

La propiedad de las empresas estatales

Víctor Larrea Vilela

ESTE TEMA TAL VEZ sea el asunto principal a ser tomado en cuenta a efectos de entender cabalmente el significado de la actividad empresarial del Estado.

“El derecho de propiedad es el derecho real por excelencia, el más amplio, el que comprende todos los derechos posibles sobre un bien”¹

A las empresas del Estado se les ha dotado, de modo genérico o de modo particular, de una estructura orgánica definida. Cada ley que crea una empresa y el Decreto Legislativo No. 216 precisan esta organización. Podemos afirmar, con el propósito de ordenar mejor esta exposición, que existen dos formas principales de organización, en base a las cuales hemos de trabajar:

- Empresa Pública
- Sociedad Anónima

Advertimos que al utilizar el término empresa pública, lo hacemos con el único propósito de dar una denominación (arbitraria por cierto) a una forma organizativa que puede ser adoptada por una empresa de derecho público. Por ende, agradeceremos al amigo lector no equiparar el término con ninguna otra denominación.

¹ Romero Romaña, Eleodoro, *Derecho Civil, los Derechos Reales*, Pág. 107.

A la empresa pública la denominamos así dado que no existe un nombre que defina sus caracteres peculiares ni un esquema único organizativo. Es el caso, por ejemplo, del Banco de la Nación, cuya Ley Orgánica aprobada por el Decreto Legislativo No. 199 precisa su organización. Pero, esta forma organizativa no es la única que puede adoptar una empresa de derecho público, ya que se puede dar el caso de empresas de derecho público que adoptan por mandato de la ley la forma organizativa de la sociedad anónima, como sucede con la Empresa Nacional de Edificaciones —ENACE— o la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado —SENAPA— regidas por los Decretos Legislativos Nos. 149 y 150, respectivamente. La organización de una empresa de derecho público queda, pues, librada al mandato de una ley y a las especificaciones que ésta establezca sobre el particular.

Las empresas organizadas como sociedades anónimas, en cambio, salvo algunas diferencias, no escapan al criterio de la organización tradicional ya conocida por todos.

En ambos casos, (empresa pública o sociedad anónima) el Estado asigna recursos propios (o los provenientes de nacionalizaciones) a una nueva persona jurídica creada como una empresa de derecho público o una empresa de derecho privado. Estas personas jurídicas pueden adoptar la forma de empresa pública o la forma de sociedad anónima.

“El concepto de empresa es, por naturaleza, un concepto económico, adquiere significación jurídica a través de la personalidad de su titular, esto es, del empresario”²; y, por lo tanto, así como el concepto de empresa adquiere significación jurídica cuando un empresario privado decide constituir una sociedad anónima, también lo adquiere cuando el Estado-empresario decide constituir una empresa pública o una sociedad anónima. Con esto queremos significar que así como el ordenamiento jurídico ha puesto a disposición de los hombres diversas formas jurídicas para que, a través de ellas, desarrollen determinados fines y busquen determinados objetivos, llámense asociaciones, fundaciones o sociedades, el propio Estado es capaz de tomar estas formas en propio beneficio, o de estructurar nuevas formas innominadas, como es el caso de las que hemos dado en llamar empresas públicas.

El maestro Ulises Montoya, en su libro *Derecho Comercial*, Tomo

2 Brunetti, Antonio. *Tratado del Derecho de Sociedades*, Pág. 67

I. nos dice que se ha intentado explicar el concepto jurídico de empresa desde distintos puntos de vista, sin que haya podido lograrse uniformidad de criterio. Así, se habla de la empresa como una persona jurídica, como patrimonio separado o patrimonio de afectación, como conjunto de derechos que no pierden su individualidad, como organización o como actividad³.

Nuestra legislación ha adoptado una forma combinada en el caso de las que hemos denominado empresas públicas, pues las ha dotado de personería jurídica, de un patrimonio y de un conjunto de derechos con un tratamiento jurídico unitario. Por ello, ésta es una persona jurídica que cuenta con patrimonio propio y que opera con autonomía administrativa, económica y financiera; aunque no debemos olvidar que, generalmente, su política deberá concordar con determinado Sector o Ministerio; o, más aún, dependerá de ese Sector o Ministerio.

Lo anotado nos permite reconocer que el patrimonio asignado por el Estado deja de ser de éste para ser en adelante patrimonio de la empresa. Cabe, entonces, la pregunta siguiente: ¿de qué es propietario el Estado; de la empresa o del patrimonio de la empresa? Las leyes promulgadas lo definen: de la empresa. No debemos confundir la circunstancia que estas empresas tengan un atributo especial del derecho público, el *ius imperium*; pues éste no es otra cosa que una característica más de la empresa (muy importante por cierto) pero que no puede cambiar por sí la realidad legal. Debemos diferenciar la empresa de su patrimonio.

En el caso de las empresas organizadas como sociedades anónimas, el problema es más fácil de entender; pues, siguiendo los principios del derecho societario, el accionista (el Estado) es propietario de acciones mas no de la sociedad. El patrimonio de esta sociedad le pertenece a la propia sociedad. Es imposible considerar a un accionista que afirme ser propietario de determinados bienes del activo (un edificio o unas máquinas) por el hecho de ser accionista.

Estas conclusiones nos llevarán a consecuencias diferentes, como veremos más adelante. Por el momento no olvidemos el siguiente resumen:

El Estado es propietario de las empresas públicas.

El Estado es propietario de acciones en las sociedades anónimas.

³ Montoya Mantredí, Ulises, *Derecho Comercial*, Tomo I, Pág. 91-93.

Marrienhoff nos refiere lo siguiente:

"En Francia, donde algunos expositores, como Wedel, estiman que tales bienes le pertenecen a la respectiva empresa, en tanto que el Consejo de Estado de dicho país los considera como pertenecientes al Estado.

¿Qué solución corresponde a nuestro país? Los bienes de que disponen las empresas del Estado no son propiedad de ellas, trátase simplemente de bienes que integran el patrimonio "afectado" al cumplimiento de los fines de la entidad. Su propiedad es del Estado. Concuera con este criterio lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia que, refiriéndose al alcance del derecho de las entidades autárquicas sobre los bienes que les han sido afectados, dijo que el otorgamiento de esos derechos patrimoniales "no se justifica más allá de los límites del fundamento de la afectación de los bienes necesarios a la función encomendada", agregó también que con prescindencia de la voluntad legislativa, tales entidades carecen de atribuciones para acceder o desconocer la enajenación de esos bienes por acto del Gobierno Nacional"⁴.

