

La actividad empresarial del Estado y la compra-venta de empresas de su propiedad

Marco Rodríguez-Farge Ricetti

1. PRELIMINARES

ULTIMAMENTE, VENIMOS ESCUCHANDO los discursos de nuestros gobernantes y la información y comentarios recogidos en los diversos medios de comunicación acerca de la necesidad de que el Estado disminuya su intervención en la actividad empresarial. Entre las razones que llevarían a dicha inhibición del Estado en la actividad empresarial, entiendo que las principales son (aparte las que se derivan de una ideología o doctrina política concreta del Gobierno), en primer lugar, lo ajeno de la actividad empresarial a las actividades que tradicionalmente ha asumido el Estado.

Históricamente, la intervención del Estado en materia económica (excluida de la actividad recaudadora de dinero para el Tesoro) se comienza a manifestar con medidas de fomento. Posteriormente, y tras la entrada en crisis de la ideología del liberalismo absoluto (o paralelamente a ésta), se acrecienta la intervención del Estado. Aparece una Administración prestadora de servicios; al contrario de la etapa del *Estado abstencionista* ocurre que la Administración se convierte en titular de una actividad fundamentalmente consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados. Poco a poco el Estado va interviniendo en actividades que anteriormente eran dejadas a los particulares.

El grado más alto de este intervencionismo se comienza a dar sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el Estado actúa como

empresario. La actividad del Estado ya no está guiada sólo por los fines de *servicio público e interés social*, pues el fin de lucro ha dejado de ser ajeno a su actuación. Hoy en día, se exige que las empresas del Estado sean bien gestionadas y no sean deficitarias. Las empresas del Estado, interesan a todos, y deben ser rentables. La actuación de la Administración actual puede estar motivada, pues, por razón de prestar un servicio público o de realizar una obra pública, o, con la finalidad de ingresar dinero a las arcas por la vía de su concurrencia al mercado (1).

A lo anteriormente dicho habría que agregar, en el caso concreto de nuestro país, el fenómeno de las *nacionalizaciones* como una vía más de la intervención del Estado en la actividad empresarial.

Algunos autores y políticos modernos abogan por un regreso al *Estado abstencionista*. Uno de sus argumentos principales es que las razones que en un momento histórico determinado provocaron el intervencionismo del Estado en la economía ya no existen, o, al menos, no con la misma intensidad. Fue, dicen, una etapa de crisis que ya ha sido superada, y, que, por tanto, ha quedado sin justificación la permanencia de la Administración en una actividad que tradicionalmente le ha sido ajena.

Otra razón en favor de la disminución de la actividad de la Administración como empresario, en este caso expresamente mencionada en algún discurso por el Presidente Alan GARCIA (pero sobre todo por la oposición liberal), y, menos ideológica que la anterior, es la poca idoneidad de aquélla para desempeñarse como empresario en ciertos sectores de producción o para ciertos negocios. Así, por ejemplo, se pregunta, ¿Qué hace el Estado pescando? o, ¿Qué hace envasando alimentos? No entro en consideraciones sobre la conveniencia o no, en un determinado momento, de la intervención del Estado en las actividades. Sólo quiero, a manera de acotación, decir que el Perú ha sido históricamente un país sin capitalismo, que sólo modernamente se ha manifestado un *capitalismo privado*. A la escasa capitalización privada ha debido suplirla el Estado capitalista; como dice Garrido Falla: "La Administración como titular de una actividad consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados" (2).

(1) Para el constituyente, la razón por la cual la Administración ejerce la actividad empresarial se halla en la necesidad de "... promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo" (Constitución, artículo 113).

(2) Manuel GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III; Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Reimpresión de la Quinta Edición, 1974, Madrid, 1977, pp. 333.

Otra de las razones que se ha argüido para proponer la privatización de empresas del Estado es que éste sigue perdiendo dinero. Esta razón debe haber pesado mucho si se toma en cuenta el fuerte déficit del presupuesto del Estado (3).

