

FINALIDAD Y SENTIDO DE LA EMPRESA PÚBLICA EN ARGENTINA. ¿LUCRO O INTERÉS PÚBLICO?¹

Andrés Ascárate

Universidad Austral

ascandres@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-1103-4575>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.asc>

Recibido: 19/09/2025

Aceptado: 05/12/2025

Resumen

En este trabajo se busca encontrar la finalidad y el sentido de la empresa pública en Argentina y determinar su compatibilidad con el propósito de lucro propio de las empresas comerciales. Parte de la tensión conceptual entre el carácter altruista del Estado y la lógica utilitaria de la actividad empresarial. Primero se examinan las nociones de empresa, distinguiendo su concepción objetiva (actividad organizada con fines económicos) y subjetiva (sujeto de derecho), para luego caracterizar a la empresa mercantil como aquella orientada al beneficio. Esta división permite diferenciar el lucro objetivo (beneficios generados por la empresa) del lucro subjetivo (ganancias buscadas por el empresario).

Sobre esa base, se aborda el estatuto constitucional, doctrinario y legal de la empresa “pública” en Argentina. Se observa que el modelo constitucional originario limitaba su creación a supuestos excepcionales, pero las reconocía en los artículos 4° y 67, inciso 5, para servicios públicos (como el correo) o actividades más ligadas a la soberanía (como el Banco Nacional). La Constitución actual mantiene esos principios; la doctrina coincide en que no existe un concepto único de empresa pública y la legislación vigente impulsa su organización bajo formas y regímenes de derecho privado.

La conclusión radica en que la empresa pública puede conciliar el lucro con el interés público,

1 Este trabajo es producto de un proyecto de investigación IUS de la Universidad Católica Argentina sobre la empresa pública, titulado “Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la economía”, bajo la dirección del Dr. Ignacio María de la Riva. El autor agradece a Ignacio de la Riva, Eduardo Calvo, Bastiana Locurscio y Leonardo Toia la lectura, comentarios, aportes y críticas.

especialmente cuando se encuentra destinada a la prestación de un servicio público, si: i) se la reconoce como un sujeto de derecho autónomo, garantizando independencia funcional mediante estructuras como la sociedad anónima; ii) se admite una finalidad doble en las empresas públicas y se reconoce que pueden ser fuente de recursos estatales; y iii) se redefine la noción de beneficio, aceptando que puede consistir en preservar o incrementar el capital o reducir costos sin distribuir utilidades. Bajo esas condiciones, el lucro no resulta incompatible con la empresa pública, pero debe subordinarse a su justificación constitucional.

Palabras clave: derecho administrativo y constitucional, empresa pública, sociedades estatales, regulación económica.

Purpose and Meaning of Public Corporations in Argentina: Profit or Public Interest?

Abstract

This paper seeks to identify the purpose and meaning of public corporations in Argentina and to determine their compatibility with the profit motive inherent to commercial companies. It begins from the conceptual tension between the altruistic character of the State and the utilitarian logic of business activity. The analysis first examines the notions of “company” or “enterprise” distinguishing its objective conception (an organized activity with economic purposes) from its subjective conception (a legal entity), and then characterizes the commercial enterprise as one oriented toward profit. This distinction makes it possible to differentiate objective profit (the benefits generated by the enterprise) from subjective profit (the gains sought by the entrepreneur).

Building on that foundation, the paper explores the constitutional, doctrinal, and legal framework governing public corporations in Argentina. It notes that the original constitutional model limited their creation to exceptional cases, but recognized them in Articles 4 and 67(5) for public services (such as postal services) or activities closely tied to sovereignty (such as the National Bank). The current Constitution maintains these principles, doctrine agrees that there is no single concept of a public corporation, and existing legislation promotes their organization under private-law structures.

The conclusion is that a public enterprise can reconcile profit with the public interest—especially when it is devoted to the provision of a public service—if: (i) it is recognized as an autonomous legal entity, ensuring functional independence through structures such as the corporation; (ii) a dual purpose is acknowledged, together with recognition that public enterprises may serve as a source of state revenue; and (iii) the notion of “benefit” is redefined, accepting that it may consist in preserving or increasing capital or reducing costs without distributing profits. Under these conditions, profit is not incompatible with a public enterprise, but it must remain subordinate to its constitutional justification.

Palabras clave: administrative and constitutional law, public corporations, state-owned companies, economic regulation.

1. Introducción

En este trabajo se intentarán desentrañar los fines que el ordenamiento jurídico argentino les asigna y encomienda a las empresas públicas. La incertidumbre inicial que lo motiva radica en determinar si una organización esencialmente altruista, el Estado, es compatible con otra institución jurídica de naturaleza utilitaria o egoísta como la empresa comercial. Desde este punto de partida inicial, apriorístico y lógicamente antitético, se evaluará si en el derecho argentino las empresas públicas portan ínsita una contradicción en los propios términos.

Para afrontar el desarrollo, se expondrá primero la noción de empresa y, dentro de ella, más precisamente, de empresa comercial; luego se abordará el estado de la cuestión relativa a la empresa pública en la Constitución Nacional (CN), la doctrina y el resto de las normas nacionales; y sobre la base de esos dos institutos, es decir, depurado el estatuto de la empresa pública, se encarará el interrogante sobre su finalidad y consistencia frente al concepto de beneficio o lucro privado.

2. Punto de partida. Contradicciones aparentes de la empresa pública

“Dame un punto de apoyo y moveré el mundo”.² Tal vez, uno de los principales problemas conceptuales de la empresa pública, como sucede con muchos otros institutos del derecho administrativo, es que carece un de sustento ontológico firme en el cual apoyar los razonamientos.

El lugar común que puede identificarse en toda la doctrina es, precisamente, la inexistencia de un régimen jurídico uniforme. Se trata de un instituto que no pudo ser, todavía, definido con un concepto con sustancia propia y omnicomprendivo de todas las variantes que alcanza.³

Por ello, y no por libre decisión, como punto de partida obligado debe recordarse que las empresas públicas no se crean respondiendo a esquemas norma-

2 Frase atribuida a Arquímedes.

3 Para resumir esta amplitud, por ejemplo, Cassagne (2024) explica que “lo común en esta clase de actividades económicas que lleva a cabo el Estado es su realización *en forma de empresa*, cuya variedad de tipos jurídicos comprende desde ‘la empresa propia’, sin personalidad jurídica (*régie* en el derecho francés), las empresas del Estado o establecimientos públicos o comerciales, y las sociedades de economía mixta, hasta culminar con las sociedades anónimas, lo cual configura, según un sector de la doctrina francesa, la actuación del Estado como ‘comerciante público’. Tales formas societarias se utilizan para canalizar la realización de actividades económicas por el Estado, entendiendo dentro de este concepto aquellas que se organizan para la producción o el cambio de bienes o servicios, ya sea que persigan una finalidad de lucro o se orienten a la satisfacción de necesidades generales” (p. 376) (cursivas agregadas).

tivamente predeterminados de carácter general, sino que fueron apareciendo, caso por caso, para atender necesidades concretas y singulares (Martín-Retortillo, 1991, p. 80).

Posiblemente, la razón de esta definición esquiva se encuentra en una amalgama forzada entre el concepto de “empresa” y la noción de “pública”. Esta incongruencia es resumida por Ariño Ortiz (1981) en una serie de “contradicciones” derivadas de la práctica de las empresas públicas en España que resultan igualmente aplicables en todos los países que siguen distintos tipos de economía de mercado.⁴ El autor sostenía que la empresa pública es un “círculo cuadrado” por tres motivos, que pueden resumirse de la siguiente manera:

1. En primer lugar, se trata de “una casa sin amo”, una empresa sin empresario, concebido este como una persona o conjunto de ellas con fuerza creadora y decisión libre.⁵
2. En segundo término, es una empresa generosa y “sin beneficio”, que “tira siempre con pólvora del rey”, —en términos criollos, “tira manteca al techo”— bajo la excusa de la rentabilidad social. Es decir, no busca maximizar beneficios y reducir costos (Ariño Ortiz, 1981, p. 75).
3. Y en tercer orden, se encuentra expuesta a las tentaciones “propias de los políticos”: evitar el control, influenciar política y socialmente a las personas, incidir en los precios para reducir la inflación, encubrir actividades “benéficas” que un grupo de la sociedad no está dispuesta a abandonar.⁶

Detrás de los tres contrapuntos, existe un nudo común. Si la empresa pública carece de empresario es porque, en rigor, el Estado opera con fines sociales y no por un interés particular. El problema fue resumido, en otro contexto, por Silvio Lessona (1970), al señalar que, cuando el Estado se dedica a actividades económicas propias de los sujetos de derecho privado, se presenta una disyuntiva inevitable, a saber:

4 En el caso de Argentina, esto es así por definición constitucional (ver principalmente los artículos 9 a 12, 14, 17, 19, 20, 42, 75, incisos 18 y 19 de la CN).

5 El autor señalaba que “es una empresa [...] sin empresario. Frente al modelo privado, cuyo secreto es la existencia, detrás de cada organización, de un hombre, que es la fuerza creadora (o un equipo de hombres) que es la fuerza creadora, el espíritu dinamizador que da vida y mueve lo que ve como ‘su empresa’ sea o no el propietario directo” (Ariño Ortiz, 1981, p. 71).

6 “Estas cuatro tentaciones se resumen en una sola: poner la empresa al servicio de intereses personales, de grupo, de partido o clase, de intereses regionales o incluso malentendidos “intereses nacionales” (Ariño Ortiz, 1981 p. 77).

si dicha actividad es tratada como privada, se hierne necesariamente la naturaleza del sujeto que la ejerce; si es tratada en su aspecto de pública, se desnaturaliza su contenido privatista y se corre el riesgo de impedir la obtención de su misma finalidad. (p. 178)

Parece observarse, entonces, que, tras la aparente confrontación entre los conceptos de “empresa” y “pública”, subyace una oposición de fines, y según cuál de estos prevalezca, el instituto perdería parte de su sentido.

