

## **LA QUIEBRA Y LAS EMPRESAS PÚBLICAS**

**CANDEDO E. GARCIA  
OSVALDO O. OTTEGUY**

### **1. EL ESTADO NACIONAL COMO EMPRESARIO**

La actividad empresarial del Estado nacional no se realiza de una sola forma ni con una regulación jurídica única; todo lo contrario, se expresa mediante diversos institutos jurídicos y numerosas normas de distinto contenido, alcance y nivel. Todo esto crea un panorama muy complejo, confuso y aun contradictorio.

Esta actividad empresarial es realizada por personas jurídicas diferenciadas del Estado nacional, sin importar demasiado a los efectos de este estudio determinar si son públicas o privadas. Cada una de estas personas tiene, además de la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30, Cód. Civil), un patrimonio propio (o de afectación) diferenciado del Estado y autoridades que expresan la voluntad de esa persona.

A ese conjunto de personas jurídicas que realizan materialmente actividad empresarial y son controladas por el Estado, las agrupamos bajo la denominación común de "empresas públicas", advirtiendo que no existe aún una ley que regule sistemáticamente este importante sector de la economía del país. Es una laguna legislativa ciertamente incomprensible.

### **2. LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

Precisando más, en la legislación nacional encontramos reguladas las siguientes empresas públicas, que caracterizaremos brevemente:

a) *Empresas del Estado, regidas por la ley 13.653 y sus modificatorias*

Son íntegramente estatales, sin participación privada y quedan sometidas al derecho privado "en todo lo que se refiere a sus actividades específicas" y al derecho público "en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo" (art. 1<sup>o</sup>). Su personalidad jurídica resultaría inadmisibles para el derecho comercial argentino, ya que "la empresa, conjunto de bienes, nunca puede tener la calidad de sujeto de derecho"<sup>1</sup>.

Ejemplos de empresas del Estado regidas por la ley 13.653, son: Yacimientos Carboníferos Fiscales, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, Administración General de Puertos, etcétera.

b) *Empresas del Estado regidas por ley especial*

Es decir, una ley específica regula la creación, objeto, competencia y organización de algunas empresas, con aplicación supletoria —o no— de la ley 13.653 mencionada en el inciso anterior.

Ejemplos: Obras Sanitarias de la Nación, Ferrocarriles Argentinos, Yacimientos Mineros Agua del Dionisio, etcétera.

c) *Sociedades del Estado regidas por la ley 20.705*

Pueden constituir estas sociedades el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las propias sociedades del Estado. El capital privado queda totalmente excluido, "bajo cualquier modalidad". La ley permite y de hecho existen, que sean unipersonales, desvirtuando así el concepto societario que por definición supone la convergencia de varias personas.

Adoptan este tipo jurídico, entre otras: Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Gas del Estado, Agua y Energía Eléctrica, Aerolíneas Argentinas, etcétera.

<sup>1</sup> Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Bs. As., Depalma, 1980, vol. I, p. 86, nota 66.

- d) *Sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, contempladas por la ley de sociedades comerciales 19.550, en los artículos 308 a 314*

Se caracterizan porque las acciones de propiedad del Estado deben representar por lo menos el 51 % del capital y deben ser suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias de la sociedad. Debe señalarse que la participación privada es posible pero no necesaria y, de hecho, existen varias "sociedades con participación estatal mayoritaria" sin capitales privados.

Como ejemplos podemos citar: Hierro Patagónico de Sierra Grande, Talleres Navales Dársena Norte, Empresa Líneas Marítimas Argentinas, Empresa Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires, Petroquímica Bahía Blanca, Buenos Aires Cathering, etcétera.

- e) *Sociedades de economía mixta, regidas por el decreto ley 15.349/46*

En estas sociedades los sujetos deben ser necesariamente, uno el Estado (nacional, provinciales, municipios, entidades autárquicas, empresas del Estado y sociedades del Estado) y el otro "los capitales privados", según expresión imperfecta pero elocuente del decreto ley.