En síntesis, podemos decir que la administración interviene en la actividad empresarial por dos motivos fundamentalmente: a) en algunos casos es interés público (interés nacional cuando es frente a lo extranjero), y, b) en otros, se trata simplemente de obtener ingresos para el fisco (4).

2. COMPRA-VENTA DE EMPRESAS

Para disminuir la actividad empresarial del Estado se ha tomado la decisión de vender algunas de sus empresas. Nuestro Derecho no contenía normas sobre compra-venta de empresas del Estado, y, actualmente, tampoco existen normas generales que contemplen la venta de una empresa, cualquiera que fuere su titular. En la nueva *Ley de Actividad Empresarial del Estado*, Ley 24948 ("El Peruano", 4 de diciembre de 1988), a diferencia de su antecesor, el Decreto Legislativo 216, que para nada se refería al asunto, se regula la transferencia de las empresas del Estado de "Nivel Nacional", en sus artículos 21 al 26 inclusive, y para las empresas de ámbito regional (5) (6) se dicta el artículo 78. Si bien es de felicitar la iniciativa del legislador al colmar tal laguna legal, la Ley sigue siendo

(3) La *Ley de Actividad Empresarial del Estado* = L.A.E.E., del 4 de diciembre de 1988, nos dice que las empresas del Estado aseguran su rentabilidad económica y no son sujetos de transferencia por déficit atribuible a la gestión empresarial. (Art. 62, b).

(4) *Vid.* el libro de GARRIDO FALLA (*ob. cit.*, pp. 340), quien señala que "la aparición de estas empresas se debe a razones que le prestan un fundamento múltiple: en primer lugar, por la necesidad de suplir las inversiones privadas en países de escasa capitalización; en segundo lugar, como consecuencia de la extensión cada vez más considerable de las concepciones políticas socialistas; finalmente, por una combinación de motivaciones políticas y prácticas". (Son los motivos que resume Garrido del libro *Public Enterprise, A study of its Organization and management in various countries*, de W. FRIEDMANN, editado en Bruselas, en 1955, por A. H. HANSON).

(5) "Son empresas del Estado regionales aquéllas que constituyan los Gobiernos Regionales al amparo de la Ley de Bases de la Regionalización y las que se adscriban en aplicación de la Segunda disposición complementaria y transitoria de la misma Ley, así como la banca de fomento regional". (Art. 70, L.A.E.E.)

(6) Para una clasificación de las empresas según la administración a la que pertenezcan: estatales, regionales y municipales. Estas últimas son creadas para la prestación de servicios municipales en su ámbito provincial o distrital correspondiente; su creación compete al Concejo Municipal y pueden adoptar cualesquiera de las formas establecidas en la L.A.E.E. (Arts. 36, 6 y 58 de la *Ley Orgánica de Municipalidades*). También en la mira de la corriente privatizadora, se rigen por la L.A.E.E. y su reglamento, en lo que les sea aplicable (*Vid.* Art. 84 de la L.A.E.E.).

insuficiente. Máxime si tenemos en cuenta que la reforma fue motivada por la confusión y desorden que causa una normativa dispersa en distintos textos legales y reglamentarios (incluidas las leyes anuales del presupuesto), habiendo sido la intención del legislador ordenar y unificar, al menos en parte, las normas relativas a la actividad empresarial del Estado.

Más recientemente, con fecha 2 de abril de 1990, se promulga el Reglamento de la *Ley de la Actividad Empresarial del Estado*, el cual, si bien es cierto desarrolla en algunos artículos la Ley, en otros, y en lo que respecta la creación, transferencia y disolución de empresas del Estado, simplemente se limita a repetir lo que dice aquélla (7).

No es lo mismo compra-venta de empresa que compra-venta de acciones de una empresa. No se trata de una distinción puramente formal, por el contrario, la distinción se manifiesta en el régimen jurídico aplicable y en los efectos que de uno y otro negocio derivan.