3. La empresa comercial

3.1 Noción de empresa

El ordenamiento positivo argentino carece de una definición del vocablo “empresa” aplicable a todas las ramas jurídicas. Es inevitable recurrir en un primer momento al derecho privado, más precisamente al derecho comercial, que se cimenta sobre la figura del comerciante y/o empresario.⁷

Dentro de ese ámbito, se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de la empresa y se mantiene una discusión que lleva a los doctrinarios a diferenciar nociones de carácter subjetivo de otras de tenor objetivo, ya sea contraponiendo la “empresa” con la “sociedad” o distinguiendo al “empresario” de la “empresa”.⁸

El origen histórico de esta divisoria de aguas se remonta a posturas provenientes del derecho comercial europeo; en los países latinos (Italia, Francia o España) era concebida como objeto de derecho, de la que es titular el empresario —comerciante individual o, actualmente, la sociedad—, mientras que en “Alemania y la doctrina inspirada en la obra de su dogmática ya a mediados del siglo pasado concibieron a la empresa como sujeto de derecho” (Halperin, 2000, p. 42).

En otras palabras, para algunos, la empresa es una persona jurídica, un suje-

7 “El Código Civil italiano de 1942 estableció como núcleo del sistema mercantil las nociones de empresa y empresario, abandonando la figura del comerciante, y ha suscitado el interés científico por el tema de la empresa y por su conceptualización jurídica” (Ackerman et al., 2012, p. 538).

8 “... debe distinguirse la empresa del empresario y de la actividad misma de la empresa. Esto ya implica una toma de posición frente al problema, puesto que puede analizarse el punto tomando a la empresa y a su actividad como un todo único, y exponer todo el derecho mercantil en función de estas dos nociones” (Halperin, 2000, p. 89). En términos más modernos, se diferencia a la empresa y la sociedad: “Queda claro que la sociedad es una persona jurídica mientras que la empresa no lo es. La empresa es una organización, un conjunto de actividades y relaciones, y la relación empresa sociedad no puede ser otra que la que hay entre un empresario individual y la empresa de que es titular. De la misma manera que una persona física puede ser empresaria pero no empresa, la sociedad no puede ser empresa sino empresaria” (Richard y Muiño, 2004, p. 28).

to de derecho distinto de sus titulares, mientras que, para otros, es un conjunto de actividades organizadas o un patrimonio de afectación con un fin determinado (Ackerman et al., 2012, p. 538). Estos últimos postulan que

[l]urídicamente, la empresa es este quid inmaterial y algo abstracto consistente en la actividad de organización. Junto a ella, y ocultándola un poco bajo el velo de su materialidad, se encuentra (...) el conjunto de bienes organizados para la explotación de la empresa. (Fontanarrosa, 2001, p. 179)

Todas estas visiones mercantiles coinciden en la presencia de una *organización de factores* sujeta a una finalidad específica. Es decir, tanto en la visión objetivista como en la subjetivista, parece ineludible la referencia teleológica. Aparece, así, el componente económico y la empresa en una noción mayoritariamente aceptada sería una “organización de bienes y de servicios para la producción de bienes o de servicios *con un fin económico*” (Halperín, 1974, p. 5).⁹

Este fin económico resulta determinante para comprender los vaivenes del instituto, ya que la noción jurídica ha evolucionado al compás de la disciplina económica, algo habitual en el derecho administrativo que se advierte, por ejemplo, con el servicio público, la policía y la defensa de la competencia. Son todos conceptos que requieren del auxilio de la economía para resolver conflictos en los cuales las normas utilizan términos como “calidad”, “monopolio”, “eficiencia”, “mercado”, etcétera.¹⁰

3.2 Empresa mercantil o comercial

Dentro de las instituciones asociativas propias del derecho privado, existen algunas específicas que nos interesa abordar en este trabajo. Se trata de las empresas “mercantiles” o “comerciales”.

La “comercialidad” de los actos de derecho privado ha generado debate en la doctrina, pues el artículo 8° del Código de Comercio hacía una enunciación de actividades muy diversa y definía muchos de ellos en función de los sujetos

9 Énfasis agregado.

10 En el plano del “análisis económico del derecho”, se ha señalado que la empresa ya no se define hoy como una “producción organizada”, pues “toda producción económica, aun la más primitiva, implica cierto grado de organización, y la empresa es una entre varias posibles formas de esa organización”, de manera que “no debe caerse en el error de identificar a la empresa con la organización económica, por ser solo uno de sus instrumentos” (Cabanellas de las Cuevas, 2018). No obstante, a los efectos de este trabajo, se dejarán de lado estas nuevas posturas y se partirá de la noción mayoritariamente aceptada que postula que la empresa supone una *organización con fines económicos*.

que los realizaban. Así, el inciso 5° listaba dentro de los actos de comercio a aquellos efectuados por las “empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra”.

De acuerdo con este criterio, no toda empresa comercial tendría un fin de lucro y, a su vez, éste no sería definitorio de la comercialidad de una actividad. Ello también se plasma en la definición de “sociedad comercial” que todavía se encuentra en la Ley 19550 de sociedades comerciales. Esta norma, si bien no define ni menciona a la empresa, recoge lo que la doctrina en términos generales entiende como una de sus recepciones positivas. El artículo 1° establece que

[h]abrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Esta última frase define un requisito esencial y, a la luz del artículo 3° de esa misma ley, reafirma el principio de *tipicidad*, asignando la comercialidad por la *forma* y no por el objeto lo cual indica la existencia de casos en que “entes asociativos sin fines de lucro ni especulativos adoptaron la estructura societaria, entre otros motivos, para asegurar a los asociados su cuota de liquidación en el patrimonio social en caso de disolución” (Zunino, 2004, p. 83).

Especulaciones fuera, el lucro —o, en términos más genéricos, el beneficio— es a nuestros días un elemento definitorio de la empresa comercial. Dentro del derecho privado, existen organizaciones de bienes y recursos con fines económicos que no son comerciales y se diferencian de estas, precisamente, por la ausencia de fin de lucro. Es el caso de las asociaciones civiles y las fundaciones. Con relación a las primeras, el artículo 168 del Código Civil y Comercial establece que “no puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros”; mientras que las segundas están reguladas en el artículo 193 del mismo código, que establece que “son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, *sin propósito de lucro*, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines”.¹¹

De lo dicho se deriva que no todo el derecho privado se concentra en el propósito de lucro, pues el interés público también se encuentra presente dentro

11 Énfasis agregado.

de esta rama del derecho.¹² Y si bien existieron posturas de arraigo normativo e histórico que no consideraban al lucro como esencial o definitorio de los actos comerciales, al día de hoy puede asumirse sin mayores disquisiciones que la empresa mercantil tiene como finalidad la obtención de un beneficio y/o lucro para sus socios.¹³

Por ese motivo, Halperin (2000) postulaba que

[l]as empresas estatales *no son empresas mercantiles*: en su actividad con los particulares realizarán actos de comercio, pero la empresa no adquiere calidad mercantil; *falta el propósito principal de lucro*, ya que el Estado desarrolla esa empresa con el fin superior de cumplir sus propios fines en beneficio de la comunidad (sea por la prestación de un servicio público, para el afianzamiento del desarrollo industrial o fomento regional, para asegurar una mejor defensa nacional, etc.); esto es: aun en el supuesto de que la empresa arroje un beneficio económico o como tal persiga separadamente el lucro como si fuese una empresa privada, su obtención es secundaria para el Estado, que es su titular. (p. 65)¹⁴

Para lograr confrontar con mayor nitidez el problema de la empresa pública, entonces debe tenerse en cuenta que, cuando el Estado asume modalidades empresariales del derecho privado, no recurre a aquellas formas que persiguen intereses altruistas o diferentes al lucro (por medio de asociaciones civiles y fundaciones), sino que lo más realista es asumir sin rodeos que, cuando el Estado recurre a la empresa pública, pretende tomar la forma de un comerciante, es decir, actuar bajo las reglas del derecho comercial mediante la realización de actos de comercio con todo lo que ello implica.

Quizás por esa razón, Marienhoff (2011, p. 361) dedica buena parte de sus consideraciones sobre este tema a criticar la confusión entre “empresa del Estado” y “entidad autárquica”, pues ambas difieren, a su entender, esencialmente

12 En ese sentido, Cassagne (2024) considera que no es correcto asignarle únicamente al Estado la tarea de la satisfacción del interés público, tal como pretende Barra; “aunque el Estado sea el principal realizador del bien común temporal, de allí a sostener que solo a él le corresponde dicha tarea, implica una tesis que no armoniza con la concepción aristotélico-tomista, que acepta la existencia de instituciones intermedias que persiguen el bien común en forma inmediata o mediata, distintas del Estado” (p. 378).

13 Halperin (1969) explica que la terminología utilizada por la ley de sociedades comerciales, es decir, la referencia a la “participación en los beneficios y soportando las pérdidas” buscó sortear términos legislativos ambiguos y pone de manifiesto que la empresa comercial tiene por objeto fines económicos en términos amplios “que no han de menester ser un lucro o una ganancia a repartirse; puede ser el resultado de una investigación o la oficina central para la contratación en interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación” (p. 271).

14 Énfasis agregado.

entre sí por la índole de la labor que desarrollan: la entidad autárquica cumple *funciones* estatales típicas, mientras que la empresa despliega *actividades* no específicamente estatales, sino de tipo industrial o comercial.

Según este autor, la diferencia esencial entre entidad autárquica y empresa del Estado viene dada por la finalidad:

[l]os particulares explotan las empresas industriales o comerciales con un fin lucrativo, mientras que la Administración Pública lo hace con el objeto de satisfacer una necesidad pública. De parte de la Administración, esa actividad no aparece determinada por el ánimo de lucro, sino por el hecho de la participación competitiva en la vía económica (...) de modo que el particular o administrado que explota una empresa comercial o industrial lo hace con un fin de lucro, en cambio, si bien la Administración, al ejercer dicha actividad obtiene también un beneficio, un lucro, el fin que la lleva a tal ejercicio no es el lucro en sí, sino la posibilidad de emplear ese lucro en la satisfacción —directa o indirecta— de necesidades públicas. (Marienhoff, 2011, p. 365)¹⁵

Se destaca en Marienhoff (2011) la noción subjetivista de empresa y la diferencia entre la finalidad de lucro propiamente dicho del comerciante y el llamado “lucro estatal”, en el cual el beneficiario último es el pueblo y no un individuo particular.

