

**EL ART. 37 DE LA CONSTITUCION PROVINCIAL,
LA LEY 20.705 Y LAS SOCIEDADES DEL ESTADO
CREADAS EN EL AMBITO PROVINCIAL ***

Dr. Ernesto R. Boccia
Prof. Titular - Derecho Comercial
I-Cát. B.

1. — Para una mejor ubicación del tema en estudio es conveniente destacar que la problemática jurídica implicada encuadra en las normas y principios del Derecho Público Provincial. Y, con rigor investigativo, corresponde señalar que la temática tiene alcances que van más allá del Derecho Público Provincial mendocino (habida cuenta que se relaciona con las tres sociedades del estado creadas en el ámbito provincial: Nuclear Mendoza, Obras Sanitarias Mendoza y Energía Mendoza), para alcanzar a todas las sociedades del estado creadas o existentes por vía de transformación de empresas del estado, en las provincias cuyas constituciones contienen preceptos similares al del art 37 de la Constitución de Mendoza (entre ellas: Chaco, art. 63; Chubut, art. 37; La Pampa, Art. 35; Misiones, art. 70; Río Negro, art. 63; Jujuy, art. 38; Santa Cruz, art. 41; Santiago del Estero, art. 32; Córdoba, art. 32; Corrientes, art. 22; Catamarca, art. 55; Entre Ríos, arts. 56 y 57; La Rioja, art. 13; San Luis, art. 13; Santa Fe, arts. 19 y 34; Tucumán, art. 10; Buenos Aires, art. 206, incisos 6. y 8º y art. 209; Formosa, art. 43, in fine (Dromi Roberto José en: “La Licitación Pública”, Edición Astrea 1075, pág. 120).

* “Art. 37. — Toda enajenación de bienes del fisco, compras y demás contratos susceptibles de licitación, se harán precisamente en esa forma y de un modo público, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad por defraudación si la hubiere, salvo las excepciones que la ley determine en cuanto se refiere a la licitación”.

Y ello pone de manifiesto, como bien lo tiene destacado la doctrina nacional que se ha ocupado de este moderno tipo societario creado por la ley N° 20.705, las dificultades existentes para armonizar la interpretación y aplicación de un régimen jurídico en el que tienen cabida normas e instituciones del Derecho Público y del Derecho Privado.

2. — Efectuada esta formulación metodológica, que para el caso en estudio es fundamental, nos ocuparemos de los aspectos que hacen al fondo del tema a desarrollar.

Héctor A. Mairal publicó, a comienzos de 1981, un exhaustivo trabajo sobre el tema al que denominó “Las Sociedades del Estado o Los Límites del Derecho Administrativo” (Rev. La Ley, Año XLYI, N° 25 y 37 del 5 y 23 de febrero de 1981, respectivamente), a cuyas acertadas conclusiones estimamos conveniente remitir al lector, en especial al punto 11 de la primera publicación sobre los “Objetivos perseguidos con la sanción de la Ley 20.705” y punto 2 de la segunda parte donde trata “Los contratos que celebran las Sociedades del Estado”.

El problema planteado hace a la esencia misma del régimen federal de gobierno y al sistema constitucional de prelación de las leyes, establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional.

La Ley 20.705 integra el Derecho de Fondo argentino por razón de la materia (creación de un nuevo tipo societario con reenvío a la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 incorporada al Código de Comercio). Ello quiere decir que ha sido dictada por el Congreso de la Nación en uso de sus facultades legislativas que le han sido expresamente delegadas por las Provincias (arts. 67 - inc. 11 y 104 de la Constitución Nacional).

Siendo ello así rige en plenitud el dispositivo constitucional del Art. 31 de la Carta Magna de la Nación que preceptúa: “Esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y *las autoridades de cada provincia están obligados a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales*, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”.