En cuanto al régimen aplicable, la adquisición de acciones de una sociedad anónima se regirá por la norma mercantil que regula su tráfico jurídico, sea la *Ley General de Sociedades* o, en su caso, la *Ley Normativa del Mercado Bursátil*, promulgada por Decreto Legislativo No. 211, de 12 de junio de 1981, (sobre transmisión de acciones su régimen general está contenido en los artículos 115 y siguientes de la Ley General de Sociedades). Cuando se trate de compra-venta de una empresa (cualquiera que sea su forma, pues es indiferente para el caso), el régimen jurídico aplicable dependerá de cada objeto de la empresa que se transmita. Así, el local de la empresa bajo arriendo, estando arrendado, requerirá un contrato de traspaso o subarriendo; la propiedad industrial, patentes, modelos industriales, marcas, requerirán de la aplicación de las normas mercantiles o industriales específicas para la transmisión de los derechos sobre ellos. En los ordenamientos jurídicos de otros países, la transmisión de mercadería en existencia requerirá la aplicación de las normas específicas del contrato de compra-venta mercantil, con las peculiaridades que

(7) Decreto Supremo 027-90-MIPRE, publicado en "El Peruano", del 3 de abril de 1990. Regula el tema en su título VII. La mayor novedad consiste en señalar las atribuciones de los órganos que conforman el Sistema de la Actividad Empresarial del Estado en los actos de creación, transformación y disolución de las empresas del Estado. La iniciativa corresponde a CONADE y a CONAFI, según se trate de empresas no financieras o financieras, que proponen tales actos al Ministerio de la Presidencia o al Ministerio de Economía, respectivamente, para su posterior elevación al Consejo de Ministros.

en materia de riesgos tiene este contrato frente a la compra-venta civil. Lo mismo ocurría en el país antes de la promulgación del Código Civil de 1981, cuando el Código de Comercio, en su artículo 320, señalaba las especificidades de la compra-venta mercantil. Actualmente, el Código Civil establece, en su artículo 2112, que los contratos de compra-venta de naturaleza mercantil "*se rigen por las disposiciones del presente Código*", no existiendo diferencia, desde el punto de vista legal, entre la compra-venta civil y la mercantil (8).

Otro tanto ocurrirá con lo que se llama "relaciones de hecho" de la empresa, esto es, la clientela y las expectativas (podríamos incluir otros elementos. Por citar un ejemplo, hace aproximadamente un año se criticó a las autoridades competentes argentinas por no haber considerado en la tasación de las acciones para su venta de Aerolíneas Argentinas las rutas de vuelo como elemento económicamente valorable). Estos elementos forman parte de la empresa como conjunto heterogéneo que es, y cuya unidad viene dada por la organización de dichos medios para la producción de bienes o servicios y, en última instancia, con el fin de obtener una ganancia. En la transmisión de las mencionadas relaciones de hecho de la empresa (siguiendo al maestro de Derecho mercantil GARRIGUES) se transmiten obligaciones como la de entregar listas de clientes, dar información sobre publicidad de la empresa, sobre conocimientos de mercado, la obligación de no concurrir, etc. Esta última obligación de no hacer es básica de cara a las expectativas del negocio, ya que, quienes transmiten la empresa están en posesión de conocimientos de tal negocio y, también, del mercado, y probablemente tendrán un nombre conocido en éste, lo cual les sitúa en una posición privilegiada sobre el negocio. De allí la obligación de no hacer competencia. En el precio de la empresa se incluye el valor de todos aquellos elementos que la componen.

Otra obligación importante, efecto de la compra-venta de empresas, es la de saneamiento por evicción y por vicios ocultos, a los que se deberán aplicar las normas del Código Civil sobre la materia.