Esta misma posición es la que, de alguna manera, ha asumido nuestra Corte Suprema, como veremos más adelante. Es un criterio muy respetable, pero no compartido por nosotros, como ya hemos anotado, salvo en el caso de las empresas de derecho público, aunque en estos casos preferimos referirnos a la propiedad de la empresa. En los demás casos, al adoptar la organización propia de la sociedad anónima, no puede soslayarse, olvidarse o separarse una de las características principales de tal forma societaria: la tenencia accionaria y el título que la acción otorga al accionista. No comprendemos cómo elemento tan esencial puede ser dejado de lado a voluntad.

Si el Estado actúa como sujeto privado (accionista) debe someterse a las reglas propias de derecho aplicable sin pretender sustraerse de él, sobre todo en momentos conflictivos. Pareciera que el Estado actúa en el derecho privado sujetándose a sus reglas; pero que, en determinados casos, (y en perjuicio de terceros) prefiere invocar un status especial del cual nadie tiene conocimiento,

⁴ Marrienhoff Miguel, S. Ch. Pág. 443-444.

Preferimos opinar junto con Brewer que:

"En todos estos supuestos, la utilización de la forma jurídica mercantil por parte del Estado, persigue objetivos más o menos concretos: dotar de personalidad jurídico-privada a un patrimonio adscrito a un fin, obteniendo además el beneficio de la responsabilidad limitada, someterse a las leyes y usos del comercio; escapar a la aplicación del Derecho Administrativo, resolviendo por este cómodo procedimiento el problema de las relaciones entre el ente público y la empresa; fomentar su crédito frente a terceros; y dotarla de una gestión ágil, tanto desde el punto de vista jurídico como económico"⁵.

No obstante esta regla genérica que tratamos precisar, el Estado como poder público puede organizar empresas en formas aún más complicadas. Así, por ejemplo, una empresa pública en la que existen acciones a nombre del Estado. En estos casos, estimamos que el legislador se equivoca al adoptar esta forma; pues la acción inevitablemente nos vincula al accionista propietario. O es uno o es otro, pero no puede ser los dos a la vez; es decir, que si se quiere organizar una empresa pública no debe crearse la tenencia accionaria. Por fortuna, en nuestro país es la norma la que evita que existan dudas al respecto; pues precisa de modo genérico y permanente que toda empresa de derecho público es propiedad del Estado, (artículo II del Decreto Supremo No. 375-82-EFC) aunque insistimos en que la norma, aun con su imperio, no debe forzar las figuras jurídicas innecesariamente.

El Decreto Legislativo No. 216 ha definido cuatro formas a través de las cuales el Estado puede participar en la actividad empresarial:

a) Empresas de derecho público, que son personas jurídicas de derecho público, regidas por su ley de creación; a quienes se les asigna este status expresamente.

b) Empresas estatales de derecho privado, que son personas jurídicas de derecho privado, constituidas o reorganizadas como tales, cuyo capital pertenece totalmente al Estado y que sólo pueden adoptar la forma de sociedades anónimas.

⁵ Brewer-Casas, Allan-Randolph. Las empresas públicas en el derecho comparado. Pág. 144

c) Empresas de economía mixta, que son personas de derecho privado que sólo pueden adoptar la forma de sociedades anónimas, en las cuales el Estado participa, asociado con terceros, en los capitales y en la dirección de la sociedad. En estas empresas el Estado no puede tener una participación accionaria menor del 20 o/o del capital social.

d) Accionariado del Estado, que está constituido por la participación del Estado en personas jurídicas de derecho privado, en las cuales no se reúnen las características para ser tipificadas como empresas de economía mixta.

El Estado, por consiguiente, será propietario de las empresas de derecho público y propietario de las acciones de las sociedades anónimas. Pero, el Decreto Legislativo No. 216 no tomó en consideración que esta propiedad podría darse también de manera indirecta. Esta circunstancia se hizo patente con la promulgación de la Ley 23557, que creó el Fondo de Inversiones y de Contrapartidas del Sector Público Nacional y que dispuso, en su artículo 3, que deberían ser aportados, como recursos del Fondo, el 100 o/o de las utilidades distribuibles de las empresas bancarias y financieras del Estado y el 80 o/o de las utilidades distribuibles de las demás empresas de propiedad directa o indirecta del Estado. De este mandato legal surgieron diversas interpretaciones; pues, como es notorio, no adoptó las definiciones del Decreto Legislativo, pero sí se refirió a la propiedad directa o indirecta.

Hubo quienes interpretaron la norma como referida únicamente a las empresas que pertenecían exclusivamente al Estado, vinculando el criterio de propiedad con el de propietario. De este modo sólo serían empresas del Estado aquellas que pertenecieran al Estado.

Para resolver esta cuestión fue necesario partir de las definiciones del Decreto Legislativo No. 216 (recordemos que el reglamento de esta norma fue promulgado un año después de la promulgación de la ley 23557). De esta manera, se encontró que las empresas públicas (a las que una vez más denominamos así sólo para fines explicativos) que son siempre de derecho público, eran siempre de propiedad del Estado. Pero que en las sociedades anónimas las acciones podían pertenecer al Estado directamente o a otras sociedades anónimas del Estado. Cuando sucedía lo primero, se estaba ante una empresa de propiedad directa; y, cuando ocurría lo segundo, se trataba de una empresa de propiedad indirecta.

Pero, además, se llegó a otra conclusión: que esta propiedad directa

o indirecta podía ser total o parcial. Sería total o directa cuando sólo el Estado era accionista; total e indirecta, cuando las acciones pertenecían a una o varias empresas del Estado; parcial y directa cuando el Estado era accionista junto con inversionistas privados; y, finalmente, parcial e indirecta, cuando las empresas del Estado eran accionistas, junto con inversionistas privados. De este modo se pudo comprender, por ejemplo, que las empresas de economía mixta y el accionariado del Estado estaban incluidas en los alcances de la Ley 23557, aunque evidentemente sólo en función de la participación accionaria directa o indirecta que le correspondía al Estado y en función de los acuerdos que las respectivas juntas de accionistas adoptaran.

Tenemos, entonces, que el Estado puede actuar empresarialmente de las siguientes maneras:

- a) Como propietario directo:
 - en empresas de derecho público
 - en empresas estatales de derecho privado
 - en empresas de economía mixta.
- b) Como propietario indirecto:
 - en empresas estatales de derecho privado
 - en empresas de economía mixta
 - en el accionariado del Estado.

Estos conceptos son los mismos que aparecen en el Reglamento (artículos 15, 22 y 26) pero resolviendo el problema con mayor claridad; pues anota que la propiedad directa se da cuando el Estado es titular de las acciones de la empresa y que la propiedad indirecta se da cuando las acciones pertenecen a una o varias empresas de derecho público o estatales de derecho privado. Con estas precisiones se resolvió también la cuestión de si la propiedad indirecta del Estado podría darse a través de empresas de economía mixta, adoptando una postura negativa; pues se consideró que estas empresas, al concurrir también capitales privados, no podían de modo alguno entenderse como si fuesen sólo del Estado.