Como expresara González Calderón (Derecho Constitucional T° 1—3° Edic. 1930, pág. 459: “Las leyes de la Nación serán supremas si son dictadas *en consecuencia* de la Constitución: es decir, en consecuencia de los poderes legislativos que la misma Constitución ha con-

ferido al Congreso expresa o implícitamente (Art. 67 - inc. 28). En el mismo sentido se pronuncia S. V. Linares Quintana en "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Tº 2, Ed. Alfa, 1963, pág. 362: ... "la tendrán (la supremacía), si han sido dictadas en consecuencia de la Constitución, es decir, en consecuencia o virtud de los poderes que, de modo expreso o por conveniente implicancia, ha otorgado aquélla al Congreso".

Por lo tanto, si no se admitiese el argumento referido a que la Ley 4551 mediante la cual fue creada EMSE, ha venido a consagrar la excepción a que se refiere el último párrafo del art 37 de la Constitución Provincial, no puede desconocerse el orden de prelación establecido por la Constitución Nacional en su art. 31 transcrito, en virtud del cual la Ley 20.705 —por ser una ley constitucional mientras no se declare su inconstitucionalidad— prevalece sobre cualquier disposición en contrario que puedan contener las Constituciones Provinciales y las autoridades de cada Provincia están abligadas a conformarse a ella.

Esta es la razón por la que sostuvimos precedentemente que el problema implicaba un examen y análisis del ordenamiento constitucional desde el punto de vista del Derecho Público Provincial y Nacional, para lograr la necesaria armonización de principios y normas con el derecho Privado. Es que, en este como en otros temas, es fácil olvidar aquel sabio principio que enseña que el Derecho es una UNIDAD que requiere una armónica interpretación y aplicación de los distintos ordenamientos parciales vigentes, ya pertenezcan éstos al Derecho Público o al Privado.

Esto explica algunas dudas y críticas que se han formulado respecto de la constitucionalidad de la Ley de Sociedades del Estado 20.705, con alcance a las entidades de este tipo jurídico creadas en el ámbito provincial como Nuclear Mendoza S. E., Obras Sanitarias Mendoza S.E. y Energía Mendoza, S. E., basándose erróneamente para ello en la obra del destacado administrativista mendocino Dr. José Roberto Dromi "La Licitación Pública", sin advertir que el mismo autor ha tratado específicamente el problema de las sociedades del estado y el ámbito espacial de validez de la Ley 20.705 en relación a las provincias en su libro "Derecho Administrativo Económico".

Si allí se hubiese dirigido la consulta se habría advertido que el propio DROMI (a quien no se puede calificar, por cierto, como doctrinario adepto a las sociedades del estado), ha sostenido: "Cabe preguntarse si el régimen normativo creado por Ley 20.705, al instituir la figura jurídica denominada "Sociedad del Estado", es una ley nacional o de fondo, de aplicación en todo el territorio argentino, o sola-

mente rige en la jurisdicción federal. En otros términos: ¿podrían las provincias crear sociedades del Estado con un régimen diverso del previsto por la ley 20.705. Es más, ¿podrían las provincias sancionar una ley general de sociedades del Estado, al modo de la ley nacional”.

Por nuestra parte, estimamos que la ley 20.705 es una ley nacional, de aplicación en todo el ámbito espacial (nacional, provincial o municipal).

Se trata de una norma de origen nacional, pero no de alcance únicamente federal, sino que es una ley de fondo, por las siguientes consideraciones:

a) El mismo art. 1º de la Ley citada se refiere a las sociedades del Estado “provinciales” y “municipales”, lo que de por sí indica su aplicación directa por parte de dichos Estados como norma común en la materia.

b) En razón de la analogía que existe entre las sociedades del Estado y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, y en tanto éstas están incorporadas a la ley de sociedades 19.550, arts. 500-314, y a su vez, dicha ley se incorpora al Cód. de Comercio (art. 367, ley 19.550), con lo cual se enmarca la materia en la competencia asignada al Congreso Nacional, por el art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional.

c) Por otra parte, y también analógicamente con las sociedades de economía mixta del Decr. Ley 13.549/46, se puede inferir que la Ley 20.705, al igual que aquél, es norma sustantiva o de fondo, dado que ambas se rigen en forma supletoria por la ley de sociedades comerciales 19.550 (art. 372), incorporada al Cód. de Comercio.