Cabe reiterar, entonces, que, asumiendo que el Estado puede intervenir en la economía mediante la empresa pública con distintos fines que se verán más adelante, el conflicto más puro que pone en tensión al instituto y confronta las diferentes finalidades que subyacen en él sucede cuando busca constituirse en titular de una forma empresarial *mercantil propiamente dicha*, es decir, aquella que busca el lucro o un beneficio para los socios.

3.3 Propósito de lucro

Ceñidos a este tipo de entidades comerciales en las que el beneficio es esencial, cabe preguntarse, entonces, qué es el propósito de lucro y cómo se vincula con las empresas.

El lucro es la ganancia o provecho que se saca de algo y lucrar es ganar, sacar provecho de un negocio o encargo (Real Academia Española, s.f.).

Dado que el propósito es un fin, es necesario recordar que todo fin supone un movimiento. No existe una finalidad ante una realidad estática, sino

15 Énfasis agregado.

que el fin es el objetivo buscado o pretendido por alguien y lo que le da sentido (en última instancia) a algo. La causa final es aquello, como sabemos, a lo cual tienden las cosas.

Desde allí, es posible plantear el siguiente interrogante: ¿quién es el que debe perseguir ese propósito de beneficio?

Evidentemente, si se asume que la empresa es una actividad, un objeto o un conjunto de factores organizados, es decir, desde una noción objetiva, la única persona que puede tener la voluntad de lucrar es el sujeto empresario que titulariza esa actividad. En esta concepción, el lucro es lo que le da sentido y razón de ser a esa organización de factores económicos. En cambio, si se la concibe como un sujeto de derecho, con capacidad de formar una voluntad diferente, existirán dos entes que pueden perseguir este lucro: la empresa y el empresario.

En ambos casos, el concepto general de propósito de lucro se segmenta o divide en dos, pero en el primero, asumiendo a la empresa como una actividad, el “propósito” es únicamente del empresario y la actividad de organización no puede escindirse de su sentido o razón de ser fijada por la voluntad de ese sujeto, pues, como se ha dicho, la causa final es aquello en vista de lo que se hace una cosa (Aristóteles, *Metafísica*, libro quinto, 1013b).

Véase, por ejemplo, lo que sostenía calificada doctrina:

[t]oda empresa supone, por definición, una actividad organizada a los fines de obtener beneficios económicos; pero a los efectos de su comercialidad, dentro del régimen de nuestro código, no interesa el destino que se dé a esos beneficios. Por consiguiente, no dejará de ser comercial la empresa de espectáculos de beneficencia o la que de cualquier modo se proponga obtener utilidades pecuniarias, aunque sea para distribuir las desinteresadamente a terceros. Cuando se habla de que el propósito de lucro no es esencial a la empresa comercial, tal afirmación ha de entenderse en el sentido de que no es esencial el *lucro subjetivo*; pues el *lucro objetivo* existe en todas, aún en las que persiguen fines económicos desinteresados. (Fontanarrosa, 2001, pp. 181-182)¹⁶

Existirían, pues, dos tipos de lucro diferentes: el de la empresa y el del empresario. El lucro subjetivo es aquel que busca el empresario o el titular controlante, la intención de generar ganancias; el lucro objetivo es aquel que busca y procura la propia empresa.

Esta distinción de “lucros” queda ratificada en el plano normativo, por

16 Énfasis agregado.

ejemplo, en el artículo 168 del Código Civil y Comercial, citado previamente, que establece que la asociación civil es aquella que “no puede perseguir el lucro como fin principal” y *tampoco* puede “tener por fin el lucro para sus miembros o terceros”. Es decir, si no existiesen dos dimensiones del lucro, no puede comprenderse por qué se redunda en el lucro de la asociación y el de los miembros.

La bifurcación del lucro permite observar que lo que persigue una empresa comercial puede no coincidir exactamente con lo que pretenden sus socios, integrantes o titulares y, por ello algunos autores se refieren a la “neutralidad” de la empresa pública frente al fin de lucro del comerciante o la “naturaleza extrasocial” de los fines no comerciales (fines públicos) que puedan tener sus socios (Barra, 2006, p. 372).

4. La empresa pública en Argentina

4.1 La empresa pública en el texto de la Constitución Nacional

La Constitución Nacional menciona a las “empresas” en dos oportunidades. Por un lado, el artículo 14 bis refiere a las empresas al consagrar la protección de los derechos del trabajador, declarando que las leyes deben asegurarle la “participación en las ganancias de las empresas”. Por otro lado, el artículo 4° establece que

[e]l Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, *o para empresas de utilidad nacional*.¹⁷

Alberdi (1854, pp. 159-161) explicaba el sentido de esta cláusula, señalando que la renta de correos era “la más nacional de las rentas”, la más propia del tesoro nacional, y se esforzaba en demostrar que el correo era un negocio sumamente rentable para la nación, y era inevitable que fuera ésta quien asumiera la gestión de la actividad. Ello, no obstante, exponía con toda claridad que la Constitución de 1853 le impedía, por definición, actuar al Estado como un

17 Énfasis agregado.

comerciante, especialmente en condiciones monopólicas.¹⁸ El rol del Estado era acotado:

[es] “prudente y útil la intervención de la autoridad en la organización de estas empresas por particulares siempre que tal intervención se limite a una simple vigilancia, encaminada a conseguir que la ley protectora de los derechos privados no se quebrante en su perjuicio, por los infinitos abusos que facilita el mecanismo de negocios, que afectan a centenares de personas, que se administran por unos pocos, y que se envuelven en las regiones nebulosas de la especulación, inaccesibles de ordinario a los ojos comunes. (Alberdi, 1854, p. 36)

Interpretando la cláusula de la renta correos, sostenía Joaquín V. González (1950 que el correo y el telégrafo eran medios de correspondencia que constituían servicios públicos remunerados, pues “la renta del Correo se forma por el pago de los timbres postales aplicados a todos sus servicios, y la de Telégrafos por las tarifas que anualmente sanciona el Congreso” (p. 435). A su vez, al mencionar la finalidad del empréstito público como un recurso extraordinario, señalaba que

están requeridos en casos urgentes o para empresas de utilidad. Entre los primeros se cuentan las guerras y demás gastos de defensa del país, como reformas de armamentos, carestías, desastres materiales; y entre los segundos, por ejemplo, los ferrocarriles, *telégrafos*, canales, higiene y otras obras de beneficio permanente. (González, 1951, p. 446)

18 “Toda ley que da al gobierno el derecho de ejercer exclusivamente industrias declaradas de derecho común, crea un estanco, restablece el coloniaje, ataca la libertad. Toda ley que atribuye al Estado de un modo exclusivo, privativo o prohibitivo, que todo es igual, el ejercicio de operaciones o contratos que pertenecen esencialmente a la industria comercial, es ley derogatoria de la Constitución en la parte que ésta garantiza la libertad de comercio a todos y cada uno de los habitantes de la Confederación. Por ejemplo, son operaciones comerciales las’ operaciones de banco, tales como la venta y compra de monedas y especies metálicas, el préstamo de dinero a interés; el depósito, el cambio de especies metálicas de una plaza a otra; el descuento, es decir, la conversión de papeles ordinarios de crédito privado, como letras de cambio, pagarés, escritura, vales, etc., en dinero o en billetes emitidos por el banco. Son igualmente operaciones comerciales las empresas de seguros, las construcciones de ferrocarriles y de puentes, el establecimiento de líneas de buques de vapor (...) *No hay un solo código de comercio en que no figuren esas operaciones, como actos esencialmente comerciales. En calidad de tales, todos los códigos las defieren a la industria de los particulares* (...) la ley que da al Estado el derecho exclusivo de ejercer las operaciones conocidas por todos los códigos de comercio, como operaciones de banco y como actos de comercio, es una ley que da vuelta a la Constitución de pies a cabeza; y que además invierte y trastorna todas las nociones de gobierno y todos los principios de la sana economía política (...) El gobierno toma el rol de simple negociante; sus oficinas financieras son casas de comercio en que sus agentes o funcionarios compran y venden, cambian y descuentan, con la mira de procurar alguna ganancia a su patrón, que es el gobierno” (Alberdi, 1854, pp. 33 y ss., énfasis agregado).

En el mismo sentido, González Calderón (1943) expresaba que “la renta de correos es la equitativa y necesaria retribución que el pueblo debe al Estado por un servicio público que éste ha monopolizado en virtud de fundamentales razones de bienestar colectivo” (p. 630).

Tomando lo dicho por estos autores, puede sostenerse sin mayor dificultad que, si los correos podían concebirse como una empresa de utilidad nacional y sus rentas formaban parte del tesoro nacional, la Constitución originaria previó la posibilidad de que las rentas de empresas de utilidad nacional conformen sus recursos. Va de suyo que, en estos casos, esos recursos están asociados a la realización de una actividad de prestación de un servicio a la comunidad, como eran los correos, y no destinados a solventar otro tipo de gastos.

En otro carril, el de la práctica institucional, una excepción al principio general de titularidad privada de las empresas comerciales, provenía de una tradición preconstitucional reconocida por la doctrina como un negocio con arraigo estatal: la actividad bancaria, que remonta sus orígenes al Banco Nacional creado en 1826.¹⁹ Luego, el texto del artículo 67, inciso 5 de la CN reconocería la necesidad de contar con un banco nacional con facultad de emitir billetes.²⁰

Esta referencia al correo y a los bancos como algunas de las primeras empresas estatales no es exclusiva del ordenamiento argentino. La necesidad de una actividad bancaria de naturaleza pública iba en sintonía con la época. En 1819, la Suprema Corte de Estados Unidos de América, en el precedente *McCulloch v. Maryland* habilitaba la creación de un banco federal.²¹ A su vez, en Italia,

las primeras actividades de los poderes públicos que asumieron carácter de empresa fueron aquellas con las que se organizaron algunos servicios públicos esenciales: los transportes ferroviarios, las comunicaciones postales y sucesivamente

19 “Una importante excepción a tal doctrina contraria al intervencionismo estatal, lo fue la creación de Bancos mixtos, a cuya formación de capital y administración concurren los sectores público y privado; ello ocurrió siempre, desde los primeros Gobiernos patrios, pudiendo citarse, entre otros, por ejemplo, al Banco Nacional argentino en 1826, al Banco de Córdoba en 1872, al Banco de la Provincia de Buenos Aires en 1905, al propio Banco Central, a la Corporación de Transportes, a la Flota Mercante del estado” (Cavagna Martínez, como se citó en Varangot, 1970, p. 1810).

