

## LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA \*

Uno de los hechos que tipifica la historia política del presente siglo es la creciente intervención del Estado en el orden económico. En la actualidad, se reconoce universalmente que al Estado no sólo le compete una función administrativa sino que, además, debe perfeccionar, asegurar y promocionar el bienestar económico y social de la colectividad, lo que lo lleva a participar activamente en áreas o sectores que antes permanecieron reservados a la iniciativa privada. No puede hacerse cuestión de **legitimidad** respecto a la intervención estatal en la actividad económica, ya que dicha intervención es procedente si tiene por objeto realizar los fines que le son propios y si con ella no lesiona los principios de orden jurídico constitucional establecido. Tampoco puede hablarse de **extensión** de esa actividad económica, ya que no se trata de una cuestión cuantitativa (por el hecho de la intervención) sino cualitativa (por el motivo o fin de la misma). Dentro de este esquema, la intervención estatal tiene un límite: sólo será legítima la actividad económica del Estado cuando tenga por finalidad la satisfacción del interés colectivo.

Ahora bien: entre las diversas formas de intervención estatal en la actividad económica empresarial, hemos preferido el sistema de economía mixta, que constituye una fórmula intermedia entre la pura gestión estatal y la explotación privada, que busca combinar la eficacia de la actividad empresarial particular con los fines de interés general perseguidos por la administración pública.

La sociedad de economía mixta puede ser definida como una sociedad mercantil constituida por el Estado o personas de derecho público interno, de una parte, y por personas privadas, de la otra, con el ob-

jeto de desarrollar una actividad de interés social, debiendo ambos socios concurrir en la formación del capital social e intervenir conjuntamente en la gestión y administración de la empresa.

De nuestra definición ya se desprende que para llegar a la sociedad de economía mixta es necesario que concurren acumulativamente una serie de elementos. En primer lugar, el capital social debe ser aportado por ambos tipos de socios (Estado o personas de derecho público y personas privadas). Cabe hacer al respecto algunas precisiones: no habrá aporte efectivo de capital cuando la administración pública sólo confiera franquicias impositivas, primas o subvenciones, ya que en tales casos sólo estará ayudando a una entidad privada, aunque ésta sea de interés general, pero no participa en su vida de comunidad de riesgos. Los derechos que se le pudieran otorgar constituirían únicamente modos especiales de ingerencia en garantía de un derecho de crédito o del interés que justificó la contribución, tal como ya está establecido en nuestra legislación (artículo 6º del Estatuto de las Empresas Mixtas creadas por la Ley 13836 — D. S. Nº 038-OL/62 y artículo 28 del D. L. 18225). Por otro lado, si habiendo existido sociedad de economía mixta, alguno de los dos tipos de socios adquiere el íntegro del capital social, la sociedad de economía mixta dejará de ser tal por haber desaparecido el elemento estudiado.

En segundo lugar, para la configuración de la sociedad de economía mixta se requiere que, además de la coparticipación económica, sea común a ambas partes la **administración**, el **control** y los **resultados** de la empresa. Debe tenerse en cuenta que en estas sociedades, aunque el aporte estatal no sea sustantivo, la entidad pública asociada debe colaborar siempre en la dirección de la empresa. Sin embargo, se puede presentar el caso en que, en forma incidental

\* Extracto de la tesis presentada por el autor para optar el grado de Bachiller en Derecho en mayo de 1972.

o por simple inversión de capitales, el Estado llegue a tomar ingerencia en la administración de una empresa. Aparentemente concurren los elementos formativos estudiados (coparticipación económica) y cogestión en la empresa), pero no es así. La situación que se produce en estos casos es una situación de hecho según la cual el Estado, en virtud de la adquisición de parte del patrimonio social de una empresa, obtiene un derecho relativo sobre la gestión administrativa. La sociedad de economía mixta, por el contrario, constituye un acuerdo de voluntades que es expresión de una situación de derecho, de principio a fin, con el propósito de permitir una relación jurídica entre el Estado y los particulares, de acuerdo con una finalidad predeterminada que no puede ser otra que el interés general. Esta relación de carácter jurídico y el objeto de interés general constituyen, respectivamente, el tercer y cuarto elemento constitutivo de la sociedad de economía mixta.

