

EL CONTROL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN AMÉRICA LATINA  
(1983)

SUMARIO

1. Introducción.....	203
1.1. La inestabilidad.....	203
1.2. El conflicto de descentralización vs. control .....	203
1.3. La centralización política y su efecto sobre el control de la empresa pública .....	204
1.4. La forma jurídica de la empresa pública y el control formal sobre ella .....	205
1.5. Aspectos a destacar en el debate .....	205
2. Origen del control: Interno o externo .....	207
2.1. La autoimposición de controles y limitaciones .....	207
2.2. Psicología administrativa. El temor a ejercer responsabilidad.	208
2.3. Las pautas sociales de control .....	209
2.4. La racionalidad esperada del directivo de empresa pública.....	210
2.5. Los estatutos de las empresas .....	211
2.6. Las reglamentaciones de la empresa.....	213
3. Contenido o materia del control: Legitimidad, mérito, corrección.....	216
3.1. ¿Dónde poner el énfasis? .....	216
3.2. El círculo vicioso del control de legalidad y la generación de normas.....	219
3.3. El problema de los recursos administrativos.....	220
3.3.1. Legitimidad en sentido amplio .....	220
3.3.2. Entes creados por decreto o decreto-ley: También oportuna- tunidad.....	221
3.4. La grave inoportunidad como vicio de legitimidad.....	221
3.5. Control de gestión o de resultados.....	222
3.6. El resultado del control. El control como acción oportuna- mente correctora .....	223

3.7. Aspectos de política económica del control. La “tutela política”	225
4. Órganos de control .....	227
4.1. Presidente.....	227
4.2. Ministros o Secretarios de Estado .....	228
4.2.1. Control presupuestario .....	228
4.2.2. Control sobre los actos.....	228
4.2.3. Control sobre las personas .....	228
4.2.4. Control de gestión .....	229
4.2.5. Evaluación global.....	229
4.3. Conducción empresario, pública centralizada .....	230
4.4. Contralorías, Tribunales de Cuentas y otros organismos análogos de fiscalización externa.....	231
4.5. Organismos de coordinación, planificación y presupuesto.....	232
4.6. Control jurisdiccional.....	232
4.7. Control parlamentario.....	233
4.8. Control público independiente.....	234
4.9. La participación como control.....	235

# EL CONTROL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN AMÉRICA LATINA<sup>1</sup> (1983)

## 1. Introducción

### 1.1. La inestabilidad

En casi todos los países de América Latina ha predominado la idea de que el Estado deba tener un sector público importante, el cual se manifiesta a través de múltiples formas de empresas públicas de variante régimen jurídico, sea de derecho público o privado. En general se observa en tales regímenes una cierta inestabilidad, que se advierte no sólo en la más o menos frecuente reforma de las leyes o reglamentos, sino también en los igualmente frecuentes cambios de determinadas empresas de una a otra calificación o régimen jurídico.<sup>2</sup>

### 1.2. El conflicto de descentralización vs. control

A su vez, existe también una dinámica constante: La tendencia de las empresas a actuar con independencia<sup>3</sup> de los objetivos y pautas del Estado central y del resto del sector público de la economía, y la vocación de los órganos de la administración central a tratar de introducir o hacer funcionar, según sea el caso, tanto mecanismos de control como de coordinación de las diferentes empresas públicas.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Publicado originalmente en *Anuario Jurídico*, t. VIII, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1981, pp. 305-340; reproducido en la *Revista de Derecho Público*, San Pablo, n° 66, abril-junio de 1983, pp. 5-33.

<sup>2</sup> En Colombia apunta el fenómeno VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho Administrativo*, Cali, 1977, 5ª ed., p. 253.

<sup>3</sup> Como recuerda BREWER CARIAS, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, 1967, p. 132, las empresas públicas se crean frecuentemente bajo el argumento de ser necesario evadir el control jarárquico: No ha de extrañar entonces que la tendencia o impulso sea centrípeta.

<sup>4</sup> Esta experiencia no se limita al plano interno de los países de América Latina, sino que incluso se presenta a nivel supranacional con los intentos de instituir corporaciones públicas multinacionales como puede ser el caso de la Corporación Andina de Fomento. Al respecto señala KAPLAN, MARCOS, "Corporaciones públicas multinacionales para América Latina," en el libro *Corporaciones públicas multinacionales para el desarrollo y la integración de la América Latina*, México, 1974, p. 234, que "no es ocioso advertir finalmente que la teoría pura y la legislación formal referidas a

Este conflicto entre las tendencias de las empresas públicas a actuar, según parece, con excesiva autonomía, y la vocación del poder central para controlarlas, ha producido una miríada de controles de todo tipo: Por diferentes órganos, con diferentes objetivos y alcances. Desde la clásica obra de BREWER CARÍAS<sup>5</sup> hasta los más recientes trabajos del INTAL y del CLAD,<sup>6</sup> todo indica que en América Latina no ha faltado la preocupación por la existencia de controles efectivos sobre el accionar de las empresas públicas: Ni tampoco ha cejado su tendencia a la libertad en la acción.

### 1.3. *La centralización política y su efecto sobre el control de la empresa pública*

El problema puede ser vinculado al marco político más amplio: Algunos de nuestros países de sistema federal muestran, al igual que en el resto del mundo, tendencias fuertemente centrífugas.<sup>7</sup> Los países de sistema unitario, por su parte, mantienen la centralización del poder político en sus rasgos esenciales.

Ocurre así mientras que la fuerza natural es la centrífuga, tanto en los estados unitarios como federales, y lleva a la concentración creciente de poder en el Estado Nacional, en cambio la fuerza administrativa es descentralizante o centrípeta *sin contradecir* aquella centralización política. En efecto, se concentra fuerza política en el Estado nacional y simultáneamente se descentraliza fuerza administrativa y empresaria pública, pero en el mismo ámbito geográfico y político en que se ha concentrado la fuerza política.

Casos, que los hay, de búsqueda de traslado de empresas públicas nacionales al interior del país, son siempre la excepción: La regla es que todas las grandes empresas públicas son nacionales y actúan desde la Capital Federal o el Distrito Federal.<sup>8</sup>

este tipo de entes, pueden resultar desvirtuadas en la práctica, y en dos direcciones opuestas: La super centralización burocrática mediante la injerencia excesiva de los gobiernos participantes, o las rivalidades y conflictos entre ellos por el control de la corporación o la autonomía excesiva de éste, generadora de dispersión, de irresponsabilidad y de anarquía." *Mutatis mutandi*, las mismas observaciones valen para el nivel interno e internacional.

<sup>5</sup> BREWER CARTAS, ALIAN RANDOLPH, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, 1967.

<sup>6</sup> CLAD Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Las empresas estatales en América Latina*, Caracas, 1979, INTAL, Instituto para la Integración de América Latina, *El régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional*, Serie Estudios, n° 20, volúmen I: Introducción, Argentina, Brasil, México, Buenos Aires, 1976; volúmen II: Chile, Paraguay, Uruguay, Buenos Aires, 1977. Se encuentran en prensa los volúmenes referidos a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

<sup>7</sup> Es el caso de Argentina, Brasil y México. Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Planificación participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973, p. 91 y ss.; AGUILA, JUAN CARLOS, *Federalismo y centralismo*, Buenos Aires, 1967, p. 151 y ss.

<sup>8</sup> Como ejemplo nos remitimos a nuestros trabajos *La regionalización administrativa en Venezuela*, Caracas, 1974, informe presentado en las Naciones Unidas; *Sistema nacional de empresas públicas*, Caracas, 1975, idem. En la Argentina, país constitucionalmente federal, solo una empresa pública nacional tiene su sede fuera de la Capital Federal: HIDRONOR.

Quizá esta aparente tendencia de las empresas públicas nacionales a actuar con autonomía exagerada, no sea sino una respuesta natural del cuerpo político-administrativo a la igualmente excesiva concentración del poder político. De ser esto así, el problema del control de la empresa pública es interdependiente del problema de la distribución del poder político en la sociedad y el último análisis del grado de participación realmente existente.<sup>9</sup>

#### 1.4. *La forma jurídica de la empresa pública y el control formal sobre ella*

Constituye una observación común de la doctrina latinoamericana, el señalar que el tipo de control sobre la empresa pública varía conforme al tipo jurídico de que estemos tratando: Más controles en las empresas de forma de derecho público, menos controles en las empresas de formas de derecho privado, con todas las naturales gradaciones intermedias.<sup>10</sup> Sin embargo, también la mayor parte de los autores aclaran que las diferencias son más aparentes que reales,<sup>11</sup> e incluso proceden a explicar el sistema de control sobre las empresas públicas sin formular distinciones demasiado tajantes conforme a los distintos regímenes jurídicos particulares de cada una: En la práctica, los controles tienden a funcionar de parecida manera cualquiera sea el tipo de empresa pública de que se trate.<sup>12</sup>

#### 1.5. *Aspectos a destacar en el debate*

Resulta de lo expuesto que el análisis formal de los distintos regímenes jurídicos existentes, además de estar ya ampliamente realizado en los trabajos del INTAL y de BREWER CARIAS, no necesariamente provee una respuesta al interrogante de la disfuncionalidad de los controles. El libro del CLAD, en esta tesitura, hace caso omiso de las diferentes formas de empresa pública al analizar la evaluación y control de la empresa pública.

<sup>9</sup> Por lo tanto, el tema del control de la empresa pública se inscribe dentro del marco más general de la planificación y de la participación, tal como lo hemos explicado en *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973.

<sup>10</sup> Esta observación es uniforme, y sólo resta ajustarla a las concretas formas jurídicas de empresa pública que cada país tiene. En Chile, ver INTAL, *op. cit.*, vol. II, pp. 62-66; en Colombia, ALVARO TAFUR GALVIS, *Las entidades descentralizadas*, Bogotá, 1977, p. 227 y ss.; en Argentina, ver GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1974, cap. XI, y *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966, donde explicamos la enorme variedad de tipos jurídicos, cada uno de los cuales tiene modalidades diferentes, en el plano formal, de contralor.

<sup>11</sup> En Chile, ver INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 66; en Paraguay; ver INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 154.

<sup>12</sup> Por eso en nuestro trabajo sobre la Argentina incluido en el libro del INTAL mencionado, vol. I, pp. 74-82, analizamos los controles en su conjunto y no clasificados por tipos de empresas públicas; lo mismo hace la exposición del derecho uruguayo, en el trabajo del INTAL, citado, vol. II, p. 328 y ss.; igual situación hallamos en Brasil, a cuyo respecto ver INTAL, *op. cit.*, vol. I, p. 162 y ss., y VALLE FIGUEREDE, LUCÍA, *Empresas públicas e sociedades de economía mixta*, San Pablo, 1978, pp. 49-51; COTRIM NETO, A. B., *Direito administrativo de autarquia*, Rio de Janeiro, 1966, p. 311 y ss.; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, *Naturaleza e regime jurídico das autarquias*, San Paulo, 1967, p. 426 y ss.; DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, MANOEL, *Empresas públicas do Brasil*, San Pablo, p. 140 y ss.

Tampoco la tensión o conflicto mencionado en el § 1.2. explica satisfactoriamente el problema del control. Sería excesivamente simplista, en este sentido, pensar que el problema del control y coordinación se reduce a una tensión o antítesis entre tendencias centrífugas de la administración central y centrípetas en las empresas públicas. A su vez, la vinculación de este tema con la centralización política de los Estados latinoamericanos, con el insuficiente grado de participación política en ellos existente, su ubicación en el marco de las relaciones internacionales, etc., si bien aporta elementos de juicio valiosos, no necesariamente explica la dificultad central del problema.