20 Joaquín V. González (1951) era contundente al vincular esta actividad bancaria con la emisión de moneda estatal y, al mismo tiempo, aclarar que “[n]o se propone la Constitución crear, en el sentido riguroso de la palabra, un Banco de Estado, que sea dirigido por los poderes públicos, sino que, al conferir al Congreso la facultad de establecerlo y reglamentarlo, sin fijar forma ni sistema, le ha dejado la amplitud necesaria de acción para elegir lo que le aconsejase la ciencia. Luego el Congreso, al elegir el sistema de una gran Compañía por acciones, no haría más que seguir esos consejos, y ejemplos dignos de imitación como los de Inglaterra, Francia, Bélgica y Estados Unidos” (p. 424).

21 17 U.S. 316 (1819).

las telegráficas, las telefónicas y radio telegráficas y telefónicas (...) Otras actividades que tradicionalmente pertenecían a la esfera pública fueron reducidas a actividades auxiliares de la esfera pública. Tal es el caso de los institutos de crédito de derecho público, algunos de los cuales se remontaban a entidades constitucionales del periodo anterior a la misma formación del Estado moderno. (Giannini, 1970, p. 106)

En España se sostuvo que

la empresa pública tiene una larga tradición, que varía de algunos países a otros. Los poderes públicos siempre han prestado bienes y servicios a la sociedad. Como muestra, en el siglo XVIII se crearon en España las Reales fábricas para la producción de manufacturas (paños, vidrio, latón, etc.), se administraron monopolios estatales (sal, pólvora, tabaco y loterías) y se gestionaron industrias militares (armamento, astilleros). En medio del liberalismo imperante, la actividad prestacional pública se intensifica a partir del siglo XIX, para resolver problemas concretos. (Laguna de Paz, 2016, p. 406)

La dureza de las críticas iniciales que produjo el advenimiento de estas empresas en Argentina son prueba suficiente del carácter excepcional y disruptivo que representaban en el esquema constitucional liberal primigenio.²²

Lo relevante del texto, espíritu y práctica constitucionales, viene dado, a nuestro juicio, por el hecho de que el artículo 4º menciona a las empresas públicas. La referencia a las empresas de utilidad nacional se encuentra dentro del contexto de los recursos económicos del Gobierno federal como finalidad de los empréstitos de la nación. Sin embargo, se trata de “empresas de utilidad nacional”, dentro de las cuales la doctrina consideró incluidas a los correos y telégrafos, lo que exige asumir por imperativo constitucional que la “utilidad nacional” y las “empresas” nunca fueron, por definición constitucional, excluyentes o antitéticas. Ello así, aun cuando el constituyente parezca referirse en este pasaje a las empresas en términos objetivos, como actividades.

En otras palabras, sintetizando el régimen económico constitucional originario, puede extraerse que el principio general era la regulación, no la asunción

22 Bielsa (1964) castigaba las primeras leyes sobre empresas del Estado, sostenía “el hecho de tener el Poder Ejecutivo a su cargo la administración general del país, no justifica el deber de convertirlo en un árbitro discrecional de negocios *impropios del Estado en nuestro sistema constitucional*, negocios cuya experiencia de quince años no puede ser más desastrosa, precisamente por la falta de idoneidad administrativa y moral de los funcionarios y de los gobernantes ineptos del mismo cuño. El manejo de estas entidades es antieconómico y desmoralizador, y es fuente de corrupción cívica...” (p. 489) (énfasis agregado).

por parte del Estado de un rol de comerciante; sin embargo, existían servicios denominados “públicos” por la doctrina constitucional inicial, que el propio constituyente ponía en cabeza de empresas estatales y asignaba a sus rentas el carácter de recursos del tesoro nacional. En esta primera generación de “empresas públicas” constitucionalmente aceptadas, se presentaban aquellas dedicadas a ciertos servicios que en ese momento Alberdi justificó ante la inexistencia de iniciativa privada; a su vez, la práctica daba cuenta de otro tipo de empresas (como los bancos), no solo limitadas a la prestación de un servicio, sino más bien vinculadas estrechamente con la soberanía estatal (la facultad de emitir moneda en forma monopólica).²³

La reforma de 1994 no modificó, en esencia, esas premisas con relación a las empresas públicas. Si bien incorporó directrices de indiscutible corte social que lleva a algunos a señalar que se adoptó un nuevo tipo de constitucionalismo (Dalla Vía, 2015, p. 148), también mantuvo el ideario liberal reafirmando, por ejemplo, en el nuevo artículo 42, la necesidad de las autoridades de preservar la libre competencia, regular los monopolios y garantizar la calidad y eficiencia en los servicios públicos. El progreso económico con justicia social al que hace referencia el artículo 75, inciso 19 incorpora el debate acerca del desarrollo humano, pero es un debate no superado aún (Gelli, 2015, p. 201). Fuera de todos los matices, parece claro que, luego de la reforma, se mantiene y reafirma un reconocimiento al principio de libertad e iniciativa privada como base de desarrollo, y se ordena la intervención para suplir las carencias del mercado de forma razonable (Rosatti, 2025, 622).

4.2 La empresa pública y su recepción en la doctrina nacional

Marienhoff (2011, p. 361) consideraba que por “empresa del Estado” debía entenderse toda *persona jurídica*, pública o privada, creada por el Estado que realice habitualmente actividades comerciales o industriales o que tiene a su cargo la prestación de servicios públicos de esa índole, y citaba, en ese orden, el artículo 1° de la Ley 14380. Como se explicó con anterioridad, criticaba la confusión entre “empresa del Estado” y “entidad autárquica” y adoptaba una noción subjetiva de empresa.

Gordillo (2014) descartaba la existencia de un concepto apriorístico “predeterminado por la realidad, y que la doctrina deba necesariamente hallarlo en

23 Confróntese, en tal sentido, la opinión de Alberdi expuesta en la nota al pie 18 y la de Joaquín V. González en la nota al pie 20.

cuanto única definición correcta de esa realidad” (p. 472); descreía de ese dogmatismo científico y se inclinaba por elaborar una clasificación que permitiera abordarla razonablemente “sin importar demasiado el nombre” (p. 472). Desde allí, consideraba, en sentido amplio, a las empresas públicas como “toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (y no solamente estatal) de la economía” (p. 471). Pero en sentido estricto, reservaba el término para las empresas del Estado previstas en la Ley 13.653 por ser íntegra y expresamente estatales (sin adoptar formas de sociedades privadas), por tener personalidad propia, por dedicarse a una actividad económica y por no estar primordialmente sometidas al derecho privado.

Dromi (1983,) también coincidía en la ausencia de una “forma jurídica unitaria” de la empresa pública “como si las formas jurídicas abstractas fueran siempre representación de una realidad” (p. 78). No obstante, señalaba que, a partir de la Ley 20558 que creó la Corporación de Empresas Nacionales, resultó obligatorio en el ordenamiento jurídico argentino “hablar de ‘empresas públicas’, como género (...) la *empresa pública* es a la economía lo que el servicio público a la administración, aunque en ambos casos sus entes gestores integran la descentralización” (p. 78). Sobre esa base, definía a la empresa pública como “toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (no solamente estatal) de la economía” (p. 79).²⁴

Prepondera en esta noción el elemento objetivo (en contraposición a la tesis de Marienhoff) y la idea de que la titularidad del Estado es la que la torna de carácter público.

Linares (1986) consideraba que las sociedades estatales forman parte de una “descentralización impropia” localizadas en una zona “gris” e intermedia entre la descentralización y las sociedades privadas. Su carácter público viene dado por la aplicación del derecho público a las relaciones con la Administración central, en el cual cobra relevancia el control de legalidad y oportunidad que el Estado, como dueño, está obligado a llevar a cabo “aunque se dictaran leyes claras y específicas imponiendo la autonomía total de esas sociedades” (p. 294).

Barra (2006) define a las empresas públicas como “aquellas organizaciones empresariales, cualquiera sea su tipicidad o forma jurídica, donde el Estado

24 El autor diferencia el elemento objetivo (la empresa como conjunto de actividades económicas comerciales, industriales, agrícolas) del elemento subjetivo (pública, carácter que “se predica de toda empresa que de una u otra manera sea controlada por el Estado. El control constituye el rasgo

tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias” (p. 374), en línea con el artículo 8, inc. “b” de la Ley 24156. Y considera dirimente para su existencia al “predominio de la voluntad del sector público —en definitiva, del Gobierno— en la formación de las decisiones del ente, ya sea por la condición mayoritaria de la participación gubernamental” (p. 378).²⁵

Sin embargo, dado que este autor asimila lo “estatal” con lo “público”, es decir, niega la existencia de “entes públicos no estatales” o “entidades privadas en el Estado”, el carácter público de las empresas determina fatalmente el fin público que tienen. Por ende, no existe la posibilidad de un lucro. Considera esta premisa como “una especie de presupuesto dogmático” que le impide al Estado perseguir una finalidad lucrativa y, por lo tanto, la actividad empresarial del Estado sería, a su juicio, “alucrativa” (no persigue fines de lucro) pero no “antilucrativa”. En otras palabras, la finalidad de lucro no es de la sociedad, sino del accionista, y si este es mayoritariamente estatal, esa sociedad no tendrá fin de lucro; en cambio, si el accionista es mayoritariamente privado, el fin será de lucro.

