

La Sociedad de Economía Mixta en el Derecho Comparado y la necesidad de su regulación en el Perú

Por LUCRECIA MAISCH VON HUMBOLDT

Profesora Auxiliar Investigadora

Resumen: Estudio sobre la doctrina y la moderna legislación comparada sobre las Sociedades de Economía Mixta, en el que se analizan las notas constitutivas de la institución, su naturaleza jurídica, las actividades que justifican su existencia, la proporción y clase del aporte estatal, el importante problema del derecho de veto del Estado, su fundamentación jurídica, la calidad y responsabilidad de los representantes del Estado, y la tesis dominante en la doctrina que sostiene que estas sociedades no pueden ser declaradas en quiebra.

Se analizan las razones fundamentales que tornan necesaria la colaboración del Estado y los particulares: tanto de orden económico-social como en el ámbito jurídico, la tendencia actual de aminorar la tradicional división entre derecho público y privado; igualmente se pronuncia por la urgente necesidad de una legislación integral y ad-hoc sobre sociedades de economía mixta.

1. TERMINOLOGIA.

Son varias las denominaciones que se han propuesto para calificar a este tipo societario; Girón Tena (1) rechaza por muy amplias la de "Empresas semi-públicas", dado que el carácter semipúblico puede deberse a múltiples razones que no quedarán suficientemente puntualizadas; igualmente critica "Sociétés mixtes", pues no indica claramente cuales son los elementos que configuran su carácter mixto.

Solá Cañizares anota que entre las expresiones utilizadas la de "semipública" sería la más adecuada, pero que no ha tenido éxito como muchas otras, entre ellas la de los autores italianos:

(1) Girón Tena José: "Las Sociedades de Economía Mixta". Pág. 25. Madrid 1942.

“Imprese private in mano publica, o imprese publice in forma privata”. (2)

En Italia se usan también las expresiones “sociedades de Economía Mixta” y “Sociedades Anónimas Mixtas”.

En España se utiliza la denominación “Empresas económicas de carácter mixto”; Calvo Sotelo usa la expresión “Economía Mixta”. (3)

Todas las denominaciones actuales se han originado en la concepción del Dr. Freund, Ministro del Interior de Prusia, quien por primera vez usó la expresión: “Gemischt Wirtschaftliche Unternehmung” cuya traducción literal es Empresas de Economía Mixta. Se señala con las palabras “economía” y “mixta” la conjunción de aportaciones pública y privadas. Posteriormente se cambió la expresión “empresa” por la de “sociedad”, dada la utilización de esta figura de derecho privado. (4) Posteriormente, Pasow modifica en algo la definición de Freud, utilizando la expresión: “Gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen”, cuya traducción más aproximada sería “Empresas mixtas con participación pública y privada”.

La doctrina francesa ha adoptado la denominación “Sociedades de Economía Mixta”, la misma que puede considerarse como consagrada e institucionalizada por la doctrina mundial; basta al respecto citar algunos nombres de tratadistas famosos como: Brunetti, Pasow, Freund, Solá Cañizares, Rippert, Messineo, Bielsa, Greca, Girón Tena, Ghioldi, Marienhoff, etc. Legislativamente, esta expresión está plasmada en las leyes de Italia, Francia, Alemania, (Constitución de Weimar) Argentina, Brasil, Ecuador, Cuba y El Salvador.

Todo esto nos lleva a considerar que las denominaciones que hasta el presente se han utilizado en el Perú: “Sociedades Mixtas” de la ley N° 13836, la de “Empresas Mixtas Mineras” de la nueva Ley General de Minería y la terminología irreflexivamente aprobada por el D.L. 18748 (que oficializa las definiciones usadas en la Administración Pública) de “Empresa Estatal Asociada” para referirse a las Sociedades de Economía Mixta y la de “Empresas Mixtas” para denominar a las sociedades con participación de capital extranjero, que, aparte de ser po-

(2) Solá Cañizares: “Tratado de Derecho Comercial Comparado”. Tomo III. Pág. 510. Barcelona 1963.

(3) Citado por Girón Tena José: Opus citada. Pág. 26.

(4) Citado por Girón Tena José: Opus citada. Pág. 26.

co técnicas y no configurativas de la institución, se prestan a confusiones. En la actualidad, en nuestro ordenamiento legal vigente, tenemos que las "Empresas Mixtas Mineras" ("mixtas" en el sentido de aunar la participación estatal y privada) y las "Empresas Mixtas" definidas en D.L. 18748 ("mixtas" en el sentido de participación de capital nacional y extranjero), usan la misma palabra "mixta" para designar situaciones completamente distintas.

Todo esto nos lleva a una meditación y a realizar un análisis crítico evaluativo de nuestra técnica legislativa, a fin de mejorarla. Las leyes deben estar fundamentadas en un estudio serio de la doctrina mundial, en un análisis del movimiento legislativo de países de gran adelanto jurídico, y en la indispensable confrontación con el derecho y la legislación comparada.

Para formular leyes y configurar a cabalidad instituciones jurídicas, es indispensable la investigación científica previa, comenzando por la denominación que les acuerde la doctrina y la legislación universal.

En conclusión, en nuestra opinión, en el Perú al legislarse sobre sociedades de Economía Mixta, no se deberá ignorar ni esa denominación ya consagrada e institucionalizada, ni tampoco las notas configurativas y esenciales que determinan su naturaleza jurídica.

2. BREVE RESEÑA DE SU EVOLUCION.

Las Sociedades de Economía Mixta, escribe Marienhoff, "si bien desprovistas de las características orgánicas que actualmente poseen, tienen remotos antecedentes en cuanto éstas traducen la acción conjunta del Estado y del administrado en una empresa común". (5)

Greca estima que estas sociedades tienen su antecedente en las grandes compañías de navegación y colonización de la edad moderna. Las mismas "capitulaciones" que los Reyes Católicos celebraron con los descubridores de América, agrega, pueden ser considerados como convenios de empresas mixtas. (6)

(5) Marienhoff Miguel: "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo I Pág. 461. Buenos Aires.

