

APROXIMACIONES A LAS RACIONALIDADES DEL CONTROL DE LAS ACTUALES EMPRESAS PÚBLICAS

ISAAC AUGUSTO DAMSKY*

§ 1. *REFLEXIONES INICIALES.* – En mi opinión, hablar del control de las nuevas modalidades de empresa pública argentina es una oportunidad para advertir, a través del caso concreto, este especial fenómeno de transformación del estado y de sus técnicas de actuación y gestión de los intereses públicos de fuerte sesgo “público-privado”, que viene abriéndose camino, progresivamente, en nuestra actualidad americana.

Tengo para mí, que no es posible analizar el nuevo diseño institucional de las modernas empresas públicas –de sesgo fuertemente casuístico–, precisamente porque no hay un marco general lo cual, lejos de ser criticable, constituye una de sus notas características: la complejidad propia de una impronta intensamente teñida de dinamismo, flexibilidad y amalgamamiento con las formas privadas y las prácticas de mercado, ya

* Profesor Adjunto Regular por Concurso de Derecho Administrativo de la F.D.C.S. - U.B.A. Miembro Fundador y Titular de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Miembro del Grupo Europeo de Derecho Público de la European Public Law Organization. Miembro honorario de las Asociaciones Nacionales de Derecho Administrativo de México y Nicaragua y de la Asociación Mexicana de Magistrados en lo Contencioso Administrativo. Consejero Editorial de Revistas Jurídicas especializadas en Derecho Público en México, Colombia y Ecuador. Profesor invitado en Universidades europeas y latinoamericanas. El autor agradece a la Profesora Miriam Ivanega el honor de su invitación, y en testimonio de sus enseñanzas y consejos le dedica las aportaciones contenidas en ésta colaboración, y la colaboración del licenciado Pablo Ceballos en la discusión de las generalidades de los aspectos técnicos de gestión de las nuevas empresas públicas y las aportaciones de la Dra Florencia Grigera respecto de la problemática contractual de estas empresas.

que desde siempre existen diferencias demasiado profundas entre las distintas clases de empresas públicas que están destinadas a tener importantes consecuencias sobre su diseño¹.

No obstante la empresa pública actual se diferencia de los anteriores modelos por el hecho de que la actualidad requiere del mayor dinamismo privatista apuntado². De allí que se juzgue con acierto la inconveniencia de haber acudido a los antiguos modelos –de sesgo eminentemente publicista– porque en tales regímenes de organización y funcionamiento de empresas y sociedades del Estado se desarrolló un sistema rígido o a lo sumo semirígido³. Estaban pensados para otro modelo de intervención del Estado, propio de las realidades de mediados del siglo xx, pero no para la agilidad del giro empresarial y negocial actual. Sin embargo, aquellos modelos tienen en común con la práctica de estos tiempos el dato de la complejidad de su estructuración en la que forzosamente se entremezclan criterios económicos y políticos, con criterios jurídicos y administrativos⁴.

¹ Ver Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 11, Buenos Aires, FDA, 2015, p. 361 y siguientes.

² Ampliar en Balbín, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, LL, 2007-675, quien explica que “el ropaje jurídico utilizado por el Estado –sociedades anónimas alcanzadas por la ley 19.550– tiene por objeto excluir, respecto de tales sociedades, la aplicación de las normas del derecho público, y así se dispuso expresamente en el artículo 1.º. Vale el recordar que las sociedades anónimas han sido reguladas por el legislador con el fin de establecer una forma instrumental para la actividad económica de orden privado. En particular, el régimen de las sociedades anónimas constituye entonces el marco jurídico para la realización de actividades comerciales que persiguen un fin de lucro y que, consecuentemente, son extrañas respecto del Estado y sus funciones”. Y concluye el autor: “¿Por qué, entonces, el Estado elige este modelo y no el de las sociedades del Estado? Hemos dicho que el sentido es utilizar un cauce más libre y menos riguroso; competir en mejores condiciones con el sector privado; prestar los servicios de modo más eficiente; y cumplir así mejor sus objetivos” (p. 685).

³ Para mayor abundamiento, Balbín, *Curso de derecho administrativo*, t. II, p. 672 y ss., al explicar el proceso de evolución de los antiguos regímenes de empresas públicas y su pervivencia residual.

⁴ Ampliar en Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, p. 359 a 483. La referencia a su obra es de importancia porque con una visión preclara ya cincuenta años atrás explicaba las racionalidades de porqué debía centrarse el estudio de las empresas del Estado en el análisis de resultados, lo que hoy entendemos como el control de gestión bajo criterios de eficiencia como núcleo del control sobre empresas públicas. Así, nos enseñaba que “no debe encararse la reforma de la legislación argentina sobre

Sin duda esta necesidad de adaptación a las nuevas racionalidades de dinamismo de mercado, pero con intensa preservación del interés público estatal, acaso, podría preliminarmente decirse que –desde la óptica del sistema de poder– obedece –entre varios otros condicionantes– a esa lógica de los tiempos actuales, de transformación de lo público determinada por el paso del anterior modelo estadocentrista a un modelo mercadocentrista según su especial modulación de contexto, acaso como una exteriorización del impacto operado por la globalización sobre las formas de actuación del Estado, de gestión de lo público y de mediación de los intereses públicos bajo nuevas técnicas en las cuales la división entre lo público y lo privado –en las últimas décadas– dejó de ser clara y pasó a ser difusa⁵.

las empresas del Estado antes de hacerse un análisis integral de qué resultados han dado, desde el punto de vista institucional, las distintas formas existentes, y antes de efectuarse un estudio económico y político sobre la base de los resultados de las observaciones jurídicas y administrativas que le preceden... es excesivamente simplista, y por lo tanto erróneo, creer que el problema de la empresa pública puede considerarse englobándolo en un solo tratamiento; no hay una gran cuestión de la empresa pública, sino que hay múltiples cuestiones de las variadísimas especies de empresas públicas posibles” (p. 360 y 361), lo cual lo moverá a decir respecto de su control: “un inadecuado conocimiento de las formas de descentralización había llevado en la práctica a un abuso de las formas de las empresas del Estado con desmedro del sistema; lo mismo cabe repetir ahora en lo que respecta a los controles. Un inadecuado conocimiento de los controles que es posible efectuar... forzosamente llevará a que no se podrá controlarlo eficientemente y entonces podrá equivocadamente pensarse que es el sistema que no funciona, cuando lo que falla es la forma de hacer funcionar el sistema” (p. 492).

⁵ Si bien nos excede en mucho un análisis extensivo de las inferencias y conexiones verificables entre la nueva modalidad de la empresa pública bajo forma privada y el paso de la tradicional organización pública estadocentrista al dinamismo del mercadocentrismo propio de los tiempos actuales globalizados –aún a pesar de las profundas crisis mundiales de principios de este siglo– lo cierto es que vale la pena, al menos, esbozar muy brevemente la conexión remitiendo a la edición 2010 de la obra del Gran Jurista europeo Sabino Cassese quien advierte: “La globalización no es solo económica, sino que se extiende a aquellas actividades consideradas tradicionalmente propias de cada Estado... si la economía ha sobrepasado los límites y fronteras nacionales, lo mismo cabe concluir respecto de los Estados... que no desaparecen de la escena, sino que participan, tanto en la fase constituyente de un nuevo régimen, cuánto en la fase ejecutiva. Sin embargo, una vez que el nuevo sistema se encuentra operativo, los Estados no intervienen de modo individual, sino que lo hacen en calidad de agentes de un organismo global... la globalización económica se ha desarrollado más rápidamente que la política, ¿qué puede decirse de la globalización jurídica?... la línea de separación entre la esfera pública y la privada no es clara” (Cassese, Sabino, “El derecho global,

Si la década de 1990 nos presentó la privatización de la empresa pública –paradójicamente– bajo un régimen de mercado derecho público⁶, la década siguiente nos trajo su reestatización, conformada bajo las formas del derecho privado y con un fuerte entrecruzamiento de derecho público y privado en términos de gestión⁷.