Por ello, y en la inteligencia de intentar promover el debate desde otro ángulo, destacaremos a continuación primero lo relativo a *los controles que las propias empresas públicas buscan y obtienen de la administración central*,<sup>13</sup> y segundo lo atinente a los diferentes contenidos posibles del control.<sup>14</sup>

Lo atinente a los órganos y procedimientos de control, por lo menos a los órganos y procedimientos clásicos hoy en día, es en alguna medida secundario por conocido y suficientemente evaluado antes de ahora.<sup>15</sup>

No se trata entonces de que la administración central quiera controlar y las empresas públicas se opongán. Más bien se trata de que la administración central en los hechos no quiera ocuparse principalmente sino del de algunos actos concretos antes que de la coordinación y concordancia de la conducta empresarial pública en general, con los objetivos de la planificación nacional donde ella exista. En otras palabras, de hecho el control trata de enfatizar el detalle, y en cambio pierde de vista en parte el panorama general del sector público de la economía. La perspectiva es puntual y coyuntural, y por lo tanto insuficiente.

Dicho de otra manera, a veces los funcionarios que tienen en los ministerios centrales atribuciones de control son administradores frustrados, que gustarían en verdad de encontrarse al frente de las empresas públicas, y entonces so pretexto de ejercer control en verdad procuran intervenir en actos concretos de administración: Se produce así una verdadera transferencia o al menos una suerte de gestión entre la empresa pública y los órganos de control.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> *Infra*, § 2.

<sup>14</sup> A saber, control de legitimidad en sentido amplio o restringido; control de oportunidad en sentido amplio o control de la grave inoportunidad; control de gestión; el control como acción correctora; la tutela política. Ver *infra*, § 3.

<sup>15</sup> Nos remitimos nuevamente a los parámetros latinoamericanos en la materia, las obras de BREWER CARIAS en 1967, del INTAL en 1976/7, y del CLAD en 1979.

<sup>16</sup> El fenómeno, que lo observó hace mucho RIVERO ("Le fonctionnement des ententes nationales," en *Droit Social*, 1955, p. 533 y ss., p. 537), suscita iguales observaciones en América Latina. En Brasil comparte la afirmación VENANCIO FILHO, ALBERTO, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, Rio de Janeiro, 1968, p. 441. Igual observación formula BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 135; CLAD, *op. cit.*

Por su parte los directivos de las empresas públicas concurren al problema formulando de hecho objetivos propios,<sup>17</sup> carentes de efectiva coordinación con los del resto del sector público de la economía, pero simultáneamente llevando espontáneamente el control de la administración central aquellas decisiones que son críticas para su responsabilidad personal como funcionarios, pero no necesariamente las que son críticas para la conducción de la empresa.

Ese doble juego de actitudes puede permitir afirmar a la vez que existe exceso de control y exceso de autonomía: Se ha puesto el énfasis del control donde no se debe, y el énfasis de la autonomía también donde no era pertinente. Con lo cual puede comenzarse señalando que sobra y falta, simultáneamente, tanto control como autonomía: Sobra mal control y mala autonomía, falta buen control y buena autonomía.

## 2. Origen del control: Interno o externo

### 2.1. La autoimposición de controles y limitaciones

A los efectos de los controles formales tiene mucha importancia la forma jurídica de la empresa pública, porque mayores y más intensos son los controles de las empresas públicas de forma próximas al derecho público y menores los de aquellas que adoptan formas mercantiles o civiles. En cambio el fenómeno social y administrativo del autocontrol o de la autolimitación es a nuestro juicio similar en América Latina, cualquiera sea el régimen jurídico formal de la empresa pública: Se autocontrolan tanto las empresas de régimen público como las de régimen más cercano al derecho privado.

Las empresas públicas han vivido y viven permanentemente en el conflicto de cambiantes pero siempre existentes controles administrativos, pues ellas mismas, directa o indirectamente, se acercan al derecho público cuyos controles luego cuestionan.

Es ésta una cuestión por un lado derivada de la psicología administrativa y por otro de una estricta interpretación jurídica de los estatutos y reglamentos que las *empresas mismas se dictan o propician*, o sea que el origen del problema del control a menudo puede remontarse a la propia empresa.

<sup>17</sup> A veces esto responde al vacío de no existir objetivos nacionales suficientemente definidos que le sirvan de pauta. Como dice BOENO, "Cuanto más indefinida es la función de preferencias del Gobierno Central y menor la capacidad de la administración pública en general y del sistema de planificación en particular para la definición de objetivos operacionales, mayor será el rol de las propias empresas públicas en la definición de éstos." BOENO, HORACIO, "Las relaciones entre gobierno central y empresas públicas. Planteamiento del problema," en CLAD, *Las empresas públicas y sus relaciones con el gobierno central*. Seminario Internacional, Caracas, 1974, p. 42.

## 2.2. *Psicología administrativa. El temor a ejercer responsabilidad*

Con mucha frecuencia los directivos de empresas estatales han adoptado comportamientos propios de funcionarios públicos, en lo que esto puede tener de negativo, y no de directivos de empresa privada: Una de ellas es lo que BONEO llama el “temor e ejercer la responsabilidad.” Como dice este autor, en las empresas públicas, “la tendencia es ajustarse estrictamente a las disposiciones vigentes, más allá de toda consideración de eficiencia, y a pasar los problemas a niveles más altos, aunque sea para obtener un simple aval que libre al funcionario de responsabilidad al respecto... Así, por ejemplo, la mayor parte de las empresas tienen quejas sobre los penosos efectos que tienen sobre su economía los reglamentos de contrataciones. Sin embargo, analizando muchos de ellos, vemos que no son esencialmente diferentes a los de la mayoría de empresas privadas y que contienen razonables causas de excepción al régimen general. Pero un funcionario, que sabe que en un caso marginal, recurriendo a la contratación directa obtendrá economías para la empresa en relación a la usual licitación pública, recurrirá a pesar de ello a ésta última. Sabe que nadie pedirá cuentas por el mayor costo para la empresa de esa actitud suya; y sabe también que si recurre a la contratación directa deberá afrontar sospechas sobre su honestidad y probablemente un juicio de responsabilidad y que, aun cuando a la larga podrá demostrar la adecuación de su acción, siempre quedará una sombra de dudas sobre su persona. No es difícil adivinar su probable actitud.”<sup>18</sup>

Asimismo, es usual encontrar que aunque los estatutos de la empresa la facultan para decidir algo que por sí, de todos modos lo eleva a Decreto del Poder Ejecutivo, para cubrir precisamente la responsabilidad por la decisión. Esto se encuentra muy a menudo en materia de contrataciones por montos más o menos importantes, y su explicación es siempre la misma: No hace mucho que las autoridades de Ferrocarriles Argentinos, entidad que tiene las más amplias atribuciones legales para actuar por sí, cuya ley de creación la somete expresamente al Código Civil, que tiene atribuciones de contratación sumamente importantes, de todos modos pedían audiencia al entonces Presidente de la República y hacían reuniones con el Ministro del ramo, para conseguir aprobación para una contratación de docientos millones de dólares. No la necesitaban de acuerdo a la carta orgánica, excesiva y extraordinariamente amplia: Pero la necesitaban psicológicamente, para no asumir por sí solos tamaña responsabilidad. Por ello, muchas de las

<sup>18</sup> BOENO, HORACIO, “Problemas de dirección en las empresas públicas,” en *Análisis*, n° 228, 19 de julio de 1965, pp. 1788-1795. En sentido similar señala KAPLAN, MARCOS, *Países en desarrollo y empresas públicas*, Buenos Aires, 1965, p. 73, que “El Estado y el sector público pierden los buenos agentes, y no atrae a elementos aptos de la empresa privada. Tienden en gran medida a retener un personal de bajo nivel técnico y laboral, que vive en permanente inseguridad; teme innovar y asumir responsabilidad; se desinteresa por todo perfeccionamiento propio o del servicio; vegeta en la apatía, la rutina y la negligencia.”

limitaciones de las empresas del Estado no son sino trabas mentales que ellas mismas tienen y que las impulsan constantemente a buscar la autorización y aprobación de sus actos, las necesiten o no legalmente.

### 2.3. *Las pautas sociales de control*

¿Es esto solamente una cuestión de dirigentes timoratos? Obviamente no: Los directivos de las empresas públicas, en cualquier país de América Latina, suelen percibir con claridad cuáles son las pautas sociales existentes para su juzgamiento: La sospecha de la honestidad de su conducta es el punto de partida;<sup>19</sup> el análisis puntual de su acto, con prescindencia del contexto, es otra constante en enfoque. Si a ello sumamos que todavía hoy importa más a la opinión pública juzgar de la alegada ilegalidad o incluso irreglamentaridad del directivo de la empresa pública, y que nadie exculpará normalmente un acto ilegal o antirreglamentario por razones de eficacia, bien se comprende que *la propia sociedad indica al dirigente de empresa pública que se cuide antes de ser eficaz*.<sup>20</sup>

Entonces, si bien por lo general no existen cuestionamientos diarios a la conducta del dirigente de empresa pública, y el criterio general es de aparente laxitud y generosidad en el juicio que formulan los diversos órganos de control, existe un hilo conductor, subyacente, de severa y extrema dureza. Todo directivo de empresa pública tiene, en algún momento, su hora de recibir improperios, calumnias, acusaciones penales: Esta espada de Damocles no funciona como buen elemento de control de sus actos, sino como elemento de desviación de su comportamiento. No le hace administrar bien, le hace administrar mal; le hace anteponer la cautela ante eventuales Catones, el cuidado frente a la calumnia, antes que su propio juicio sobre lo que más conviene a la empresa pública. Aquí el control social opera negativamente.

Un caso en el Perú puede ejemplificar el funcionamiento de este criterio social: Una empresa estatal tenía tantos reparos y observaciones formulados por la Contraloría que la cuestión llegó a la justicia criminal, dictándose prisión preventiva a una gran cantidad de funcionarios, no solo de esa administración sino

<sup>19</sup> Así ha podido sostenerse que “la hipótesis del fraude debe entrar en el examen normal de las cuentas públicas.” REGODESEBES, JOSÉ RAFAEL, “El proceso de control,” en la revista *Control Público*, n° 1, Buenos Aires, 1978, p. 71. El mismo autor analiza a continuación la forma de obtener pruebas para detectar los posibles delitos cometidos.

<sup>20</sup> La pauta social imperante es que no debe el funcionario violar el orden jurídico; no existe una pauta social equivalente que le exija ser eficaz. Por ello la regla que realmente juzgará de su conducta es la regla de la legalidad. Como ejemplo de esta mentalidad podemos mencionar que al tratarse el tema de la responsabilidad de los directivos, se suele considerar todo menos su responsabilidad por ser mal directivo: Ineficiente, poco creativo, torpe, nada de eso parece generar responsabilidad. En esta línea de pensamiento puede verse CHAPMAN, WILLIAM LESLIE, *Responsabilidad del profesional en Ciencias económicas*, Buenos Aires, 1979. Hemos tratado de enfatizar lo contrario en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1975, cap. XXI, § 5 y 8. Sobre este mismo punto ver también lo que decimos *infra*, § 3.1 y 3.2.

también de administraciones anteriores. Pero “A la postre, resultó que una gran parte de los reparos correspondían a típicas infracciones «administrativas» y que las cuestiones realmente dolosas eran una mínima parte del total de acciones observadas. La mayor parte de los inculpados fueron puestos en libertad y en poco tiempo todo el problema se silenció. *Pero tuvo profundas consecuencias en la moral de los gerentes estatales muchos de ellos consideraron que los riesgos asumidos eran demasiado grandes y se retiraron de la función pública, otros optaron por conductas cautelosas que probablemente resultaron en desempeños menos eficientes.*”<sup>21</sup> El ejemplo peruano es común a cualquier país de América Latina, y la conclusión de que allí se obtiene también.

A veces la legislación es la responsable de enfatizar la cuestión de la responsabilidad del directivo de la empresa pública: Es el supuesto del llamado “control automático” del Uruguay, en el cual diversas leyes orgánicas establecen que los directores son personalmente responsables por las resoluciones adoptadas, excepto cuando estén ausentes en la sesión en que se adopta la decisión, o cuando estando presentes hacen constar su disenso, caso en el cual el Directorio debe enviar copia del acta al Poder Ejecutivo. (De allí la expresión “control automático.”)<sup>22</sup> La enfatización legislativa sobre las responsabilidades de los directivos lo único que produce es un fortalecimiento de las reglamentaciones y de los controles formales, en detrimento de los criterios de eficacia y resultado: Esa es la pauta legislativa que el empresario público recibe, y es entonces explicable que ajuste su conducta a ella.

