar, a partir de aquella intervención preponderante de los intereses estatales, su exclusión de las previsiones de la ley de quiebras (Adla. XXXII, 1847). Sin embargo, resulta del mismo mensaje la constante contradicción que acompaña a creaciones jurídicas semejantes; permitir el aprovechamiento de las positivas modalidades de la iniciativa privada en la conducción de la empresa, facilitando asimismo su acceso a los mercados financieros, mas gozando de prerrogativas propias de entes estatales.

Su expresa incorporación como título especial del Código de Comercio llevó a los legisladores de 1972 a su inclusión en el sistema societario mercantil, a la par de señalar, en la exposición de motivos de la ley 19.550, que a pesar de las disposiciones especiales de este subtipo rige para él la normativa general de las sociedades comerciales, sin modificar los conceptos ya introducidos en la ley 17.318.

Así plasmado el régimen, ha merecido, como señala Giraldez, críticas desde el punto de vista de política económica más que desde su estructura societaria-comercial. También sostiene que el art. 308 de la ley 19.550 recepta los principios de su precedente, fijando las características de este subtipo de sociedad anónima, determinando: a) que el Estado puede revestir la calidad de socio; b) que el Estado debe participar en por lo menos el 51% del capital social; c) que tal participación sea suficiente para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias (ver su trabajo, núm. 865, Rev. Notarial, p. 232)

Su naturaleza jurídica

Reafirmamos aquí, en punto a la naturaleza del ente su caracterización como sujeto del derecho privado, tal como expresa el decisorio sub-examine, más allá de su objeto y de la aplicación del derecho político que corresponda en algunos aspectos.

Diferentes corrientes de opinión, en orden a su determinación, campean particularmente en el ámbito del derecho administrativo, la más de las veces fundadas en un análisis no del ente sino meramente en el origen de los fondos destinados a la integración del capital social o el acto administrativo que le dé origen. Encuadramiento que acarrea como consecuencia su exclusión del régimen falencial. Aquí coincidimos con Cassagne en cuanto tales posturas aparecen con cierta dosis de dogmatismo doctrinario en la necesidad de mantener a todo trance las fuentes de interpretación a las cuales acuden (La actuación estatal a través de la forma sociedad mercantil, ED, 69, p. 853).

Más allá de la idea de que toca al Estado ser el principal realizador del bien común temporal, nada obsta a que concurren los particulares a tal efecto, como también considerar a la SAPEM como sujetos del derecho privado. Refuerza nuestra postura el antecedente emanado de la sala I de la Cámara de Apelaciones Contenciosoadministrativo Federal cuando dijo “que estas sociedad no son entes estatales, ni configuran ninguno de los modos de descentralización” (abril 23-981, ED, 95, p. 194).

El art. 35 de la ley de sociedades comerciales excluye todo reconocimiento a las particulares relaciones de los socios: dicho criterio habrá de seguirse en orden a las peculiaridades características que pudiere merecer la vinculación del socio estatal con otros entes y órganos del Estado con los que se halle relacionado. La reconocida autonomía que la ley de sociedades comerciales impone a la persona sociedad respecto de las personas socios (art. 2, ley de sociedades comerciales y doct.) conduce a analizar la naturaleza jurídica del ente centrandó en él la atención y no sobre los caracteres particulares de sus integrantes.

Si bien en la línea de razonamiento desarrollada hasta aquí nada debería impedir nada debería impedir su inclusión en la preceptiva general de las sociedades por acciones sin excepción alguna, el ordenamiento positivo nos impone alguna consideración especial que sin duda agravia los principios sobre los cuales se apoya el régimen común. En efecto, toda vez que se regula dentro de las normas de las sociedades anónimas (art. 308, ley de sociedades comerciales) obvio es concluir que configura subespecie del

tipo que las comprende, tal como explica en la exposición de motivos, respondiendo a una ajustada sistemática legislativa.

Importancia de la cuestión frente a la ley 23.696 de reforma del Estado

A partir de la reciente sanción de la ley 23.696 llamada de reforma del Estado, tomó nuevo impulso el análisis de la problemática vinculada con la determinación de la naturaleza jurídica de las SAPEM. Toda vez que en ella art. 1º de la misma se las incluyó junto a entes de muy diversa naturaleza. Provoca ello grave confusión en el lector desprevenido.

En tanto es objetivo prioritario de la ley proceder a la privatización total o parcial o a la liquidación de empresas, sociedades o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado nacional, con requisito previo de declaración “suheta a privatización”, es prioritario tener en claro precisamente la naturaleza, pública o privada, de los entes a afectar. Buena parte del camino ya habría sido recorrido en cuanto se considere a las SAPEM fuera del complejo mecanismo establecido en la ley, por ende ya privatizadas por su inclusión lisa y llana junto a las sociedades anónimas.

De persistir en técnicas legislativas como la contenida en la 23.696, que denotan la prevaencia de un mero interés de política económica, se seguirá poniendo en peligro la seguridad jurídica de los negocios comerciales. La ley aquí analizada crea un marco jurídico que reconoce la situación de crisis que atraviesa la República Argentina, crisis que pone a prueba la estructura y capacidad de reacción o respuesta del ordenamiento normativo (Segal, Rubén, o.cit.). Nuestro alto tribunal citando jurisprudencia de los E.U.A. dice que “la emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido o reservado” (CS. “Aviso c. De la Pesa” Fallos: 172,21,42 citado en LA LEY, 1989-E, 879, octubre 13-989 por Vitolo, Alfredo M. en “Breves reflexiones a la ley de emergencia administrativa”).

En todo caso, lo importante es que la idea de una economía con mayor participación privada, con menor influencia del Estado, parece haber ganado definitivamente el terreno suficiente como para ser convertida cuanto antes en hechos tangibles. Muchas veces, en los pasados 40 años, la Argentina se empeñó en marchar con su economía a contramano de las tendencias universales, y no extraño que ese tiempo coincida con el persistente retroceso relativo de nuestro país. Alguna vez habrá que hacer lo que indica la experiencia y la razón (Ed. La Nación, 31/10/87); otorgando seguridad jurídica a los derechos de los particulares, con precisa técnica legislativa en las normas, válidas para la consecución de los objetivos fijados por el Estado.