Sin embargo, esta marcha y contramarcha –privatización y re estatización– no se vio reflejada en los mecanismos de control, porque no se operó la consecuente adecuación que los nuevos tiempos –o mejor dicho la nueva empresa pública– requería. Por lo tanto la nueva realidad resulta, en lo que refiere al control, atendida por la vieja norma.

Así, la primera década del siglo XXI nos encontró campeando nuevas disfunciones provenientes de las sempiternas idas y vueltas de nuestra política y nuestra economía, que en su errático rumbo –y a los tumbo– tomaron de rehén a nuestro derecho público y, con él, a nosotros sus habitantes y destinatarios.

Ciertamente, como acaso en toda crisis hay una oportunidad de superación, en todo ello, se inauguró otra frondosa página de la historiografía jurídica nacional a través de los interrogantes generados por la

justicia y democracia más allá del Estado”, *Global Law Press*, Sevilla, Editorial, Derecho Global, 2010, p. 14, 15, 57, 78 y 236).

⁶ Ver Salomoni, Jorge L., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, quien explicó: “La Constitución argentina reformada en 1994, reintrodujo explícitamente el concepto servicio público en el propio plexo normativo... Esa incorporación explícita de tal concepto permite sostener... que en nuestro sistema constitucional dicha institución jurídica goza de buena salud” (p. 345). “Resulta claro la naturaleza jurídico pública de las relaciones que se entablan entre el Estado concedente y el particular concesionario o licenciatario y respecto de los bienes públicos integrantes de la exploración. Todo ello dentro de un régimen jurídico administrativo, que excluye toda institución de derecho privado” (p. 352).

⁷ Ver Stortoni, Gabriela, “¿Contratos públicos de las sociedades del estado?”, en AA.VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2014, p. 239 a 270, quien dijo: “Entonces aparece la idea de que el Estado Empresario, al adoptar estructuras jurídicas propias del derecho privado... las regirá por el derecho privado en sus actos y contratos, del mismo modo. ¿Esto es así?” (p. 239). “Será, entonces, que a la pregunta que titula este artículo... deberá responderse que estos podrán ser públicos o privados en su contenido y ejecución, pero nunca podrán eximirse de las reglas de derecho público en materia de su formación de la voluntad de contratación, procedimiento de contratación y adjudicación del contrato” (p. 270).

nueva empresa pública⁸. En su honor serán las aproximaciones que seguidamente esbozaré.

§ 2. *UN PUNTO DE PARTIDA: LA LEY DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y EL CONTROL DE LA EMPRESA PÚBLICA.*—El modelo de intervención estatal en la economía inaugurado en la primera década de este siglo, se desarrolló sin que se hubieren operado las consecuentes y necesarias adecuaciones al anterior sistema de control público, el cual aún se encuentra vigente. Es el instituido en 1992 por la ley de administración financiera.

Debe advertirse que el sistema de gestión y control de la ley 24.156 fue pensado para acompañar la finalidad de entonces de “achicamiento” del Estado, exteriorizado en el objetivo de implantación de una reforma administrativa intentada como correlato del anterior modelo de Estado mínimo privatizador. Por tal razón, no reconocía como eje central la necesidad de atender los diversos aspectos atinentes a la gestión y control de las haciendas productivas⁹. Su objetivo principal se centraba, insisto, en acompañar al proceso de reforma administrativa acometido al inicio de la década de 1990.

Consecuentemente, la arquitectura de la norma se focalizó casi en forma exclusiva en el así denominado fortalecimiento de las estructuras administrativas principales —las que pasó a denominar sector público¹⁰— y en la modernización de las técnicas y los procedimientos de administración, gestión, contabilidad y finanzas públicas de los estamentos burocráticos de la Administración pública activa, integralmente considerada —a las que trató como sistemas y subsistemas—¹¹.

⁸ Corresponde reconocer en Balbín al primer tratadista del derecho administrativo argentino del siglo XXI en abordar sistemáticamente la cuestión de la nueva empresa pública, inaugurando el análisis pormenorizado de los principales ejemplos societarios públicos en la primera edición de su ya célebre *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 674 a 691).

⁹ Resultan ilustrativas las previsiones generales contenidas en los arts. 2° (materias), 4° (objetivos) y 9° (estructuras) de la ley 24.156.

¹⁰ Ver la definición de “sector público nacional” contenida en la redacción originaria del art. 8° de la ley 24.156.

¹¹ Ver la caracterización de las principales técnicas de la hacienda y la contabilidad pública como “sistemas” a partir del art. 5° de la ley 24.156 y su proyección en bloque en todo el articulado de la ley.

Coherente con ello, se implantó la técnica de auditoría centrada en el “control de las actividades” a revisar a ejercicio vencido bajo la exclusiva modalidad de control posterior, suprimiendo la anterior técnica de “control sobre los actos”, ejercida con carácter previo y concomitante por el extinto Tribunal de Cuentas.

Las empresas privatizadas quedaron prácticamente excluidas del sistema control público instaurado, de tal suerte que la ley de administración financiera solo previó un control externo, bajo un marco de conocimiento estrictamente circunscripto “a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos” en cabeza únicamente de la Auditoría General de la Nación¹². En la racionalidad del anterior modelo ello era comprensible, porque la titularidad del ejercicio del control de las privatizadas recaía formalmente en los entes reguladores –tal como contemplaban los respectivos marcos regulatorios–, pero sustancialmente en los hechos era ejercido por el Poder Ejecutivo por medio del control de tutela e intervención.

De allí la razón de la apuntada atención residual que la ley 24.156 brindó al control de las privatizadas, exteriorizado ello en la consecuente orfandad de provisiones específicas orientadas al fortalecimiento, optimización y modernización de los procedimientos y estructuras de gestión y control necesarias para contenerlas. Prueba de ello se encuentra en la disposición contenida en el art. 2º del decr. 1957/92 que posibilitó sostener la supresión del control de gestión sobre la empresa privatizada.

Una década después, ya entrado el siglo XXI, superado el modelo privatizador y opacada la matriz de los entes reguladores, las técnicas de control previstas en el régimen de administración financiera quedaron como las únicas herramientas de control, pero evidenciando su insuficiencia para aprehender por sí solas al nuevo modelo llamado a revisar. Ello debido al apuntado carácter residual o accesorio de su previsión originaria. Hoy, el solo sistema de control del régimen de administración financiera revela su impotencia para atender a esta nueva realidad de máxima autonomía y operatividad propia del desarrollo de negocios y

¹² Ver el art. 117 de la ley 24.156 que estipula en su parte pertinente: “Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de... los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos”.

de asociación con capitales privados. Precisamente porque la nueva empresa pública reviste mayor autonomía que las tradicionales formas empresariales del Estado¹³. Las anteriores fórmulas al traducir muchos más atributos propios de derecho público revestían cierta compatibilidad con las técnicas tradicionales de control, afines a la actuación de aquellas prerrogativas y potestades públicas¹⁴.