#### 2.4. *La racionalidad esperada del directivo de empresa pública*

Hemos mencionado ya el temor a ejercer responsabilidad y las pautas sociales de control como elementos que llevan a la autoimposición de limitaciones de derecho público incluso donde ellas no existen constitucional ni legalmente. Todavía corresponde agregar que impera una clara percepción en América Latina de que la racionalidad esperada del directivo de una empresa pública, y aquella con la cual será en consecuencia juzgada su acción y deslindada su responsabilidad, no es comparable a la de un ejecutivo de empresa privada.

Por de pronto, “la maximización de beneficios no es uno de los factores principales en el proceso de decisión,”<sup>23</sup> a lo que cabe señalar el manejo de los conceptos

<sup>21</sup> CLAD, *op. cit.*, p. 180.

<sup>22</sup> Como señala JOSÉ KORZENIAK, *Las empresas públicas en Uruguay*, Montevideo, 1974, cap. XII, punto c) reproducido en INTAL, *op. cit.*, t. 20, vol. II, p. 332, esta exención de responsabilidad tiene el doble alcance de que “cubre” a los directores frente al Poder Ejecutivo y terceros. Normas parecidas se encuentran en las leyes de UTE, ANCAP, PLUNA, ANP, SOYP, AFE, etc.

<sup>23</sup> BONEO, HORACIO, “Las relaciones entre gobierno central y empresas públicas: planteamiento del problema,” Caracas, 1974, documento presentado al Seminario Latinoamericano *Las empresas públicas y sus relaciones con el gobierno central*, organizado por el CLAD; en igual sentido y del

de “racionalidad pública” y “racionalidad privada.”<sup>24</sup> En el concepto de racionalidad pública, que suele ser el dominante en el pensamiento latinoamericano, juegan factores sociales (distribución del ingreso, mejoramiento a sectores menos beneficiados de la sociedad, etc.), económicos (empleo de tecnologías de mano de obra intensiva para lograr un aumento de la ocupación), políticos (diversas formas de interpretar el fortalecimiento de la soberanía nacional, etc.) que hacen que una decisión que sería irracional en la empresa privada adquiera para muchos caracteres de racionalidad en la empresa pública. Pero en la medida en que la racionalidad privada se advierte en el resultado económico del ejercicio, la racionalidad pública depende de innúmeros criterios sociales, económicos y políticos y poca o nada tendría que ver con el resultado liso y llano del ejercicio: Las posibilidades de cuestionar un comportamiento determinado son así mucho mayores, y entonces la necesidad psicológica de obtener mayor número de reaseguros, también. Todo ello lleva necesariamente a la imposición y autoimposición de pautas regladas, o al menos a la obtención de mecanismos de aprobación o autorización que permitan llevar el problema a un nivel de decisión político y no empresario público.

En tanto tales criterios de racionalidad pública existan y sean operantes en la empresa pública latinoamericana, subsistirá el problema de la tendencia a los autocontroles y autolimitaciones, a la búsqueda de ratificaciones y autorizaciones inecesarias o superfluas desde el punto de vista jurídico.

### 2.5. *Los estatutos de las empresas*

Todo lo antes expuesto explica por que hay muchas normas y reglamentos y donde no los hay son las propias empresas las que los crean o propugnan.

Si bien no pretenderemos que todas las limitaciones que afectan a la libertad de acción de las empresas del Estado provienen de sus propios estatutos y reglamentos, de todos modos es evidente que esas normas las llevan hacia el derecho público y sus controles y limitaciones, sin que la ley las haya obligado a ello.

En esto las culpas, si las hay, quedan compartidas entre las empresas, que no suelen proyectar estatutos típicos de derecho privado, sino que se acercan al derecho público o por lo menos no lo evitan, y el propio Poder Ejecutivo: Este último, sea en el Estatuto o en reglamentaciones generales posteriores, no tienen por lo general a liberar de trabas y limitaciones a las empresas, sino por el

mismo autor. Las empresas públicas industriales y comerciales en el Uruguay, Nueva York, Naciones Unidas, DP/SF/UN/75, 1972, Ver mas adelante lo referido a la “tutela política,” § 3.7.

<sup>24</sup> WHIT, EDUARDO, “Estudio sobre el régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional,” revista *Derecho de la integración*, n° 14, Buenos Aires, 1973, p. 149 y ss., p. 155. En la racionalidad privatista la economicidad de la gestión es un indicador; en la racionalidad públicista “es un buen indicador la no economicidad de la gestión (ausencia de propósitos de lucro, precios o tarifas políticas, subsidios, etc.)” (*Op. cit.*, p. 155.)

contrario a creárselas y darles siempre nuevas reglas e instrucciones. Nó se trata aquí, por ahora, de juzgar si esto es correcto o incorrecto, pero sí procede señalar objetivamente al hecho desnudo de que tales limitaciones muy *frecuentemente provienen no de la ley sino del propio estatuto de la empresa.*

Ocurre en efecto que aunque la ley establezca un régimen de escasos controles para la empresa pública, siempre queda la posibilidad de introducir normas limitativas en el estatuto de la propia empresa, y es por esta segunda vía donde se introducen frecuentemente restricciones que el legislador no estableció.

Un primer ejemplo de esto lo encontramos en Brasil, donde el art. 27 del decreto Ley 200/67 dispone que “Se asegurará a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, condiciones de funcionamiento idénticas a las del sector privado,” con la sólo limitación de “ajustarse al plan general del Gobierno” “bajo la supervisión ministerial.”<sup>25</sup> No obstante la disposición referida, los estatutos y leyes de creación establecen por lo general una serie de limitaciones y controles propios del derecho público.<sup>26</sup>

En algunas empresas el estatuto básico es amplio y no establece limitaciones propias del derecho público,<sup>27</sup> pero en la práctica son entonces los reglamentos de la empresa los que reproducen el mismo resultado.<sup>28</sup>

En Costa Rica se acepta como parte de la autonomía la potestad reglamentaria propia del ente, con la consecuencia de excluir en tal caso las reglamentaciones del Poder Ejecutivo.<sup>29</sup> Pero también se reconoce una potestad constitucional propia de éste, de ejercer control de tutela amplio, aún sin necesidad de texto expreso.<sup>30</sup> En estas ambivalencias de régimen, lógico es que los estatutos de las empresas busquen acercarse a las pautas del derecho público, aunque no estén obligadas a ello por la ley.

<sup>25</sup> Las primeras interpretaciones de estas normas señalaban que el espíritu del artículo era instituir como criterio principal de control el de la evaluación de los resultados, excluyendo “otras formas rígidas de control:” CAMINHA MUÑOZ, ALVARO A., *A empresa pública no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, 1972, p. 66. Ver sin embargo lo que señalamos a continuación en el texto y la siguiente nota.

<sup>26</sup> INTAL, *El régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional*, vol. I, Buenos Aires, 1978, p. 164. Como señala entonces VALLE FIGUEIREDO, LUCÍA, *Empresas públicas a sociedades de economía mixta*, San Pablo, 1978, pp. 52-3, la calificación formal que se les dá como entidades de derecho privado no se ajusta a la realidad del régimen jurídico, que les impone típicos controles de derecho público.

<sup>27</sup> En el libro de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Empresas públicas no Brasil*, San Pablo, 1975, p. 39 y ss., se pueden consultar los principales estatutos de empresas públicas instituidas con posterioridad al decreto-ley 200.

<sup>28</sup> En este aspecto la situación también se presenta en la Argentina, como se explica más abajo, § 2.6.

<sup>29</sup> ORTIZ, EDUARDO, *La autonomía administrativa costarricense*, San José, 1967, p. 172 y ss., cap. III, punto g).

<sup>30</sup> ORTIZ, *op. cit.*, cap. VI, punto f).

También en Uruguay se admite que pueden crearse otros procedimientos de control además de los previstos constitucionalmente.<sup>31</sup>

En la Argentina la ley de empresas del Estado establece un claro orden de prelación normativa:

- a) “La presente ley,”
- b) “los estatutos específicos de cada empresa,”
- c) “las reglamentaciones pertinentes,” y
- d) “La ley de Contabilidad y la de obras públicas.”

En dicho orden jerárquico de normas el estatuto de cada empresa *precede* a las reglamentaciones de índole general que dicte el Poder Ejecutivo para ellas; en otras palabras, tanto las normas reglamentarias anteriores o posteriores del Poder Ejecutivo sobre empresas del Estado, quedan en principio subordinadas a lo que disponga cada estatuto en particular. En este aspecto la ley invierte el orden usual de las normas administrativas, según el cual las normas individual —en el caso, el Estatuto— no puede apartarse de la norma general —en el caso, las reglamentaciones que se dicten— y establece en su lugar el mismo criterio existente en materia legislativa: “*Lex specialis derogat generalis*,” y “la ley posterior general no deroga a la ley anterior especial.” En este aspecto no habría problema alguno, no lo hay jurídicamente, para que el Estatuto tenga un régimen que se aparte de las reglamentaciones generales de la administración, incluso aunque hubieren sido dictadas también para las empresas del Estado, y siempre, desde luego, que la norma especial del Estatuto sea suficientemente clara y precisa en cuanto a su apartamiento de la reglamentación preexistente.

Sin embargo, no hay que olvidar que lo mismo ya ocurrió antes, y que en muchas ocasiones el Poder Ejecutivo, entendiéndolo, con acierto o sin él que determinadas normas de racionalización, ordenamiento, etc. debían también ser aplicadas a las empresas públicas, dispuso expresamente en normas generales dictadas al efecto, que ellas también eran aplicables a tales empresas. En este caso, ante la mención expresa de la norma general, se vuelve al punto de partida, y todo lo que el Estatuto específico pueda haber avanzado, puede hacerlo retroceder la reglamentación ulterior que expresamente incluya a las empresas del Estado.

## 2.6. *Las reglamentaciones de la empresa*

Una cuestión estrictamente jurídica que los directivos y letrados de las empresas del Estado no siempre han visto con entera claridad es la siguiente no existe la posibilidad científica de aunar simultáneamente un régimen de derecho público

<sup>31</sup> PRAT, JULIO A., *Los entes autónomos en la descentralización funcional uruguaya*, Montevideo, 1971, p. 112 y ss.

en materia de potestades y privilegios de la empresa frente a terceros, con un régimen de derecho privado en materia de ausencia de limitaciones y controles de la administración central sobre la actividad a la cual se ha investido de potestades y privilegios. En otras palabras, se trata de dos posibilidades mutuamente excluyentes: Si se desea tener ausencia de limitaciones administrativas y en un pie de igualdad relativa con los terceros; si se desea tener potestades con los terceros —por ejemplo contratistas y proveedores de la empresa, uno de los más usuales reclamos de ésta en cuanto a “falta de libertad de acción”— entonces debe necesariamente admitirse como inevitable que dichos terceros puedan reclamar la protección que les confiere el derecho público, y que consiste precisamente en controles y limitaciones sobre la actividad que afecta sus derechos.

En efecto, en materia de contratos, por ejemplo, una mera definición legal o reglamentaria que los ubique en el plano de derecho privado, no suele ser suficiente *si el régimen de los contratos no es verdaderamente igual al de los contratos de derecho privado*. (O sea, si la empresa se reserva poderes inusuales en el derecho común, de aplicar penalidades y hacerlas cumplir por sí misma; de no incurrir en responsabilidades por falta de pago; de poder rescindir unilateralmente el contrato por razones de conveniencia sin indemnizar el lucro cesante, etc.)