Cassagne (2024) explica que el término “empresa pública” no sirve para manifestar toda la gama de situaciones que se presentan y rescata la ausencia de coincidencia entre “público” y “estatal”. Reconoce la aceptación general de la terminología y confronta con las “posturas negatorias” o reduccionistas de Gordillo (2014) y Barra (2006), asumiendo que pueden existir en el Estado formas societarias regidas por el derecho privado. Se trata, afirma,

... de la utilización por parte de la Administración pública de técnicas “instrumentales” que, aunque pertenecen al derecho privado, traducen un medio práctico para cumplir sus fines, otorgándole flexibilidad a la gestión (en los aspectos contables, de administración, relaciones con el personal, actuación en el mercado) sobre la base de técnicas tradicionales del derecho privado en economías de tipo capitalista. (p. 380)

definitorio de la publicidad de la empresa” (Dromi, 1983, p. 80).

- 25 Al igual que Dromi (1983), Barra (2006) define, por un lado, a la empresa (“organización dotada o no de personalidad jurídica propia, con fin de lucro o sin él, destinada a la producción de bienes y servicios industriales o comerciales según metodologías propias de la producción industrial o del tráfico mercantil”) (p. 378) y luego agrega la noción de “pública”, carácter que se adquiere siempre que exista una “constitutiva influencia dominante de lo público en la formación de la voluntad empresarial, en su financiación, en su carácter instrumental con relación a objetivos sustanciales que, en un sistema democrático capitalista, cualquiera especialista no dudaría en calificar como “públicos” (p. 383).

En idéntico sentido, Mairal (2010) señala que la discusión sobre la empresa pública se supera distinguiendo los términos “público” y “estatal”, entendido el primero como el “derecho que rige al ente” y el segundo como “a su propietario”. “Si se acepta ese punto de vista tendremos entes públicos y estatales; entes mixtos y estatales; entes privados y estatales y entes privados y mixtos” (p. 616).

Comadira y Escola (2012, p. 344) abordan directamente el deslinde de fines, remarcando, si la Administración adopta formas de derecho privado, no necesariamente ello implica que asuma también fines particulares, ya que el Estado solo puede propender al interés público. En todo caso, existen fines inmediatos privados y mediatos de naturaleza pública.

4.3 Las empresas públicas en la legislación nacional actual

Un breve resumen de las normas que rigen a las empresas públicas actualmente nos obliga a prescindir de aquellas que, si bien refieren a la noción de empresa, no mencionan de forma explícita a las involucradas con el Estado.²⁶ Asimismo, se pasarán por alto las regulaciones de cada una de las figuras típicas de empresas públicas para relevar las normas fundamentales y generales actuales aplicables a todas ellas y relevantes para el objeto de este trabajo.²⁷

El Código Civil y Comercial de la Nación menciona en dos oportunidades a las empresas. En el artículo 320, referido a la obligación de llevar estados contables, determina que “[e]stán obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y *quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de*

26 Por ejemplo, la Ley 20744 de Contrato de Trabajo, que en su artículo 5° define a la empresa y al empresario: “A los fines de esta ley, se entiende como ‘empresa’ la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama “empresario” a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la ‘empresa’”. También suele hacerse referencia, en el derecho tributario, al artículo 5°, inc. c) de la Ley 11683. En esta rama, dada su autonomía para calificar las realidades y definir hechos objeto de imposición, se prescinde del concepto jurídico o económico de empresa, motivo por el cual la Ley 11683 usa indistintamente el término como análogo a un sujeto, a una sociedad, a patrimonios de afectación o a cualquier tipo de unidad económica, mientras que las leyes de cada uno de los impuestos pueden, a su vez, seguir o apartarse de estas nociones.

27 Es decir, se omite considerar al Decreto Ley 15349/46, que creó la sociedad de economía mixta (en adelante, también SEM); la Ley 13653 de 1949 y las modificaciones de las leyes 14380 y 15023, referida a las empresas del Estado; la Ley 19550, en cuanto regula las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; la Ley 20705 de Sociedades del Estado. Todas ellas se han de transformar en sociedades anónimas en los términos de la Ley 19550.

servicios".²⁸ Y en el artículo 1093, al referirse a los contratos de consumo, establece que

es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente *o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios*, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.²⁹

De allí se desprende, sin lugar a duda, que el Código Civil y Comercial no adopta un criterio unitario de empresa, toda vez que en la primera disposición parece adherir a una teoría objetivista, mientras que en la segunda lo hace en términos subjetivos (la empresa como persona jurídica).

En otro plano, la conjunción de los artículos 148 y 149 del mismo Código parece ir en línea con la postura de Cassagne (2024), admitiendo que el Estado pueda participar en sociedades de derecho privado sin que esto cambie su naturaleza. En efecto, luego de señalar en la primera norma los tipos de "personas jurídicas privadas",³⁰ el artículo 149 establece que "[l]a participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación".

La Ley 24156 de Administración Financiera, al delimitar su ámbito de aplicación, recoge una definición de empresa pública abarcativa de las

Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 complementa esta disposición, estableciendo que la Ley 24156 solo será aplicable a las sociedades anón-

28 Énfasis agregado.

29 Énfasis agregado.

30 "Artículo 148 - Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento".

nimas resultantes de la transformación allí dispuesta cuando, producto de esa modificación, el Estado posea participación accionaria mayoritaria.³¹

Ese mismo decreto dispuso que todas las empresas con participación del Estado, “cualquier sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en Sociedades Anónimas” y quedarán regidas “a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades N° 19.550 en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna”.³²

El mismo decreto aclara que

las empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga.³³

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, reformada por la Ley 27742, establece expresamente que no será aplicable a ninguna de las variantes en las que el Estado Nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Y agrega que

[l]os entes mencionados en este inciso c), así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional, se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado. El Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá, a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público.³⁴

Por su parte, la Ley 27742 establece, en su artículo 23, los principios rectores que deben respetar todas las empresas “con participación estatal total o mayoritaria”, a saber: eficiencia, transparencia, integridad, generación de valor, roles diferenciados, controles eficientes.

31 Artículo 52 del DNU 70/2023.

32 Artículo 48.

33 Artículo 50.

34 Artículo 1°, inc. “c”.

Las reformas legislativas señaladas ponen de manifiesto una clara orientación del ordenamiento jurídico positivo hacia la posibilidad de que el Estado asuma formas empresariales puramente comerciales, orientadas al beneficio y sin ninguna nota propia de derecho público.

5. El conflicto de fines en la empresa pública

Hasta aquí se han expuesto las nociones de “empresa” (objetiva y subjetiva); de empresa “comercial”, guiada y orientada al beneficio o lucro; y de empresa “pública”, abordando en esta última su estatus constitucional, discusiones doctrinarias y el estado actual de la legislación. Es momento de tratar, desde esa plataforma conceptual, el conflicto de fines que porta ínsita la empresa pública.

5.1 El fin del Estado

Partiendo de la base de que el fin del Estado es el bien común, resulta interesante memorar la diferencia entre el *bien común* y el *bien común público*. Bidart Campos (1999) sostenía que

el bien común se refiere a un bien que es común a varias personas, a un grupo, como por ejemplo, el bien de una asociación cultural, o deportiva, o *comercial*, o universitaria. Es común porque pertenece a los miembros de ese grupo, pero es particular porque alcanza únicamente a ellos y a los intereses de ese grupo; y es parcial porque satisface solamente una o algunas necesidades del hombre, y no todas. El bien común que es fin del estado no deja de ser común, en cuanto pertenece al grupo máximo y a sus miembros. Pero es, público, y no particular ni parcial, porque alcanza a todos los hombres que conviven en esa organización política —sin excluir a nadie— y porque satisface *todas las necesidades* de esa convivencia general. (p. 184)³⁵

Este autor señalaba que, en el orden de las normas jurídicas, el fin del Estado —es decir, el bien común público— aparece formulado en la Constitución formal en su preámbulo. En Argentina: afianzar la justicia, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad, consolidar la paz, proveer a la defensa común.

Este bien común público, traducido al derecho administrativo generalmente con el interés público, solo puede escindirse de la voluntad mayoritaria ex-

35 Énfasis agregado.

presada en la Constitución Nacional en regímenes totalitarios. Sostenía Escola (1989) que

en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público “del pueblo” como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la Administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el jefe del gobierno, conductor o líder de turno. Después de lo hasta aquí dicho, en seguida se comprende que en tales casos no existe ni se trata de un “verdadero interés público” (...) Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la Administración pública, pero no de un interés público. (p. 240)

El fin del Estado no puede ser confundido con el interés del gobernante. El bien común *público*, el interés público, no se confunde con los intereses estatales de un Gobierno determinado, sino con ciertos valores comunes expresados en la Constitución Nacional.

5.2 Los fines de las empresas públicas

La actividad empresarial del Estado responde a fines públicos diversos, que se concreta en el ejercicio de empresas diferentes. Ya se ha visto, por ejemplo, que en Argentina la existencia de un banco federal mencionado en la constitución respondía a una tradición local que se remontaba a las primeras experiencias institucionales criollas y a la experiencia comparada con los Estados Unidos; y la presencia de una empresa de correos, a la necesidad acuciante de promover la población y desarrollo de un vasto territorio nacional que solo podía asumir la nación.

Una clasificación posible de fines de las empresas públicas propuesta en la doctrina las engloba en cinco grandes grupos: a) empresas para gestionar servicios públicos, por motivos sociales, redistributivos o económicos; b) empresas que operan para contribuir al desarrollo económico del país actuando en sectores productivos estratégicos, a fin de evitar estrangulamientos en puntos críticos para el desenvolvimiento del proceso de desarrollo; c) empresas para regular la estructura del mercado, quebrantando formaciones monopolísticas y oligopolísticas o estabilizando el mercado operando sobre el mecanismo de los precios; d) empresas que actúan con fines innovativos político-sociales, como el empleo de los recursos naturales locales; e) empresas cuya actuación va dirigida a garantizar una equilibrada disponibilidad de bienes y servicios en las diferen-

tes regiones y para conseguir la elevación de las condiciones económicas de las áreas en depresión (Rivero Ysern, 1978, p. 14).