Sin embargo, sobre este último aspecto se ha dictado el Decreto Supremo No. 390-86-EF, del 19 de Noviembre de 1986, que modifica tal interpretación, admitiendo la propiedad indirecta a través de empresas de economía mixta. Debemos entender, por consiguiente, que el Poder Ejecutivo considera que las participaciones accionarias mayoritarias de las empresas de economía mixta en otras empresas (incluidas también

las mixtas) dan derecho al Estado de ampliar su ámbito de influencia. Pero, también, es una demostración de que en los últimos años más ágil y eficiente ha sido el manejo de las empresas desde la administración del Estado, a través de dispositivos legales, que el realizado por los órganos de gestión.

Nuestra afirmación nace en la observación de los últimos años que nos demuestra que, vía las juntas de accionistas, no se ha logrado un cabal entendimiento y administración de los derechos del Estado. Por ello, no obstante que es discutible considerar como empresas de propiedad indirecta del Estado a aquellas cuyas acciones pertenecen a una sociedad de economía mixta, es decir, del Estado y de inversionistas privados en conjunto, entendemos la preocupación de las autoridades encargadas de las empresas en las que el Estado interviene.

Con esta última norma legal se ha despejado la incógnita sobre cómo deben considerarse aquellas empresas en las que el Estado tiene "alguna" participación indirecta. Nos explicamos con un ejemplo: el Banco Continental cuenta como uno de sus accionistas al Banco de la Nación, propietario de casi un 98 o/o de las acciones, y a numerosos accionistas privados, siendo por ello una empresa de economía mixta. Pero Financiera San Pedro, o el Banco de los Andes, cuenta entre sus accionistas al Banco Continental y con otros inversionistas privados. De acuerdo con las definiciones vertidas, estas empresas no formaban parte de la actividad empresarial del Estado hasta Noviembre de 1986: pues ni el Estado, ni empresas de derecho público o estatales de derecho privado son sus accionistas. Pero, justamente ahí nace una interrogante, pues no obstante la gran participación del Banco de la Nación, ¿acaso no debía considerarse empresas a éstas? Nuestra legislación prefiere hoy no dejarlas meramente como empresas en las que existe un interés patrimonial del Estado y, extendiendo su brazo, las incluye en su actividad empresarial.

Resulta también importante abordar otro aspecto: ¿pueden las empresas del Estado someter sus diferencias a procedimientos arbitrales?

El Código de Procedimientos Civiles dispone que no pueden someterse a arbitraje las cuestiones referidas a bienes del Estado, municipalidades y demás instituciones de carácter oficial. En octubre de 1983, la Corte Suprema de Justicia, en una causa en la que contendían la Compañía Minera Algamarco, y otros, con CENTROMIN PERU, se ha referido al tema de manera expresa y directa, adoptando una peculiar posición, razón por la cual nos referimos a su Resolución para iniciar este análisis.

Las compañías mineras habían reclamado a CENTROMIN la devolución de unos porcentajes que ésta les había deducido por concepto de impuestos a los bienes y servicios, pues consideraban que se encontraban exoneradas de su pago.

Luego de muchas deliberaciones, ambas decidieron someter la controversia a la decisión de un tribunal arbitral formado de acuerdo a las prescripciones contenidas en el Código de Procedimientos. Este tribunal, luego de seguir los pasos correspondientes, falló en favor de las compañías mineras.

La Contraloría General de la República consideró que se había vulnerado el mandato del Código Procesal y autorizó a su Procurador Público a interponer un recurso de apelación. Vista la causa ya en la Corte Suprema, ésta declaró insubsistente el laudo arbitral y nulo el compromiso arbitral pactado entre las partes.

Entre otros fundamentos de tal fallo, la Resolución dice lo siguiente:

"(...) que la Contraloría General de la República, luego de evaluar los hechos a través de los documentos actuados ha evidenciado observaciones de índole sustantiva y procesal en la reclamación planteada por las compañías mineras cuyo resultado compromete el patrimonio del Estado y coloca en crítica situación a CENTROMIN PERU, creada según su Ley Orgánica como una empresa íntegramente de propiedad del Estado y habiéndose en consecuencia contravenido lo dispuesto por el artículo quinientos cuarentinueve del Código de Procedimientos Civiles (...)"

Más adelante, al referirse a la tenencia accionaria, la Corte Suprema considera:

"(...) las acciones que representan su capital son intransferibles a título oneroso o gratuito e inembargables, a más de no poderse entregar en prenda ni en usufructo, lo que no se da en persona jurídica alguna que se rija exclusivamente por la Ley de Sociedades Mercantiles, razón por la que a CENTROMIN PERU no resultan aplicables las causales de disolución a que se contrae el artículo trescientos doce de la citada ley (...), por tanto, en el supuesto de posibles pérdidas que mermen su patrimonio social a suma por debajo de la tercera parte de su capital tocaría al Estado, evidentemente con utilización de recursos públicos.

asumir esas posibles pérdidas por ser la empresa legalmente iliquidable, de manera que no es posible distinguir, como se pretende, el patrimonio accionario del Estado del patrimonio de su empresa CENTROMIN PERU, lo que lleva a la absoluta convicción que el diferendo sometido a arbitraje compromete el patrimonio del Estado y, de consiguiente, no debió de realizarse jamás ese compromiso arbitral que referido a bienes del Estado está terminantemente prohibido por el inciso segundo del artículo quinientos cuarentinueve del Código de Procedimientos Civiles (...)"

Esta afirmación, sin lugar a dudas, considera a cualquiera de las formas de empresas del Estado, previstas por el Decreto Legislativo No. 216, como entes públicos; lo cual, en nuestra opinión, no es exacto.

Recordemos en este momento una de las conclusiones a que hemos llegado:

- El Estado es propietario de la empresa pública
- El Estado es propietario de acciones en las sociedades anónimas.

Dado que el Código Procesal dice que no pueden someterse a arbitrajes los bienes del Estado, es evidente que no cabe esta posibilidad respecto de las empresas públicas. Tal vez sea algo difícil de comprender lo que afirmamos, pues por nuestra formación es difícil imaginarnos una empresa que no sea sociedad. Pero, tal vez podamos hacernos entender mejor con el siguiente ejemplo. En la esquina de una calle existe una tienda, de esas que denominamos bodega, cuyo propietario es Félix Chu. El no ha dado forma jurídica societaria alguna a su negocio, a su empresa, y, por lo tanto, él es el propietario y responsable directo de cada uno de los bienes que en la bodega existen. Es un empresario ordenado y por ello separa las cuentas, pero requerido por un acreedor a efectuar un pago, Félix procede a sacar en ocasiones dinero del bolsillo para ajustar las cuentas. El caso de la empresa pública (salvando las diferencias) es parecido, pues el Estado conviene en llevar adelante una empresa organizándola con sus propias cuentas y recursos; pero, requerido a cumplir con determinadas acreencias, el Estado sacará de sus propios fondos para ponerlo a disposición del negocio.