Una nota importante a destacar, es que la participación estatal puede ser tanto mayoritaria como minoritaria o en igualdad con la privada.

Son sociedades de economía mixta: Sociedad Mixta Siderurgia Argentina, Atanor, Editorial Universitaria de Buenos Aires, etcétera.

- f) *Sociedades anónimas, regidas por las normas comunes de la ley 19.550*

Por motivos muy diversos, el Estado tiene participaciones accionarias en sociedades anónimas, sin que esa participación haya alterado sustancialmente su régimen jurídico. Estas tenencias accionarias pueden ser mayoritarias o minoritarias.

Están en esta situación: Austral SA, Siam SA, Lagos del Sur SA, etcétera.

### g) Entidades autárquicas

Se da el caso de actividades productivas, comerciales e industriales, realizadas por organizaciones típicamente empresarias, pero que jurídicamente se realizan utilizando una persona de derecho público: la entidad autárquica. Creemos que hay una evidente contradicción entre el régimen jurídico publicista y la actividad empresaria realizada, explicable históricamente porque corresponde a una época en que el Estado empresario era aún incipiente. Hoy sólo se mantiene por tradición.

Es ejemplo la Dirección General de Fabricaciones Militares, cuya ley 13.709 es de 1946.

## 3. LA QUIEBRA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Esta diversidad de tipos jurídicos y de normas, tenía que producir también múltiples soluciones –y opiniones– a la insolvencia de estas empresas públicas. Las analizaremos en el mismo orden anterior.

### a) Empresas del Estado

Por disposición expresa de la ley, no pueden ser declaradas en quiebra y en caso de disolución o liquidación, el Estado responderá por el pago del pasivo no cubierto (art. 10, ley 13.653, texto ordenado). Concuerda con la ley de quiebras 19.551, cuyo art. 2º posibilita el concurso sólo a las personas de existencia visible y a las de "existencia ideal de carácter privado".

.. La ley 13.653 es clara y coherente, solucionando –explícita o implícitamente–, muchas de las situaciones que pueden presentarse. La imposibilidad de quebrar y la garantía estatal por el pasivo no cubierto, aparecen como dos soluciones armónicas que contemplan el interés de los acreedores de las empresas.

La imposibilidad de quebrar, encierra como consecuencia necesaria, también, la imposibilidad –para la empresa– de pedir la formación de su concurso preventivo, regulado en el título II de la ley de concursos 19.551. A esta conclusión se llega porque la consecuencia necesaria del incumplimiento del acuerdo preventivo es la quiebra (art. 74, ley 19.551, l.o.), en que precisamente la ley impide declarar a estas empresas.

Obviamente, no podrá ser declarada la quiebra de oficio por el juez en los supuestos contemplados por la ley 19.551, ni a pedido de acreedor de la empresa (art. 64, incs. 1° y 2°, respectivamente). Tampoco se darán los efectos personales, patrimoniales y sobre las relaciones jurídicas, tratados en el capítulo II del título III de la ley 19.551, ni los penales del Código Penal (arts. 176 a 180).

Todo esto importa la desaparición del riesgo económico, propio de la empresa y del empresario privado, que obliga a sustituirlo —sin abrir juicio aquí sobre la conveniencia ni sobre la eficacia— por la responsabilidad común a todos los agentes públicos: “Las responsabilidades de las autoridades de las empresas del Estado se determinarán según las normas aplicables a los funcionarios públicos, a cuyo efecto quedan sujetos al juicio de responsabilidad que le será aplicado conforme a las disposiciones de la ley de contabilidad” (art. 8°, ley 13.653, modificado por la ley 15.023. Con igual criterio, art. 13, inc. h, ley 21.801, modificada por la ley 22.639, que crea la Sindicatura General de Empresas Públicas).

El Estado responde por el pago del pasivo no cubierto, “en caso de disolución o liquidación” de la empresa; en realidad, no se concibe una disolución sin liquidación, ni un “pasivo no cubierto” que no resulte de una liquidación. La responsabilidad estatal alcanza, en el estado actual del desarrollo de la jurisprudencia nacional, a los capitales adeudados con su actualización monetaria, intereses y costas.