No han faltado quienes hayan negado a la sociedad de economía mixta el carácter de verdadera sociedad, sosteniendo que la divergencia de fines que persiguen las dos clases de socios afecta uno de los requisitos básicos del contrato de sociedad, cual es la concurrencia de propósitos que persiguen las partes —la *affectio societatis*— pues mientras el Estado pretende realizar el interés general, los particulares persiguen la obtención de utilidades. Se afirma que el principio en cuya virtud “la mayoría hace la ley” se base en la existencia de intereses comunes, de donde se infiere que en el caso de intereses distintos, ninguna decisión debe ser válida sino se adopta por unanimidad. Se ha argüido también que la sociedad de economía mixta vulnera un principio esencial del contrato: la igualdad de los socios, ya que el ente público tiene supremacía en la dirección social.

Creemos que tales razonamientos son irrelevantes. De un lado, dicha posición contiene una **petición de principio**, pues el “asociar” los intereses que se dicen contrapuestos es justamente lo que se trata de conseguir. Se ignora además que cualquier **contrato sinalagmático** no es otra cosa que una forma de coincidencia de intereses que pueden ser opuestos. Por otro lado, creemos que actualmente no se puede hablar de “*affectio societatis*” en su sentido primigenio, pues “*l’animus societatis*” es una expresión arcaica originariamente creada para ser aplicada a la sociedades de poca envergadura, de objeto muy especiali-

zado y donde cada asociado contribuía sin límites con su trabajo y medios. Por lo demás, no podemos ver a la sociedad sólo como un contrato, sino también como una **institución**, con vida y voluntad propias, en la que los derechos e intereses individuales quedan sometidos a los fines que se persiguen al formar la sociedad. En definitiva, el pacto de sociedad debe ser caracterizado por la **comunidad de fin** y no de interés. A lo dicho debemos agregar que las condiciones de **paridad** en el trato se producen al concretarse el contrato o al fijarse determinadas condiciones del pacto. Normalmente, la sociedad de economía mixta se origina por trato directo y paritario en el que el Estado fija los fines que motivan su interés y determina el objetivo a alcanzar, y el interés privado conviene en aportar su cuota parte del capital, su técnica y su habilidad gerencial, combinándose así el interés general que persigue el Estado con el interés económico que puede haber motivado al sector privado.

Debemos concluir, pues, que las sociedades de economía mixta reúnen todos los requisitos de tales: una alianza de dos fuerzas económicas, fusión de fines y unificación de actividad práctica; todo ello se alcanza básicamente en la relación jurídica de sociedad.

Existe también problema en determinar si las sociedades de economía mixta son **personas de derecho público o de derecho privado**, problema que tiene no sólo complejidad doctrinaria sino también práctica, ya que el inversionista privado podría sentir el peso del poder del Estado y tendría escasa voluntad para concurrir con su capital y, por su parte, el Estado tampoco vería con simpatía someterse a un sistema de corte comercial en que el poder está en relación con el mayor o menor aporte de capital hecho por los socios. Frente a este problema, nosotros sostenemos que las sociedades de economía mixta son personas de derecho privado, ya que no existe ninguna condición sustantiva para atribuirle personería jurídica pública. Consideramos que una sociedad es persona de derecho público interno no por el solo hecho de participar en ella el Estado, sino cuando su estructura, objetivo y funciones sean conformes con los fines estatales, cuando está destinada a satisfacer intereses públicos coincidentes con los del Estado. Hay que tener presente además que no todo interés público constituye finalidad de derecho público; no basta un fin público o de interés general para caracterizar el ente

público, si no presenta un fin específico que entra en las funciones y acción del Estado, de manera que la actividad del ente pueda considerarse en el fondo como parte de la administración pública.

Sin embargo, debe considerarse a la sociedad de economía mixta como un tipo **sui generis** de persona jurídica de derecho privado, que comprende actividades de interés general —pues de otro modo no se explicaría la intervención del Estado— y que tiene por objeto la gestión de una empresa específicamente económica, ya que de otra manera no se entendería tampoco la participación privada.