(6) Greca Alcides: "El Sistema de Economía Mixta en la realización de los servicios públicos". Pág. 6 y 7.

A pesar de estos antecedentes, que constituyen el germen de las Sociedades de Economía Mixta, coincidimos con Marienhoff en que instituciones, con sus características actuales, se configuran después y como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. (7)

Como ejemplos notables de Sociedades de Economía Mixta tenemos "Luft Hansa" y "Volkswagen" de Alemania, la "Air France" y "Sofirad" en Francia, la "Société fiduciaire Suisse pour L' hôtellerie" en Suiza, el "Banco do Brasil" en Brasil, la "Azienda Ital petroli" y la "Compagnia Ital turismo" en Italia, "Iberia" en España, la "Société Nationale des chemin de fer vicinaux" en Bélgica (uno de los ejemplos más antiguos de Sociedades de Economía Mixta), etc. entre las sociedades europeas. Igualmente, entre las latinoamericanas debe citarse: en Argentina, el "Banco Nacional", "la Sociedad Siderúrgica Argentina"; en Méjico, "Altos Hornos de Méjico S.A." y la "Cía Mejicana de luz y fuerza"; en nuestro país tenemos la "Cía. Peruana de Teléfonos", la Banca Asociada y las llamadas "Empresas Mixtas mineras", denominación que ya ha sido comentada.

3. CONCEPTO.

Sin pretender realizar un recuento de las definiciones de la doctrina europea y latinoamericana y dado que en todas ellas se destacan los mismos elementos, nos limitaremos a reproducir la definición de Pasow, modificada por Girón Tena: "Sociedad de Economía Mixta es aquella sociedad cuyo capital social está constituido por aportaciones de particulares y Colectividades Públicas, correspondiendo su gestión y administración a personas privadas y a las Colectividades Públicas interesadas".

Girón Tena (8) señala en las expresiones "economía" y "mixta", la conjunción de aportaciones públicas y privadas, a lo que agrega que el vocablo "sociedad" se ha impuesto sobre el de "empresa", dada la utilización por este tipo de empresas de la forma societaria.

En la citada definición encontramos dos elementos: participación estatal y privada: a) en el capital y b) en la gestión.

(7) Marienhoff: Opus citada. Pág. 461.

(8) Girón Tena: Opus citada, pág. 25.

Pero, con ser bastante completa, esta conceptualización ha omitido, o tal vez ignorado quien sabe, el principal elemento configurativo de estas sociedades, como es la razón "de interés general" de la participación estatal; pues aunque coinciden los dos factores: participación estatal y privada en el capital y la gestión de la sociedad no bastan para darle a ésta su carácter de Sociedad de Economía Mixta, como lo veremos posteriormente en un análisis de las notas constitutivas de la institución.

4. NOTAS CONSTITUTIVAS.

Para configurar una Sociedad de Economía Mixta, es indispensable que existan los siguientes elementos, que son considerados por la doctrina como notas constitutivas de la institución.

- a) Razones de interés general.
- b) Participación del Estado y las personas de derecho privado en el capital.
- c) Participación del Estado y las personas de derecho privado en la gestión.

Brevemente vamos a analizar estos conceptos y a delimitar su campo de acción y su trascendencia.

a) *Razones de interés general.*— El Estado puede participar en una sociedad privada de acuerdo a dos posibilidades: como accionista que busca simplemente una inversión rentable y segura, o para obtener la realización de los fines públicos del Estado.

Estas modalidades de participación corresponden a la conocida tipificación de las relaciones del Estado, quien puede actuar como persona de derecho público, en cuyo caso goza de "jus imperium", u operar en el campo del derecho privado, no teniendo en esta última situación ningún privilegio frente a cualquier persona de derecho privado.

El jurista suizo Denearez sostiene que la intervención del Estado está fundamentada en la "Salvaguarda del bien común". (9)

(9) Denearez David: Actes de la société suisse des Juristes. Págs. sgts. Basel 1953.

Marienhoff tipifica esta relación como: "La obligación del Estado de cumplir sus fines propios". (10)

Alcides Greca justifica la participación del Estado por la realización de un "fin público". (11)

Rippert la denomina "fuerza de soberanía". (12)

Para La Roche, la calificación reside en el objeto de la participación, que ha de ser "objeto de interés general". (13)

En nuestro país, Arias Schreiber fundamenta la relación en "razones de necesidad nacional". (14)

Pero las diferentes expresiones utilizadas en este breve recuento doctrinario: "Salvaguarda del bien común" "obligación del Estado de cumplir sus fines propios", "realización de un fin público", "objeto de interés general" y "razones de necesidad nacional", son sólo distintas calificaciones del carácter de la participación; en nuestro concepto, la razón final de la participación del Estado en las Sociedades de Economía Mixta es el "interés general", el que debe ser entendido como "cumplimiento de los fines del Estado como tal".

Como sostiene Marienhoff: el problema de determinar si la finalidad del Estado obedece o no a razones de "interés general", constituye una cuestión de hecho que debe calificarse en cada caso concreto. (15)

Las leyes sobre Sociedades de Economía Mixta, en Francia, Italia, Argentina, Méjico, Ecuador y Cuba, prescriben específicamente que la participación estatal debe obedecer a razones de "interés general". (16)

En el Perú en ninguno de los textos legislativos que, ocasionalmente, se ocupan de esta institución, se ha llegado todavía a la calificación precisa del carácter de la participación estatal, ni al concepto de interés general.

(10) Marienhoff David: Tratado de Derecho Administrativo. Pág. 468. Buenos Aires 1965.

(11) Greca Alcides: "Sociedad de Economía Mixta" en Rev. Ciencias Jurídicas y Sociales. Pág. 130. Santa Fé. Argentina 1947.

(12) Rippert Georges: "Tratado Elemental de Derecho Comercial" Tomo II. Pág. 599 París 1954.