Entonces, no se trata solamente de someter nominalmente la empresa pública a la jurisdicción del controlador sino, además y principalmente, de desarrollar mecanismos apropiados para atender un fenómeno que es claramente novedoso como lo es el de la empresa pública bajo la forma exclusivamente privada de la sociedad anónima que, por tanto, reviste técnicas de actuación diferenciadas de los anteriores modelos societarios estatales. Se verifica una necesidad de actualizar las técnicas existentes para posibilitar un mejor control de estas nuevas haciendas productivas, con más inmediación, con ampliación de las tipologías de controles para una mayor especificación de los alcances y marco de conocimiento de aquellos controles que resultan realmente apropiados para atender, fortalecer y optimizar a la nueva empresa pública. Aquí el problema y la razón de ser de las siguientes aproximaciones en torno a las conexiones verificables entre sociedad civil y empresa pública en una relación dialógica de un control que se propone pensar desde el sistema de los derechos *vis a vis* algunos interrogantes que plantean los postulados de eficiencia. Ello lo pienso como una aportación que permita superar el déficit verificable del control de la nueva empresa pública.

§ 3. *EMPRESA PÚBLICA Y SOCIEDAD CIVIL.* — Así planteadas las cosas creo oportuno formular una aproximación al tema desde la óptica del sistema de derechos. Es decir, el control de la empresa pública pensado

¹³ Bien sean las sociedades de economía mixta de la ley 15.349, las empresas del Estado de la ley 13.653, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria de la ley 19.550 y las sociedades del Estado de la ley 20.705, en todas ellas se evidencian mayores matices públicos que en la modalidad actual.

¹⁴ No obstante es importante reparar en el señalamiento de Storioni, quien sostiene respecto de éstas nuevas formas y la denominación propuesta por un sector de la doctrina que no obstante tratarse de sociedades anónimas “la mayor injerencia estatal nos estará poniendo nuevamente frente a las formas de gestión ya aplicadas en el pasado y que la jurisprudencia, como veremos, sometió al régimen de derecho público” (Cfr. “¿Contratos públicos de las sociedades del Estado?”, en AA.VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, p. 247).

no desde la organización administrativa, sino desde los derechos de las personas y la sociedad civil, en el entendimiento de que, frente a la debilidad de los controles públicos, ha de reflexionarse en torno de la importancia de promocionar la apertura de cauces adecuados de participación e intervención directa en el control por parte de quienes fungen como acreedores de las necesidades colectivas llamadas a cubrir por la empresa pública. Se trata de invitar a analizar una cuestión todavía no conectada o no suficientemente discutida determinada por la necesidad de producir un nivel adecuado de apertura de estas nuevas empresas públicas a la sociedad civil para posibilitar un nivel de intervención y control social adecuado en orden al afianzamiento del mandato constitucional de protección de los intereses económicos de los usuarios contenido en el art. 42 de la Constitución reformada.

A poco que consideremos que nuestras modernas constituciones están transitando del tradicional modelo “constitucional representativo” —en el que el pueblo solo deliberaba y gobernaba mediante sus representantes— a un nuevo modelo “constitucional participativo” —cuyo eje se centra en la persona humana como acreedor de toda relación de derecho público— podremos verificar la racionalidad de lo expuesto y la coherencia de este hito que estamos proponiendo: el reconocimiento de un nivel de intervención efectiva del individuo en las acciones de control público.

Entonces, desde el sistema de derechos aprecio la necesidad de abordar el impacto que poseería sobre el control de la empresa pública —en orden a sus ratios de legitimidad— el paso del anterior modelo constitucional democrático representativo tradicional clásico a la nueva racionalidad constitucional deliberativa participativa¹⁵, progresivamente

¹⁵ Sobre la justificación del modelo democrático deliberativo participativo, ver Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998; *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Trotta, 2000; *Verdad y justificación*, Madrid, Trotta, 2002, para quien “la democracia no es un mero agregado de intereses o preferencias sino un complejo mecanismo deliberativo para definir qué preferencias, qué instituciones, qué políticas públicas están o deben ser justificadas”; Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997; Haberle, Peter, *Pluralismo y constitución*, Madrid, Tecnos, 2002; Pettit, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999; Fearon, James, “La deliberación como discusión”, en Elster, Jon, *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001; Porras Nadales, Antonio, *Representación y democracia avanzada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, *Cuadernos y Debates*, nº 50, 1994; Cárdenas Gracia, Jaime, “El

sugerida por la fuerza expansiva del orden público supranacional de los derechos humanos a partir de nuestra reforma constitucional de 1994¹⁶. Esto porque el sistema general de control público vigente no vincula a la sociedad civil a la relación de control público¹⁷. Entiendo que esta cuestión debe discutirse en el marco del control de aquellas nuevas empresas públicas cuyo objeto se relacione con la atención de necesidades de interés general¹⁸.

modelo participativo deliberativo”, *Cuestiones constitucionales*, n° 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas-U.N.A.M., México, jul.-dic. 2004.

¹⁶ Ampliar en Bidart Campos, Germán J.-Sandler, Héctor R., *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, EDIAR, 1995; especialmente en Rajland, Beatriz Constante, Liliana, *Mecanismos de democracia semidirecta*, p. 169 a 181; Aguila, Juan C., *Fundamentos interpretativos de la reforma constitucional*; Bidart Campos, Germán J.-Gil Domínguez, Andrés (coords.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, LL, 2001; Amaya, Jorge A., *Derechos y participación política en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*, p. 43 a 67.

¹⁷ En ocasiones pasadas he considerado que se perciba o no, “la resignificación de los derechos de participación en el control se opera en nuestro sistema por intermedio de un auténtico orden público supranacional... Ello determinará que estos nuevos derechos adquieran un contorno más preciso mediante el establecimiento normativo de su contenido y el reconocimiento de su titular, unido a una tutela institucional que será provista por las reformas introducidas en el sistema de poder y la provisión de los consecuentes cauces para su ejercicio... Como es sabido, dado que los instrumentos internacionales señalan un contenido básico de los derechos, el reconocimiento de la participación de modo alguno permite apreciar al desarrollo de estas garantías como un proceso acabado. La importancia de este tercer núcleo finca entonces en que convierte al reconocimiento normativo de los derechos en un proceso dinámico, en construcción y expansión permanente, en el cual es el nuevo orden público supranacional el que recaba de los estados el deber de garantizar lo necesario para su efectivo desarrollo. Corolario de lo expuesto será la imposibilidad de reversión de los umbrales de protección alcanzados por el sistema interamericano de los derechos humanos” [Damsky, Isaac A., “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994”, en Bidart Campos-Gil Domínguez (coords.), *A una década de la reforma constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 2004, p. 171 y siguientes].

¹⁸ Se trata de efectivizar las conexiones verificadas en el plano constitucional entre los derechos de participación e intervención especificados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las derivaciones concretas de los postulados dialógicos del modelo democrático-participativo y deliberativo trazado en dicho plano supranacional a partir de las racionalidades filosófico políticas en el pensamiento de Habermas, Rawls, Habermas, Nino, entre otros autores *supra* citados [ampliar en Damsky, “Revitalización del procedimiento administrativo: nueva legitimidad democrática, expansión tecnológica y rol del abogado”, en Alonso Regueira, Enrique,

Así es importante destacar que la sociedad civil y los particulares solo tenemos reconocido –y con cortapisas– el derecho de acceso a la información pública, más un errático conjunto de derechos de participación¹⁹ que en el ámbito de la Administración confluyen, con carácter principal, en débiles mecanismos de acceso a la información y en el sistema de audiencias públicas si bien, en este último caso, con la previsión de ausencia de vinculatoriedad de la decisión para con las conclusiones que se viertan en el acta de cierre. Ahora bien, estos incipientes reconocimientos de mecanismos activos de participación, unidos a una legitimación procesal administrativa de carácter amplio y en progresiva expansión, nos permitiría inferir que no resultaría descabellado sostener que el próximo paso sea lograr el desarrollo de mecanismos efectivos de intervención –no ya la sola participación– en algunas de las instancias que integran los ciclos de control público dentro del modelo actual, tal como ha ocurrido con ensayos de auditoría ciudadana, las cuales fracasaron por el desaliento de su nula vinculatoriedad.