Se ha dicho así en casos concretos que sus contratos son administrativos, y que “No altera esta conclusión el hecho de que Gas del Estado se halle bajo el régimen de las empresas del Estado, y que la ley vigente al momento de contratación, la N° 13.653, excluyera a dichas empresas de la aplicación de las leyes de obras públicas y de contabilidad, pues dicha exclusión, aún tomando al pie de la letra (cosa que no corresponde, pues aquellas leyes de todos modos se aplicaron supletoriamente, de acuerdo a la interpretación que posteriormente vino a recoger la ley 15.023) no quita al contrato considerado su carácter de contrato administrativo. En efecto, sabido es que *un contrato puede tener carácter administrativo*, y estar regido en consecuencia por el derecho público, no sólo por disposición expresa o implícita de la ley, sino también por voluntad expresa o implícita de las partes, o por contener cláusulas así llamadas «exorbitantes» al derecho común. (En este sentido LAUBADERE, ANDRÉ DE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I. París, 1956, p. 76 y ss.; VEDEL, GEORGE, *Droit Administratif*, París, 1961, p. 642 y ss., etc.) El contrato aquí considerado, como la mayoría de los contratos celebrados por entidades autárquicas, empresas del Estado, y la Nación misma, *es un contrato administrativo por contener todo un régimen de cláusulas exorbitantes al derecho común...*”<sup>32</sup>

Se concluye de lo que antecede que si la empresa pública no resiste a la tentación de protegerse más adecuadamente que por el derecho privado, y de incluir disposiciones propias típicas del derecho público, (irresponsabilidad, rescisión

<sup>32</sup> PTN, dictamen del 22 de enero de 1965; la bastardilla es nuestra.

unilateral, penalidades aplicadas ejecutoriamente al particular contratante, etc.), *inevitablemente habrá llevado su contrato íntegramente al campo de derecho público*: Y allí tendrá la contraparte de las ventajas y privilegios anteriores, pues deberá entonces someterse al requisito de la licitación pública, publicidad, selección adecuada, resolución de los recursos y reclamaciones presentados, sometimiento a la revisión del Tribunal de Cuentas de la Nación, controlar en recurso de alzada por el Poder Ejecutivo, etc.

Ubicada así la empresa a medias como una entidad pública, se produce luego una permanente tensión y conflicto entre dicha naturaleza pública y el régimen privado que parcialmente se le quiere dar, ya que en la casi totalidad de sus actos y contratos se planteará la duda acerca de si ellos son en el caso de derecho público o de derecho privado, y si están por lo tanto sometidos a los requisitos de la ley de contabilidad, ley de obras públicas, etc., o se realizan dentro de la amplitud y liberalidad de las normas del Código Civil.

Esas dudas son por lo general imposibles de solucionar de antemano, aunque algunas veces los estatutos orgánicos de las empresas, o sus regímenes internos de contrataciones, tratan de preverlos con sentido uniforme, diciendo por ejemplo que todos sus contratos se regirán única y exclusivamente *por el derecho privado*. Esta autodefinición es casi siempre totalmente insuficiente para lograr la finalidad que se propone, porque el régimen de los actos dependerá de su verdadera naturaleza intrínseca, y no de una mera y vacía definición legal o reglamentaria. *Si el contenido del régimen que se da y aplica a sus actos es de derecho público (por ejemplo, potestades y privilegios), de nada sirve que se lo defina como de derecho privado, porque público seguirá siendo a pesar de ello.*<sup>33</sup>

Así entonces, cuando alguna disposición aislada quiere torcer la naturaleza predominantemente pública del ente, pero *sin variar el contenido público del régimen que lo regula*, es obvio que estará destinada al fracaso, y se dirá de ella por ejemplo que debe ser objeto de una readecuación interpretativa, teniendo para ello en cuenta los citados elementos predominantes de derecho público: Esa readecuación interpretativa tendrá por objeto prescindir de la errada calificación legal y atenerse al verdadero régimen de la empresa.

En resumen, consideramos que en materia de controles y limitaciones, aquellos autoimpuestos por las empresas públicas tienen por lo menos tanto peso como los impuestos externamente por el Estado, y tienen por lo general la nota común de tratar de deslindar responsabilidades y obtener una autorización o aprobación superior que la propia empresa pública estime pertinente, se lo exijan o no las normas legales y reglamentarias vigentes.

<sup>33</sup> Para el criterio de si un ente es público o privado, ver GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1974, cap. XI, § 5.

### 3. Contenido o materia del control: Legitimidad, mérito, corrección

#### 3.1. ¿Dónde poner el énfasis?

Cualquiera sea la formación o la profesión del estudioso que se acerca al análisis del tema, es común que no ponga en duda la necesidad de efectuar control de la legalidad o legitimidad de los actos de las empresas públicas, y que sólo cuestione en cambio la existencia o el alcance del control de gestión, mérito y oportunidad.<sup>34</sup>

La doctrina europea más antigua señalaba principalmente el control de oportunidad,<sup>35</sup> la doctrina latinoamericana, si bien menciona tanto al control de legitimidad como al de oportunidad o mérito en paridad de principio,<sup>36</sup> sin perjuicio de distinguir a veces control de gestión como un concepto diferente a los anteriores,<sup>37</sup> lo cierto es que termina enfatizando el control de legalidad.<sup>38</sup>

Bajo una u otra expresión, las sociedades latinoamericanas padecen por igual de un excesivo énfasis puesto exclusivamente en el cumplimiento del orden jurídico con el alcance de olvidar de algún modo todo lo que no sea consagración normativa, legal o reglamentaria, de un principio. En realidad, cumplida que

<sup>34</sup> El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, en el libro *Las Empresas Estatales en América Latina*, Caracas, 1979, p. 172, observa con carácter general que “El énfasis en la legalidad del gasto ha sido la costumbre arraigada en los organismos fiscalizadores externos. Pero en los últimos años se ha ido afianzando la tendencia a introducir nuevos conceptos de control de mérito, oportunidad o gestión.” El énfasis en el control de legalidad también aparece nítido en el libro de SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Control público*, Caracas, 1976, p. 29 y ss. Sin embargo y como concluye el propio libro del CLAD citado, “esas tendencias se dan más en la intención que en la realidad, aún en los países en que el nuevo énfasis ha encontrado lugar en la legislación,” como serían el caso de Venezuela, Ecuador y Perú: CLAD, *op. cit.*, p. 177.

<sup>35</sup> La obra clásica en materia de control administrativo, el libro de MASPÉTIOL, ROLAND y LAROQUE, FIERRE, *La tutelle administrative*, París, 1930, señala en primer lugar el control de oportunidad y los distintos modos por los que se efectúa (pp. 84-161), y luego analiza el control de legalidad, aclarando que el primero es una tutela “propia de administrativa,” es decir una tutela que requiere de parte de la autoridad que ejerce el control, una apreciación de la oportunidad. En cambio, la tutela o control de legalidad consiste en procedimientos que, “excluyendo toda apreciación de la oportunidad, tienden a aproximarse a un control jurisdiccional. Hay allí un dominio intermedio entre lo administrativo y lo jurisdiccional, medidas cuyo carácter tiene a la vez de lo uno y de lo otro de estos dos órdenes de actividad.” (P. 162.) El primer método de control es aún preponderante en Francia según estos autores a la época del libro; en cambio, el segundo tiende a crecer. En América Latina parece como si la cuestión ha estado planteada siempre en términos inversos: El control de legalidad es el dominante, siempre lo ha sido, y no parece disminuir; el control de oportunidad es mínimo, casi inexistente, y no parece estar destinado a aumentar. Pero aún más, el control de legalidad ha sido siempre hecho exclusiva o principalmente por la administración pública, en desmedro del control de oportunidad. En aquello que los jueces han podido aportar al Estado, o sea ejerciendo control de legalidad, su concurso no ha sido requerido ni facilitado; en cambio, en el control de oportunidad o mérito, en que solo la administración podría brindar un aporte fundamental, ese ha sido descuidado y lo sigue siendo aún hoy en día.

<sup>36</sup> Encontramos así, en Brasil, a BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÓNIO, *Naturaleza e regime jurídico das autarquias*, San Paulo, 1967, p. 427; en Uruguay a SILVA CENCIO, JORGE, *La descentralización por servicios de la Constitución de 1967*, Montevideo, 1971, 2ª ed., p. 98 y ss.; en Colombia, TAFUR GALVIS, ALVARO, *Las entidades descentralizadas*, Bogotá, 1977, p. 225, etc.

<sup>37</sup> SILVA CENCIO, *op. loc. cit.*; CLAD, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

<sup>38</sup> *Infra*, nota 7; CLAD, *op. cit.*, p. 178.

sea la ley, existe la intuitiva convicción generalizada de que lo principal ha sido logrado y que de algún modo puede descansar el control.

El derecho, sea comercial, penal, civil, etc., recepta por lo general las creencias y los postulados básicos de una sociedad civilizada, y en esa medida es lo mínimo que esa sociedad debe respetar y hacer respetar. Pero así como a nadie se le ocurriría que en materia de relaciones comerciales lo principal que los comerciantes deben hacer es cumplir el Código de comercio, o en materia civil lo principal que los padres deben hacer con sus hijos es respetar la legislación civil, así también parece desenfocada la cuestión en materia de empresas públicas si colocamos al cumplimiento de las leyes por éstas como uno de los objetivos básicos del control. Es una cuestión indiscutible pero en último análisis residual, que la sociedad vigile el cumplimiento del orden jurídico por parte de todos sus miembros: Que cumplan la ley tanto el comerciante, el padre de familia como la empresa pública. Pero ello no alcanza para tener un buen comerciante, buenos padres y buenas empresas públicas. Tampoco diremos, desde luego, que es con la violación o el incumplimiento de las leyes que se lograrán estos objetivos, sino que con el sólo cumplimiento de aquéllas estamos aún lejos de conseguir éstos.

Así como la sociedad deja a los tribunales de justicia el control de la legalidad de los actos de los comerciantes y de los padres de familia, y se ocupa en cambio, por medio de otros controles sociales, de que ellos sean buenos comerciantes y buenos padres de familia, así también el Estado debiera quizás dejar a los sistemas de recursos administrativos o jurisdiccionales el control de legalidad de los actos de las empresas públicas, y dedicarse en cambio a perfeccionar los mecanismos de control social o administrativo merced a los cuales ellas pueden ser buenas empresas públicas.

Esto, con todo, es sólo una reflexión personal,<sup>39</sup> porque por lo general los esfuerzos del Estado y de las administraciones públicas en América Latina parecieran estar principalmente consagrados a tratar de ampliar o perfeccionar los controles

<sup>39</sup>De la cual puede encontrarse un antecedente lejano en el énfasis puesto antaño en el Uruguay en la revisión jurisdiccional de los actos de los entes autónomos, por ejemplo DEMICHELLI, *Los entes autónomos*, Montevideo, 1924, pp. 120-121, a quien critica enfáticamente en Costa Rica, ORTIZ, EDUARDO, *La autonomía administrativa costarricense*, San José, pp. 179-182. Desde luego, quienes encaran el tema desde otras profesiones no suelen padecer del enfoque que pone principal énfasis a lo legal: Buen ejemplo de ello son las contribuciones del Ing. HORACIO BONEO al libro del CLAD ya citado, y otros trabajos del mismo autor sobre control de las empresas públicas.

de legalidad.<sup>40</sup> El control de eficacia, mérito o gestión, es siempre un control que se ejerce de alguna manera secundariamente, cuando se lo ejerce.<sup>41</sup>

Contra esta corriente doctrinaria mayoritaria existen algunas opiniones que propugnan un total contralor de oportunidad, como parte del control de legalidad, por ejemplo SOTO KLOSS:<sup>42</sup> “Si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando sus poderes en decisiones inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones, si bien inoportunas son legales.” “La oportunidad, pues, no es un agregado a la legalidad ... oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que integran la potestad jurídica misma que el legislador ha conferido al administrador.” En suma, este autor sostiene que la oportunidad del acto integra su legalidad, pero no se advierte en cambio de qué modo práctico podrían los órganos que hoy controlan legalidad efectuar también un control integral de oportunidad.