Cuando se transmiten acciones de una sociedad anónima se produce un cambio en la titularidad de las mismas que produce, a su vez, la condición de socio en el adquirente. El Estado único titular de acciones en el

(8) Téngase en cuenta para la distribución del riesgo la concepción del contrato de compra-venta en el artículo 1529 del C.C. (Vid. *Derecho Comercial*, de Ulises MONTROYA MANFREDI; Tomo 2, Cultural Cuzco S.A., Octava Edición, Lima, 1988, pp. 62.

caso de las empresas estatales de Derecho Privado y socio en las empresas de economía mixta y en las empresas de accionariado del Estado (9) (10), ciertamente podrá privatizar sus títulos en dichas empresas con la venta de las acciones; dejando que sean éstas las que, con su valor o cotización, reflejen el valor de la empresa.

¿*Quid* de la compra-venta de las empresas del Estado? La venta de una empresa del Estado con régimen de Derecho Público requerirá la promulgación de una ley. Dicha ley deberá contener las condiciones básicas de la venta, el procedimiento para seleccionar al comprador, el procedimiento para calcular el precio base, y otras previsiones necesarias para la salvaguarda del patrimonio del Estado. Las características especiales de las empresas del Derecho Público, sobre todo, el tener personalidad jurídica de Derecho Público y el haber sido creadas en base a una ley, hacen que su venta tenga también características especiales.

En realidad, todas las empresas del Estado, sean de Derecho Público o de Derecho Privado, han sido creadas o constituidas por ley, incluso aquéllas que fueron expropiadas o nacionalizadas lo han sido por medio de leyes. Por tanto, necesitarán de una norma legal de rango por lo menos igual a aquélla de la que deriven como empresas del Estado para poder ser transferidas a privados (11).

En el caso de las empresas con accionariado del Estado éste participa como un particular, es decir, en igualdad de condiciones que los otros socios. Por tanto, bastará con la puesta en venta de sus acciones. Esta venta podría hacerse por distintas vías, directamente, dando opción

(9) Las empresas de "accionariado del Estado", en las cuales la participación de éste es minoritaria, no califica a la empresa como "empresa del Estado". Estas empresas no están sometidas a la *Ley de Actividad Empresarial del Estado*. En cualquier caso, la inversión estatal en ellas está sujeta a la autorización y evaluación de CONADE (Artículo 9, L.A.E.E.)

(10) En la anterior *Ley de Actividad Empresarial del Estado*, Decreto Legislativo No. 216, en su artículo 25 decía que el capital de las empresas de Derecho Público está representado por Títulos emitidos por la respectiva empresa a nombre del Estado. En la Ley vigente no se ha reproducido tal norma, guardando silencio al respecto.

(11) Para la transferencia de una empresa del Estado se requiere de una norma legal cuyo rango dependerá de la forma de la empresa. Será necesaria la promulgación de una ley expresa para la venta de una empresa de Derecho Público. Para la enajenación de empresas de Derecho Privado o empresas de economía mixta se requiere de autorización por Decreto Supremo, salvo lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 22 de la L.A.E.E., que exige ley expresa cuando concurren ciertas condiciones: que el valor total comercial de la empresa supere el 0.05 por ciento del producto bruto interno del año anterior, que sean rentables y dominen más del 20 por ciento del mercado. (Vid. también el artículo 82 del Reglamento de la L.A.E.E., concordante, que en su letra c) agrega al requisito último acabado de mencionar que, además de dominar más del 20 por ciento del mercado, el bien o servicio que produzca "constituya el 70 por ciento de su producción o actividad").

de compra a los trabajadores de la empresa (12), o dando opción a los demás accionistas; podría venderse estableciendo su cotización en el mercado de valores; cabe también la posibilidad de someter su venta a subasta. Ciertamente, la venta de estas acciones también requerirá la autorización legal respectiva (13).

En las empresas de economía mixta, o sea, aquéllas en que el Estado es accionista mayoritario o, aun no siéndolo, su voluntad es determinante (con un accionariado mínimo del 20 por ciento), habrá que tener en cuenta, en el supuesto último, sobre todo, al valorar el patrimonio del Estado en la empresa, aquella voluntad como elemento integrante del mismo, susceptible, por tanto, de ser valorada (14).