Esto significa también una responsabilidad —verdadera fianza— que sólo comienza cuando se haya determinado la existencia de ese pasivo “no cubierto”, es decir, luego de la liquidación. En consecuencia, un acreedor de la empresa no puede accionar directamente contra el Estado por cobro de su crédito invocando esta responsabilidad, debiendo esperar el resultado de la liquidación.

Sin embargo, cabe considerar el caso de una empresa con acreedores —uno o varios— impagos, sin bienes ejecutables, y que el Estado no decida su disolución o liquidación. De aplicar literalmente la norma, dichos acreedores se encontrarán ante la imposibilidad de hacer valer la responsabilidad del Estado —por no haberse dispuesto la disolución o liquidación—. Lógicamente, esta situación no puede quedar así porque afectaría el derecho de propiedad de los acreedores y la igualdad ante la ley, garantizados constitucionalmente. Acreditados estos extremos de hecho, el acreedor

impago puede accionar contra el Estado, para que el juez lo condene al pago de este crédito.

Otro tema a considerar es el siguiente: la liquidación dispuesta ¿por qué procedimiento tramitará? El art. 10 de la ley 13.653 prescribe que el Poder Ejecutivo determinará "el destino y procedimiento a seguir respecto de los bienes que constituyen su patrimonio". Si bien la redacción de esta norma no es muy feliz, razonablemente se puede entender que se refiere al procedimiento de "liquidación" de la empresa, y esa determinación del Poder Ejecutivo puede ser hecha disponiendo que se aplique algún procedimiento ya reglado, por ejemplo, el del art. 197 y ss. de la ley 19.551 (cap. VI "Liquidación y distribución") o el de los arts. 101 a 112 de la ley 19.550. Pero también es viable que el Poder Ejecutivo determine un procedimiento especial para la liquidación de esa empresa, atendiendo a sus particularidades. Cualquiera sea la decisión, el Poder Ejecutivo tendrá que designar a la persona física u órgano que actuará como liquidador.

#### b) Empresas del Estado regidas por ley especial

Es claro que habrá que analizar cada una de estas leyes para saber la solución elegida para cada empresa. En este trabajo sólo se considerarán las leyes 18.360 (Ferrocarriles Argentinos) y 13.577 y sus modificatorias (Obras Sanitarias de la Nación).

1) Por la ley 18.360 (art. 39), Ferrocarriles Argentinos "no podrá ser declarada en quiebra". El Estado nacional "garantiza el pago de sus deudas y sufragará, con cargo a rentas generales, los déficits que se produzcan de acuerdo con las previsiones de los arts. 26 y 27" de la ley.

La solución es similar a la de la ley 13.653 ya analizada, pero no idéntica. Se asemeja en cuanto a la imposibilidad de quebrar —con sus consecuencias ya estudiadas— y en cuanto a la garantía del Estado por el pago de las deudas empresarias. Difiere porque la ley 18.360 no exige ni prevé la previa disolución y liquidación de la empresa para que el Estado responda por el "pasivo no cubierto" como prescribe el art. 10 de la ley 13.653.

De los términos de la ley (el Estado "garantiza el pago de sus deudas"), se deduce que el Estado asume el carácter de fiador y puede ser demandado juntamente con el deudor principal (Ferrocarriles Argentinos). No conocemos ningún antecedente jurisprudencial favorable ni desfavorable, pero no dudamos de que es la solución legal.

2) La ley orgánica de Obras Sanitarias de la Nación 13.577 y sus modificatorias, nada dicen sobre la posibilidad —o imposibilidad— de decretarse la quiebra, ni de la eventual responsabilidad del Estado en caso de cesación de pagos de esta empresa.

Por el art. 2º de la ley 19.551, ya mencionado, pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia ideal "de carácter privado". Esta norma excluye a todas las personas de carácter público, entre las que se encuentra una empresa como Obras Sanitarias de la Nación (rogamos al lector perdone esta afirmación dogmática, pero desarrollar sus fundamentos excede el objeto de este trabajo).