El control público, entonces, creo que no puede ser más pensado como una potestad exclusiva y excluyente de la organización administrativa tradicional. Piénsese en el modelo vigente, el desarrollado en la ley de administración financiera que atribuye con exclusividad la titularidad de su sistema de control en sus arquetípicos organismos: Auditoría General, Sindicatura General y Unidades de Auditoría Interna, principalmente²⁰. De allí, discutir el control de la empresa pública trata tam-

(coord. gral.), *El control de la actividad estatal. Ciclo de Debates "Dr. Omar Dalmazzo"*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2016].

¹⁹ Ampliar en Ivanega, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, RAP, 2013, p. 142 y siguientes. La autora nos enseña que “en el ámbito nacional aún no se ha dictado una ley general marco de participación ciudadana, sin perjuicio de que existe un plexo normativo sustentado en la Constitución Nacional que implícitamente lo prevé en los arts. 1º, 14 y 33 y en forma expresa en los artículos 38, 41, 42, 43, 75, inc. 22... En realidad este principio se ha convertido en el paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas y se instaló en diversas dimensiones del vínculo entre los gobiernos y los ciudadanos. La participación forma parte del proceso denominado gobernanza que marcó cambios en las sociedades y en los poderes públicos”.

²⁰ Respecto de las condiciones de operatividad del sistema de control público de auditoría y su diseño institucional instaurado por los regímenes de administración financiera, me remito a lo dicho en Damsky, “La jerarquización constitucional del con-

bién de invitar a pensar el derecho a que se reconozca un nivel aceptable de participación e intervención en la planificación, en la faz previa de la gestión –comprendiendo la definición de objetivos y metas– y en los procedimientos de un control público que no puede ser ya más entendido como una actividad privativa del sistema de poder sino que debemos comenzar a pensarlo como un derecho.

Por ello es la necesidad de reparar en el cambio de paradigma constitucional.

Es que tal como se viene proponiendo, el paso del tradicional modelo constitucional originario, propio del constitucionalismo clásico, estructurado sobre la base de los postulados de la democracia representativa, al nuevo constitucionalismo humanitario que propicia transformaciones hacia un modelo abierto y dialógico en términos de democracia deliberativa participativa extiende los confines de la legitimidad de la persona y la sociedad civil en pos del reconocimiento de niveles adecuados de participación e intervención en el diseño de las políticas públicas, la programación, la gestión y muy especialmente en el control público. Si la empresa pública conforma un efector de implementación de políticas públicas y de atención de necesidades colectivas, de ello debe seguirse la legitimidad social de reclamación de un lugar para ser oída²¹, especialmente en la planificación y el control.

trol en la Ciudad de Buenos Aires. Sobre la Auditoría General. Análisis del sistema y breve referencia al control del financiamiento de la actividad política”, en Bidart Campos - Gil Domínguez (coords.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, p. 277 a 308.

²¹ Tal como enseña la Profesora María Jeanneret de Pérez Cortés: “los recursos públicos son propiedad de todos y, si no se los siente como propios, falta el incentivo para cuidarlos... En definitiva, enfocado el tema desde un punto de vista estrictamente crematístico, puede afirmarse que los incentivos para que el gasto público en el sector estatal sea eficiente se encuentran aletargados: por un lado, juega la premisa de que un gran administrador no se va a llevar todas las ganancias que su accionar genere, como tampoco asumirá las pérdidas quien sea ineficiente; por el otro lado, no hay control eficiente de la gestión. ¿A qué estímulos deben recurrirse?... Es imprescindible: ... a) Hacer realidad el deber del Estado de dar a publicidad e informar sus actos y el derecho del ciudadano al libre acceso a la información producida por el Estado, con reconocimiento de una legitimación amplia al efecto... c) Fortalecer la participación ciudadana y de los medios de comunicación” (“Eficacia, eficiencia y ética”, en AA.VV., *Función pública y dominio público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2012, p. 44 a 46).

§ 4. *EL CONTEXTO DEL CONTROL DE LA EMPRESA PÚBLICA. EFICIENCIA Y CONTROL DE GESTIÓN.* – Sin duda el control público de las primeras décadas del siglo XXI encuentra, entonces, en las nuevas empresas y sociedades anónimas del Estado una nueva arena en la cual medir sus fuerzas transformadoras. La adopción de este nuevo modelo de empresa pública bajo la arquetípica forma iusprivatística de la sociedad anónima comercial pura pone al control público y sus técnicas ante una nueva realidad de cambio y adaptación orientada a superar las deficiencias apuntadas del régimen vigente, al tiempo de incentivar la participación e intervención activa de la sociedad civil. Y no se me escapa que, vinculado al control, al mismo tiempo el actual diseño de la empresa pública constituye una primera fase orientada a operar el dinamismo y flexibilización de las formas de organización de las haciendas productivas adecuadas e idóneas para posibilitar, acaso, un ulterior desarrollo de mecanismos de asociación público privada, como nuevo modelo de gestión de las actividades económicas serviciales públicas y de interés público, tal como viene abriéndose camino en toda Latinoamérica y se encuentra ya muy consolidada en toda Europa a través de las relaciones contractuales de *partenariat* público privado²².

Por eso, esta nueva empresa pública le plantea nuevos desafíos al control público. Le provee nuevos horizontes de expansión, nuevos ámbitos de control y con ello la necesidad de efectivizar ciertas técnicas de control superadoras de las tradicionales prácticas de controles de legalidad o de carácter financiero o contable puro²³.

²² Ver Damsky, “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, cronycapitalism y alteración de la gobernabilidad económica”, *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional A&C*, Belo Horizonte, año 2007, n° 27, ene.-mar. 2007, p. 11 a 42, y “Breve caracterización de las nuevas modalidades de contratación públicas en Argentina”, en Fernández Ruiz, Jorge - Santiago Sánchez (coords.), *Contratos administrativos. culturas y sistemas jurídicos comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 71 a 96.

²³ Ver Damsky, “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, *EDA*, 2009-546; “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Aproximación a la crisis y transformación del control”, en *Control de la Administración Pública. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México 2007, p. 141 a 173, y “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Los nuevos horizontes del Defensor del Pueblo”, en Cisneros Farías, Germán - Fernán-

Esta nueva racionalidad aspirada por el nuevo modelo de empresa pública, en mi opinión, requiere entonces resignificar y reconfigurar la técnica del control de gestión como instrumento de medición de eficiencia empresarial pública en términos de resultados exitosos entendidos como el logro del máximo nivel de satisfacción posible de necesidades colectivas llamadas a cubrir.

a) *Las convenciones internacionales contra la corrupción.* Debe advertirse que esta estructura²⁴, si bien se encontraba normativamente positivizada en los regímenes de administración financiera –sin perjuicio de las inferencias sostenidas a partir de la enmienda al art. 2º, decr. 1957/92– y universalmente aceptada por la doctrina²⁵, no es otra cosa que la plasmación de postulados propuestos por los organismos internacionales y que merecieron luego reconocimiento, fronteras afuera y con vocación de supranacionalidad²⁶, tanto en la Convención Interameri-

dez Ruiz, Jorge-López Olvera, Miguel A. (coords.), *Ombudsman Local. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007, p. 151 a 177.