d) Por aplicación del art. 2º de la ley 20.705, que reenvía al régimen jurídico de las sociedades anónimas ley 19.550, sec. V y VI), y este último es de competencia nacional (art. 67, inc. 11, Constitución Nacional).

e) En tanto el objeto o actividad a desarrollar por dichas entidades es de carácter “industrial o comercial”, lo que así resulta de la opinión legislativa (art. 1º, Ley 20.705) y también doctrinaria, debe entenderse que su régimen jurídico es de carácter “civil y comercial”, y en su consecuencia el derecho privado es aplicable de modo predominante, con lo cual la competencia nacional vuelve a resultar incuestionable.

El régimen jurídico de las sociedades del Estado es preferentemente de “Derecho Privado”, o “mínimo de Derecho Público”. Aquél

es de competencia nacional y éste local: en tanto el régimen de las sociedades del estado fuere prevista y regido por normas de Derecho Privado, la validez y alcance de la norma es nacional. Consecuentemente, algunas pautas de la Ley 20.705 no imperan en el ámbito municipal y provincial, por ser aspectos de Derecho Público, v. gr., las previstas en sus arts. 5º y 9º, por cuanto, para la transformación y liquidación las legislaturas o cuerpos deliberativos locales podrían disponer una solución diferente. (DROMI, Roberto José: "Derecho Administrativo Económico". Ed. Astrea 1977, pág. 303 y sgtes.).

Como se advierte de la transcripción precedente, Dromi está conteste en nuestra conclusión acerca de que el régimen legal establecido por la Ley N° 20.705 de sociedades del estado, integra el derecho positivo argentino de fondo formando parte del Código de Comercio por el reenvío que esta Ley hace a la normativa de sociedades anónimas de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, incorporada a ese Código. Por lo tanto, las normas de esta ley nacional prevalecen sobre el Art. 37 de la Constitución Provincial toda vez que el Congreso Nacional ha podido dictarla en ejercicio de facultades expresamente delegadas por las provincias, como antes vimos.

La confusión nace, repito, de la circunstancia de haber efectuado un enfoque parcializado de la problemática jurídica integral, lo que no ha permitido ver el bosque por reparar exclusivamente en el árbol.

La Sociedad del Estado "ENERGIA MENDOZA" creada por la Ley N° 4.551 y el ordenamiento constitucional provincial.

3. — Al crearse esta sociedad del estado provincial —cuya ley de creación y estatutos sociales, proyectáramos— se tuvo muy en cuenta el régimen constitucional local a fin de observar y cumplimentar estrictamente sus disposiciones.

Fue por ello que, a pesar de que la Ley 20.705 no había consagrado el contralor del Tribunal de Cuentas de la Nación sobre las sociedades del estado que se crearan en jurisdicción nacional —lo que fue objeto de aclaraciones expresas en la discusión parlamentaria de la ley— en el régimen legal establecido para EMSE se consagró en el Título V —Fiscalización— art. Décimo Cuarto, el contralor externo de la Sociedad a cargo del Tribunal de Cuentas de la Provincia, como resultado de la exigencia de los Arts. 181, 182 y concordantes de la Constitución Provincial.

Y para que dicho contralor externo pudiera efectuarse con eficacia y agilidad compatibles con la naturaleza jurídica de las sociedades del estado y su sometimiento al Derecho Privado, elaboramos conjuntamen-

te con los integrantes del citado Tribunal, un anteproyecto de ley consagrado finalmente como Ley 4.814 sancionada el 31 de mayo de 1983, mediante la cual se adecúa la Ley N° 1.004 —Orgánica del Tribunal de Cuentas— a las modalidades especiales de la operatoria de las sociedades y empresas del estado provinciales, régimen que está actualmente en plena aplicación y que ha significado un notable avance respecto de las clásicas modalidades funcionales para el debido cumplimiento de las tareas de contraloría asignada por la Constitución a ese Organismo.