En cambio, cuando el Estado es accionista de una empresa, de una sociedad anónima, tiene aquellos derechos y obligaciones inherentes a cualquier otro accionista, con las únicas excepciones que la ley informa.

Por lo tanto, como accionista dispondrá libremente del derecho sobre sus acciones. Un arbitraje en estas condiciones no somete a los bienes del Estado sino a los bienes de la propia empresa.

Se podrá decir que es una ficción jurídica, pero lo cierto es que nuestro derecho positivo así lo ha establecido, y que la doctrina jurídica también distingue entre el Estado y la empresa. Sería distinto si el asunto que se deseara someter a arbitraje tuviera que ver con las acciones; así, supongamos que el Estado puede enajenar parte de sus acciones en una sociedad anónima y que al hacerlo y ejecutar el respectivo contrato de compra venta surgen discrepancias con el comprador. Estas discrepancias no podrían ser sometidas a arbitraje alguno, pues las acciones son bienes del Estado.

Vayamos ahora a analizar aquello que considera la Corte Suprema sobre la propiedad. En primer lugar, nos dice que la reclamación en contra de CENTROMIN compromete el patrimonio del Estado. Desde nuestro punto de vista, este compromiso no es mayor a aquél que tiene cualquier otro accionista, es el riesgo que corre el inversionista al incursionar en la actividad empresarial; es decir, el aporte del accionista a la sociedad puede multiplicarse o perderse. Pero, este compromiso no va más allá, pues el accionista no responde con propios bienes.

En segundo lugar, directamente el patrimonio comprometido es el de la empresa y no el del Estado, como ya hemos explicado. También tenemos que considerar, en tercer orden, que el propio Decreto Legislativo No. 216 dispone que las empresas estatales de derecho privado se rigen por las normas contenidas en la Ley de Sociedades Mercantiles 16123, hoy Ley General de Sociedades, con las excepciones que la propia norma establece, ninguna de las cuales permite suponer que al Estado accionista se le deba dar un tratamiento como el que sugiere la Corte.

Imaginemos por un momento que una sociedad anónima, con un accionariado estrictamente privado, conviene en someter un diferendo con un acreedor a un tribunal arbitral. Supongamos también que esta sociedad se dedica a brindar un servicio indispensable a la comunidad como, por ejemplo, electricidad; y que no cuenta con ninguna legislación específica especial. El tribunal emite un laudo y determina que la sociedad debe devolver al acreedor una importante suma que compromete su capital en más del 50 o/o. Acaso no debe esta empresa pagar? o puede pretender invocar el interés social, pues con tal pago no podrá cumplir su habitual labor? No; simplemente deberá pagar su deuda y los accionis-

tas procederán a reducir capital o a aportar nuevos capitales. El Estado debe hacer lo mismo.

En el derecho internacional sucede igual; un Estado no puede invocar inmunidad jurisdiccional cuando realiza simples actos de comercio. En el derecho interno, un accionista no puede invocar status especiales que la ley no le confiere y menos aún pretender invocarlos cuando está en problemas, luego de haber declarado ante terceros, públicamente, que su régimen no tiene inmunidades.

Pero, también nos dice la Corte Suprema que las acciones son intransferibles a título oneroso o gratuito e inembargables, además de no poder entregarse en prenda ni en usufructo, características que no se dan en las sociedades regidas únicamente por la Ley General de Sociedades, razón que impediría aplicar a la empresa las causales de disolución a que se contrae la ley societaria. En principio, no entendemos esta aparente causa-efecto, pues si bien es cierto que la ley establece determinadas reglas respecto de las acciones, lo que se discute es la propiedad del patrimonio de la empresa y no la de las acciones. Pero aún así, el hecho de que las acciones no sean transferibles es simplemente porque la ley así lo ha querido; pues, la intención es que sea el Estado el único propietario (recordemos que el Estado adopta la figura de sociedad sin serlo, entre otras cosas, por falta de pluralidad de socios) y esta característica en nada cambia el planteamiento del problema; tan es así que si una nueva ley permitiera la transferencia de parte del paquete accionario a fin de constituir una empresa de economía mixta, el problema de la afectación patrimonial de la empresa sería el mismo, pues los accionistas o multiplican su inversión o la pierden, y en este caso deberán cubrir tal pérdida.

De otro lado, estimamos como inexacto afirmar que en una sociedad privada las acciones siempre pueden ser prendadas o entregadas en usufructo; pues la ley, con buen criterio, no establece tales restricciones, pero el Estatuto social sí lo puede hacer. Tampoco concordamos con que sociedades de este tipo no puedan ser liquidadas, pues el Decreto Legislativo No. 216 sólo exige de ley expresa cuando se trate de empresas de derecho público. Las empresas estatales de derecho privado que hubieren sido creadas por ley, deben concordar su normatividad con el Decreto Legislativo No. 216 y con la Ley General de Sociedades. Tan cierta consideramos esta afirmación que el propio Decreto Legislativo, en el inciso e) del artículo 15, al referirse a las normas de disolución de una sociedad, sólo considera no aplicable el inciso 7) del artículo 312 de la Ley 16123, referida a la falta de pluralidad de socios. Por ello, estamos en capacidad

de afirmar que una empresa estatal de derecho privado sí puede disolverse del mismo modo como lo dispone la ley de sociedades, con la excepción anotada.

Si la empresa perdiera más del tercio de su capital, el Estado accionista puede reintegrar la pérdida, reducir el capital o disolver la sociedad. En el primer caso, el aporte que efectúe no tiene ninguna diferencia respecto de aquél que correspondería hacer a un inversionista privado. Pero, no pensemos que sólo con los recursos públicos puede efectuar el aporte, pues puede disponer que otra de sus empresas, con solvencia, lo realice. No obstante, si el aporte debe salir del Tesoro Público, nuevamente será aplicable lo que ya hemos referido: el aporte del accionista deja de ser de éste una vez ingresado en la sociedad.

En nuestra opinión, el caso de CENTROMIN sí está dentro de los supuestos que permiten el sometimiento de discordancias a tribunales arbitrales, pues esta premisa es aplicable a cualquier empresa estatal de derecho privado, cuyo patrimonio no es propiedad del Estado.

Otro asunto importante para su revisión es el vinculado al régimen tributario de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado. Siendo el Estado propietario de empresas o accionista de sociedades, ¿corresponde que estas empresas paguen tributos? ¿No será ilógico que el Estado cree organismos con el fin de conseguir determinado objetivo y que grave las operaciones que realice?