(13) La Roche Humberto: "Las Empresas Mixtas en Venezuela y su control por el Estado". Rev. Facultad de Derecho.

(14) Arias Schreiber: "Sociedad de Economía Mixta". en Rev. del Foro. Tomo: XLIX. Pág. 12 1962. Lima-Perú.

(15) Marienhoff Miguel: Opus citada. Pág. 468.

(16) Leyes: Argentina Ley Nº 15349 de 12-9-62. Méjico D.L. 4-1-62 C.C. Italiano art. Nº 641 (1942). Ecuador D.L. 142-3 de 27-1-64 art. 385. Cuba Ley de 1953 art. 2 Francia leyes de 6-3-54, 25-8-58, 1-61-60, 5-8-61.

b) *Participación del Estado y de las personas de Derecho Privado en el capital.*— Evidentemente que este elemento constituye, por así decirlo, la piedra angular de la institución. Si los capitales fueran exclusivamente estatales, estaríamos ante una "empresa pública", o "ente autártico", "ente paraestatal", "ente descentralizado" o cualesquiera de las varias denominaciones que se le acuerdan.

Por el contrario, si los capitales fueran exclusivamente privados, no existiría ninguna duda en la tipificación del ente: empresa privada, organizada bajo cualquier forma societaria o empresa individual.

Pero lo que resulta interesante destacar es que, siendo éste un elemento configurativo de esencial importancia, no basta por sí solo para estructurar una sociedad de Economía Mixta, sino que debe coexistir con la calificación de la aportación del Estado, que, como hemos visto, debe obedecer a razones de "interés general".

c) *Participaciones del Estado y de las personas de Derecho Privado en la gestión.*— Aunque en una sociedad privada existiera participación de capital estatal, y dicha participación obedeciera a razones de "interés general", no estaría perfeccionada la figura de Sociedades de Economía Mixta, si la gestión o administración de tal sociedad no fuera ejercitada en forma conjunta por el Estado y los particulares.

En consecuencia, una simple participación económica del Estado en una sociedad privada, o viceversa, podría llegar a considerarse meramente como inversión; se configuraría el caso de que un socio aporta bienes para que en realidad sean administrados por el otro; es decir, faltaría el "afecto societatis" elemento indispensable para la existencia de una sociedad, dentro de la teoría contractual. Situación que se advierte cada vez más en el derecho societario moderno donde el "afecto societatis" entre los actuales accionistas es muy discutible, por no decir, prácticamente inexistente. Pero que en el caso de las Sociedades de Economía Mixta sí debe jugar un papel preponderante entre los dos socios, pues la intención medular es la de trabajar en común.

Al respecto Navarro Irvine hace una crítica fundamentada

a la ley 13836, expresando que en dicha ley "no se considera la participación en la gestión". (17)

5. NATURALEZA JURIDICA. CARACTER DE DERECHO PUBLICO O PRIVADO.

Respecto a la naturaleza jurídica de la Sociedad de Economía Mixta, hay dos puntos a esclarecer: la figura jurídica en sí y su carácter de derecho público o privado.

Respecto al primero, la calificación de la naturaleza jurídica no admite controversia; su nombre mismo lo indica: es una sociedad, es decir, la participación estatal y privada en una empresa, adopta, como única y excluyente posibilidad, la figura jurídica de sociedad.

En cambio respecto a la determinación de si la Sociedad de Economía Mixta tiene un carácter de derecho público o privado, se han originado arduos debates doctrinarios y diversas tesis que podríamos agrupar en tres categorías: las que afirman el carácter de derecho público de las instituciones analizadas (ley peruana 13836 art. 7); las que sostienen la posición privatista (como por ejemplo todas las leyes que someten las Sociedades de Economía Mixta al derecho comercial) y, la tesis que mayor reconocimiento tiene, que afirma el carácter semipúblico de las Sociedades de Economía Mixta.

Ducouloux afirma que "La Sociedad de Economía Mixta" es un tipo semipúblico de empresa, que tiende a superar el esquema contractual, orientándose en el campo societario hacia la teoría institucional. Es necesario crear un derecho especial para las empresas de economía mixta, en consideración a las indispensables derogaciones que tiene que sufrir el derecho privado en este campo". (18)

Greca llega a la conclusión de que no es posible aceptar "la teoría de que estas entidades tienen un carácter semipúblico, figura jurídica no prevista ni aceptada en las doctrinas del derecho", agregando que "las normas aplicables a dichas entidades serían, en unos casos, de derecho público y en otros de de-

(17) Navarro Irvine Félix: "La Sociedad Mixta" en Rev. Jurídica del Perú. Julio-Setiembre 1962. Lima.

(18) Ducouloux: "Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie" Paris 1963.

recho privado, según fueren las circunstancias o conveniencias". (19)

La misma tesis es esgrimida por Marienhoff, para quien las Sociedades de Economía Mixta pueden ser "públicas" o "privadas", efectuando una estricta calificación de las primeras y afirmando que "correlativamente, las Sociedades de Economía Mixta que no reúnan los requisitos mencionados, deben tenerse por privadas". (20)

El mismo tratadista hace una fundamentada distinción entre personas jurídicas de derecho público "estatal" y "no estatal", estudiando las diversas teorías al respecto (21) y las consecuencias que de ello se derivan (22), concluyendo que aunque los fines del Estado "sean de interés general, no es menester que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado", añadiendo que se trata "de un interés general menos intenso que el que satisface el Estado como función esencial y propia de él". (23)

Girón Tena, muy sagazmente, señala: "El problema del contraste entre interés público y privado, aparece francamente superado. La envergadura y extensión de estas empresas permite ofrecer el suministro a un precio indudablemente ventajoso para el consumidor, y al mismo tiempo, una rentabilidad suficiente al capital de los particulares". (experiencia alemana)". (24)

Siguiendo el pensamiento de Greca y Marienhoff, en nuestra opinión la calificación del carácter de derecho privado o derecho público debe ser realizado en cada caso concreto y después del análisis de las circunstancias y necesidades específicas de cada Sociedad de Economía Mixta. Si bien es necesario recalcar que dicha calificación tampoco puede conllevar un sometimiento absoluto y excluyente a las normas de derecho privado o de derecho público, pues dada la calidad dual de los participantes, el Estado y los particulares, no se puede pretender que sea el derecho privado o el derecho público, los que, en forma excluyente rijan la sociedad de Economía Mixta.