Al no poder aplicar la ley de quiebras, la analogía (art. 16, Cód. Civil) lleva a la aplicación de las normas de la ley de empresas del Estado 13.633, estudiadas en el apartado a precedente. Estas normas, pues, son las que regirán si se dieran los hechos ahí previstos.

#### c) Sociedades del Estado

El artículo 5º de la ley 20.705 dice que las sociedades del Estado no podrán ser declaradas en quiebra y sólo mediante autorización legislativa, el Poder Ejecutivo Nacional podrá resolver la liquidación de una de estas sociedades. Nada dice la ley sobre la responsabilidad del Estado por un eventual pasivo no cubierto.

Para Dromi<sup>2</sup> la responsabilidad del Estado es plena por las obligaciones de estas sociedades, sin la limitación del art. 163 de la ley 19.550. Deriva esta consecuencia de la imposibilidad de ser declaradas en quiebra.

Mairal<sup>3</sup> dice lo mismo y agrega: "Por otra parte, la conducta del Estado evidencia una interferencia intensa en su accionar, que se ejerce desconociendo los mecanismos normales del régimen societario, interferencia que permitiría en el derecho privado aplicar el principio del "descorrimiento del velo societario".

Ambos autores no explican acabadamente el motivo por el cual la imposibilidad de quebrar, acarrea la no aplicación del art. 163 de la ley 19.550.

<sup>2</sup> Dromi, José R., *Derecho administrativo económico*, Bs. As., Astrea, 1977, t. I, p. 322.

<sup>3</sup> Mairal, Héctor A., *Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo*, LL, 1981-A-796.

Por nuestra parte, entendemos que el hecho de no poder ser declaradas en quiebra, no significa que se extienda la responsabilidad del Estado más allá de su aporte societario, tal como lo establece el mentado art. 163.

El fundamento de la no declaración de quiebra —igual que para las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y las de economía mixta— estriba en los intereses preponderantes del Estado sin mengua de los terceros, pero no implica necesariamente que la responsabilidad del Estado se convierta en ilimitada. Hay otro procedimiento y otros efectos, pero no se modifica por ello el grado de responsabilidad. Una prueba de lo afirmado es que la ley ha establecido expresamente, para las sociedades de economía mixta, la imposibilidad de la quiebra y la limitación de la responsabilidad estatal.

En cuanto a lo dicho por Mairal acerca del "velo societario", consideramos que esa teoría no se puede aplicar a la actuación del Estado, pues para que los tribunales prescindan de las formas de las personas jurídicas y de las consecuencias que de ellas resulten, deben haber sido empleadas para fines reprochables. La desestimación de la forma de la persona jurídica, queda limitada a casos concretos y verdaderamente excepcionales<sup>4</sup>.

Refuerza la tesis que venimos sosteniendo, el art. 2º de la ley 20.705, cuando dispone que las sociedades del Estado se someterán "en su constitución y funcionamiento" a las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de esa ley. No hay motivo apreciable para que un rasgo fundamental de dicho tipo societario como es la limitación de su responsabilidad, sea incompatible. Si no se diere ese rasgo, prácticamente no se cumpliría con la finalidad de la ley 20.705, que fue crear un ente diferente a los existentes.

El carácter público o privado que se quiera adjudicar a las sociedades del Estado —problema arduamente discutido por la doctrina— no influye en la conclusión a que se arriba en los párrafos anteriores.

**d) Sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria**

Esta sociedad no puede "ser declarada en quiebra" y la liquidación será cumplida por la autoridad administrativa

<sup>4</sup> CNCCom, Sala A, 20481, ED, 93-888.

que designe el Estado. Esta parca disposición de la ley 19.550 (art. 314) nada dice sobre la eventual responsabilidad del Estado por los pasivos no cubiertos.

En realidad, no existe tal laguna legal, ya que el art. 163 de la ley 19.550 tiene resuelto el problema: "los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas". No hay ninguna duda de que el Estado (en sentido amplio como resulta del art. 308 de la misma ley) reviste esa calidad de socio.