Por último, las empresas del Estado de Derecho Privado; ficción de sociedad anónima que no es ni anónima (en realidad, anónima no lo es ninguna, al contrario, sus nombres son muy conocidos y tienen valor en el mercado), ni sociedad, pues el capital es enteramente del Estado. Su venta podrá llevarse a cabo a través de un *concurso-subasta* o simplemente al *mejor postor* (subasta). En algunos casos, por el volumen económico de la empresa, o por la importancia del sector, o por los servicios que presta, su venta seguramente deberá negociarse al más alto nivel. Así ocurrió hace poco en España, la venta al sector privado de algunas empresas del conglomerado (*holding*) RUMASA, que acababa de ser expropiado. Por la magnitud económica de algunas de las mencionadas empresas, hubo de intervenir el Presidente Felipe GONZALEZ en las negociaciones para la venta (concretamente, intervino en la venta de la cadena de almacenes "Galerías Preciados" a su amigo, el venezolano Cisneros).

En algunos casos existirá la necesidad de realizar dos contratos distintos, de naturaleza distinta, uno de compra-venta y otro de concesión; pues, se tratará de supuestos en los que se está en una empresa del Estado que explota una actividad cuya titularidad está reservada al Estado.

(12) El Art. 25 de la *Ley de Actividad Empresarial del Estado* nos dice que para el caso de transferencia de una empresa del Estado se tenderá al accionariado difundido y que en igualdad de condiciones los trabajadores tienen derecho preferente.

(13) Art. 26 de la L.A.E.E.: "La transferencia de acciones de propiedad directa o indirecta del Estado, en empresas de accionariado del Estado se autoriza por Resolución del Ministro de la Presidencia".

(14) A diferencia del Decreto Legislativo No. 216 anterior, en la Ley actual no se prevé esta característica en la empresa de economía mixta, siendo necesario para el control de las decisiones de gobierno de la sociedad que el Estado sea accionista mayoritario (Art. 8 L.A.E.E.)

En las empresas del Estado de Derecho Privado también cabe pensar en la transmisión a través de la puesta en venta de sus acciones; especialmente, si se quiere dispersar el capital social. Su cotización en bolsa puede ser el camino más práctico aunque, a veces, en este medio ocurre precisamente lo contrario: *se concentra el capital*.

3. *LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LAS EMPRESAS QUE SE TRANSMITEN*

Para el caso del personal de una empresa del Estado con *status* de funcionario (caso no común) (15), la relación jurídica que liga a dicho personal con las empresas del Estado habrá de ser transformada en un contrato de trabajo laboral (de régimen de Derecho Laboral). Ello, claro está, si lo que se pretende es mantener a dicho personal en la empresa. De lo contrario habrán de ser removidos.

En cuanto se refiere a los contratos de trabajo, nuestro Derecho positivo se halla básicamente fundamentado en el artículo 48 de la Constitución que proclama el derecho a la estabilidad laboral. La Ley No. 24514 lleva como encabezamiento *Ley que regula el Derecho de Estabilidad en el Trabajo*, y su artículo 11 señala que la "presente ley regula el derecho de estabilidad en el trabajo, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución".

En la legislación española, el *Estatuto de los Trabajadores*, norma básica del Derecho laboral español, promulgado en 1980, con varias modificaciones posteriores, no derogó el Artículo 79 de la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, según el cual, "no terminará el contrato de trabajo por cesión, traspaso o venta de la industria, a no ser que en aquel contrato se hubiera pactado expresamente lo contrario". De manera que con la transmisión de una empresa o industria, se entienden transmitidos los contratos de trabajo en las mismas condiciones pactadas con el anterior propietario o empleador, salvo pacto en contrario.