(19) Greca Alcides: "Sociedad de Economía Mixta" en Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año XII. Pág. 129 Santa Fe. Argentina.

(20) Marienhoff: Opus citada, pág. 468 y sgtes.

(21) Marienhoff: Opus citada, pág. 339 y sgtes.

(22) Marienhoff: Opus citada, pág. 352 y sgtes.

(23) Marienhoff: Opus citada; pág. 353

(24) Girón Tena: Opus citada; pág. 133.

En general, se puede concluir que ninguna de las dos ramas del derecho puede aplicarse a cabalidad, siendo indispensable crear un régimen propio y específico, como se comentará a continuación.

6. NECESIDAD DE UNA LEGISLACION ESPECIFICA.

Expresa Benedi: "En algunos países en los que no existe una regulación específica sobre las Empresas de Economía Mixta, se han dictado leyes, decretos o acuerdos específicos para constituir cada empresa. Sin embargo, éste no es el método más aconsejable, sino más bien el de la legislación general, dada la necesidad de institucionalizar estas empresas debidamente". (25)

En Francia, Aubert Vacques, comentando la dispersión de la legislación francesa, sostiene: "Para evitar una centralización y un retardo inútil, se establece que las sociedades existentes adecúen sus estatutos, para, dentro de lo posible, concordar su funcionamiento" (26), lo que traduce la necesidad de una legislación general y específica, que se propugna en vía de estatutos tipos, dada la diversificación de la legislación francesa sobre la materia.

Comentando el mismo fenómeno en Argentina, Rodríguez Arias se inclina por la ley general y específica y, en su defecto, por los estatutos tipos. (27)

La imperiosa necesidad de una regulación general específica, (los términos aparentemente contradictorios, en realidad no lo son, pues se toma "general" en el sentido de aplicable a todas las Sociedades de Economía Mixta, y específica para señalar que tal regulación estaría exclusivamente dedicada a este tipo de sociedad) no sólo fluye de la breve reseña que antecede, sino que se presenta como un imperativo, tanto por las notas constitutivas de la institución como de la importancia de las actividades que la justifican.

(25) Benedi Claudio: "La empresa de economía mixta". En Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado. Nº 1 y 2. Pág. 139 Tegucigalpa Honduras 1962/64

(26) Aubert Vacques: "Legislation des sociétés mixtes". En Journal des Sociétés. Pág. 294. Ene/Feb. 1964 París.

(27) Rodríguez Arias: "Bases para un Anteproyecto de ley sobre Sociedades de Economía Mixta" en Jurisprudencia Argentina Nº 74, pág. 103 Junio. Buenos Aires.

7. ACTIVIDADES QUE JUSTIFICAN LA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA.

Benedi encuentra que la participación del Estado en las Sociedades de Economía Mixta se encuentra justificada y debe perseguirse con las siguientes finalidades: (28)

- a) Desarrollar la agricultura y la industria.
- b) Mejorar los servicios públicos existentes.
- c) Establecer nuevos servicios públicos.
- d) Estimular la iniciativa privada, inclinándola hacia empresas de alta productividad y necesarias al desarrollo".

Marienhoff juzga que la participación del Estado se justifica, en primer término, en actividades que se "refieran a servicios públicos industriales, o comerciales, pero nada obsta a que se refieran a cualquier otra actividad con tal de que ésta sea de interés general". (29)

Arias Schreiber fundamenta dicha participación: "en el deber común que tienen por delante el Estado y el inversionista particular". (30)

Ramírez Baños, citando a Fragalle, indica que existen industrias cuya importancia "no sólo radica en la producción de bienes de uso general e indispensable para el público, sino también porque mantienen en el territorio del Estado una iniciativa de la que él puede servirse en el momento oportuno y que constituye un serio impulso para la economía nacional". (31)

Dada la especial coyuntura económica del Perú, país de incontables recursos y carente del necesario capital estatal para desarrollarlos, (tanto en el sector minero, industrial, vial, etc.) la necesidad y urgencia de una regulación adecuada que proteja e incentive la constitución y funcionamiento de las Sociedades de Economía Mixta en condiciones óptimas, resulta un imperativo y un deber.

(28) Benedi: Opus citada, pág. 142.

(29) Marienhoff: Opus citada, pág. 462.

(30) Arias Schreiber: Opus citada, pág. 13.

(31) Ramírez Baños: "Sociedad de Economía Mixta". En El Foro, pág. 25 Ene/Mar-1965 Méjico.

8. FORMA SOCIETARIA.

El problema de decidir cual es la forma jurídica que deben adoptar las empresas de economía mixta, ha sido ampliamente debatido en la doctrina. Ya el Dr. Freund, en 1900, mantenía la opinión de que ni "la Sociedad Anónima ni la Sociedad de Responsabilidad Limitada eran moldes suficientemente satisfactorios para que sobre ellos se realizase la colaboración de las corporaciones públicas y los particulares y que habrá necesidad de una legislación especial que regulase este fenómeno". (32)

Se ha sostenido también la tesis de la atipicidad, es decir aquella que niega a la Sociedad de Economía Mixta el carácter de una verdadera sociedad. (33)

Gangemi rechaza la calificación de "entidad sui generis" por considerarla demasiado vaga. (34)

Asquini expresa que cuando el Estado ejercita una empresa mercantil bajo forma de sociedad, da lugar al nacimiento de una persona jurídica comercial, la que queda sujeta al régimen societario común. (35) Posición de la cual nos permitimos discrepar, pues sería admitir que el Estado en el cumplimiento de sus fines (interés general) deba ser considerado como cualquier sujeto de derecho privado. Asumir esta posición tornaría imposible e injustificable el derecho de veto de que goza el Estado y los derechos y privilegios que las leyes sobre la materia le acuerdan, con lo cual quedaría desvirtuada la figura, además de tornarla inaparente para los fines requeridos, dado que si bien es cierto que el Estado necesita del auxilio del sector privado, también lo es que el "interés general" debe prevalecer sobre el interés privado en ciertos casos, lo que significa que debe encontrarse un régimen de equilibrio en el cual puedan coexistir armoniosamente las dos esferas de intereses.