Estimamos que esta posición extrema no representa el pensamiento medio en América Latina ni tiene posibilidad de ser receptada. Por nuestra parte hemos propuesto un cambio intermedio, el de incorporar el concepto de legalidad la “grave inoportunidad” del acto, y no cualquier inoportunidad: Al respecto ver *infra*, § 3.4.

Pero, retomando el hilo central, no parece posible cuestionar que el enfoque predominante en América Latina es formal y de legalidad.

Incluso es muy frecuente que al discutirse el control de actos concretos de disposición de la hacienda pública, la controversia que llega a la prensa y que más atrae no es la de la oportunidad del gasto, sino la de su legalidad. A los oídos del

<sup>40</sup> Como dice SILVA CIMMA, *op. loc. cit.*, “el control persigue... la subordinación de esa administración, en todos los aspectos, al sistema de derecho;” “... son sistemas que, en lo esencial, se han establecido con el evidente propósito de amparar y proteger el principio de la legalidad del gasto público.” Esta opinión es especialmente valiosa por provenir de quien ejerció la titularidad de la Contraloría en Chile y colabora luego en la Contraloría de Venezuela. Similar opinión del titular de la contraloría venezolana es recogida en el libro del CLAD, p. 178. En el libro de la Contraloría General de la República, Santiago de Chile, 1977, editado por la Universidad de Chile, se recogen trabajos sobre diversas Contralorías de América Latina, en todos los cuales campea la predominancia, cuando no la exclusividad, del control de legalidad. Pueden verse, entre otros, MARIENHOFF, MIGUEL S., *El control administrativo de legalidad en Chile. La Contraloría General de la República*, p. 155 y ss.; REAL, ALBERTO RAMÓN, *La Contaduría General de la Nación*, (Uruguay), p. 159 y ss.; MARTÍNEZ ZULUETA, ANÍBAL, *La Contraloría General de la República de Colombia*, p. 243 y ss.; *La Contraloría General de la Nación del Ecuador*, p. 251 y ss.; *La Contraloría General de la República Peruana dentro del accionar del Sistema Nacional de Control*, p. 267 y ss. Lo mismo puede observarse en Paraguay, en INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 155.

<sup>41</sup> En el caso de Paraguay la apreciación de oportunidad es exclusiva del directorio o Consejo de la empresa, con lo cual no existe control externo de mérito. (INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 159); tampoco está previsto el control de gestión, *op. cit.*, p. 158.)

<sup>42</sup> SOTO KLOSS, EDUARDO, “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República,” en el libro *La Contraloría de la República*, *op. cit.*, p. 165 y ss., p. 182.

público, parece siempre más grave imputar la supuesta o real ilegalidad de un acto, que su supuesta o real inoportunidad.<sup>43</sup>

### 3.2. *El círculo vicioso del control de legalidad y la generación de normas*

El énfasis puesto habitualmente en los controles de legitimidad retroalimenta el sistema reglamentario que usualmente rige la actividad empresarial pública. Se produce un círculo vicioso en que los propios directivos de empresas públicas crean reglamentaciones para regir su propia conducta, y también esas reglamentaciones les son dadas exógenamente: Por temor a que se transgreda el orden jurídico, o a que se diga que se ha transgredido el orden jurídico, se emitan nuevas y más detalladas normas previendo todo posible detalle de la conducta futura.

Al insistirse en el control de legalidad como control predominante se introduce entonces una tendencia hacia la creciente reglamentación para hacer más predecible y “más fácilmente controlable” la conducta. Pero ocurre que lo que se refuerza de este modo es el control puramente formal, porque formales son en tal situación las normas que se dictan: Se llega inevitablemente a una exageración del análisis de juridicidad reglamentaria del acto, en desmedro de la apreciación de su mérito. Se afirma así la vigencia y la convicción de que si un funcionario dicta un acto válido o legal, nada puede objetársele; que si su decisión es inoportuna o inconveniente ello es materia librada a la discrepancia política, en todo caso, pero exenta del control y del reproche administrativo. Desde luego esto es un error, porque por lo general no suele ser demasiado difícil dar cumplimiento a los recaudos formales, si el funcionamiento simultáneamente se despreocupa de que sus actos sea además eficaces de acuerdo a las circunstancias.

Así se va distorsionando todo el sistema, no sólo a partir del control sino también a partir de la emisión de normas que el control provoca para autosatisfacerse y autorealizarse. Las normas inecesarias y detalladas que se van dictando constriñen cada vez más la creatividad e imaginación de los funcionarios, refuerzan la idea de que el actuar conforme a las normas es garantía suficiente de corrección y acierto, como si no fuera también posible actuar incorrecta e ineficazmente aún habiendo dado cumplimiento formal a las disposiciones vigentes: Y la profecía

<sup>43</sup>Dicen en este sentido BENEDICTO CAPLÁN y NORMA R. CAPLÁN DE COHÉN, *El presupuesto del sector público*, Buenos Aires, 1979, p. 101: “Los funcionarios a cuyo cargo está la dirección o prestación del servicio, no están obligados a rendir cuenta del resultado económico de su gestión, sino sólo de su legalidad. Al buen funcionario, según el concepto comente, le basta con no violar ninguna ley, decreto o reglamento, sin preocuparse de si su gestión es, o no, económicamente conveniente. Al público le interesa, es cierto, la buena prestación del servicio y aplaude al funcionario que lo logra, pero a nadie se le ocurre averiguar si el costo está justificado o no.” De lo expuesto resulta que el directivo de empresa pública latinoamericana se encuentra predeterminado de diversos modos pero siempre en igual dirección: Su propia actitud psicológica (2.2.), el contexto social (2.3.), la racionalidad que se espera (2.4.), la tutela política a que está sometido (3.7.), más la visión de los órganos de control y la sociedad entera parecen tener del orden jurídico (3.1. y 3.2.), todo opera exactamente de la misma manera.

autocumplida a veces se realiza, de que la irregularidad y el abuso, cuando no el delito, pasa por medio del mejor cumplimiento y control reglamentario.

Con todo ello se produce, por fin, una “incapacidad disciplinaria,” pues se obliga al directivo “a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de la autofijación de objetivos y la autocrítica, y se lo induce a una rutinización progresiva.” “Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento, y todo lo demás es secundario;” el sistema administrativo ejerce así múltiples presiones sobre sus miembros, induciéndolos a un comportamiento absolutamente ajustado a la norma.<sup>44</sup>

Si esta hipótesis fuera cierta, si el énfasis en el control de legalidad produce como resultado el nacimiento de cada vez más normas reglamentarias detalladas, si con ello se combate la creatividad y el ejercicio responsable de la función empresarial pública y se dificulta el control de oportunidad o mérito, entonces bien vale la pena reevaluar si corresponde en definitiva a la administración mantener estos controles, o sino es mejor dejar la cuestión librada a los sistemas de recursos o remedios administrativos y jurisdiccionales, ampliándolos en todo caso con mecanismos de participación y de control por órganos públicos independientes como los que se mencionan adelante.<sup>45</sup>

### 3.3. *El problema de los recursos administrativos*

Lo antes expuesto no nos lleva a cuestionar todos los controles administrativos de legalidad: Pensamos, por ejemplo, que los controles por medio de recursos, reclamos y denuncias deben continuar funcionando regularmente y que incluso pueden ser perfeccionados en aquellos países que no cuentan con leyes modernas de procedimiento administrativo.

#### 3.3.1. *Legitimidad en sentido amplio*

Interesa precisar que la diferencia que en doctrina se sostiene por parte de algunos autores<sup>46</sup> en el sentido que el Poder Ejecutivo controlaría en el recurso de alzada o jerárquico impropio sólo ciertos aspectos de la legitimidad (por ejemplo, los referidos a la violación de normas establecidas específicamente para el ente de que se trate, o para toda la administración), no ha sido tampoco recibida en la práctica latinoamericana, en que el contralor de legitimidad ha sido siempre pleno. Atendiendo a nuestra realidad, pareciera predominar el criterio de que es preferible por ahora mentener el criterio amplio de la revisión por ilegitimidad. Ocurre que sí se sugiere limitar el control al cumplimiento de sólo algunas normas, las

<sup>44</sup> KLIKSBURG, BERNARDO, “La racionalidad irracional de la burocracia,” en el libro *Cuestionando en Administración*, Buenos Aires, 1973, pp. 162-3.

<sup>45</sup> *Infra*, § 4. Nos referimos en particular a la figura del Ombudsman.

<sup>46</sup> FIORINI, *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1963, p. 37.

que resultarán más y mejor controladas serán precisamente las reglamentarias y de detalle que no debieran haber sido emitidas. Y serán los principios jurídicos superiores, que podrían haber ayudado al control, los que serán omitidos por su mayor dificultad de apreciación.

### 3.3.2. *Entes creados por decreto o decreto-ley: También oportunidad*

La doctrina tradicional que limitaba el recurso de alzada a motivos de ilegitimidad, se encuentra hoy en día restringida. La solución general y de principio pasa ahora a ser que los recursos de alzada proceden por los mismos motivos porque proceden todos los demás recursos administrativos: “Los recursos podrán fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público.”<sup>47</sup> Gran parte de los entes autárquicos, empresas del Estado y sociedades del Estado tienen así teóricamente revisión de *legitimidad* y *oportunidad* en la alzada.<sup>48</sup>

Con todo que el criterio es conceptualmente importante, no ha tenido repercusión sensible en la práctica. Ello puede deberse en buena medida a que el modo de tramitación y decisión normal de los recursos administrativos pasa fundamentalmente por el dictamen de los organismos de asesoramiento letrado, los cuales, como es lógico, suelen limitarse en el desempeño de sus funciones a opinar sobre la legitimidad del acto, haciendo abstracción de su mérito o falta de él.

### 3.4. *La grave inoportunidad como vicio de legitimidad*

Otra posible forma de encarar este estado de cosas, para mejorar el grado o la calidad del control de la administración central sobre los entes descentralizados, puede ser la de introducir una variante en los conceptos de legitimidad y oportunidad. En lugar de limitar el control, en la variante más tradicional, a la legalidad formal de un acto, o de pretender ampliarlo a todo y cualquier juicio de oportunidad, podríase así considerar el control solo de la *grave inoportunidad*.

Pensamos que el control de oportunidad podría ser concentrado en la grave inoportunidad, considerándola incluso como vicio *stricto sensu* que afecta la validez del acto. De hecho este tipo de control existe a veces en los mecanismos de autorización y aprobación que estas entidades deben requerir a la administración central para muchos de los actos; pero falta en cambio la posibilidad de que los particulares, fundados en lo que consideren graves vicios de mérito, puedan poner en movimiento eficazmente mecanismos de control, sean administrativos o de otra índole.

<sup>47</sup> Art. 97 del reglamento argentino.

<sup>48</sup> Es la solución que emerge del derecho argentino a partir del decreto 3700/77.

Una posibilidad de comenzar a propender a la realización de este control puede ser admitir la interposición de recursos, reclamos y observaciones contra los actos gravemente inoportunos, fundando la impugnación en la irrazonabilidad, arbitrariedad, o falta de sustento fáctico suficiente del acto: Estos argumentos, linderos de la grave inoportunidad y en algunos casos superpuestos a ella, pueden permitir la introducción de controversias que el propio interés administrativo debería favorecer. A veces, en efecto, más perjudicial y dañino para los intereses públicos que algunos actos ilegales, son ciertos actos inoportunos; de los primeros, por su carácter más manifiesto, y por la relativamente mayor sencillez de la discusión, existen mecanismos incluso socioadministrativos de control; en cambio, de los actos no ilegales conforme al sentimiento común de la gente, pero sí gravemente inoportunos, especialmente torpes, totalmente e impolíticos, etc., no existen ya mecanismos socioadministrativos de freno, ni previsión de control. La grave inoportunidad de los actos de un administrador de empresa pública es solamente castigada con la remoción del funcionario, cuando las críticas reiteradas y fundadas, formuladas por la opinión pública con algún consenso ya toman impolítica su continuación en el cargo: No hay en cambio medie jurídico o administrativo alguno, idóneo para discutir en *tiempo libre* la cuestión y evitar que se consume una vez más la falta de tino en grado superlativo. Por ello quizás sea tiempo de que se modifique este aspecto del funcionamiento de los controles, admitiéndolos también por los motivos de grave falta de oportunidad que señalamos, y concibiéndola a ésta los organismos de asesoramiento letrado como vicio de ilegitimidad.