La propiedad que hemos estudiado nos permitirá encontrar mejor la respuesta. Es un concepto muy extendido que el Estado no puede ser sujeto activo y pasivo de una misma obligación tributaria. Es fácil de entender lo que decimos si pensamos, por ejemplo, por un momento, que la entidad recaudadora de los tributos a la importación efectúa su labor en nombre del Estado y que no tendría sentido cobrarle tributos a un organismo del Estado, (un Ministerio, por ejemplo) pues la operación no pasaría de ser un sacar dinero de un bolsillo para ponerlo en otro; pero ambos del mismo pantalón. Este concepto, sin embargo, puede variar si la ley crea una ficción (y en el Perú lo ha hecho) y a partir de ella se decide que, sin interesar quién es el importador, todos los bienes que ingresen al país deben estar gravados. Entonces, el Estado se convierte en sujeto activo y sujeto pasivo de una obligación tributaria. Pero recordemos, esto sucederá porque la ley así lo decide.

En el caso de las empresas del Estado, la situación es diferente; pues

cada empresa tiene un patrimonio propio y autonomía y la gran mayoría regula su actuación de acuerdo con las reglas de la legislación privada. En el ejemplo no es el Estado el que realizará la importación sino una empresa del Estado. Por ello mismo, el tratamiento que deberá darse será el que recibe cualquier empresa importadora, es decir, las reglas del régimen tributario común; que, por lo demás, es lo que dispone la ley de la Actividad Empresarial del Estado.

Sin embargo, estimamos que aún queda una duda: si el Estado es propietario de una empresa pública ¿acaso no sucede lo mismo que con un Ministerio y, por lo tanto, la empresa pública no debe ser considerada sujeto pasivo de tributos?

La respuesta es no; pues, el Estado no es propietario de un Ministerio; éste forma parte del Estado como integrante del órgano administrativo (el Ejecutivo). Poniéndolo en pocas palabras, el Ministerio es el Estado. La empresa en cambio sí es un órgano distinto que pertenece al Estado, pero que, como hemos anotado en reiteradas ocasiones, administra autónomamente el patrimonio que se le ha asignado; es "su" patrimonio desde el punto de vista administrativo. No es, pues, el Estado quien importa sino la empresa y, por ello, debe actuar como sujeto pasivo del tributo.

Existe un nuevo punto de vista que consideramos puede ser tratado en esta ocasión: cuando el tercero se relaciona con las empresas del Estado ¿cuál es su situación?

En esta ocasión volvemos a referirnos a las empresas públicas y las sociedades anónimas. La parte más sencilla de resolver está en relación con las sociedades; pues, como ya hemos anotado, como regla general, se rigen por las del derecho privado en igualdad de condiciones que cualquier accionista privado. El Estado invoca su poder y, por lo tanto, asume una posición de sujeto de derecho privado. Por estas razones, el que comercia con una empresa del Estado, sujeta a las reglas del derecho privado, estará en igualdad de condiciones; pues, tanto la empresa como él se someten a las mismas reglas, sin prerrogativas especiales para ninguna de las partes. Y esta regla será aplicable tanto para el acreedor como para el deudor.

En cambio, pueden suceder distintas situaciones cuando se trata de una empresa pública. Recordemos que el *ius imperium* es el rasgo carac-

terfístico e importante de estas empresas; por ello, en las cuestiones propias del giro de la empresa, actuará con tal poder frente a los terceros.

El reglamento del Decreto Legislativo No. 216 dice lo siguiente:

"La ley que cree empresas de derecho público podrá dotarlas, conforme a su naturaleza, de una o varias atribuciones propias de la Administración Pública o de imperio.

Son atribuciones de la Administración Pública o de imperio:

- a) La de realizar actos administrativos que afecten derechos o intereses de particulares u otros entes estatales o que creen obligaciones a su cargo.

La expedición, ejecución o impugnación de dichos actos se rigen por las normas de procedimientos administrativos vigentes. La resolución dictada por el órgano de dirección de la empresa agota la vía administrativa, salvo lo establecido por el Código Tributario y otras leyes especiales.

- b) La de utilizar los procedimientos de cobranza coactiva en los casos específicamente autorizados por el Decreto Ley 17355".

Pero, nótese que hemos hecho clara referencia al caso en que la empresa se dedica a las cuestiones propias de su giro, entendiendo por tal el objetivo que la ley le fija; pues, las empresas de derecho público también realizan otros actos comerciales en los que no puede exigir, en nuestra opinión, se les reconozca un status especial. Así, por ejemplo, cuando el Banco de la Nación compra lápices su comportamiento habrá de ser similar al de cualquier comprador que se acerca al mercado debiendo cumplir estrictamente los compromisos de pago correspondientes. De ninguna manera podrá invocar su personalidad pública y su poder para incumplir con el pago. En estos casos, deberá someterse a los procedimientos corrientes vigentes para los comerciantes en general.

De igual manera, si la Empresa Nacional de Edificaciones —ENACE— estuviera ocupando un inmueble como conductor, el locador del mismo podrá invocar las normas propias de la relación contractual de locación—conducción para solicitar la desocupación del mismo, sea con el aviso de despedida o con el juicio de desahucio, según corresponda.

No obstante, la ley otorga una característica particular a las empresas de derecho público al establecer que sus acciones o los títulos representativos de su capital son inembargables, intransferibles, sin posibilidad de que sobre ellos existan prendas o usufructos. Estos rasgos no deben llamarnos a confusión, pues tal situación no cambiará las características de sus relaciones con terceros. Si la empresa es deudora en una relación comercial común, responderá con su patrimonio por la deuda. Pero, nótese que éste es un elemento común de cualquier sociedad anónima, pues si es deudora sus acciones no serán embargadas sino su patrimonio, ocurriendo en todo caso que las acciones pierdan su valor. Las acciones serán embargadas cuando el accionista es el deudor, lo que en las empresas de derecho público significaría decir que el Estado es el deudor.

No tiene incidencia esta característica de las empresas de derecho público en lo que se refiere a su relación con terceros. En lo que respecta a la posibilidad de que el Estado deudor sea pasible de embargo de sus bienes, entre ellos las acciones o títulos de las empresas de derecho público, consideramos ocioso atender tal estudio; pues, definitivamente los mecanismos en el mercado de capitales hacen poco probable que un acreedor del Estado se fije en tales bienes. No obstante, y a modo de simple cita, consideramos que el mandato de la ley sería irrelevante ante el tribunal extranjero que conociera la causa.

Desde otro punto de vista, tenemos que las empresas del Estado pueden relacionarse con empresas o personas no nacionales. En estos casos, aunque pareciera ser clara la solución, existen elementos que necesariamente deben ser evaluados para comprender las diversas posibilidades que se pueden presentar.