Si bien la decisión de crear una de estas instituciones tiene carácter discrecional,

hay criterios jurídicos que condicionan la creación de empresas públicas. Para empezar, la iniciativa pública empresarial, como cualquiera otra intervención pública, *no es un fin en sí mismo*, sino un instrumento para la consecución de tareas de interés general. En consecuencia, la empresa pública es legítima, si está suficientemente justificada, lo que generalmente *solo se producirá ante fallos del mercado*. (Laguna de Paz, 2016, pp. 409-410)³⁶

Esta referencia a las fallas de mercado no resulta menor, pues remite a la figura que justifica actualmente en la doctrina al servicio público, y ello coincide con la posición de, entre muchos otros, Tomás Ramón Fernández Rodríguez (1965), quien señaló que la primera gran distinción que debe realizarse en las empresas públicas es entre aquellas destinadas a la prestación de servicios públicos y las que sirven a fines de política económica.³⁷

Señala este autor que la empresa pública

aparece como una técnica al servicio de la Administración para la consecución de fines diversos, y de este modo se coloca junto a las tres clásicas formas de actividad administrativa: policía, fomento y servicio público, sin adscribirse particularmente a ninguna de ellas, en tanto que tiene sustantividad propia y tan acusada que del mismo modo que la policía caracterizó una época de la evolución del Estado moderno, esta califica hoy de forma peculiar a la Sociedad y a la administración actuales. *La empresa pública, en cierto aspecto, es una forma de gestión de los servicios públicos, como el servicio público*, desde un cierto ángulo, presenta un cariz de policía, pero su principal significado hay que reconducirlo a unos principios propios, que son los que le dan trascendencia social, económica y jurídica. (Fernández Rodríguez, 1965, p. 99)³⁸

36 Énfasis agregado.

37 Señalaba el autor: “Es cierto que en las empresas de este último grupo también existen componentes públicos en sus fines institucionales, pero lo es igualmente que su intensidad no es determinante como en las empresas de servicios públicos. Una empresa pública que viene a cubrir un vacío o un defecto en un determinado sector de la industria privada debe comportarse en principio como una empresa privada, a la cual en realidad está sustituyendo. Tiene, no obstante, fines o intereses públicos que atender, que deberán de tenerse en cuenta a la hora de valorar su eficacia, configurar su estructura o establecer su disciplina en el marco del sector público, pero fundamentalmente su comportamiento deberá ajustarse a las reglas de las empresas privadas que realizan actividades semejantes. La naturaleza de su actividad la obliga a “jugar el juego de las actividades económicas” (Fernández Rodríguez, 1965, pp. 101-102).

38 Énfasis agregado.

Esta divisoria de aguas entre empresas públicas creadas para “superar fallas del mercado” y asociadas a servicios públicos, que actúan como privados, y aquellas que se refieren a “política económica”, más vinculadas a necesidades estratégicas de soberanía nacional, es completamente compatible con el diseño constitucional argentina inicial. El correo, así, bien podría responder al primer grupo de empresas; mientras que el banco federal, al segundo.

5.3 Razonabilidad de la creación de las empresas públicas. Superposición de fines con otros institutos de derecho público. Empresa pública y servicio público

Los fines del Estado tienen una diferencia esencial con los fines de los particulares. La iniciativa individual se ampara en la libertad consagrada por el artículo 19 de la Constitución Nacional y se encuentra tutelada por los derechos de propiedad protegidos en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional. Los individuos no deben dar cuenta de sus motivaciones personales. En cambio, por el mismo artículo 19 y el principio de competencia, los fines del Estado (más precisamente de la Administración) son verificables por el ordenamiento jurídico, de cumplimiento obligatorio y las autoridades están obligadas a dar cuenta de sus actos. De allí se deriva, entonces, que mientras la iniciativa privada es un derecho con protección constitucional, la iniciativa empresarial pública sólo será válida si se motiva y justifica suficientemente.³⁹

Desde esta postura, es posible confrontar la creación de empresas públicas con el principio de razonabilidad derivado del artículo 28 de la Constitución. Se trata de un principio que supone diversos juicios o subprincipios, como la “adecuación”, la “necesidad” y la “proporcionalidad en sentido estricto” (Cianciardo, 2004). Desde otra óptica, se traduce en la elección de la alternativa más racional (aspecto técnico) y más justa o equitativa (aspecto valorativo) de todas las posibles para obtener el fin deseado. Pero, evidentemente, la razonabilidad de un acto estatal no puede ser juzgada en abstracto, sino en una situación concreta, y en ella intervienen tanto la percepción social dominante sobre la relación entre la sociedad y el Estado (el contexto histórico e ideológico del caso) como las circunstancias concretas en las que se produce la intervención

39 “Existe, pues, una sustancial diferencia entre la iniciativa privada y la pública. La primera es expresión de un derecho fundamental, mientras que la segunda no es expresión de derecho alguno, sino un instrumento para la consecución de tareas de interés general, siempre que sea necesaria y proporcionada. En consecuencia, la iniciativa pública empresarial sólo es legítima si está suficientemente justificada, lo que generalmente sólo se producirá ante fallos del mercado” (Laguna de Paz, 2016, p. 229) (énfasis agregado).

estatal, es decir, de normalidad o de crisis (contexto histórico fáctico) (Rosatti, 2011, p. 191).

Si se vuelve a las finalidades previamente sintetizadas en este punto y se confronta a las empresas públicas con otros medios de intervención económica, se advierte que la figura cae de una u otra manera en el terreno de institutos del derecho público que tienen un contenido dogmático más consolidado.

Por un lado, la utilización de la empresa para incentivar las condiciones de mercado y cierta disponibilidad de bienes, o regular su estructura y condiciones, implica una superposición con el poder de policía (específicamente, la regulación de la defensa de la competencia) y el fomento y/o las ayudas públicas.

La razonabilidad de recurrir a la empresa pública para la contención de precios puede ser, asimismo, dudosa: si los precios son altos, pero acordes al repago de la inversión o las leyes de la oferta y demanda, la contención implica fijar precios accesibles, pero políticos, por una vía elíptica; si son altos y se pretende convalidar ese precio, lo que se busca es instaurar un monopolio, lo cual implica un solapamiento de la empresa pública con el servicio público.

A su vez, la utilización de empresas públicas para mejorar ciertas condiciones laborales u obtener información de los costos de algunas empresas del mercado, supone la creación de empleados privilegiados en el sector público o pasar por alto las técnicas informativas de la policía (Saraceno, 1970, p. 360).

Tal vez, el principal fundamento que obsta al empleo de la empresa pública para seguir todas esas finalidades radica en que las empresas, por definición, persiguen un propósito de lucro, una finalidad de beneficio para el empresario, la intención de obtener ganancias. Y lo cierto es que la búsqueda de fines por medio de instrumentos que no tienden a ellos implica un incumplimiento al principio de razonabilidad referido.

Para lograr un adecuado sinceramiento entre medios y fines, debemos preguntarnos: ¿es viable concebirse una empresa pública como un mero vehículo generador de recursos para el Estado?

Como se ha señalado con anterioridad, el texto de la Constitución lo permitiría, y el propio Alberdi creía que el correo debía ser una fuente de recursos estatales. Pero no puede perderse de vista que, al mencionarse las rentas del correo en el artículo 4° de la Constitución Nacional, se hace referencia a una actividad que el propio Alberdi y los primeros constitucionalistas consideraban como “servicio público”. La generación de esos recursos, así, no tenía por finalidad un “rédito” en favor del Estado, sino solventar la prestación de ese servicio.

En cambio, los recursos del Tesoro se generan, a grandes rasgos, por los ingresos tributarios, la deuda pública y la emisión monetaria.⁴⁰ De esta manera, se caería nuevamente en la utilización de la empresa pública como un medio de reemplazo de técnicas específicas más apropiadas. En un extremo irreal, pero gráfico, no sería admisible concebir un Estado volcado puramente a la de obtención de ganancias o al ahorro. Sostenía Bidart Campos (2002), en ese sentido, que la eficiencia económica no es un fin en sí mismo,

porque la finalidad del sistema económico —que, por supuesto, debe ser eficaz— estira su horizonte hacia lo ya tan insistido: hacer efectivos los derechos y las instituciones de la Constitución. Al sistema económico hay que hacerle rendir el máximo resultado exitoso, con un “para” que emigra del espacio económico y se dirige hacia el bienestar efectivo de las personas. Estas son quienes han de participar del interés económico general porque este interés, aun de conceptualización ambigua, tiene como destino el aprovechamiento social. (punto 5)

Descartados los tributos, la policía y el fomento, el único instituto que aparece íntimamente vinculado a la empresa pública es el servicio público. Es decir, la actividad prestacional del Estado que se ha justificado, precisamente, en las fallas del mercado. Desde esta óptica, la complementariedad de los institutos parece evidente: la empresa pública sería la técnica que se ajusta al servicio público en aquellos casos en que se decide la prestación directa por parte del Estado.

Este posicionamiento de la empresa pública en el terreno de los servicios públicos merece dos observaciones.

En primer lugar, el peligro de esta asociación viene dado por la naturaleza garantística del instituto del servicio público. De admitirse que la empresa pública y el servicio público se encuentran íntimamente vinculados, debe llamarse la atención del riesgo que supondría permitir, por esta vía, la publicación de actividades sin la garantía que supone la *publicatio* por ley formal del Congreso.⁴¹

En segundo término, la justificación constitucional de la empresa pública dentro de la técnica del servicio público deja fuera otras realidades, otro tipo de empresas que existen y han existido en nuestro ordenamiento íntimamente vinculadas a la pura soberanía estatal. Es el caso de la actividad bancaria previa-

40 Se opta aquí, por la tipología más sencilla que sigue Jarach (1999, p. 57) y se excluyen la venta de bienes y servicios y las penas pecuniarias. Una clasificación omnicompreensiva puede verse en Rosatti (2011, pp. 106-107).

41 “La justificación de la gestión directa de una determinada actividad no se encuentra en el requisito

mente señalada, comprometida en la necesidad de la emisión de una moneda nacional.