Nuestro Derecho, en tema de novación subjetiva de contrato de trabajo, tiene como norma básica el artículo 48 de la Constitución, que dice "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El traba-

(15) Los trabajadores de las empresas del Estado, según el artículo 53 de la L.A.E.E., sean éstas de Derecho Público o Privado, se rigen por el régimen común de la actividad privada y están sometidos a la autoridad administrativa de trabajo y al fuero laboral.

jador sólo puede ser despedido por justa causa, señalada en la Ley y debidamente comprobada". La *Ley de estabilidad laboral*, No. 24514, que derogó el Decreto Ley No. 22126, y que fue promulgada el 4 de junio de 1986, nos dice que "los trabajadores a que se refiere el artículo 2 (aquellos que estén sujetos al régimen laboral y que laboren 4 o más horas diarias para un sólo empleador) sólo podrán ser despedidos por justa causa señalada en la presente Ley y debidamente comprobada" (Artículo 3 de la Ley).

El artículo 4o. de la misma Ley nos dice cuáles son las causas justas de despido. En la letra b) se refiere a "las situaciones excepcionales de la empresa, fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor". Estas causas se hallan desarrolladas en los artículos 16 a 24, inclusive, de la misma *Ley de Estabilidad Laboral*. En el artículo 16 leemos que el empleador podrá solicitar, cuando concurra la causa económica, técnica, caso fortuito o fuerza mayor, la reducción de personal (Artículo 16, letra b). (16)

En el supuesto de cambio de propietario por transmisión de una empresa del Estado a privados, se han de respetar los contratos de trabajo; por principio proclamado en la Constitución. Pero no deberá llamarnos la atención que dentro de algún tiempo (17), ahora que comienzan las negociaciones para vender las empresas, se diga que las pérdidas de una empresa del Estado que se quiere vender (y probablemente sea ésta la causa que haya decidido su venta), se deben a un exceso de personal, y que el particular, para hacerse con la empresa, pretenda reducir dicho personal; pues, nadie compra pensando que va a perder.

Y no debería llamarnos la atención, pues los derechos de los trabajadores no se verán infringidos si se les indemniza por los años de servicio, y, además, por la resolución de sus contratos debido a causas ajenas a ellos. En todo caso habrán de ser escuchados los trabajadores y sus organizaciones sindicales como partes en la negociación (18), por cuanto se

(16) La *Ley de Presupuesto del Sector Público* para 1990 señala en su artículo 190 que, si como resultado de la evaluación de la gestión de las empresas del Estado, se estableciese la existencia de exceso de personal, se procederá a su reubicación dentro del ámbito de la Autoridad Empresarial del Estado, o a su acogimiento a programas de incentivos para el retiro voluntario de personal.

(17) El Gobierno ha comenzado la privatización transfiriendo sus acciones en tres empresas: COMPASA, EMCOHOL y PROLACSUR, a los trabajadores.

(18) No se olvide, además, que los trabajadores gozan del derecho de opción de compra, pudiendo adoptar la modalidad de empresa autogestionaria. (Vid. el artículo 25 de la L.A.E.E.)

estará negociando sobre un derecho fundamental de ellos, cual es el derecho de trabajo (el Capítulo V de la Constitución, dedicado al trabajo íntegramente, se halla ubicado dentro del Título I; de los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, que gozan de una protección especial); y, porque, además, el "Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa" (Artículo 56, párrafo primero de la Constitución).

Esta reducción de personal se puede conseguir a través de distintas fórmulas que no son nuevas en Perú; recuérdese, por ejemplo, la invitación que se hizo a los trabajadores de PETROPERU en 1986 para que dejaran la empresa a cambio de unas compensaciones económicas y condiciones de retiro favorable. Fueron trescientos los trabajadores que se adhirieron a esa fórmula.

El Perú y otros países latinoamericanos se suman así a toda una corriente de privatización de empresas estatales que desde hace algunos años se está dando en varios países como Reino Unido, Italia, España, por citar ejemplos. Pero, estos países están regresando de un Estado muy *intervencionista* en materia económica a un Estado, no digamos *abstencionista*, pero sí mucho menos *protagonista* económico. Me pregunto, ¿es ése el caso de nuestro país?

Lima, 13 de mayo de 1990