La primera parte del artículo 136 de la Constitución establece: "Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República." Este dispositivo, que es copia casi textual del artículo 17 de la Constitución de 1933, se complementa con su segunda parte que dice:

"(...) En todo contrato que con extranjeros celebren el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú".

Cuando una empresa del Estado, sujeta al derecho común, se relaciona contractualmente con una empresa extranjera, sujeta también a las reglas del derecho privado, que domicilia en el Perú, no existen problemas para definir las normas aplicables y los tribunales competentes, dado el mandato de la primera parte del artículo 136 de la Constitución. De igual manera sucede en el caso de las empresas de derecho público que se relacionan con empresas extranjeras domiciliadas en el país, pues el artículo no efectúa distinciones. Pero, el problema surge cuando el tercero, extranjero domiciliado en el Perú, goza de una personería surgida en el derecho internacional.

Los doctores Enrique Bernales y Marcial Rubio nos dicen lo siguiente:

"No queda igualmente clarificado quién debe entenderse por *extranjero*. De hecho, ello no es equivalente a "no nacional". Si a esto añadimos elementos conceptuales propios del Derecho Internacional Público, debemos concluir que no están sometidos a esta obligación los contratos del Estado u organismos públicos peruanos, con gobiernos extranjeros, con sus empresas u organismos públicos y con organismos internacionales surgidos de convenios interestatales. Ninguno de ellos es propiamente "extranjero", porque su personería jurídica proviene de la sociedad internacional y no de una ciudadanía asignada por el Estado extranjero. Por otro lado, el Estado peruano no puede obligarlos a someterse a nuestras leyes, en la misma medida que no puede ser obligado por ellos a lo propio".⁶

Quiere decir esto que el artículo 136 de la Constitución no siempre es aplicable. Sólo funcionaría cuando estemos refiriéndonos a personas naturales y a las personas jurídicas privadas extranjeras, domiciliadas en el país.

Pero, aún tratándose de personas jurídicas de derecho privado domiciliadas en el país, será necesario precisar este último concepto de domi-

6. Rubio, Marcial y Bernales, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Pág. 492.

cilio. Siguiendo las opiniones del doctor Roberto Mac Lean⁷, consideramos que sólo puede ser calificada como tal aquella empresa que esté ejerciendo comercio en el Perú permanentemente. Serán éstas las empresas que deben someterse a las leyes y tribunales nacionales. No sucede lo mismo en el caso de las empresas que comercian con el Perú o que eventualmente comercian en el Perú, es decir, realizando actos aislados.

En consecuencia, cuando las empresas del Estado contratan con extranjeros deberán exigir el cumplimiento del primer párrafo del artículo 136 de la Constitución si se trata de una empresa privada que comercia permanentemente en el Perú. En este caso, como lógica consecuencia, habrá de aplicarse las normas referidas al caso particular de que se trate; es decir, aquellas propias de la empresa de derecho público, o las normas del derecho privado.

Cuando la empresa de derecho público celebre un contrato con extranjero, si es que éste último comercia permanentemente en el Perú el cumplimiento del segundo párrafo del artículo 136 será igual a lo comentado en el párrafo anterior.

Si, en cambio, realiza contratos con extranjeros sujetos al Derecho Internacional Privado, que sólo realizan actos comerciales con el Perú, o actos aislados en el Perú, no podrá exigirse el sometimiento a las leyes y tribunales de la República.

Por último, si la empresa de derecho público realiza contratos con sujetos no nacionales, cuyas relaciones se basan en el Derecho Internacional Público, tampoco podrá invocarse la norma constitucional; existiendo, en nuestra opinión un vacío legal, por lo que habrá de revisarse cada situación concreta para dar una solución específica. Esta última posibilidad se dará también cuando hablemos de empresas del Estado sujetas al derecho privado.

Para los efectos de definir dudas en cuanto a quién debe considerarse empresa extranjera, podemos referirnos a la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena (que, aunque acaba de ser modificada por la Decisión 220 del propio Acuerdo, mantiene aún vigencia en nuestro derecho positivo hasta que se dicte una ley que establezca cosa distinta) que establece que tal

⁷ Mac Lean Ugarteche, Roberto, *Derecho de Comercio Internacional. Nuevas tendencias*. Pág. 45 y siguientes.

calificación será asignada a aquella empresa cuyo capital pertenece a inversionistas nacionales en un número inferior a cincuenta y uno por ciento, o, cuando siendo superior, a juicio del organismo nacional competente, ese porcentaje no se refleja en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

Para finalizar estas reflexiones, nos referimos a una última posibilidad. Cuando la empresa de derecho público actúa con el *ius imperium*, pero infringiendo la Constitución o la Ley, al dictar normas de carácter general (en caso que su ley de creación lo permita) el tercero tiene la posibilidad de comportarse como lo haría ante el Poder Ejecutivo: la acción popular. El artículo 295 del texto constitucional así lo establece cuando en su tercer párrafo dice:

“Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la Ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expidan el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales y demás personas de derecho público”.

En el caso de normas de carácter particular, consideramos que lo procedente será recurrir a la acción contencioso-administrativa, a que se refiere el artículo 250 del texto constitucional.

LA ADQUISICION Y LA TRANSFERENCIA

Estas son materias importantes de ser abordadas, más aún en un país como el nuestro, en el que se viene hablando desde hace cierto tiempo de que el Estado debe transferir algunas empresas. En términos generales, la adquisición de bienes por las empresas del Estado no difiere de cualquier adquisición de bienes en el derecho privado. El primer patrimonio lo aporta el “dueño” de la empresa, esto es el Estado que aporta capital, sea en dinero u obligaciones, en muebles o en inmuebles. Posteriormente, la empresa podrá recibir nuevos aportes de su propietario y también efectuar adquisiciones por sí misma. Así, adquirirá propiedades por accesión, prescripción, enajenación, donación o herencia o por tradición.

El artículo 143 de la Constitución establece lo siguiente:

“La Contratación con fondos públicos de obras y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública.

Hay Concurso Público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto.

La Ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades".

El texto constitucional nuevamente nos remite a la diferencia entre empresa pública y empresas del Estado regidas por el derecho privado; pues, el término fondos públicos nos obliga a ello. En nuestra legislación, manejan fondos públicos las entidades que conforman el Sector Público Nacional, concepto no definido pero sí referido a determinados y específicos organismos: Gobierno Central, Gobiernos Locales, Organismos Autónomos y Empresas de Derecho Público. Serán estas últimas las que deban cumplir con el mandato constitucional, es decir, adquirir mediante licitación pública y enajenar a través de subasta pública. Anualmente, las leyes de Presupuesto del Sector Público Nacional fijan los montos de referencia que obligarían a efectuar licitación, concurso público o adjudicación directa.