Alcides Greca sostiene que "las Sociedades de Economía Mixta deben ser objeto de una legislación especial, que sin radiarlas del campo del derecho privado introduzca en su régimen algunas normas de derecho administrativo". Citando al respecto que el mejor ejemplo lo constituye la ley rumana. (36)

(32) Freund citado por Girón Tena opus citada, pág. 48.

(33) Girón Tena: Opus citada, pág. 165.

(34) Gangemi citado por: Girón Tena: Opus citada, pág. 166.

(35) Asquini citado por Girón Tena: Opus citada, pág. 166.

(36) Greca Alcides: Opus citada, pág. 129.

En conclusión y siguiendo las ideas de Freund, en nuestra opinión la forma societaria que deben adoptar las empresas de economía mixta es precisamente la Sociedad de Economía Mixta. Figura societaria que no es ni Sociedad Anónima, ni Sociedad de Responsabilidad Limitada, ni cualquier otro tipo de sociedad privada, sino que debe ser estructurada y regulada legalmente sobre la base de las siguientes premisas:

- a) Ha de ser una sociedad por acciones.
- b) Darle la denominación de Sociedad de Economía Mixta para distinguirla de todos los otros tipos de sociedad.
- c) Debe regularse la participación estatal y privada en el capital y en la gestión.
- d) La participación del Estado o de las colectividades públicas debe obedecer a razones de "interés general".
- e) Debe regularse en forma específica la constitución y el funcionamiento de esta sociedad para garantizar los fines que persiga el Estado y los intereses del sector privado.

9. APOORTE ESTATAL. CLASE. PROPORCION.

Respecto al aporte del Estado se debe considerar dos aspectos: la clase y la proporción que debe representar.

En relación a la clase de bienes que pueden constituir el aporte hay acuerdo unánime en doctrina y legislación: el aporte puede consistir en bienes dinerarios o no dinerarios. Entre estos últimos se considera una amplia gama que podemos agrupar en tres rubros: (37)

a) *Recursos económicos:*

- 1º Aportes en numerario.
- 2º Aportes en especie.
- 3º Concesión de bienes en uso o en usufructo.
- 4º Concesión de servicios públicos.
- 5º Aporte en créditos.
- 6º Concesión de créditos o garantías.

(37) Art. 13 del Proyecto de Ley sobre Sociedades de Economía Mixta del autor (En formulación).

7º Concesión de privilegios de exclusividad o monopolio.

8º Exoneraciones tributarias.

Y en general, cualquier otro recurso económico susceptible de ser apreciado en dinero.

b) *Recursos humanos:*

Proporcionando técnicos para el funcionamiento de la sociedad.

Preparando al personal técnico que requiera la sociedad.

c) *Recursos técnicos:*

Proporcionando equipos, maquinarias, instalaciones y, en general, cualquier otro recurso técnico susceptible de ser apreciado en dinero.

Respecto a la cuantía, constituye ya una tendencia superada el exigir que ésta sea mayoritaria.

Girón Tena, al respecto hace un breve recuento de la legislación comparada: (38)

—*Leyes municipales francesas:* 40%

—*Rumanía:* 40%

—*Bélgica:* Participación estatal mayoritaria.

—*Alemania:* variable en su cuantía, pero se combina con ciertos requisitos.

—*Austria:* Basta un 50%.

—*España:* 51%.

Podemos completar este cuadro sobre la cuantía de la participación estatal; con los siguientes países.

—*Francia:* variable, de acuerdo a los sectores económicos.

—*Suiza:* variable de acuerdo a leyes de creación.

—*Italia:* indeterminada.

—*El Salvador:* indeterminada.

—*Argentina:* variable.

(38) Girón Tena: Opus citada, pág. 181 y sgts.

- Méjico: 51%.
- Ecuador: variable.
- Cuba: indeterminada.
- Perú: (Ley General de Minería): 25%.
- Perú: (Ley 13836); indeterminada.
- Perú: (Ley 18748): variable, según sectores.
- Perú: Ley 11780 art. 147) 60%.
- Perú: (Proyecto): determinada, pero variable con un mínimo del 10% de participación tanto del sector público como del sector privado. (39)

10. ACCIONES. CLASES. ¿TRANSFERIBILIDAD O INTRANSFERIBILIDAD?

La doctrina y la legislación comparada coinciden en representar el aporte del sector público y del privado en diferentes clases de acciones.

Al respecto Rippert (40) subraya que el Estado es un "accionista necesario" señalando "que en una Sociedad de Economía Mixta, el Estado no es un accionista que participa en la formación del capital social y en la vida social en un pie de igualdad con los demás. Entra en la sociedad para hacer sentir a los capitales privados la fuerza de su soberanía y la obtención de beneficios le importa menos que la dirección de la actividad de la empresa. Si le entregan acciones, éstas no constituyen títulos negociables, puesto que deben permanecer en su poder".

Arias Schreiber señala: "Existiendo dos grupos perfectamente definidos (estatal y privado), resulta evidente que las acciones deben ser de dos clases, pues otorgan derechos y privilegios propios". (41)

No es necesario una mayor revisión de la doctrina ni de la legislación comparada, pues ambas coinciden en la necesidad de diferenciar las dos clases de acciones representativas de las participaciones públicas y privadas.

Pero lo que si resulta interesante tema de análisis es el carácter intransferible o transferible de las acciones representativas de la participación estatal.