²⁴ Ampliar muy especialmente en el meduloso análisis realizado por Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, p. 79 a 84.

²⁵ Ver Damsky, “La jerarquización constitucional del control en la Ciudad de Buenos Aires”, en Bidart Campos-Gil Domínguez (coords.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, p. 277 a 308. En esa oportunidad siguiendo las nociones universalmente aceptadas –explicitadas desde el derecho público por Santamaría Pastor y desde la economía en el pensamiento de Samuelson, principalmente– se dijo respecto de los principios de eficacia y eficiencia que “su inclusión en el texto constitucional y en la ley 70 como parámetros del control administrativo invitan a pensar que a la Administración pública se le exigirá ahora la producción de un determinado resultado efectivo: surge así la ‘efectividad’, el ‘éxito’ como criterio de legitimidad de su actuación. Sin entrar en detalles señalaré que suscitó el rechazo de sectores que tachan a tales principios de perversos criterios de medida y que asimismo carecen de un contenido y alcance determinado. Deben identificarse ambas nociones. Por eficacia se evoca la producción intencionada de una realidad adecuada a un objetivo prefijado. Así mientras ésta alude a la producción real de un efecto, la eficiencia se refiere mas bien a la idoneidad de la actividad –o de los medios– dirigida a dicho objetivo. Siguiendo un criterio económico podría decirse que eficiencia es la utilización de los recursos económicos que reporta el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y la tecnología dados. Mide, pues, la capacidad o la cualidad de la actuación de un sistema o sujeto económicos para lograr el cumplimiento de un objetivo determinado, minimizando el empleo de recursos” (p. 282).

²⁶ Ampliar en Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 11, p. 77 y ss., quien nos enseña: “La Convención Interamericana contra la Corrupción tiene una larga

cana Contra la Corrupción (CICC) cuanto la consecuente Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

Así, en el primer caso, siguiendo el pensamiento de Gordillo corresponde reconocer que toda la CICC atraviesa íntegramente a la función pública y pone bajo su normación a todo el quehacer estatal sin distinciones respecto de la forma adoptada para ello. Queda comprendida la empresa pública. La estructuración amplia de las definiciones generales sobre "función pública" y "funcionario público"²⁷ presentadas en su artículo I con total sencillez y claridad expositiva despeja toda duda. No puede postularse una interpretación en contrario dada la simetría conceptual contenida en la enunciación expresa del art. 2º, inc. a de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ello impacta a la empresa pública en su modalidad actual a pesar de las formalidades de estructuración bajo el molde de las sociedades anónimas comunes ya que sus objetos, recursos, bienes, metas y finalidades están siempre en mayor o menor medida teñidos por atributos de carácter público y son innegables efectores de políticas públicas²⁸.

prosapia en el derecho norteamericano del cual proviene... Luego de la caída del Estado de Bienestar producida por los condicionamientos económicos y financieros que se agravan en un entorno supranacional... es casi un silogismo el que lleva a la necesidad de atacar a la corrupción y otros fenómenos que se vinculan a ella, en especial el gasto ineficiente o dilapidador... Estas normas modifican explosivamente el régimen de la ley de administración financiera del Estado, reforman sustancialmente los regímenes de contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos... alcanzan a los organismos de control... inciden en la relación con los usuarios de los concesionarios y licenciatarios en situación de monopolio o exclusividad en la prestación de servicios públicos... pensamos que en los países alcanzados por sus normas corresponde incorporar su análisis como uno de los temas generales del derecho administrativo positivo [...] Es pues urgente, muy urgente, que los abogados conozcamos sus normas y principios" (t. 11, p. 79 a 81).

²⁷ CICC, "Art. I: Definiciones: Para los fines de la presente Convención, se entiende por: 'Función pública', toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. 'Funcionario público', 'Oficial Gubernamental' o 'Servidor público', cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos".

²⁸ Se ha dicho que: "si bien en el caso de las sociedades anónimas de propiedad estatal el interés público es alcanzado mediante objetos privados y reglas propias de

Siendo así, se impone apreciar la fuerza normativa de la Convención respecto de las cuestiones de fondo que nos interesan, en orden a la elucidación de los parámetros de eficiencia que presiden al control de esta renovada forma de actuación pública.

Veamos por ejemplo, el art. III, inc. 1º exige un correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, evitar conflictos de intereses, asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, con actos que lleven a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios y en la gestión pública²⁹.

Destaco que en ambos instrumentos se especifican asimismo dos elementos importantes. Primero, la asimilación de toda forma empresarial pública a la noción de función pública, en los términos generales establecidos en el art. I de la CICC, y explicitados en el art. 2º, inc. a, de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, al enunciar la

derecho privado, tras éstos existe un claro interés colectivo que es contenido y explicitado por el derecho público. Así cuando el legislador dice cuál es el régimen aplicable en términos parciales, éste debe completarse con el derecho público en razón del sujeto (Estado) y el fin colectivo de las sociedades (interés colectivo)” (Cfr. Stortoni, “¿Contratos públicos de las sociedades del Estado?”, en AA.VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, p. 257, con cita de Balbín, *Tratado*, y de la obra del profesor Alberto Bianchi). En sentido coincidente, ver Carbajales, Juan J., *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal*, Buenos Aires, RAP, 2011, p. 45. Señala el autor: “Fueron creadas una serie de sociedades anónimas enmarcadas expresamente dentro de la ley 19.550 que son de propiedad exclusivamente estatal, pero no están encuadradas dentro de la especie de las SAPEM (sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria)... una de las técnicas utilizadas vuelve a ser la creación de empresas públicas pero ahora bajo una nueva modalidad jurídica, a saber: las sociedades comerciales regidas por la legislación común a todas las sociedades anónimas, pero que, además de su forma privada, tienen –de hecho– fuertes atributos de carácter público, sea en lo que se refiere a su forma de creación o a la propiedad de su capital, como a su finalidad o al control al que están sometidas”.

²⁹ Cfr. enseña Gordillo: “Aunque estas y otras obligaciones aparezcan prima facie remitidas a las normas internas, su manifiesta claridad demuestra que son inmediatamente operativas, porque ninguna ley interna hace falta para saber qué conceptos jurídicos indeterminados o principios jurídicos tales como los enunciados son perfectamente aplicables por la justicia nacional o en su caso extranjera. Ninguna norma reglamentaria hace falta para aplicar esa plétora de principios jurídicos. No debe llamar a confusión que el art. III hable de medidas preventivas: son preventivas de la corrupción *strictu sensu*, pero son operativas” (*Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 88).

expresa inclusión de las empresas públicas³⁰. Y, segundo, se les reconoce como objetivo de la gestión pública empresarial la consecución de una gestión eficiente, conforme el art. III, inc. 5° de la Convención Interamericana Contra la Corrupción³¹ y la previsión contenida en el art. 5.1. de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción³², norma ésta última que asimismo explicita el deber del legislador nacional de prever específicos mecanismos de participación ciudadana en el control.

b) *Control de gestión. Bases constitucionales y ley de administración financiera.* En simetría conceptual con lo dicho tenemos para el ámbito interno inscripto en la letra del art. 42 de nuestra Const. nacional reformada el mandato: “*Las autoridades proveerán... al control... de la calidad y eficiencia de los servicios públicos*”, a lo que se agrega el gran objetivo trazado por la ley de administración financiera 24.156 de “garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficacia y eficiencia en la obtención y aplicación de los recursos públicos”. No se nos escapa que tales objetivos y deberes conllevan también el deber de observancia de comportamientos éticos³³.