5.4 Compatibilidad del lucro con los fines de la empresa pública

La empresa pública debe perseguir, en la medida de lo posible, el máximo beneficio; al mismo tiempo, la titularidad por parte del Estado se justifica en cuanto, mediante su ejercicio, se consigan finalidades de interés general. Sostener que debe perseguirse el beneficio hasta que no contraste con las finalidades de interés público que se quieren conseguir tiene solo valor descriptivo y no exige de indagar si no puede darse una explicación mejor del fenómeno (Ottaviano, 1970, p. 271) ¿Cómo es posible conciliar estas dos finalidades opuestas?

Creemos que existen tres vías que compatibilizan la finalidad de lucro o beneficio de la empresa comercial con los fines estatales en aquellos casos en que éstos son legítimos. Es decir, cuando se ha recurrido a la empresa pública por un motivo válido y razonablemente aceptado por el ordenamiento constitucional.

1. Reconocer el concepto subjetivo de empresa

Como ya se ha dicho, el fin es el objetivo buscado o pretendido por alguien y lo que le da sentido en última instancia a algo. Si se asume que la empresa es una actividad, un objeto, un conjunto de factores organizados, la única persona que puede tener la *voluntad y el propósito* de lucrar es el sujeto empresario que titulariza esa actividad. En esta hipótesis, el lucro es lo que le da sentido y razón de ser a esa organización y esta no puede existir fuera de ese propósito. En cambio, si se la concibe como un sujeto de derecho, con capacidad de formar una voluntad diferente al empresario, ésta puede tener un propósito (de lucro) diferente al que tiene el Estado (el bien común público).

Esto implica erradicar completamente la posibilidad de que existan figuras como las “empresas propias” del derecho español, *en régie* del derecho francés, o *Regiebetrieb* del derecho alemán, estructuras empresariales sin perso-

previo de que se haya declarado su carácter de servicio público. Es decir, la administración inicia una actividad económica sin *el compromiso –político y jurídico– que comporta su declaración previa de servicio público*; de donde surge la disociación de servicio público y prestación administrativa. Es por esto que la expresión servicio público viene a ser sustituida, cuando tiene carácter económico, y la Administración asume el riesgo de su explotación, por el concepto de *Empresa pública*” (Garrido Falla, 1968, p. 120) (énfasis agregado).

nalidad jurídica propia y estructurados dentro de la Administración general con poder de imperio frente al mercado (tasas, procedimiento de apremio, etc.) (Villar Palasí, 1950, p. 91).

Al reconocer esta personalidad jurídica, cobra relevancia la llamada “neutralidad” de la empresa frente a los “fines extrasociales”, que debe ser garantizada mediante la autonomía e independencia del ente. En efecto, si al mismo tiempo que se reconoce la existencia de una persona jurídica diferente se cae en la definición subjetiva de empresa pública por el grado de control estatal sobre ese ente, la autonomía podría quedar desdibujada. En la actualidad, el inciso “b” del artículo 8 de la Ley 24156 y las definiciones de empresa pública que provienen de la Ley 27742 han adoptado la doctrina del control predominante que proponen Barra (2006) o Dromi (1983).

Para sortear la dificultad del “sujeto jurídico” diferente y lograr superar la mera ficción conceptual prevista en una norma, proponemos como estándar que el grado de autonomía debe ser tal que *invierta la regla de la competencia por la de la libre iniciativa amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional*.

La discusión de los fines, entonces, se traslada a la de la autonomía real y efectiva de la empresa pública y las garantías para protegerla. Al resguardar esa independencia, se permite que esta sea un “sujeto de derecho” real y no meramente declarativo y que persiga fines diferentes al Estado. Existen, por lo menos, tres niveles o técnicas de protección de tal autonomía: i) el propio reconocimiento de la personalidad jurídica; ii) un vínculo apropiado entre el Estado y la unidad de negocios que impida un nexo estrecho entre ambos; y iii) la constitución del vehículo societario que, por definición, mejor representa a la gestión capitalista: la sociedad anónima privada, en la cual el Estado es solo un accionista que concurre con otros sujetos en la formación de la voluntad y delega en un directorio independiente la gestión diaria del capital (Saraceno, 1970, p. 365).

Este último es el camino que comenzó a transitar el Decreto 70/2023, que ordenó la transformación de todas las empresas públicas en sociedades anónimas. Por ejemplo, como ya se ha señalado previamente, la posibilidad de que el Banco de la Nación Argentina fuese una sociedad anónima se encuentra expresamente reconocida por la primera doctrina constitucional (ver nota al pie 20)

2. Distinguir entre los fines primarios y los secundarios del ente

Ante la indudable necesidad de que exista un fin de lucro o beneficio en la empresa pública,

quizás sea mejor considerar en relación con los entes públicos un fin doble, uno instrumental y otro finalista, y admitir que la actividad es pública aunque el ánimo instrumental sea de lucro patrimonial, cuando el ánimo finalista es la satisfacción de un interés público. (Lessona, 1970, p. 188)

De acuerdo con este criterio, el objeto primario de la empresa pública debe ser el lucro y la obtención de ganancias, aún cuando, de forma instrumental, ese propósito quede al servicio de una finalidad de interés público válidamente reconocida por la Constitución Nacional.

En ese orden, la multiplicidad de fines se ha puesto de manifiesto al señalar que algunas actividades empresariales, que por definición son lucrativas, también impactan y tienen un relieve público, en la medida en que el sólo desarrollo de la actividad en sí mismo es valioso. Se ha dicho, así, que

la empresa pública da lugar a una hipótesis distinta de la del servicio público, en el cual existe un interés directo del Estado en producir las ventajas que se ofrecen a los ciudadanos. En el caso de la empresa pública, por el contrario, se da un fenómeno análogo al de los entes privados de interés público, ya estudiado por la doctrina, es decir, al de aquellos entes que *persiguen fines privados, pero cuya actividad tiene relieve público, en el sentido de que intenta satisfacer el interés público ligado con el desarrollo de aquella actividad*. (Ottaviano, 1970, p. 272)⁴²

3. Redefinir la noción de lucro o beneficio empresarial

En esta tercera vía, sin caer en el lugar común criticado por Ariño Ortiz y defender la “rentabilidad social”, cabría preguntarse nuevamente cuál es el beneficio o lucro en una empresa en general y en una pública en particular.

a. Una primera posibilidad es asumir que el lucro que justifica una empresa comercial no es el que permite —necesariamente— la obtención de una ganancia, sino que basta con aquel que mantiene el valor del capital o lo incrementa sin distribuir dividendos, organizando los medios de producción para alimentarse con sus propios ingresos. En ese sentido, se ha señalado que no es la

idoneidad de la actividad económica organizada para obtener una ganancia —es decir, para producir ingresos *superiores* a los costes de producción— la que se ha juzgado coesencial al concepto de empresa, sino, más limitadamente, la idoneidad de la misma para *cubrir los costes de producción*. A la luz de este criterio, se ha negado la condición de empresario a los entes públicos de “protección social” (...) porque se proveen del capital de gestión de distinta manera que con la retri-

42 Énfasis agregado.

bución de sus servicios, que prestan gratuitamente o, en cualquier caso, por un precio manifiestamente insuficiente para cubrir su coste de producción. El ejercicio de la actividad económica comporta aquí la aplicación “a fondo perdido” de la provisión financiera del ente, que debe ser constantemente alimentada por otras fuentes, tales como la ayuda financiera del Estado o la exacción de contribuciones obligatorias. De este modo, la noción de empresa teorizada por la economía clásica no viene juzgada como jurídicamente relevante: empresa en sentido técnico-jurídico es, más bien, lo que los economistas definen como “hacienda de producción”, en antítesis con “hacienda de distribución”, es decir, aquella actividad económica *que se alimenta con sus propios productos y tiende a conservar invariable, en lugar de distribuirlo, el capital empleado*. (Galgano, 1970, p. 263)⁴³

b. Desde otra perspectiva, en una economía de mercado, la empresa privada garantiza eficiencia en la producción, mientras que la acción pública puede organizarse para: i) suplir la incapacidad de la empresa privada para usar plenamente los recursos y así promover el desarrollo económico, y ii) proteger fuerzas sociales que podrían ser perjudicadas por fallas del mercado, buscando restablecer la competencia. En el primer caso, el Estado afronta actividades que no interesan a los privados y no espera beneficios; cuando hay rentas superiores a la retribución normal del capital, se reduce el aporte estatal. En el segundo caso, la empresa pública fija precios para usar al máximo su capacidad y sólo retribuir el capital invertido, sin ánimo de lucro en el sentido comercial indicado. Si obtiene beneficios superiores, estos se destinan a bajar precios en fines anti-monopolísticos o a disminuir el aporte estatal en actividades sin posibilidad de beneficio (Saraceno, 1970, pp. 370-372).

El denominador común de esta redefinición del lucro se traslada a la distribución de dividendos. Los estatutos de las empresas públicas, para compatibilizar lucro y fin público, deberían contener un régimen de distribución de dividendos diferenciado de las sociedades anónimas privadas, regulando la forma en la que el Estado reinvierte las utilidades para reducir precios hasta que el mercado en cuestión se vuelva competitivo.

6. Síntesis

Tras las aparentes contradicciones de la empresa pública y su sentido, subyace un conflicto de fines: interés público y beneficio privado o lucro.

Puede sostenerse que existen dos tipos de lucro: el subjetivo, que es el pro-

43 Énfasis agregado.

pósito de lucro del empresario o titular de la empresa de obtener ganancias con ella, y el objetivo, que es la producción de ganancias por parte de la misma empresa. Esta bifurcación permite hablar de la “neutralidad” de la empresa frente al accionista y sus fines y diferenciar las voluntades de ambos.

La empresa, en general, puede ser concebida en términos objetivos como una actividad u organización de factores para desarrollar una actividad económica o, subjetivamente, como un sujeto de derecho que despliega esa actividad. Pero, en concreto, el ordenamiento argentino repele la concepción objetiva que impide darle autonomía y voluntad propia. Si no se asume a la empresa pública como una persona, se le veda la posibilidad de perseguir un propósito de lucro individual y diferente al interés público del accionista estatal. Por ende, solo asumiendo un concepto subjetivo de empresa se puede autonomizar la finalidad de beneficio.