### 3.5. *Control de gestión o de resultados*

Todavía una forma más de ver el problema es la de que se expresa a través de los mecanismos de control que más que revisar actos o procedimientos, buscan evaluar y controlar los resultados generales de la gestión. En este aspecto, corresponde señalar que en lo referente a las empresas públicas se está produciendo un cambio de mentalidad, y a veces de régimen jurídico, en un doble sentido: a) Por un lado existe la creencia de que los regímenes de derecho público y sus pertinentes controles traban el movimiento ágil de la empresa y deben ser eliminados: Muestra de este pensamiento es la transformación de algunas empresas del Estado a sociedades del Estado; b) por otro lado, se busca poner énfasis justamente en una forma de control de oportunidad, destacándolo como “control de gestión” (cumplimiento de planes y programas, etc.) pero a este efecto no se han encontrado aún los mecanismo institucionales que puedan hacerlo funcionar con eficacia.

La idea principal de esta evolución es que deben juzgarse resultados y no procedimientos de empresa, pero se la expresa impropriamente cuando se contrapone “legitimidad” a “oportunidad,” o incluso cuando ambos conceptos se oponen

a “gestión.” De cualquier manera, pareciera que en la tesitura de controlar la gestión o eficiencia de las empresas, no se piensa de todos modos llevarla a cabo a través de los mecanismos de recurso, como principales o importantes medios de control, sino a través de otro tipo de controles de oficio; la cuestión es ¿cuáles?

El CLAD señala que existe una “tendencia a ampliar el concepto de control ... común a todas las Contralorías y Tribunales de Cuentas” lo que puede resultar visible en el caso venezolano y peruano;<sup>49</sup> en otros países se ha preferido encarar estas funciones a órganos específicos de control.<sup>50</sup> Sin embargo, sea que este control de gestión o de resultados se confiera a los clásicos organismos de control o fiscalización externa, como las Contratarías o Tribunales de Cuentas, o que se atribuya en cambio a órganos especializados, la cuestión es siempre la misma: ¿Cómo se hace para que el control sea eficaz, para se traduzca en una corrección de los errores y de los defectos? A ello nos referimos a continuación.

### 3.6. *El resultado del control. El control como acción oportunamente correctora*

Para poder efectuar control es necesario contar con información, pero la mera recolección de información sobre el desempeño de las empresas públicas no puede confundirse con el control: Es una condición necesaria pero no suficiente de que exista control.

Sin embargo, muchas veces se menciona bajo el nombre de “control” a comportamientos que no concluyen en acciones correctoras,<sup>51</sup> y que a veces ni siquiera están concebidos de ese modo. En algún caso el llamado control tiene hasta mucho parecido con investigaciones históricas: Tal el caso de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, en la Argentina, que tiene por función investigar y perseguir la comisión de delitos en el campo de la administración y la empresa pública, pero que por nada casual coincidencia siempre se dedica a investigar las supuestas o reales irregularidades de funcionarios del gobierno anterior, y que nunca investiga las supuestas o reales irregularidades de los funcionarios del

<sup>49</sup> LAD, *Las empresas estatales en América Latina*, op. cit., pp. 173/4. En Venezuela la ley orgánica de control en su art. 5 establece que la contraloría “podrá” controlar los resultados de la gestión administrativa; en Perú, el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, Decreto Supremo N° 001-72-GC, art. 2 define al control comprendiendo “la obtención de resultados de la gestión pública,” tarea que encomienda a la Contraloría General como “cabeza del Sistema Nacional de Control.” (Art. 4.)

<sup>50</sup> Observamos este procedimiento en la Argentina, con las Direcciones de Control de Gestión, y en México a través de las diferentes Secretarías que se ocupan del tema, tales como la Secretaría del Patrimonio Nacional, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Programación y Presupuesto, etcétera. Ver ACOSTA ROMERO, op. cit., p. 249 y ss. Como explica este autor, las funciones de la Secretaría del Patrimonio Nacional se encuentran hoy en día en parte de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial y en la Secretaría de Programación y Presupuesto.

<sup>51</sup> Según expresión del CLAD, op. cit., p. 174. Como dice BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÓNIO, op. cit., p. 429, el control es “poder de influir” sobre otra entidad. También CÚNEO, JUAN CARLOS R., *El presupuesto moderno y el Estado empresario*, Buenos Aires, 1979, p. 68, incluye la “acción correctiva” como parte del control de gestión.

gobierno actual, cualquiera que éste sea. En más de dos decenios de existencia el comportamiento de la Fiscalía ha sido lamentablemente consistente. Puede servir, y sirve, para deslindar la responsabilidad histórica, pero nada más.

En un segundo caso, puede ocurrir que el control funcione a los efectos de determinar responsabilidad de funcionarios del gobierno actuante, y para sancionar a los eventuales responsables, sea con recomendaciones de censura, lea con su efectiva separación del cargo. Debe sin duda existir un mecanismo para castigar a los responsables, pero no es éste suficiente para considerar que haya control. Como dice el CLAD, “El control existe en la medida en que resulta posible pasar de la detección de la falta de legalidad, mérito y oportunidad, a acciones correctivas. De no ser así, no se ha cumplido el fin perseguido y el problema es más bien de responsabilidad por hechos que resultan irreparables.”<sup>52</sup>

En este punto coincidimos con el CLAD en que el control ejercido por contralorías y otros organismos fiscalizadores externos “es prácticamente inexistente desde el punto de vista del control como evaluación y acción correctiva.”<sup>53</sup>

No obstante el alto prestigio de que estos organismos están por lo general dotados en los países de América Latina, y a veces hasta su consagración a nivel constitucional, a nuestro juicio no existe posibilidad de que ejerzan control de gestión en cuanto acciones oportunamente correctoras. Control de legalidad, sin duda pueden ejercerlo, pero con los efectos ya explicados de alimentar el círculo vicioso de la creación de más normas reglamentarias.

En cuanto a los organismos de planificación y presupuesto, su función está siempre dirigida a programar la acción futura de la empresa pública, y en esa medida pueden en parte reorientar el comportamiento subsiguiente, pero en cambio no parece posible que puedan imprimir una corrección al comportamiento presente de la empresa pública en la medida que pueda requerirlo.<sup>54</sup>

En lo que respecta al control por recursos o remedios administrativos, tampoco cabe duda que ellos no son aptos para efectuar acciones oportunamente correctoras. La razón de esta ineficacia reside en el tiempo que tarda en completarse un procedimiento de control sobre actos concretos: Dado que el acto impugnado no suele considerarse suspendido por la interposición del recurso, el tiempo que transcurre hasta la etapa de decisión final impide que el órgano de control pueda hacer ya nada, cuando le toca decidir: El acto impugnado esta usualmente totalmente cumplido.

Por fin, la acción de los ministerios sectoriales y organismos de adscripción que tienen por función normal el control o tutela de las empresas públicas, por lo

<sup>52</sup> CLAD, *op. cit.*, p. 175.

<sup>53</sup> CLAD, *op. cit.*, p. 180.

<sup>54</sup> Como dice el CLAD, *op. cit.*, p. 183, “resulta difícil imaginar qué tipo de acciones correctivas efectivas pueden aplicarse, ni cuál su efectividad.”

general queda limitada a “un papel menor y coyuntural ... en cuanto a evaluación y control a través de acciones correctivas.”<sup>55</sup> Una alternativa a veces ensayada, la de asignar una representación al Ministerio en los directorios de la empresa, constituye más una forma de cogestión que un procedimiento de control como corrección oportuna.<sup>56</sup>

En resumen, no parecen existir en América Latina mecanismos eficaces que permitan traducir el control de las empresas públicas en acciones oportunamente correctoras.<sup>57</sup>

### 3.7. Aspectos de política económica del control. La “tutela política”

En la medida que el comportamiento de la empresa pública se ve afectada por la manera en que se espera que funcione el control administrativo y social, también puede serlo por los controles de política económica. Nos referimos a aquellos controles que tienden a juzgar la marcha general del sector público económico o de la planificación nacional, y que en consecuencia no se encaminan a cuestionar el comportamiento individual de una empresa pública o menos de sus directivos.

Como dicen CIBOTTI y SIERRA,<sup>58</sup> “tanto el control como la revisión implican, en último término, una crítica a la acción de las entidades públicas y a la conducción de la política económica más vinculada al sector; todo esto, por supuesto, puede generar resistencias y comprometer la consolidación del proceso de planificación. A su vez cuando las revisiones son muy frecuentes, se puede crear en relación con dichos procesos un clima de inestabilidad; se vulnera de este modo el carácter orientador de los planes, y puede llegar a transformarse en un mecanismo de acomodamiento del plan a la coyuntura, con lo cual se pierde la línea de continuidad en la acción.”

Estas consideraciones y otras de política económica hacen que el ejercicio del control por parte de los ministerios o secretarías de adscripción este a veces teñido de una preocupación que excede tanto la legalidad como la oportunidad de lo que hace la empresa pública, y se centre en el impacto que su accionar tiene en el conjunto, respecto del sector público de la economía. En tal caso el comportamiento de la empresa pública pasa a ser un dato más, un indicador de la economía, una parte del diagnóstico que se reevalúa y reformula y lleva al ajuste del plan o de la política económica.

<sup>55</sup> CLAD, *op. cit.*, p. 185.

<sup>56</sup> BREWER CARIAS, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, 1967, p. 135; CLAD, *op. cit.*, p. 185.

<sup>57</sup> El caso de los *holdings* de empresas públicas es diferente en cuanto a la forma de manifestarse su falta de éxito: *Infra*, § 4.3.

<sup>58</sup> RICARDO CIBOTTI y ENRIQUE SIERRA, *El sector público en la planificación del desarrollo*, México, 1970, p. 225.

En tal hipótesis el control opera como información de los organismos de adscripción y tiene elementos correctivos para la marcha general de la economía pero no necesariamente el desempeño concreto de la empresa pública. Por lo demás, “El propósito de encontrar o intuir las causas o fuerzas que separan la realidad del plan y las conclusiones que debe aportar la evaluación, hacen de ésta una tarea tan expuesta a los juicios políticos como lo está la propia formulación.”<sup>59</sup>

Desde este punto de vista, los organismos de adscripción, en cuanto responsables de la dirección de la política económica, pueden tener intereses incompatibles con un real ejercicio de control sobre las empresas públicas: Los errores de éstas son errores de aquéllos y por lo tanto comprometen también al gobierno. Ello hace que muchas veces la función de control del Poder Ejecutivo y de los Ministerios o Secretarías pertinentes sea en los hechos más encaminada a encarar situaciones concretas o coyunturales, en que no está comprometida la política económica general, que a ponderar y resolver la coordinación y adecuación de las empresas a los objetivos generales, cuando éstos existen: Esa última ponderación constituye un autocontrol y una autocrítica que no siempre el propio gobierno está dispuesto a realizar.

Si en lugar de darle una connotación negativa se la conferimos positiva, puede hablarse de una “tutela política” del Estado,<sup>60</sup> o sea un control del Estado que se encuadra dentro del marco de una racionalidad pública como se expresó en el § 2.4.