Este marco normativo, sin duda, debiera fungir como *ratio* de la actuación de las empresas públicas. Constituye un plexo jurídico de deberes positivos exigibles por parte de la sociedad civil. Estamos hablando de

³⁰ La norma establece en su parte pertinente: “Por ‘funcionario público’ se entenderá... ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública”.

³¹ Al estipular la obligatoriedad de los Estados nacionales de desarrollar: “Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas” (ampliar en Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 87).

³² La norma establece: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”.

³³ Jeanneret de Pérez Cortés, “Eficacia, eficiencia y ética”, en A.A.VV., *Cuestiones de organización estatal*, p. 42; con cita a los trabajos del profesor español Jaime Rodríguez Arana, “La ética en la modernización de las administraciones públicas”, *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, vol. 11 y del profesor uruguayo Carlos Delpiazzo, “El derecho administrativo como garante de la ética pública”, *EDA*, 2011-499.

deberes que reconocen como contracara un conjunto de derechos fundamentales positivos y exigibles que también se subsumen en un derecho especificado en el propio art. 42 de la Constitución reformada: el derecho a la protección de los intereses económicos del usuario en la relación servicial pública³⁴ que se encuentra ínsitamente conectado al deber de eficiencia. Dota así de contenido, objeto y finalidad al deber de eficiencia en tanto base del control de gestión de las empresas públicas cuya actividad posea cariz servicial público o traduzca el acometimiento de actividades económicas de interés público³⁵.

Así planteadas las cosas, corresponde decir que esta interdependencia jurídica establecida entre el derecho a la protección de los intereses económicos vis a vis la eficiencia estructurada bajo los postulados del control de gestión opera, en lo atinente a la evaluación del desempeño de la empresa pública, aquella transformación magistralmente advertida por Gordillo: de la tradicional y anterior obligación administrativa de medios³⁶ —otrora centrada en el estricto apego a las formas procedimentales esenciales— se pasará a una obligación de resultados determinada por el análisis de la eficiencia del gasto o inversión pública y del nivel de satis-

³⁴ Ampliar en Salomoni, "La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: el caso de las pestadoras privadas de servicios públicos", *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo, 28/10/2003.

³⁵ Es importante que en materia de empresas públicas se efectúe la necesaria distinción que explicitan reconocidos autores como la profesora Estela Sacristán quien con su característica claridad y concreitud explica: "es posible diferenciar empresas estatales cuyo objeto sea la prestación de un servicio público o de alguna clase de servicio calificado como de interés general, y empresas estatales cuyo objeto sea prestar otra clase de servicio, o bien llevar a cabo una actividad típicamente industrial o comercial... En síntesis, podríamos preguntarnos, en el marco de esas asimetrías, si los recaudos de eficiencia fijados en el art. 42 de la Const. nacional aplican solo a los servicios públicos cuando media prestación privada, o también cuando media prestación estatal mediante, por ejemplo, una empresa estatal, y, en caso de adoptarse la postura amplia, que exige eficiencia en uno y otro caso, podríamos preguntarnos si esa eficiencia es exigible cuando media prestación estatal de un servicio no calificado como público" (Sacristán, Estela, en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal*, p. 106 y 107).

³⁶ Explica Gordillo: "En nuestra clásica legislación de contratos administrativos se exigía solamente una obligación de medios: cumplir un determinado procedimiento de contratación... nada exigía la ley interna al agente público en cuanto al objeto mismo de la contratación y sus efectos para la sociedad, su relación costo-beneficio, su relación con precios internacionales" (*Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 86 y 87).

facción de los resultados, metas y cometidos alcanzados sobre la base de los objetivos trazados en la planificación previa de gestión traducidos en el nivel de cobertura de las necesidades colectivas de la población beneficiaria y destinataria de sus prestaciones.

Esto es importante porque, siguiendo a Gordillo, la ilegalidad o ilegitimidad de una gestión no estará solo determinada por el desapego a las formas y los procedimientos sino por la comprobación de gestión ineficiente, dispendiosa, antieconómica³⁷. Es decir, la eficiencia como categoría fundante de legitimidad se conecta con la finalidad de satisfacción apropiada de necesidades colectivas.

La amplia diversidad de casos de participación estatal en la economía y el desarrollo, nos evidencia que el control público debe adaptarse y repensarse para cada caso. Los controles tradicionales de legalidad y financiero, deben adecuarse a la naturaleza, fines, y objetivos de cada modalidad de intervención, apuntando a un control de gestión. Sin embargo, esto nos abre un nuevo abanico de interrogantes. ¿Cómo se definen y explicitan los objetivos y metas de gestión, sobre cuya base se realizará el control de gestión?

Y ello plantea un desafío muy interesante porque, para mí, el principal reto que tiene ante sí el control de la nueva empresa pública se determina por la búsqueda de las técnicas de control de gestión más adecuadas para construir en cada caso los parámetros de medición apropiados para operar una evaluación de la gestión por resultados frente a cada objetivo concreto trazado para cada situación concreta de cada una de las empresas públicas singularmente consideradas.

Sin duda, la herramienta del control de gestión y su evaluación por resultados bajo la *ratio* de eficiencia se presenta como uno de los principales desafíos en materia de control de la nueva empresa pública³⁸.

³⁷ Prosigue Gordillo: "Ahora la CICC, norma supralegal operativa, impone una obligación de resultado, cual es la eficiencia del gasto o inversión pública en la contratación estatal... Por ende, la ineficiencia es ilegal y genera responsabilidad... por contrariar en ambos casos el requisito que, en el segundo supuesto, exige el art. III inc. 5° de la CICC" (*Tratado de derecho administrativo*, t. 11, p. 87 y siguientes).

³⁸ Ampliar en el trabajo de Juan José Carbajales, quien sostiene: "Una adaptación a las nuevas necesidades sociales, así como al marco constitucional emergido de la última reforma, impone la adopción de un perfil distinto para las empresas del Estado, a saber: chicas, profesionalizadas y eficientes. Ello, a partir de asumir esta última propiedad, esto es, la eficiencia, como una condición sine qua non de toda gestión econó-

c) *Las transformaciones del derecho público actual y el control de gestión.* Llegado hasta aquí diré que a todo este nuevo contexto fenomenológico del control de la nueva empresa pública se agrega el progresivo reconocimiento de nuevos sujetos co- titulares del interés público implicados en la relación de control como tributario del explicitado paso del modelo constitucional originario democrático representativo al democrático participativo. Unido a ello se encuentra a estos verdaderamente nuevos poderes públicos provistos de poderes de imposición e intervención más intensos, sofisticados e imperceptibles que las tradicionales y previsibles técnicas de gestión³⁹, provenientes del derecho público clásico, e imperantes hasta las últimas décadas del siglo XX.

De esta manera, pensado el control de la empresa pública desde el sistema de poder, tenemos que el inveterado “cariz funcional público” del control plasmado en el incólume sistema vigente de 1992 –la ley de administración financiera–, que se encuentra determinado por la sempiterna interdependencia sistémica existente entre “organización administrativa de control” y la “organización administrativa de gestión”⁴⁰ deter-

mica actual... se presenta ahora como un condicionamiento que ha dejado su impronta en el campo social, por lo que... cabe reconocer que la demanda de eficiencia persiste aún en esta primera década del siglo XXI” (Cfr. *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal*, p. 106).

³⁹ Especial referencia merece el pensamiento del célebre profesor catalán Juan Ramón Capella cuyo realismo permite comprender los fundamentos reales de la actualidad de un proceso gestado décadas atrás e ínsitamente conectado a fenómeno de la globalización y los nuevos campos del poder real *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997, especialmente su cap. V, “Poder y derecho en Babel”.