(39) Art. 55 del Proyecto de Ley sobre Sociedad de Economía Mixta de la autora

(40) Rippert Georges: "Tratado Elemental de Derecho Societario" Tomo II, pág. 599 Paris. Buenos Aires 1954.

(41) Arias Schreiber: Opus citada, pág. 25.

En esta materia, la doctrina y la legislación comparada no brindan soluciones iguales. Hemos visto que Rippert defiende la tesis de la intransferibilidad; (42) igual posición adopta la reciente Ley General de Minería del Perú. (43)

Arias Schreiber adopta una posición intermedia, que en nuestro concepto es la más sagaz y la más adecuada, pues al combinar los sistemas, permite brindar la suficiente flexibilidad al régimen de las Sociedades de Economía Mixta, meta de verdadera importancia, en vista de la múltiple y variada gama de actividades que pueden y que deberían organizarse bajo dicha forma societaria, para concretar la unión de los esfuerzos del sector público y privado que conjunta y armoniosamente deben convergir a lograr el desarrollo del país.

El citado autor peruano da la solución al problema, expresando que para la transferencia de las acciones "clase A" (del Estado) deberá otorgarse Resolución Suprema que ordene su venta en subasta pública. (44)

Parecida es la posición del Proyecto que establece la intransferibilidad como regla, pero autoriza excepciones que deben ser autorizadas expresa y específicamente por el acto administrativo correspondiente. (45)

11. DERECHO DE VETO. JUSTIFICACION JURIDICA.

Escribe Ramírez Baños: "El derecho de veto podemos definirlo como la facultad otorgada a la administración pública, para dejar sin efecto los acuerdos tomados por la asamblea de socios o por el Consejo de Administración que contraríen la ley, el pacto constitutivo o los intereses del Estado". (46)

Continúa el citado jurista: "Si bien a primera vista podrá parecer exorbitante esta facultad, estimamos que tiene gran repercusión práctica, sirviendo sobre todo como freno para impedir que se adopten decisiones que comprometan al poder público". (47)

(42) Ver cita anterior Rippert.

(43) Inc. b) art. 50 de la Ley General de Minería D.L. 18880 de 6 de Junio de 1971.

(44) Arias Schreiber: Opus citada, pág. 25.

(45) Art. 68 el Proyecto de Ley sobre Sociedades de Economía Mixta de la autora.

(46) Ramírez Baños: Opus citada, pág. 27.

(47) Ramírez Baños: Opus citada, pág. 28.

Girón Tena se pronuncia a favor del derecho de veto del Estado (48). Rippert lo justifica en la defensa de los intereses del Estado cuando se encuentra en posición minoritaria en una Sociedad de Economía Mixta. (49)

Asimismo, Greca fundamenta el derecho de veto en el "fin público" que motivan la participación del Estado en la Sociedad de Economía Mixta. (50)

Girón Tena se muestra partidario del derecho de veto, sobre ciertos asuntos que tienen que ser controlados por los entes públicos. (51)

El Proyecto ha disciplinado el derecho del veto precisando las causales que lo originan, el procedimiento a emplearse, el carácter suspensivo del mismo, y el recurso que tiene el sector privado contra la confirmatoria del veto emanada de la autoridad competente. El derecho de veto está previsto frente a las decisiones de la junta general y del directorio. (52)

12. CALIDAD DE LOS REPRESENTANTES DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD.

El problema al respecto es elucidar si los representantes del Estado son funcionarios públicos, y, como tales, sometidos a un "vínculo jerárquico"; o, si como representantes del Estado, tienen la calidad de mandatarios.

Expresa Marienhoff que, en el primer supuesto, dichas personas tienen una doble calidad: la de funcionarios de la administración pública y, además, la de representantes del Estado. (53)

Arias Schreiber plantea el dilema del Estado entre destacar a funcionarios como sus representantes en las Sociedades de Economía Mixta o designar mandatarios no funcionarios, concluyendo que lo más adecuado es que sean funcionarios a quienes se les aligere el recargo que pudieran tener en el ejercicio de sus funciones habituales. (54)

(48) Girón Tena: Opus citada.

(49) Rippert Georges: Opus citada, pág. 602.

(50) Greca Alcides: Opus citada, pág. 132.

(51) Girón Tena: Opus citada, pág. 220.

(52) Arts. 96 y sgts y 126 y sgts. del Proyecto de Ley de Sociedad de Economía Mixta de la autora.

(53) Marienhoff: Opus citada, pág. 474.

(54) Arias Schreiber: Opus citada, pág. 2.

En realidad, el problema debe dividirse en dos aspectos: respecto a la calidad de los representantes funcionarios o no, y la responsabilidad que se deriva. Si son funcionarios de la administración pública, estarán sometidos al derecho administrativo; si son simplemente mandatarios, al derecho común y a las disposiciones laborales.

En realidad, el aspecto más importante es el de la responsabilidad, los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones están sometidos al régimen privativo de responsabilidad de los funcionarios públicos.

En cambio, como expresa Marienhoff, los representantes del Estado, que no sean a la vez funcionarios, no están ligados al Estado, por vínculo jerárquico alguno, porque las Sociedades de Economía Mixta aún siendo "públicas" no son "personas estatales"; (55) en consecuencia, la relación entre el Estado y sus representantes no funcionarios está regida exclusivamente, por las normas propias del "mandato", es decir, por el derecho civil.

Todo esto se concreta en las sanciones a aplicarse: si los representantes son funcionarios, serán pasibles de las sanciones correspondientes a los empleados públicos; si no lo son, su responsabilidad estará determinada por las normas del derecho societario, es decir, la responsabilidad que tiene cualquier director de sociedad.