Desde este punto de vista se advierte que “La creación de empresas públicas es un medio al cual recurre el Estado a los efectos de lograr una administración efectiva de los servicios, con la convicción de que para ello se requiere un marco normativo distinto al régimen burocrático de las oficinas centrales. Pero ello no implica que las políticas que guían su funcionamiento sean estables, ni que las mismas puedan expresarse en forma concreta, debido al carácter esencialmente valorativo de los propósitos de bienestar social, seguridad nacional y desarrollo de la comunidad,”<sup>61</sup> por ello, “cuando se pretende que las decisiones de conducción en las empresas del estado se fundamenten en los criterios de eficiencia y efectividad, los cuales no son necesariamente compatibles con los sistemas de valores fijados por el órgano central,” se plantea una confrontación adicional entre el sistema de preferencias y de valores que inspira a la administración central en su control, y el sistema de preferencias y valores que inspira a cada empresa pública. Es ésta una dificultad adicional que existe para el funcionamiento de los controles de las empresas públicas.

<sup>59</sup> *Op. cit.*, p. 224.

<sup>60</sup> En la expresión de CARLOS R. ALEONADA ARAMBURÚ, “Actividad económica del Estado. Régimen legal societario,” *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, año XIV, n° 29, julio-diciembre de 1972, pp. 107 y ss., 111, 113 y ss.

<sup>61</sup> ETKIN, JORGE, *Sistemas y estructuras de organización*, Buenos Aires, 1978, p. 351.

#### 4. Órganos de control

##### 4.1. *Presidente*

Si bien todos los regímenes constitucionales latinoamericanos reconocen potestad indubitable de control al Poder Ejecutivo sobre las empresas públicas, el constante crecimiento de la administración hace que de hecho no exista oportunidad material de ejercerlo al menos por parte del Presidente de la Nación. Puede ocurrir, sin duda, que determinados decretos conteniendo actos de control sean suscritos por el Presidente, pero ello en la mayor parte de los casos será tan sólo un modo de avalar a un nivel superior una decisión que intrínsecamente viene siendo adoptada a nivel ministerial o secretarial.<sup>62</sup>

Desde este punto de vista, consideramos que en la práctica no existe en forma sistemática control por parte del Poder Ejecutivo sobre los actos de las empresas públicas. En algunos ordenamientos este concepto ha sido incluso elevado a nivel normativo.<sup>63</sup>

No obstante la opinión que antecede, debe señalarse que existen opiniones que interpretan la realidad de manera diversa. Así por ejemplo RAMÓN MARTÍN MATEO, entre otros, entiende que cuando existen empresas públicas que se vinculan directamente al Presidente en el organismo estadual, como ha ocurrido en Venezuela con la Corporación Venezolana de Guayana, estaríamos ante un “modelo presidencial,”<sup>64</sup> otro ejemplo sería en la Argentina la Comisión de la Energía Atómica, que también depende directamente de la Presidencia.

A nuestro juicio no son éstos u otros casos, ejemplos reales de conducción presidencial: A los efectos presupuestarios, por ejemplo, inevitablemente deberán recurrir estas empresas públicas a los ministerios pertinentes, ya que no será el Presidente quien les solucionará la cuestión de la asignación de recursos. A lo sumo la adscripción presidencial puede resultar para la empresa pública un mayor grado de autonomía real que el que gozaría si estuviera adscripta a un ministerio determinado: Pero nos encontramos así ante mayor autonomía y menor

<sup>62</sup> Es una repetición de la misma situación planteada a nivel de directivos de empresa pública. En el caso de un acto proyectado en la etapa ministerial, suele apreciarse como una ventaja que el acto esté también suscrito por el Presidente bajo la forma de Decreto, porque ésto dá por terminada la cuestión en el plano de la administración pública y también transfiere la responsabilidad al más alto nivel. Si el acto lo suscribe meramente el Ministro, siempre queda a los terceros abierta la vía de la discusión; con la firma presidencial, el debate administrativo está cerrado y sólo queda el cuestionamiento judicial.

<sup>63</sup> Así en la Argentina, en que los recursos de alzada contra actos de las empresas públicas no son ya resueltos por el Poder Ejecutivo sino por el ministro del ramo, en forma definitiva.

<sup>64</sup> MARTÍN MATEO, RAMÓN, “Relaciones entre el gobierno y empresa a través de instituciones especializadas,” Caracas, 1974, pp. 8-10, trabajo presentado al Seminario del CLAD antes citado; similar observación parece formular en Paraguay el INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 153, aunque luego el desarrollo del trabajo no sustenta esa primera impresión.

control, ya que no pensamos que pueda propiamente hablarse en estos casos de un control presidencialmente ejercido.

Queda en todo caso abierta la discusión sobre cuál interpretación mejor se ajusta a la realidad.

#### 4.2. *Ministros o Secretarios de Estado*

Es éste el nivel orgánico más frecuentemente encargado de ejercer los diversos controles existentes sobre las empresas públicas. A título de ejemplo pueden mencionarse las funciones que cumplen en México la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y la Secretaría de Programación y Presupuesto<sup>65</sup> antes Secretaría del Patrimonio Nacional;<sup>66</sup> el Ministerio de Obras y Servicios Públicos en la Argentina, los Ministerios de Hacienda y Economía en casi todos los países.

##### 4.2.1. *Control presupuestario*

##### 4.2.2. *Control sobre los actos*

Toda vez que se requiera autorización o aprobación para determinados actos concretos, corresponde a los ministerios de adscripción conferirlos o denegarlos.

También corresponde a los ministerios de adscripción la resolución de los recursos o reclamos que interpongan los particulares contra los actos de las empresas públicas, por ejemplo recursos de alzada o jerárquico impropio.

##### 4.2.3. *Control sobre las personas*

Todo lo atinente al nombramiento y remoción de los directivos de empresas públicas se canalizan también por medio de estos ministerios.

<sup>65</sup> Conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se faculta al Presidente a determinar agrupamientos de empresas públicas y se confieren facultades de control a las secretarías mencionadas; a ello cabe agregar la Ley de Presupuesto, Contabilidad, y Gasto Público de 1976, que regula el gasto público federal incluyendo a las Empresas de Participación Estatal Mayoritaria y los Fideicomisos públicos. Ambas leyes deben vincularse con la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, de 1970. (Que modifica las anteriores de 1966 y 1947 de igual nombre.) Véase ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, 1979, pp. 246-256.

<sup>66</sup> MARTÍNEZ SERRATOS, PATRICIA, "La función de la Secretaría del Patrimonio Nacional en materia de control y vigilancia de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal en México," documento reproducido en Rio de Janeiro, 1975, para el curso de Administración de Empresas Públicas de la Escuela Interamericana de Administración Pública de la Fundación Gentulio Vargas. Como informa MIGUEL ACOSTA ROMERO, *op. cit.*, p. 248, esta Secretaría es hoy en parte la de Programación y Presupuesto y en parte la de Patrimonio y Fomento Industrial.

#### 4.2.4. *Control de gestión*

Cuando existe un control de gestión, suele ser también en los ministerios de adscripción donde se les ubica administrativamente.

#### 4.2.5. *Evaluación global*

No obstante todos estos poderes y algunos más que podrían agregarse, la imprecisión que el observador recoge es el que el Ministerio pertinente no logra en América Latina tener una función normalmente importante en el control de la empresa pública. Parte del problema encuentra su explicación en la ambivalencia antes señalada, de que a veces el ministerio tiende, más que a efectuar acciones correctivas, a intentar compartir la gestión de la empresa pública, lo que lo lleva a tener interferencia y hasta congestión pero no control.

Otra razón que contribuye a explicar el fenómeno es que usualmente los ministerios tienen mucho menos personal calificado, y muchos menos recursos, que las empresas controladas. Según expresión de un viejo funcionario argentino del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, que tiene por función controlar a algunas de las grandes empresas públicas argentinas, la relación del Ministerio sobre las empresas puede compararse a un grupo de moscas volando encima de una manada de elefantes salvajes...

A su vez, los ministerios centrales están por lo general mucho más atados que las empresas públicas por sus sistemas administrativos y contables, como para poder recurrir eficazmente al concurso de personal más calificado que pueda colaborar en el control. También es frecuente el caso en que personal o recursos de las empresas públicas controladas deben ser prestados al Ministerio controlante para que éste pueda realizar algunas actividades elementales. En esta relación de fuerzas administrativas, presupuestarias, contables, se establece una relación política que contradice el esquema de control y lo torna irrealizable.

Incluso llega a tal punto el desequilibrio de fuerzas reales entre el Ministerio pertinente y algunas de las más grandes empresas públicas, que el cargo de presidente de alguna de éstas es equivalente o poco menos al de Ministro, en el concierto de las fuerzas políticas: Y no pocas veces ocurre que un enfrentamiento entre el Ministro del ramo y el presidente de una empresa pública controlada termina, no con el alejamiento del presidente de la empresa pública, que sería el desenlace lógico si la relación de fuerzas estuviera a favor del Ministro, sino con el alejamiento de ambos, y a veces hasta con el sólo alejamiento del Ministro. En ese esquema político no puede extrañar que el control de las empresas públicas por parte de los ministerios o secretarías de adscripción sea una tarea que en mucho excede las fuerzas reales de que éstos disponen.

Por las razones expuestas, entendemos que la solución no varía en América Latina aunque se ensaya una conducción ministerial centralizada, al estilo del Ministerio de las Participaciones Estatales creados en Italia en 1956. En la Argentina puede considerarse de algún modo próxima a esta idea la centralización que suele presentar el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, ya mencionado, o en algunas épocas el Ministerio de Economía.

#### 4.3. *Conducción empresario, pública centralizada*

Otra forma de encarar el tema de la coordinación y control de las empresas públicas es la creación de un Sistema Nacional de Empresas Públicas, como fue propuesto para Venezuela en una oportunidad,<sup>67</sup> o de una Corporación de Empresas Nacionales, como existió en la Argentina de 1974 a 1978.<sup>68</sup> En ambos casos, la idea es similar a la del ENI o IRI italiano, al Statsforetag AG sueco, etc.<sup>69</sup>

El intento argentino encontró oposición dentro del propio seno del gobierno que promulgó la primera ley; creemos oportuno traer a colación algunas reflexiones públicas que hizo por aquel entonces un autor que fue durante un corto tiempo funcionario gubernamental, y que explican por sí solas las resistencias, ahora de otra índole, provocadas por el proyecto de una corporación de empresas públicas: “Como parte de una actitud general históricamente restrictiva de la intervención del Estado en el manejo del lector, y al propio tiempo, permisiva de la gestión privada del interés público, no existe ningún organismo del Estado responsable de este conjunto de actividades, no sólo en lo que hace a la gestión, sino que ni siquiera existen mecanismos de control, adecuados, que resguardan las inversiones existentes de propiedad pública.”<sup>70</sup> “Como reflejos obligados de esta situación, no existe información consolidada sobre el sector.” (P. 14.) “Si se analizara la conformación del conjunto del sector público, incluyendo a todas las empresas que mencionamos, se llegaría fácilmente a la conclusión de que el país registra uno de los índices más altos de estatización de la economía, fuera de los países formalmente socialistas; esta situación sin embargo no es suficiente conocida y

<sup>67</sup> Ver GORDILLO, A., *Sistema nacional de empresas públicas*, Caracas, 1975, documento de Naciones Unidas.

<sup>68</sup> Creada por ley 20.558, derogada por ley 21.800. La ley 21.801, por su parte, crea una Sindicatura General de Empresas Públicas.

<sup>69</sup> Ver GUNNAR PIHLOREN, *El sector empresarial público en Suecia*, Caracas, 1974, documento de Naciones Unidas. En América Latina hay también ejemplos importantes de sindicación y control de empresas públicas, v. gr., CORDE, Corporación Dominicana de Empresas Estatales, creada por ley 289 de 1966 y que abarca medio centenar de empresas; en Chile es el caso de CORFO, Corporación de Fomento de la Producción. Deben desde luego diferenciarse las corporaciones de empresas públicas, como esfuerzos de sindicación y fortalecimiento del sector público empresario, de las corporaciones de desarrollo regional.