⁴⁰ En ocasiones pasadas he considerado que esa interacción se construye a partir de la concurrencia simultánea de dos factores: coordinación y evaluación de manera de lograr que “el objeto central del control sea el examen de la coherencia entre los objetivos, los procedimientos y los resultados del accionar administrativo. De tal forma se podrá evaluar la conformidad de la actuación administrativas con las reglas preestablecidas y la capacidad de pasar cuentas de la actuación realizada... De esta forma los elementos que componen una correcta noción del control nunca se centrarán en la imposición de una potestad sobre la otra –toda vez que se desplazaría el ajuste mutuo que debe darse en un adecuado proceso de coordinación– con el consiguiente impacto negativo que los estamentos burocráticos pueden desplegar contraviniendo las directivas. Es por ello que un elemento necesario de control ha de centrarse en su faz coordinadora, armonizadora del obrar de los órganos de la Administración centradas sobre una premisa integradora... la evaluación respondiendo a criterios armonizadores ha de realizarse no solo de arriba hacia abajo, sino a su vez de abajo hacia arriba mediante

mina que no sea posible reflexionar sobre el control de la nueva empresa pública sin considerar o reparar en las peculiaridades propias de la organización singular de cada una de las nuevas empresas públicas las cuales no responden a un patrón común contenido en un régimen general sino que su diseño institucional ha sido pensado frente a cada caso a partir de las peculiaridades propias del marco lógico que plantea cada "modelo de negocio" a atender por cada unidad de negocio ofrecida por la nueva empresa pública.

De allí la importancia de tomar bajo consideración, frente a los supuestos concretos, las principales características que se plantean en cada diseño institucional de empresa pública. Así, creo necesario decir que, transcurridos ya catorce años desde la crisis de 2001, sus consecuencias siguen marcando la agenda de las políticas públicas. Aquella traumática vivencia, no tuvo efectos solo en el plano institucional y político, sino fundamentalmente, en un intento de reformulación de la relación Estado-Sociedad. Muchas de las empresas públicas privatizadas, en su mayoría de capitales extranjeros, no pudieron adaptarse a las nuevas condiciones macroeconómicas, como la salida del tipo de cambio fijo a uno de flotación administrada, y lentamente, fue emergiendo de manera contingente esta nueva modalidad de intervención estatal, originariamente pensada como transitoria, que tienen tantas similitudes como diferencias en cuanto al abordaje estatal de la intervención⁴¹; de allí que no se haya verificado un único modelo de intervención estatal en la economía.

la coordinación del accionar de los diversos órganos de la Administración. Se agrega a ello la idea de continuidad, regularidad e intermediación en el proceso de evaluación, constituyéndose en un factor concomitante e interrumpido del control" (Damsky, "El sistema de auditoría general como técnica de control de la administración financiera. Análisis crítico de su previsión para la ciudad de Buenos Aires", *Revista Actualidad en Derecho Público*, nº 13, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 177 y 178).

⁴¹ Ver Balbín, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, t. II, p. 683, al explicar las razones que indujeron a la adopción de modelos especiales, y ciertamente transitorios, para cada empresa estatal: "es posible que el Estado participe como prestador y no simplemente como regulador, pero con el propósito de salvar los déficit del mercado, es decir, sus externalidades, o en caso de incumplimiento de los concesionarios de los servicios públicos. En el primer caso el modelo más cercano es el de las sociedades del Estado; en el segundo, el régimen de las sociedades comerciales encaja mejor. Pensemos. En el caso particular del nuevo modelo de las sociedades anónimas de propiedad estatal, el trasfondo es más claro porque su integración por el Estado es sólo de carácter transitorio, esto es, desde el momento de su creación hasta su posterior

Esta circunstancia resulta sustantiva a la hora de plantearse las modalidades, fines y procedimientos del control de las nuevas empresas del Estado. El proceso de mayor participación estatal en la economía se fue adaptando a cada circunstancia, sin replicar en las situaciones particulares un único modelo⁴².

Los modelos existentes de gestión por resultados aplicados a la gestión pública, mediante el establecimiento de metas explícitas, resultan loables y útiles, especialmente para áreas de gestión operativa, cuyas actividades y metas puedan ser mensurables con relativa certeza, y le sean comprometidos los recursos adecuados para la consecución de las metas acordadas.

No obstante, el principal control por resultados en toda organización, pública o privada, debiera ser el control por parte de los accionistas, sean éstos, o no, de naturaleza pública. Por ello, resulta esencial la diversidad de actores públicos y privados, en la conducción de las empresas, que permitan oponer controles al control de los resultados de la gestión. Claro, que el accionista mayoritario es —por naturaleza— reacio a permitir el control del accionista minoritario, a lo cual se agrega que, en el caso de las nuevas empresas públicas, el Estado es además reticente a incorporar al capital privado en la participación accionaria.

Esto es importante, porque el Estado elige formas privadas de gestión pero integra el capital de estas empresas con aportación enteramente estatal. Se aprecia muy conveniente, tal como viene abriéndose camino

traspaso en el sector privado. En efecto, estas sociedades solo pertenecen al Estado con carácter temporal y accidental, justificándose ese traspaso desde el sector privado por razones coyunturales de orden político y económico. El propio Estado sostiene expresamente, en ciertos casos, que las sociedades deben volver en el menor tiempo posible al sector privado”.

⁴² No obstante, el denominador común en este proceso ha sido la utilización de la explicitada forma societaria de derecho privado, la sociedad anónima, como instrumento de gestión estatal (cfr. Stortoni, “¿Contratos públicos de las sociedades del Estado?”, en AA.VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, p. 240). Explica la autora que “debemos partir de la base de que la elección de la figura societaria privada es, ex profeso, con el objeto de lograr una autonomía y operatividad más apropiada para el desarrollo de los negocios y la asociación con capitales privados, una mayor flexibilidad en las estructuras jerárquicas y laborales, la ventaja de aplicar procedimientos de contratación privados más ágiles que los burocráticos, propios del derecho público, todo ello en virtud de que el sistema de derecho público no está pensado para la vorágine propia de los mercados industriales o mercantiles”.

en la realidad latinoamericana, explorar las posibilidades reales de amalgamamiento con la iniciativa privada. A modo de prospectiva diré que un objetivo deseable en términos de gestión y control necesita considerar la posibilidad de que la empresa pública se abra a la posibilidad de explorar modalidades de asociación o participación público-privada.

El modelo de sociedad anónima resulta ideal como vehículo de inversión de inversión privada directa dentro de un marco de colaboración empresaria.

Un camino que habría que explorar, antes que plantear el tema en términos dicotómicos de Estado versus mercado, sería como encontrar la adecuada articulación en cada caso particular. En algunos, con mayoría estatal y controlador privado, y en otros, con mayoría privada y controlador estatal, con lógicas combinadas de interés público y beneficio económico. Y aquí tal vez resida uno de los ejes de otra problemática, ajena al objeto de estas aproximaciones pero vinculada a ellas: cómo el Estado atrae el ahorro interno hacia las necesidades de desarrollo en infraestructura del país. Una adecuada combinación de participación estatal y privada en sectores estructurales de la economía —como el energético, vial, ferroviario y muchos otros— brindaría certidumbre a la hora de invertir en proyectos de riesgo y largo plazo, y permitiría movilizar parte del ahorro interno hacia esos fines.