Algún autor distingue cuando el Estado tiene el 100 % del capital y cuando existe capital privado. En el primer supuesto el Estado respondería ilimitadamente y en el segundo no. No se advierte cuál es el sustento legal de esta distinción.

El hecho de que no puedan caer en quiebra estas sociedades no implica que se extienda la responsabilidad más allá de lo dispuesto en el art. 163 de la ley 19.550. Tampoco la liquidación hace extender la responsabilidad al patrimonio de los socios de una sociedad anónima. Además, ese 100 % de acciones en poder del Estado es contingente: la venta de acciones a los particulares —operación perfectamente legítima— o su compra, haría variar la responsabilidad del Estado hacia los acreedores. Es evidente que no puede quedar al exclusivo arbitrio estatal aumentar o disminuir su responsabilidad frente a los acreedores sociales<sup>2</sup>.

Por otra parte, sería incongruente que el Estado deba responder en forma ilimitada y los particulares que participan en la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, sólo por su aporte.

#### e) Sociedades de economía mixta

Respecto de los socios estatales, el *decr. ley 15.348/46* dice que la responsabilidad del Estado (imperfectamente el decreto ley habla de la "Administración Pública") se limitará exclusivamente a su aporte societario (art. 14).

En consecuencia, fuera de dicho aporte, no tiene el Estado obligación de contribuir al pago del pasivo resultante,

<sup>2</sup> Doomi, *Derecho administrativo económico*, t. I, p. 348, cita en apoyo de su tesis una sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Fallos, 252:280), que se refiere a un litigio entre la provincia de La Pampa y el Consejo Nacional de Educación, sin intervención de empresa o sociedad alguna. No puede entenderse como un pronunciamiento sobre el tema de este estudio.

concordando con la solución del art. 163 de la ley 19.550. Valen aquí los argumentos desarrollados en el apartado precedente.

f) *Sociedades anónimas regidas por las normas comunes de la ley 19.550*

Estas sociedades, aunque la participación estatal sea mayoritaria o del 100 % del capital, pueden ser declaradas en quiebra, con todas las consecuencias del caso.

La responsabilidad estatal se limita a los aportes, con plena aplicación del art. 163 de la ley 19.550.

g) *Entidades autárquicas*

Las leyes que conocemos que crean entidades autárquicas no contemplan la quiebra y en tal sentido son lógicas, pues operan en el campo de las potestades y no en el de la economía; por esencia, no pueden quebrar. Además, la ley de quiebras, incluye sólo a las personas de existencia ideal de carácter privado (art. 2º, ley 19.551).

El Estado responde ilimitadamente ya que no hay norma alguna que limite la responsabilidad de estos entes.

#### 4. *Dos cuestiones comunes*

Es interesante considerar cuál autoridad está facultada para apartarse de la limitación de responsabilidad que establece el art. 163 de la ley 19.550.

Como se sostuvo en líneas anteriores, en las sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y sociedades anónimas comunes, la responsabilidad estatal se limita a su aporte de capital. ¿puede alguna autoridad administrativa apartarse de esa limitación y disponer que el Estado responda ilimitadamente aunque sea sólo en el caso de una sociedad determinada?

Rotundamente respondemos que no. La limitación de responsabilidad está impuesta por la ley 19.550 y sólo una norma de igual jerarquía, es decir por ley del Congreso, se puede dejar de lado.

El poder administrador está obligado a dicha conducta y no hay otra norma que le otorgue la competencia de apartarse de la misma.

El que las sociedades con responsabilidad limitada, mencionadas a lo largo de este estudio, se encuentren excluidas de la quiebra, implica que los acreedores para compeler al pago de sus créditos, usarán las ejecuciones individuales embargando bienes y cobrando según el orden de prioridad.

Esto atenta contra el principio de la *pari condicio creditorum* e integridad patrimonial del deudor<sup>4</sup>.

La solución a este problema corresponde al legislador.

<sup>4</sup> Cámara. Héctor, *Sociedades de economía mixta*, B. A., Araya, 1954, p. 148.