<sup>70</sup> ANDRIEU, PEDRO ENRIQUE, “La participación del Estado en la economía a través del sistema empresario: El caso argentino,” Buenos Aires, 1973, CICAP, Centro Interamericano de Capacitación en Administración Pública, pp. 13-4.

comprendida, en parte porque se ha evitado decididamente explicitarla adecuadamente; como consecuencia, el Estado argentino no se ha encontrado organizado y preparado para utilizar el enorme poder de acción sobre el sistema económico, del que potencialmente dispone, en el marco de un proyecto desarrollista y reformista, sino que ha tomado una actitud más bien pasiva.” (P. 17.)

En otras palabras, la proposición de un sistema o *holding* de empresas públicas, si bien por cierto puede mejorar el control de éstas, también las fortifica globalmente de manera considerable, y esto provoca en cambio otros cuestionamientos de naturaleza política y económica desde los más diversos sectores, que pueden llevar finalmente al abandono del proyecto, o su consagración de manera sumamente limitada.

En el caso argentino, la creación de la corporación de empresas nacionales sacó precisamente a la luz la dimensión que el sector público de la economía venía adquiriendo imperceptiblemente a lo largo de los años y obligó a una detenida reflexión, producto de la cual sin duda ha de ser el esfuerzo luego realizado para transferir a la actividad privada algunas de las actividades empresarias hasta entonces públicas.

La proposición de mejorar el control de las empresas públicas a través de un holding o corporación, es así también inevitablemente la proposición de fortificar internamente al sector público de la economía y como tal plantea interrogantes y dificultades que exceden el tema concreto del control.

#### 4.4. *Contralorías, Tribunales de Cuentas y otros organismos análogos de fiscalización externa*

Todos los países de América Latina, casi sin excepción tienen estos sistemas de control, y en todos ellos se los mantiene. El debate acerca de si sacar a las empresas públicas de estos controles, o si por el contrario mantenerlas dentro de ellos y además asignarles control de mérito o de gestión, nos parece una auténtica vía muerta de discusión.

Consideramos, en base a la experiencia de nuestros países, que estos controles son inaptos para producir mediante ellos un cambio de mentalidad, de actitudes, de comportamientos y creencias; antes bien al contrario, pueden estar retroalimentando el sistema, coadyuvando a la creciente reglamentación de la actividad pública, ensalzando la formalidad en desmedro de la eficacia.<sup>71</sup>

Tal como funcionan, no son la solución al problema: Son su causa.

<sup>71</sup> Nos remitimos al § 3.2.

#### 4.5. *Organismos de coordinación, planificación y presupuesto*

Estos organismos pueden cumplir funciones útiles para el conocimiento de la actividad empresarial pública, incluso para su coordinación, pero no parece que puedan funcionar como organismo de control, si bajo el término control incluimos la posibilidad de que se realicen acciones de corrección; como dice el CLAD, “resulta difícil imaginar qué tipo de acciones correctivas pueden aplicarse, ni cuál sería su efectividad.”<sup>72</sup>

Uno de los esfuerzos más notables de coordinación, la creación en Venezuela de la Oficina Central de Coordinación y Planificación (CORDI-PLAN) ha llevado a BREWER CARIAS a decir que “se cayó sucesiva y paulatinamente, y en forma dramática, en la administración por el sistema de comisiones. En una administración desorganizada, para tomar cualquier medida o decisión, es necesario nombrar una Comisión.”<sup>73</sup> “Con ello se ha complicado todo el procedimiento administrativo en forma tal que ... se agota la administración en el intento de coordinar, y no logra cumplir los objetivos que quiere alcanzar.”<sup>74</sup>

Ante esta situación relata BREWER CARIAS que se aplicó el enfoque sistémica: “Con dicho criterio se busca que cada sector de actividad pública tenga un gobernador del sector, es decir, una persona a nivel ministerial que tenga la definición de la política del sector y que sea quien lo conduzca.”<sup>75</sup> Sin embargo y como se aprecia, vuelve con ello a uno de los puntos de partida, el de las agrupaciones de empresas bajo alguna adscripción ministerial, de lo cual el caso argentino del Ministerio de Obras y Servicios Públicos brinda un ejemplo. En otras palabras, estos modos y otros de encarar la coordinación de las empresas públicas pueden tener utilidad parcial, pero no dan una nítida solución al problema del control.

#### 4.6. *Control jurisdiccional*

Este control existe en todos los países y se pone en movimiento a pedido de parte: Cuando una persona se considera lesionada en sus derechos por los actos o hechos de una empresa pública, tiene abierta la vía jurisdiccional para demandarla.

Se trata generalmente de un control poco real y eficaz, porque los que se relacionan con la empresa pública usualmente prefieren no utilizar este medio de dirimir contiendas. Si se trata de empresas privadas que negocian con la empresa pública, ellas prefieren mantener fluidas relaciones comerciales y temen que la interposición de demandas judiciales puede ser perjudicial a sus intereses

<sup>72</sup>CLAD, *op. cit.*, p. 183, refiriéndose en particular a los organismos de planificación y presupuesto.

<sup>73</sup>BREWER CARIAS, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Caracas, 1978, p. 127.

<sup>74</sup>BREWER CARIAS, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 129.

<sup>75</sup>*Op. cit.*, p. 130. El enfoque sistemático es también el empleado por el INAP, Instituto Nacional de Administración Pública argentino, en su metodología de los últimos años, pero aún no se han podido verificar resultados empíricos.

globales. Si se trata de particulares o del público en general, pueden de hecho tener vedado el acceso a la vía jurisdiccional, sea por carecer de legitimación procesal suficiente, sea por carecer de tiempo y dinero suficiente para afrontar un largo pleito frente a una empresa pública.<sup>76</sup> Parte del problema reside así en defectos del propio sistema de control judicial, sea de los actos de las empresas públicas o de los actos de la administración central. Las eventuales correcciones necesarias deben ser tratadas en el ámbito de la reforma del sistema de control jurisdiccional de los actos de los poderes públicos.

La cuestión tampoco depende, a nuestro juicio, de que el control jurisdiccional se realice a través de la jurisdicción ordinaria, o de la jurisdicción contencioso-administrativa u otra específica donde la hay. A lo sumo podía señalarse que donde el control jurisdiccional sobre las empresas públicas es efectuado por la jurisdicción civil o comercial ordinaria, existe mayor vigor en el control, al tratar a la empresa al menos como otro comerciante más; en cambio, en cuanto el control queda a cargo de jueces con competencia específica en materia administrativa, tiende a predominar la tendencia a asimilar la empresa pública a la administración pública, concediéndole en forma expresa o implícita algunos de los privilegios y prerrogativas de ésta, en detrimento de su control jurisdiccional.

En suma, todos saben que este control existe en doctrina, pero que no tiene verdadera vigencia real en la práctica. Quizás por ello sea, en parte, que muchos esfuerzos se vuelquen a crear controles sustitutivos de legalidad en un ámbito distinto al jurisdiccional.

#### 4.7. *Control parlamentario*

Este tipo de control, en el estado actual de los sistemas políticos latinoamericanos, en muchos casos no existe y en otros es de todos modos muy reducido.

En todo caso, en cuanto existe es similar en su alcance formal: Creación y supresión de empresas públicas, comisiones parlamentarias, etc. En la práctica, estimamos a nuestro pesar que no es un modo significativo de control de la empresa pública en América Latina, sin perjuicio de que debería tratarse de lo que sea: Pero el tema es ya el del fortalecimiento de la institución parlamentaria, no el de control de la empresa pública; esto último es apenas un subproducto de lo anterior, y en tanto no exista parlamento fuerte no habrá control parlamentario posible de las empresas públicas.

<sup>76</sup> Una solución parcial puede ser la comentada *infra*, § 4.8.

#### 4.8. *Control público independiente*

En los países que tienen parlamentos en normal funcionamiento la creación de oficinas similares al Ombudsman<sup>77</sup> nórdico-sajón puede constituir un elemento valioso de control de la empresa pública. Pero también en aquellos países latinoamericanos que por diversos motivos carecen en su vida política de la presencia estable de parlamentos independientes, puede considerarse la posibilidad de instituir el Ombudsman, en tales casos no ya como un órgano responsable al parlamento, sino como un órgano público independiente. Independiente del Poder Ejecutivo en primer lugar, pero también fuera del marco judicial.<sup>78</sup>

El Ombudsman podría recibir quejas, reclamos y recursos de personas lesionadas en sus derecho subjetivos o intereses legítimos, e incluso presentaciones de personas titulares de intereses simples, como también actuar de oficio, contra actos, hechos u omisiones de empresas públicas y sus funcionarios o empleados. El Ombudsman tendría facultades para investigar, recomendar acciones correctivas y expedir informes u opiniones.<sup>79</sup>

Vemos tres posibilidades sucesivamente reducidas de proponer la creación del Ombudsman en América Latina: *a)* Como una oficina independiente, responsable ante el parlamento, dónde éste exista, con actuación frente a toda la administración pública; *b)* como una oficina pública independiente, donde no exista parlamento, con facultades igualmente extensivas a toda la administración pública; *c)* en el mismo caso anterior, como una oficina pública independiente con facultades para actuar solamente frente a las empresas públicas.

La obvia limitación de la tercera alternativa no debe llevar a desecharla sin más. Debe tenerse presente que en muchos países de América Latina, donde puede no existir vocación en el Poder Ejecutivo para establecer mecanismos de revisión, censura o crítica a su propia actividad, sí puede existir vocación para establecerlos respecto de los actos de sus inferiores y en particular de las empresas públicas o prestatarias de servicios dirigidos al público. Aunque limitado, sería de todos modos, en más de un caso, un avance cierto sobre un estado actual de general insuficiencia de los medios de control.

<sup>77</sup> O Comisionado Parlamentario, Comisionado del Congreso, Procurador del Ciudadano, Defensor del Pueblo, Moderador, etc., según las múltiples terminologías existentes.

<sup>78</sup> Para que no adopte, como en el caso argentino de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, una actitud que duplica a algunos órganos jurisdiccionales y no supla el vacío de que se trata.

<sup>79</sup> E incluso, en nuestra opinión, iniciar acciones procesal administrativas, recursos o remedios judiciales o administrativos en defensa del interés público administrativo de personas o grupos de personas subrepresentados o no representados, etc.

#### 4.9. *La participación como control*

Cabe discutir si la participación de la comunidad en la dirección y control de las empresas públicas es un elemento interno o externo de control. A nuestro modo de ver es un control estrictamente exógeno, lo cual explicará en parte el por qué de la visible renuencia de las empresas públicas a fomentar o siquiera admitir este tipo de control; pero también es exógeno al gobierno, y en consecuencia tampoco éste se muestra habitualmente entusiasmado con la idea. No es entonces frecuente en América Latina encontrar la participación de los usuarios y de la comunidad en general en la dirección de las empresas públicas, y sólo se conocen algunos casos aislados de participación de los trabajadores de la propia empresa.<sup>80</sup>

Esta cuestión también excede ciertamente del marco del control de las empresas públicas, para insertarse dentro del más amplio problema del control y dirección del propio aparato del Estado: Uno de los síntomas a nuestro juicio visible del insuficiente desarrollo sociopolítico de América Latina es la inexistencia sistemática de mecanismos de participación de los diversos sectores de la comunidad en el manejo de la cosa pública, incluidas las empresas públicas. Sin embargo, pareciera también que es por las empresas públicas por donde se ha intentado y corresponde intentar en primer lugar promover una modificación de los sistemas tradicionales de gobierno y de administración.

Ayudaría con ello no sólo al sistema político general sino también, desde luego y en grado sustancial, al propio problema de crear controles adecuados a las empresas públicas latinoamericanas.

<sup>80</sup> Existen otros casos aislados en América Latina de participación en las empresas públicas, pero suele ser participación de sectores de interés exclusivamente. Participación de sectores de *terceros* afectados, de *usuarios* o *destinatarios* del servicio, y de sectores de la comunidad interesado en la cosa pública pero ajenos a los intereses del sector en que actúa la empresa, no son en cambio frecuentes ni se postula en verdad usualmente su incorporación. Nos remitimos a nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973.