Las demás empresas del Estado no están obligadas a cumplir con tal requisito (por lo menos en lo que atañe al mandato constitucional). No obstante, en los últimos años, en nuestro país el legislador ha pensado que es conveniente que todas las empresas del Estado sigan tal procedimiento de adquisición, presumiblemente por razones de control, sacrificando de esta manera la versatilidad que deben tener las empresas bajo la dirección y responsabilidad de sus órganos de gestión.

De otro lado, la Ley 23337, que creó el Fondo de Inversiones y de Contrapartidas del Sector Público Nacional, se refiere a las utilidades de las empresas del Estado como fondos públicos, error que consideramos debe ser rectificado, pues tales utilidades se convertirán en fondos públicos sólo en la medida que se paguen dividendos; es decir, desde el momento en que dejen de ser patrimonio de la empresa para ser patrimonio del accionista o titular de la empresa. Adicionalmente, debemos anotar que la ley citada involucra, incluso, las utilidades de las empresas de propiedad indirecta del Estado; con lo cual habría de llegarse a la conclusión que son fondos públicos las utilidades que obtuviera una empresa de propiedad indirecta del Estado en otra, cuyas características la convierten en una empresa con accionariado del Estado. Evidentemente, a esta última no la podemos incluir en el Sector Público Nacional y, por ende, no deberíamos hablar de fondos públicos.

Aun cuando nuestro derecho positivo no ha definido el término, consideramos oportuno efectuar una breve referencia a las que consideramos características de los fondos públicos, de modo que podamos contar con algunas referencias para su mejor entendimiento.

En primer lugar, será el Estado el titular directo del derecho a obtener tales fondos sin que medie persona alguna para ello. Además, se requiere de autorización expresa para percibir los fondos, debiendo ser obtenidos en función de la previsión del gasto. Los fondos así obtenidos deberán aplicarse a cubrir un gasto previsto. Como características adicionales podemos convenir en reconocer las siguientes: son inembargables; deben ingresar al Tesoro Público; no puede disponerse de ellos si es que no existe mandato de autoridad competentes y, por último, son aplicables para su cobro los procedimientos coactivos.

Tales, creemos, son las características de los denominados fondos públicos, las mismas que hemos encontrado como coincidentes en todas las instituciones que conforman el Sector Público Nacional.

Consideramos importante detenernos un poco en la forma que debe rodear a los aportes del Estado a sus empresas, pues en nuestra normatividad no encontramos claras referencias al respecto.

La forma más clara y común es el aporte aprobado por una ley. Cuando por esta vía legal se crea una empresa, se especifica el aporte del Estado tanto en su cantidad como en su forma. Sin embargo, existen otras formas distintas que, en nuestra opinión, no concuerdan muchas veces.

Así, por ejemplo, el Decreto Ley 18806 estableció que, por Resolución Suprema, podrían efectuarse aportes de bienes fiscales al capital de las empresas del Estado. En otras ocasiones, el Poder Ejecutivo ha decidido efectuar tales aportes a través de Decretos Supremos, extraordinarios o de emergencia, al amparo de la facultad Presidencial de dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera, cuando así lo requiera el interés nacional. (Artículo 211, inciso 20 de la Constitución) interviniendo de esta manera en la actividad económica con medidas transitorias (artículo 132 de la Constitución). Algunas veces, tales aportes no han sido otra cosa que la capitalización de tributos, a modo de capitalización de obligaciones, medida que aparentemente fortalece la situación patrimonial de las empresas; pero que, en realidad, nos parece sólo ayuda a presentar estados financieros sancionados con el fin de conseguir mayores créditos.

Vistas así las cosas, observamos cómo no existe un mecanismo único y permanente para efectuar aportes (no solo terminar de cubrir el capital social, sino efectuar nuevos aportes), lo que debiera llamar a reflexión al legislador para prescribir un único régimen, útil y versátil, pues, no debe perderse la perspectiva de que se trata de empresas.

Existe una forma más para que el Estado efectúe aportes a sus empresas, la nacionalización. La Constitución de 1933 la enunciaba de manera directa en su artículo 38 que establecía:

“El Estado puede, mediante una ley, tomar a su cargo o nacionalizar los transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización y de conformidad con las leyes existentes”.

Nuestra vigente Constitución no hace ya referencia a esta forma de adquirir bienes (extraordinaria por cierto) refiriéndose, en cambio, al recurso de la expropiación prevista en el artículo 125 de la Carta que, por sus propias características, difiere del concepto bajo comentario.

En cuanto a la transferencia del patrimonio de las empresas del Estado, existen dos universos distintos a los que habremos de referirnos: la transferencia de bienes y la transferencia de acciones.

Nuevamente, siguiendo el texto constitucional, deberán seguir el procedimiento de la subasta pública las empresas de derecho público. Sólo a ellas se refiere el artículo 143 de la Carta. La Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República No. 14816, que data del año 1964, establece, en su artículo 115, que los bienes como equipos y máquinas para construcciones, para labores agrícolas u otras, vehículos motorizados, y los bienes de consumo duradero, cuyo valor unitario excediera de los montos que señalase la Ley Anual del Presupuesto, sólo podrán ser enajenados en pública subasta por la Dirección de Bienes Nacionales, con la intervención de la Contraloría General de la República. Posteriormente, la Ley 16360, en su artículo 49, dispuso que la enajenación de bienes fiscales a que se refiere el artículo 115 de la Ley 14816, sólo podría efectuarse en subasta pública, con intervención de martillero y a viva voz o ante el Juez de Paz de la localidad en los lugares donde no existieran martilleros públicos. Por Decreto Supremo No. 025-78-VC, de 11 de Mayo de 1978, se aprobó el Reglamento de Administración de la Propiedad Fiscal, estableciendo, en el capítulo VI, la venta en pública subasta del patrimonio mobiliario, semovientes y otros.

Estas citas legales que glósamos nos indican que tal procedimiento de subasta pública es seguido en el país desde hace varios años y que la Constitución vigente ha elevado tal obligación a norma constitucional. No debe, en este caso, llamarnos a confusión la denominación en el artículo 143: "Licitación Pública"; pues, consideramos que se hace referencia (aunque con otro nombre) al procedimiento de efectuar ventas públicas, con pluralidad de concurrentes y de acuerdo con determinadas bases preestablecidas, al que comúnmente hemos denominado subasta.

Las demás empresas del Estado, regidas por el derecho privado, no tendrán tal obligación; pues, escapan del ámbito del artículo constitucional, razón por la cual sólo se sujetarán a las normas comunes para la enajenación de bienes, es decir, el simple acuerdo de voluntades con el adquiriente. Erróneamente, se ha pretendido otorgar autorizaciones a estas empresas para que puedan enajenar determinado tipo de bienes; pero sólo se ha redundado en una posibilidad ya legislada (aunque de modo indirecto).