Al respecto, pudieran surgir graves problemas, derivados de la poca precisión de nuestro ordenamiento societario que establece las acciones de indemnización por actos lesivos (arts. 172 y sgts. de la ley 16123), pues se podría presentar el caso de que el Estado se viera obligado a entablar una acción indemnizatoria contra la persona de su representante; situación que nos demuestra que en el ordenamiento societario del Perú debe introducirse el derecho penal societario, a semejanza del Código Civil Italiano, el Código suizo de las obligaciones y las nuevas leyes alemana y francesa, a fin de tipificar a cabalidad "el delito económico" materia que en la actualidad no puede seguir involucrada dentro del clásico derecho penal general, dada su complejidad y peculiaridad.

En resumen, al legislar sobre Sociedades de Economía Mixta, se debe configurar un sistema integral y coherente sobre responsabilidades de los miembros de directorio, consejo de vigilancia,

(55) Marienhoff: Opus citada, pág. 475.

gerencia, tanto del sector público como del sector privado, como de los representantes de las comunidades laborales. (56)

13. IMPOSIBILIDAD DE SER DECLARADAS EN QUIEBRA.

A pesar del gran número y calidad de los estudios doctrinarios sobre Sociedades de Economía Mixta, pocos son los tratadistas que se han ocupado específicamente sobre el tema de la quiebra de este tipo de sociedades.

Greca, Marienhoff y Rodríguez Arias, en Argentina, comentan el art. 11 de la ley N° 15349 que expresa: "Las Sociedades de Economía Mixta regidas por esta ley no podrán ser declaradas en quiebra pero podrán ser disueltas". Justificando la citada disposición, expresa Greca: "Es indudable que la ingerencia del Estado coloca a estas empresas en una situación de privilegio, aparte de que siendo inconcebible que el Estado pudiese ser declarado en quiebra, tampoco deberán serlo aquellas empresas en que participa. La quiebra de la sociedad afectaría siempre el prestigio y el crédito del Estado". (57)

En nuestra opinión, la norma de la legislación argentina es adecuada y su justificación teórica está ampliamente fundamentada. Al respecto opina Solá Cañizares: "la tendencia del derecho comparado es considerar que la quiebra no conduce necesariamente a la disolución de la sociedad, puesto que es posible un convenio con los acreedores que signifique precisamente la continuación de la sociedad". (58)

Si estas consideraciones son válidas para el derecho societario privado, revisten mayor importancia en este tipo sui-generis de sociedad.

La quiebra, con su inevitable secuencia negativa, debe ser evitada y prohibida en una Sociedad de Economía Mixta. Para conjurar esta posibilidad se debe establecer clara y precisamente lo siguiente:

- a) El control y vigilancia permanente sobre el desenvolvimiento de la sociedad, como medida cautelar y tutelar; y
- b) Las causas que originan la disolución de la sociedad, ta-

(56) Ver arts. 131 y sgts y arts. 152 y sgts, 156 y sgts del Proyecto de ley sobre Sociedades de E.M. de la autora.

(57) Greca Alcides: Opus citada, pág. 131/132.

(58) Solá Cañizares: Derecho Comercial Comparado. Tomo 3º, pág. 453-Barcelona 1963.

les como: la pérdida de cierto porcentaje de su capital, un pasivo que no esté debidamente garantizado, la falta de cobertura de reservas, la no distribución de dividendos durante varios ejercicios, etc. etc.

En fin, todas las medidas encaminadas a evitar el "término patológico de la sociedad" y a lograr que dicho fin se opere dentro de los cauces normales de la vida societaria.

Como conclusiones del presente trabajo podemos señalar las siguientes:

14. JUSTIFICACION DE LA INSTITUCION.

Existen dos razones fundamentales que no sólo justifican sino tornan necesaria la colaboración del Estado y de los particulares: la primera de orden económico-social y es la urgencia de alcanzar el pleno desarrollo del país; la otra, de índole jurídica y es la tendencia actual del derecho de aminorar la tradicional división entre derecho público y privado.

En relación al primer aspecto, resulta superfluo repetir lo que ha sido ampliamente estudiado en el campo de la economía; en cualquier sistema, bien sea capitalista o socialista, para lograr el desarrollo integral de un país es imprescindible el concurso del sector privado con el público. Aún en los países socialistas encontramos que el Estado busca asociarse con capitales privados especialmente extranjeros: caso del reciente contrato de la Fiat con el gobierno soviético.

En cuanto al problema jurídico de la tajante separación entre el derecho público y el privado, la tendencia actual es la publicación del derecho, en contraposición con la tesis cerradamente privatista que vivió el mundo como consecuencia de la ideología liberal originada en la Revolución Francesa.

El derecho privado del siglo XX ha impuesto y sigue imponiendo importantes derogaciones a las normas del derecho privado, necesarias para que el Estado pueda cumplir su misión tutelar y directriz, en contraposición con la concepción de "Estado gendarme", que está ampliamente superada.

15. IMPORTANCIA DE LA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA EN EL MOMENTO ACTUAL DE LA ECONOMIA DEL PERU.

Si la Sociedad de Economía Mixta se presenta como elemento coadyuvante en el desarrollo de otros países, en el Perú

resulta instrumento indispensable, dada la magnitud de capitales que se requiere para la explotación de las innúmeras riquezas naturales de nuestro territorio.

La meta del desarrollo integral del país y su realización como fin conjunto del sector público y del privado, ha sido señalada en numerosas oportunidades por el Gobierno, dentro de su política encaminada a alcanzar la justicia social.

Por su parte, el sector privado en varias ocasiones ha expresado su deseo de colaboración con los fines del Estado que, en última instancia, son los suyos propios.

En realidad, las premisas están dadas y el fundamento ideológico asentado. A nadie se le oculta la vital trascendencia de esta indispensable colaboración; simplemente, falta encontrar el "modus operandi" y realizar una labor de concientización en ambos sectores, el público y el privado, de que tal colaboración no sólo es deseable sino perfectamente viable y conveniente para ambos, pues a pesar de las inevitables dificultades que ofrece tal regulación, es perfectamente posible encontrar la fórmula justa, armónica y equilibrada mediante la cual se concilien el interés general del Estado y el interés propio de los particulares, quienes no se verían asfixiados por las exigencias del Estado, sino, por el contrario, amparados por un régimen legal y tributario que les permitiría el logro de sus normales expectativas económicas y también la satisfacción moral de sentirse copartícipes en la realización de los fines del Estado.