Podría hablarse de un estatuto constitucional de la empresa pública argentina. La letra y el espíritu de la Constitución Nacional permiten sostener que en nuestro ordenamiento siempre existieron “empresas de utilidad nacional” (artículo 4° de la Constitución Nacional). Si los correos podían concebirse como una de tales empresas de utilidad nacional y sus rentas formaban parte del tesoro, puede concluirse que el constituyente originario previó la posibilidad de que las rentas de esas empresas conformen sus recursos. Desde allí, nada prohíbe que el Estado se haga de recursos por medio de una empresa pública en la medida en que, como principio, no destine los fondos a solventar otro tipo de gastos. No obstante, el espíritu liberal de la Constitución, ratificado en esencia por la Reforma de 1994 con los matices ya analizados, siguen posicionando al Estado en una actuación subsidiaria y principalmente reguladora, librando el ejercicio del comercio a la iniciativa privada.

Esta responde a los derechos de propiedad y al ámbito de libertad individual, en tanto la iniciativa pública debe ser justificada por el principio de legalidad y competencia (artículo 19). Por ello, el mismo estatuto constitucional de la empresa pública se rige por el principio de razonabilidad (artículo 28), que exige adoptar medios válidos que tiendan a los fines declarados.

El instituto bajo estudio, como ha sido utilizado en general históricamente, se superpone con otros institutos de derecho público con contenido dogmático más arraigado: policía, servicios públicos, fomento y tributos. Singularmente lo hace con el servicio público. Al confrontarla con el principio de razonabilidad, se observa que la empresa comercial, por definición, persigue un propósito de beneficio para el empresario, la finalidad de obtener ganancias. En esas condi-

ciones, si el Estado usa un instrumento destinado a lucrar con un fin distinto (ejercer la policía, el servicio público, el fomento o la recaudación), compromete el principio de razonabilidad.

Si bien no es contrario a la Constitución que el Estado pretenda obtener recursos por medio de estas empresas, las cláusulas constitucionales analizadas y la noción misma de Estado dejan esta opción como una alternativa excepcional.

A su vez, al juxtaponer la empresa pública con el servicio público, se observan posiciones doctrinarias que encontraban el sentido del empresariado estatal en la ausencia de un mercado competitivo. Esto permite diferenciar dos grandes tipos de empresas públicas: aquellas que se encuentran involucradas y prestan un servicio público y las que tienden al desarrollo económico o se vinculan con fines de política económica. Ambas estaban presentes en la Constitución Nacional de 1853 y su práctica (el Correo como “servicio público”, y los bancos, vinculados a la emisión de moneda).

Es mucho más factible y posible compatibilizar el lucro con el primer tipo de empresas que con el segundo. Se encuentra allí una justificación razonable para el instituto. En el segundo caso, la finalidad de la política económica es menos contrastable con la eficiencia y obtención de beneficios.

En ambos casos, para armonizar este instituto con el propósito de lucro comercial, se debe:

1. Reconocer la autonomía de la empresa, lo cual exige admitir que son sujetos de derecho independientes con garantías funcionales y formalizarlos por medio de un vehículo societario idóneo. El grado de autonomía debe ser tal que invierta la regla de la competencia por la regla de la libre iniciativa. La forma societaria más óptima para ello parece ser —por el momento— la sociedad anónima.
2. Admitir la posibilidad de que tanto la empresa como el Estado tengan fines principales e instrumentales sin que prime el interés público sobre todos los demás. La obtención de recursos estatales por medio de una empresa pública es válida, pero de excepción.
3. Redefinir el concepto de lucro para las empresas públicas, regulando diferencialmente la distribución de dividendos y admitiendo que también puede existir un beneficio en el mantenimiento o incremento del valor del capital invertido o en la reducción de los costos de producción y precios. A su vez, el régimen de distribución señalado debe permitir al Estado reinvertirlos y, al mismo tiempo, a los socios privados de la empresa pública, retirarlos con fines de lucro individuales ajenos al accionariado estatal.

Un trabajo de campo que analice los estatutos de diferentes empresas públicas a la luz de estos principios sería de gran utilidad.

7. Conclusiones

En el ordenamiento jurídico argentino existe un estatuto constitucional de la empresa pública, concebida principalmente para la prestación de servicios públicos y, de manera excepcional, para fines de política económica. Para no colisionar con los artículos 14, 17, 19, 28 y 42 de la Constitución Nacional —que consagran la propiedad, la iniciativa privada y la razonabilidad—, el Estado debe justificar la excepcional creación de empresas públicas y evitar superponerlas con otros institutos de derecho público.

El interés público del Estado puede ser compatible con el beneficio y el propósito de lucro propios del comerciante, en la medida en que la instrumentación de la empresa pública se base en tres principios esenciales: 1) el reconocimiento de personalidad jurídica, autonomía e independencia tal que invierta la regla del artículo 19 de la Constitución y se instrumente mediante la adopción de la sociedad anónima o afines; 2) el establecimiento de un régimen de utilidades y dividendos distinto al de las sociedades anónimas sin participación estatal, que permita diferenciar a los accionistas privados de los estatales (estos últimos podrían optar por no retirar dividendos); 3) la admisión de fines principales y secundarios tanto en el Estado —quien puede obtener legítimamente recursos de una empresa pública— como en la empresa —que puede procurar válidamente el lucro como medio indirecto para satisfacer un interés general—.

Bibliografía

- Ackerman, M., Ferrer, F., Piña, R. G. y Rosatti, H. (2012). *Diccionario Jurídico* (Tomo I). Rubin-
zal Culzoni.
- Alberdi, J. B. (1854). *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*. [https://www.
hacer.org/pdf/sistema.pdf](https://www.hacer.org/pdf/sistema.pdf)
- Ariño Ortiz, G. (1981). La empresa pública. En Garrido Falla, F. (Coord.), *El modelo económico
en la Constitución española* (Vol. 2, pp. 13-234). Instituto de Estudios Económicos.
- Aristóteles. (1875). *Metafísica* (Ed. de P. de Azcárate). Medina y Navarro Editores. [https://www.
filosofia.org/cla/ari/azc10151.htm](https://www.filosofia.org/cla/ari/azc10151.htm)
- Barra, R. (2006). *Tratado de derecho administrativo* (Tomo III). Ábaco.

- Bielsa, R. (1964). *Tratado de derecho administrativo* (6ª ed., Tomo I). La Ley.
- Bidart Campos, G. (1999). *Lecciones elementales de política* (5ª ed.). Ediar.
- Bidart Campos, G. (2002). *La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)*. La Ley.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2018). La concepción de la empresa en el análisis económico del derecho y su impacto sobre el derecho privado. *Revista de derecho comercial*, 10, ps. 3-46.
- Cassagne, J. C. (2024). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). La Ley-Thomson Reuters.
- Cianciardo, J. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Ábaco.
- Comadira, J. R. y Escola, H. (2012). *Curso de derecho administrativo* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Dalla Via, A. R. (2015). *Derecho Constitucional Económico* (3ª ed.). Abeledo Perrot.
- Dromi, J. (1983). *Derecho administrativo económico* (Tomo I). Astrea.
- Escola, H. (1989). *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Depalma.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1965). Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública. *Revista de Administración Pública*, 46, 95-122.
- Fontanarrosa, R. O. (2001). *Derecho Comercial Argentino* (Tomo I). Zavalia.
- Garrido Falla, F. (1968). La empresa pública en el derecho español. *Revista de Derecho Privado*, LII, 117-127.
- Galgano, F. (1970). Sobre la estructura técnico jurídica del concepto de empresario público. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 257-276). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Gelli, M. A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada* (4ª ed.). La ley.
- Giannini, M. S. (1970). Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 99-115). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- González Calderón, J. (1943). *Curso de Derecho Constitucional*. Kraft.
- González, J. V. (1950). *Manual de la Constitución Argentina* (24ª ed.). Ángel Estrada.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo IX). Fundación de Derecho Administrativo. <https://www.gordillo.com/tomo9.php>
- Halperin, I. (1969). El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales. *Revista del Derecho Comercial de las Obligaciones*, 2(7), pp. 265-277.
- Halperin, I. (1974). *Sociedades anónimas*. Depalma.
- Halperin, I. (2000). *Curso de Derecho Comercial* (4ª ed., Tomo I). Depalma.
- Jarach, D. (1999). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario* (3ª ed.). Abeledo Perrot.
- Laguna de Paz, J. (2016). *Derecho Administrativo Económico*. Tirant lo Blanch.
- Lessona, S. (1970). Líneas generales sobre la empresa pública. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 172-187). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*. Astrea.
- Mairal, H. A. (2010). El Estado como empresario. En Piaggi, A. I. (Dir.), *Tratado de la empresa* (Tomo II A, pp. 590-632). Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (5ª ed.). Abeledo Perrot.
- Martín-Retortillo, S. (1961). Las empresas públicas: reflexiones del momento presente. *Revista de Administración Pública*, 26, 63-132.

- Ottaviano, V. (1970). Sometimiento de la empresa pública al derecho privado y exigencias conexas con los fines públicos que mediante el ejercicio de la empresa se quieran conseguir. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 265-281). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española* (24 ed). <https://dle.rae.es>
- Richard, E. H. y Muiño, O. M. (2004). *Derecho societario* (5ª ed.). Astrea.
- Rivero Ysern, E. (1978). Derecho público y Derecho privado en las organizaciones y actividad de las empresas públicas. *Revista de Administración Pública*, 86, 11-52. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098001>
- Rosatti, H. (2011). *Tratado de derecho constitucional* (Tomo II). Rubinzal-Culzoni.
- Rosatti, H. (2025). *Tratado de derecho constitucional* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.
- Saraceno, P. (1970). *El fin del beneficio en las empresas públicas de producción*. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 357-371). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Varangot, C. J. (1970). La empresa pública en la República Argentina. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 1807-1822). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Villar Palasi, J. L. (1950). La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 3, 53-129.
- Zunino, J. O. (2004). *Régimen de Sociedades Comerciales*. Astrea.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