En buena cuenta, cuando se trata de una sociedad anónima del Estado, regida por el derecho privado, la empresa habrá de comportarse como lo haría cualquier comerciante para enajenar sus bienes, quedando a criterio de los órganos de gestión decidir la conveniencia de la enajenación.

Por último, es importante referirnos a la transferencia de acciones, es decir, la pérdida de la exclusividad del Estado como propietario de las acciones de una empresa. Para entender mejor este punto, nos referiremos previamente a las empresas de derecho público, las que pueden tener o no su capital representado en acciones. Por definición, esta forma empresarial es de propiedad directa del Estado; y, por lógica consecuencia, en una empresa de este tipo no cabe la posibilidad de otros propietarios distintos al Estado y ni siquiera la participación de otras empresas del Estado. Si esto sucediera, la empresa dejaría de ser de derecho público, pues recordemos que el Estado las crea con un especial atributo: el *ius imperium*, rasgo que en nuestra opinión no debe ser nunca otorgado a entidad distinta al Estado o a los organismos especiales creados por éste, caso de las empresas a que nos estamos refiriendo.

No cabe, por consiguiente, hablar de la transferencia de acciones de las empresas de derecho público o de la transferencia de propiedad de las mismas. La exposición de motivos de un proyecto de ley vinculado a la materia, que estamos comentando, presentado al Consejo de la República

por los Senadores de Acción Popular y del Partido Popular Cristiano, en 1982, dice lo siguiente:

"4. De las cuatro formas de participación establecidas, las Empresas de Derecho Público, por sus características, deben ser de propiedad directa y exclusiva del Estado. El proyecto de Ley determina que estas empresas se crean y disuelvan por ley, impidiendo además su transferencia"⁸.

En consecuencia, sólo cabe referirnos a las formas empresariales en que el Estado se comporta como un accionista cualquiera, sujetos tanto él como la empresa al derecho privado común. En nuestro país nos tendremos que referir a las empresas estatales de derecho privado, a las empresas de economía mixta y a las empresas con accionariado del Estado.

De acuerdo con las definiciones que nos da nuestra legislación y los elementos a que nos hemos estado refiriendo en este trabajo, la propiedad de una empresa que se rige por la ley común puede ser exclusiva del Estado o compartida con otros inversionistas privados. A su vez, puede ser resultado de una intervención directa del Estado o a través de sus empresas. Cuando la legislación califica a determinada forma como de exclusiva participación estatal, en atención a razones de orden económico, político, social o cualquier otra, será imposible que en esa empresa puedan participar inversionistas privados, pues la exclusividad se perdería. Pero, si no fuera esa la intención bastará con eliminar tal exclusividad, permitiéndose en adelante la participación de los privados, sea con nuevos aportes y la consecuente emisión de nuevas acciones, o con la transferencia de las acciones emitidas ya por la empresa.

En nuestra opinión, este es el modo más aconsejable de transferir la propiedad de las empresas del Estado organizadas como sociedad anónima, utilizando justamente uno de los rasgos más característicos de la organización adoptada. Si el Estado ha decidido adoptar la forma societaria, por considerar que ésta es la idónea para los fines que persigue, no vemos razón para que deje de lado esta otra característica inherente a la organización mercantil. Sin embargo, será menester revisar la legislación aplicable a cada caso; pues, por mandato de leyes aún vigentes, se prohíbe o limita la transferencia de acciones de algunas empresas.

⁸ Proyecto de Ley sobre Actividad Empresarial del Estado. Dictamen en mayoría Senadores AP y PPC. Proyecto No. 757-G/81-S, de 4 de Noviembre de 1982. Versión Final.

"La cualidad instrumental de la acción ha servido de modo decisivo para la transmisión de los derechos en ella incorporados que constituyen la serie de complejas relaciones integrativas de la condición de socio, lo que no ocurre con otra clase de sociedades, en las que la posición de socio no resulta negociable o transmisible con facilidad. La circulabilidad del título es de la naturaleza de éste, como ocurre en general con los títulos-valores, que, por ostentar precisamente esta nota característica, han sido denominados por algunos tratadistas como Wininzki, "Títulos Circulatorios".⁹

La transferencia de las acciones podrá ser efectuada, en nuestra opinión, de tres maneras: a través de la Bolsa de Valores, a través de subasta, o directamente. En cada caso podrán establecerse valorizaciones base que permitan la negociación de los títulos, así como las condiciones de las transferencias.

Podría suceder, sin embargo, que las acciones no pudieran ser vendidas en todo o en parte por el Estado; lo cual supone amplias facultades de negociación y de toma de decisiones para el órgano encargado de tales transferencias para poder, dado el caso, retirar el aporte que representen las acciones que aún se poseen, con la subsecuente reducción de capital. Lo principal, en estos casos, será mantener la unidad de la empresa y su funcionamiento; pues, el impacto social de su desaparición podría ser grande. No obstante, entendemos que pueden existir empresas que no interesen a los inversionistas privados por su difícil y deficitaria situación económica. En estos casos, podría tratarse de enajenar las acciones de estas empresas en negociaciones directas. Si aún a pesar de ello se fracasara en el intento, en nuestra opinión, podría pensarse en la enajenación de su patrimonio, para lo cual debería seguirse el camino de la liquidación y disolución de las sociedades anónimas.

Se ha llegado a proponer que la empresa enajene su patrimonio y que de esta manera opere la transferencia. Consideramos errónea esta alternativa; pues, el Estado en estas sociedades es dueño de acciones y no de patrimonio en sí. La venta de sus activos significará que tal bien deja de pertenecer a la empresa para pertenecer al tercero adquirente, mecanismo que nos puede llevar a la descapitalización de la sociedad.

9 Montoya Manfredi, Ulises. Comentario a la Ley de Sociedades Mercantiles. Pág. 216.

pero no a su transferencia. Si ésta es la intención, más sensato será liquidar la sociedad.

Queda latente una pregunta, ¿qué pasa si la propiedad es indirecta? Creemos que será exactamente lo mismo, pues el mecanismo de transmisión de acciones que prevé la legislación mercantil se refiere a los mecanismos y caracteres de la misma, sin importar la persona del enajenante.

Como nota final, señalaremos que el caso de las empresas financieras debe ser atendido de modo distinto; pues, la adquisición o transferencia de acciones de empresas por estos organismos son parte habitual de las operaciones que les son propias.

Sólo resta que el amigo lector, al concluir estas líneas, sepa que hemos tratado de compartir unas reflexiones y algunas opiniones sobre un tema en debate y permanente desarrollo.