§ 5. *A MODO DE EPÍLOGO.*—La heterogeneidad plantea desafíos en materia de modalidades de participación estatal en la economía, a la hora de establecer control de gestión. El aporte de la gestión por resultados puede aportar elementos que permitan encuadrar el control, sobre la base de objetivos y metas de gestión explícitas, pero el principal control —en términos concretos de realidad y efectividad— continúa hoy residiendo en el estamento decisorio de las empresas y muchas de las veces bajo racionalidad política, otras bajo *ratios* económicas y pocas veces bajo cánones jurídicos. Quiero significar que un abordaje concreto del control público en esta materia, nos revela que muy escasamente en el modelo vigente se logren cumplir sus atributos mínimos de operatividad determinados por la verificación de existencia de independencia de criterio del controlador y efectividad de un control por oposición entre controlador y controlado. Ni lo uno, ni lo otro.

Se agrega la verificación de otros tantos condicionantes fácticos, que en concreto desvirtúan la efectividad del sistema general de control

previsto en la ley de administración financiera debido a la especificidad y el estrecho marco de conocimiento del controlador externo cuya actuación, la mas de las veces, se reduce a la observación de aspectos formales que incluso logran ser constatados con mucha posterioridad. Materialmente el controlador se encuentra tan limitado, no solo por las dificultades de acceso a datos e información relevante sino respecto de las materias llamadas a conocer y la oportunidad de la revisión, que su control ex post termina ejecutándose con manifiesta extemporaneidad. El control posterior no es ya a ejercicio fiscal vencido sino a gestión largamente fenecida. Es un dato de la realidad que el controlador externo enfrenta enormes dificultades para acceder tanto a la información cuanto a los datos, por otras tantas debilidades estructurales de los mecanismos impuestos por la ley de administración financiera. La inexistencia de resortes que faciliten el acceso autónomo, independiente y en tiempo real al universo de datos e información auditable conspira contra el ejercicio de un control externo de calidad.

Entonces, dentro del marco descripto, pensemos en cómo efectivizar el control de gestión bajo las *ratios* de eficiencia –tal como se comentó en este trabajo– y la complejidad que conlleva la construcción de indicadores adecuados para mensurar la eficiencia de cada empresa pública en especial, advirtiendo que cada una posee un diseño específico y singular.

En las condiciones actuales resulta muy difícil sostener que podamos lograr un control externo eficaz y efectivo en tiempo oportuno que redunde en utilidad concreta de los actores del sistema.

Por esto pienso que se deben fortalecer los propios resortes de control interno societario en cada una de las empresas públicas, pero bajo una óptica que nos permita comprender que –tal como enseña Gordillo– el problema del control de la empresa pública es interdependiente del problema de la distribución del poder político en la sociedad, por lo cual esta problemática se inscribe dentro del marco más general de la planificación y de la participación⁴³; acaso como cuestión pendiente vinculada al elevado objetivo trazado por la ley de administración financiera de lograr mecanismos de control y gestión integrales, integrados y sistémicos bajo criterios de realidad, que nos permitan superar las restriccio-

⁴³ Cfr. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 11, p. 147.

nes y cortapisas relativas a los alcances del control público y el control privado⁴⁴.

Siendo así, pienso que en aquellos casos de empresas públicas en que no tengamos presencia estatal excluyente y muy especialmente en los supuestos en que el Estado sea socio minoritario, resulta indispensable el control por oposición en la toma de decisiones. Esto último lo estimo de importancia porque tal como acertadamente se ha advertido en doctrina, la ley 24.156 excluye del control aquellos supuestos en los que el Estado sea socio minoritario, por tanto, como se señala, esta norma no alcanzaría a las sociedades en las que el Estado forma parte a partir del DNU 441/11 en el capital o en la formación de las decisiones societarias⁴⁵.

Al mismo tiempo, tratándose de empresas que gestionan intereses públicos traducidos en necesidades colectivas, ha de pensarse en la necesaria apertura que posibilite un umbral de participación efectiva de los particulares en el control⁴⁶.

⁴⁴ Es que tal como advierte Gordillo: "Constituye una observación común de la doctrina latinoamericana, el señalar que el tipo de control sobre la empresa pública varía conforme al tipo jurídico de que estemos tratando: más controles en las empresas de forma de Derecho Público, menos controles en las empresas de forma de derecho privado, con todas las naturales gradaciones intermedias. Sin embargo, también la mayor parte de los autores aclaran que las diferencias son mas aparentes que reales, e incluso proceden a explicar el sistema de control sobre las empresas públicas sin formular distinciones demasiado tajantes conforme a los distintos regímenes jurídicos particulares de cada una: En la práctica, los controles tienden a funcionar de parecida manera, cualquiera sea el tipo de empresa pública de que se trate" (*Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 147).

⁴⁵ Ver Alfonso, María L., "La eterna incertidumbre de ser empresa pública en Argentina", en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, p. 429.

⁴⁶ Ampliar en un anterior trabajo de mi autoría *supra* citado, "Los derechos de participación en el control administrativo del sector público", en Bidart Campos-Gil Dominguez (coords.), *A una década de la reforma constitucional*, p. 171 a 198. Al respecto, creo en la prospectiva que Gordillo sentara más de cuarenta años atrás al decir: "Si se desea una democracia fuerte y estable, un pueblo no abúlico ni desinteresado de la vida pública, un pueblo que tome decisión responsable no solo cuando vota, sino también cuando a diario con su acción o inacción afecta la conducta pública... si se quiere una administración controlada, entonces se puede empezar por crear canales reales de participación y control de la comunidad en la toma de decisiones diarias" (*Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 120).

En síntesis, la propuesta hoy se enmarca en dos niveles. Por un lado, propiciar el desarrollo de instancias efectivas y activas de involucramiento de la sociedad civil en el control de las empresas públicas sobre la base de los fundamentos de legitimidad asentados en la democracia deliberativa y participativa. Y por otra parte, generar condiciones que posibiliten intensificar esta intervención pública activa en la economía ahondando en las formas societarias más dinámicas, más aceptadas por los mercados y, por ello, más atractivas a la hora de captar inversión directa de capitales privados acudiendo a aquellos modelos de cooperación empresaria universalmente aceptados en estos tiempos como por caso los contratos de *partenariat* o participación público privada.

Todo ello en el entendimiento de que hoy, en mi opinión, el paso adelante que debe dar la empresa pública debe orientarse a una apertura de cara a la sociedad civil y los mercados. Porque estos dos niveles no son excluyentes, sino que por el contrario se integran en una nueva gobernanza pública⁴⁷ y están llamados a confluir hacia un horizonte de progreso.

Es un paso en el sentido de la transparencia de la empresa pública⁴⁸, de su *auditabilidad* y su credibilidad y, en todo ello, es un gran paso en el fortalecimiento del real tejido productivo competitivo. Éste es para mí su gran desafío actual en términos de control.

⁴⁷ Ver Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, p. 142 y 143. La Profesora Ivanega nos enseña que "con ese término se identifica un modelo de gobierno que en sus fines y relaciones políticas, sociales y económicas, se articula con la sociedad civil y el mercado... la actuación política se engarza con los múltiples actores públicos y privados en una dinámica de interacción e interdependencia. Se supera la exclusividad de la gestión de los asuntos públicos por parte de los poderes públicos dotados de potestades exorbitantes y de una capacidad coercitiva sobre la sociedad y se reconoce la pluralidad de agentes sociales que participan y cooperan en la toma de decisiones, en la gestión, en la evaluación y en las responsabilidades".

⁴⁸ Como sostiene la profesora Ivanega: "La transparencia pública, a nuestro entender, refleja el valor de la verdad y, por ello, frente al despilfarro y al nepotismo debe ser exigible tanto a los funcionarios públicos como a los individuos que desde el ámbito privado interactúan con ella. Ese principio ha de ser impuesto tanto en la determinación de las políticas públicas, como en la gestión y en el control, éste en todas sus versiones" (cfr. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, p. 79).