16. NECESIDAD DE UNA LEGISLACION INTEGRAL Y AD-HOC.

Para el establecimiento del régimen legal de las Sociedades de Economía Mixta, se puede adoptar cuatro soluciones.

a) Sometimiento exclusivo a las normas de derecho privado. (Derecho societario común).

b) Sometimiento a las normas de derecho privado, pero con algunos artículos modificatorios.

c) Dación de una ley específica para cada Sociedad de Economía Mixta, en la cual se regule su constitución y funcionamiento.

d) Formulación de una legislación integral y ad-hoc.

a) La primera solución resulta técnicamente inaplicable: la Sociedad de Economía Mixta es, precisamente mixta, dado

que hay sujetos de derecho privado y de derecho público; el Estado interviene para cumplir fines de interés general y no puede ser considerado al igual que cualquier persona de derecho privado.

En consecuencia, si se adoptara esta solución no sería factible configurar y justificar el derecho de veto, la imposibilidad de declararse en quiebra, y ciertos privilegios de los que necesariamente debe gozar el Estado, en vista de la jerarquía de los fines que persigue en la Sociedad de Economía Mixta.

b) La segunda alternativa originaría un régimen híbrido: privado y público, que no configuraría a cabalidad la institución; además, pecaría de insuficiente, inevitablemente contradictorio en muchos aspectos, con implicancias casi insalvables y tendría que estar expuesto permanentemente a interpretación.

c) La tercera posibilidad, a la que no se podría atribuir los inconvenientes anteriormente descritos y que, indudablemente, sería más técnica, ocasionaría, sin embargo, un régimen dispar. Si se siguiera esta alternativa de que cada sociedad tuviera su régimen autónomo de constitución y funcionamiento, se obligaría al Estado a ejercitar su participación bajo sistemas diferentes, que podrían ser muchas veces contradictorios, con las lamentables consecuencias que son de prever.

Además esta posibilidad no se justifica teórica ni prácticamente.

Doctrinariamente es irrelevante la actividad que desarrolla la Sociedad de Economía Mixta para la determinación de su naturaleza jurídica. En consecuencia, no sería técnico sostener, por ejemplo, que la Sociedad de Economía Mixta del sector minero sea institución jurídica diferente a la de los sectores agrícola, de servicios, o bancario. Las diversas actividades que puede tener una Sociedad de Economía Mixta no son notas constitutivas de la institución, que, como hemos visto, son el interés general del Estado y la participación conjunta en el capital y en la gestión de la sociedad.

Las diferencias que en la práctica se presentan entre los diversos sectores de producción (minero, agrícola, industrial, servicios, bancarios etc.) deben plasmarse en un sistema flexible y operativo, pero dentro de un régimen legal único.

Concretando estas ideas, de acuerdo a lo que establece el mencionado Proyecto, (59) resultan flexibles el monto del capital y la proporción de la participación estatal, en consideración a las diversas necesidades de los sectores económicos.

Otro aspecto que plasmaría la diversidad dentro de la unidad es el relacionado con las diferentes modalidades del aporte del Estado, que puede concretarse mediante recursos económicos, humanos o técnicos, tal como se ha expuesto anteriormente.

Igualmente, la flexibilidad del Proyecto permite resolver el espinoso problema de la calificación de las Sociedades de Economía Mixta como persona jurídica de derecho público o privado; no utilizando al respecto un criterio apriorístico y teórico, sino que la determinación se verifica a posteriori y en forma pragmática, es decir examinando en cada caso concreto si la respectiva Sociedad de Economía Mixta configura una persona jurídica de derecho público o privado.

Todo esto nos lleva a impugnar la tercera fórmula, o sea la dación de una ley específica para cada Sociedad de Economía Mixta.

d) La cuarta eventualidad, esto es la dación de una legislación integral y ad-hoc, se presenta como solución óptima. Esta solución no carece de dificultades, pero dificultad no es imposibilidad y dada la señalada importancia de la Sociedad de Economía Mixta para nuestro país, considero que es necesaria la formulación de un Proyecto de Ley sobre Sociedades de Economía Mixta.

Esta posición está fundamentada en los trabajos de: Freund, Wiwland, Denearez, Solá Cañizares, Girón Tena, Cherón, Conzatti, Ghioldi y Vacques en Europa y en Latinoamérica en los de Marienhoff, Greca, Benedi, Rodríguez Arias, La Roche, Arias Schreiber, Ramírez Baños, etc.

La legislación integral y ad-hoc sobre Sociedad de Economía Mixta debe configurar la institución jurídica a cabalidad, de acuerdo a sus notas constitutivas; debe regular en forma específica e inequívoca su origen, bien sea por constitución o trans-

(59) Ver Proyecto de Ley sobre S. de E.M. de la autora.

formación; reglamentar lo relativo a la cuantía y modalidad de los aportes del sector público y privado, estableciendo al respecto un régimen flexible y operante. En la parte relativa a acciones, se debe diferenciar las dos clases de éstas, señalar sus derechos y resolver el problema de la transferibilidad. Respecto a la organización, debe preverse al funcionamiento de los órganos: junta general, directorio, consejo de vigilancia y los organismos auxiliares: gerencia y censores de cuentas.

Asimismo, se debe regular lo referente al derecho de veto, a los representantes del Estado y de las comunidades laborales, a la emisión de obligaciones, al aumento y reducción del capital, a las modificaciones del acto constitutivo, fusión, transformación, escisión, disolución, liquidación de la sociedad y muy especialmente la imposibilidad de declararse en quiebra, materia que ya ha sido comentada anteriormente.

En conclusión, la ley debe contemplar todos y cada uno de los aspectos, para constituir un régimen autónomo e integral que no se vea obligado a aplicar, por subsidiaridad, reglas que son extrañas a la institución, ni quede sujeta a constante interpretación analógica.