En lo que se refiere a los **tipos de sociedad** susceptibles de ser adoptados por la de economía mixta, es evidente que no todas las formas societarias reconocidas se acomodan por igual.

La **sociedad colectiva** difícilmente se presta a que el Estado asuma la condición de socio, ya que habría de afrontar una responsabilidad limitada y solitaria y colocarse en igualdad general de derechos y obligaciones con respecto a los demás socios. Creemos que no puede admitirse que los órganos gestores de una sociedad en la que participe el Estado como socio lo comprometan ilimitadamente en los resultados de las operaciones que realicen.

Tampoco son adecuadas las **sociedades en comandita**, ya que si el Estado fuera socio colectivo, imperan las razones anteriores, y si fuera comanditario, habría el inconveniente de que no intervendría en la gestión, y no debemos olvidar que la intervención del Estado en la administración es elemento esencial de las sociedades de economía mixta.

La forma de **sociedad anónima** sí puede ser adoptada por la economía mixta, por su maleabilidad por vía estatutaria y la limitación de la responsabilidad frente a terceros.

Legalmente no podría objetarse que la sociedad de economía mixta adoptara la forma de **sociedad comercial de responsabilidad limitada**, pero a nuestro criterio este tipo societario no es el más indicado para *empresas que requieren de gran número de inversionistas para desarrollar labores de cierta magnitud, como sí lo es la sociedad anónima*, que facilita la fusión de muchos capitales y está sometida constantemente a la vigilancia de diferentes órganos de gestión que velan por los derechos de los accionistas.

Al hablar de los elementos que deben concurrir en la formación de las sociedades de economía mixta, dijimos que ambos tipos de socios debían aportar el **capital social**. En estas sociedades el capital social es de una extraordinaria importancia porque constituye la única garantía de los acreedores. No es necesario que el aporte sea en dinero; basta que comprenda cosas económicas y jurídicamente valorables; pero todas las aportaciones deben ser de carácter patrimonial. En consecuencia la aportación de servicios o actividades personales, denominada genéricamente como aportación de “industria”, no es susceptible de integrar el capital social por cuanto que la simple obligación de trabajar para la sociedad no hace entrar en su patrimonio un elemento valorable.

En cuanto a la **aportación de las colectividades públicas**, hay varios aspectos que deben ser examinados. En primer lugar, si la aportación la hacen en **numérico**, no hay problema; el problema aparece justamente cuando ello no ocurre. Los bienes de los entes públicos pueden ser de su dominio privado o de dominio público. Cuando la aportación que realicen consiste en **bienes de su propiedad privada** no hay más cuestiones que las que puedan surgir de la valorización de esas aportaciones. Tratándose de **bienes del dominio público**, éstos tienen por características fundamentales las de **inalienabilidad e imprescriptibilidad**, siendo relevante para los fines de nuestro análisis sólo la nota de inalienabilidad. Ahora bien: la nota de inalienabilidad se deriva de la afectación de los bienes a un servicio público, ya sea por uso directo del público o por decisión de la autoridad. La afectación actual es indispensable para que la propiedad goce de las prerrogativas del dominio público. Un bien de dominio público puede **aportarse en propiedad** a la sociedad, siendo preciso para ello la conversión previa en cosa de propiedad privada, lo cual es posible, y entonces no surge problema. Las colectividades públicas también podrían transmitir la cosa **en propiedad con reversión al dominio público** o transmitir sólo el **goce**, lo cual cumple la misma función. Girón Tena ha afirmado que estas últimas no son realmente aportaciones por cuanto tienen un valor económico que se esfuma al disolverse la sociedad y no sirven para satisfacer a los acreedores. Nosotros discrepamos de tal opinión ya que creemos que tales aportaciones sí tienen un valor económico perfectamente determinable, por lo que pueden integrar el capital social. En cuanto a la condición de estos aportes para responder

frente a terceros por deudas en caso de quiebra, liquidación anticipada o pasivos sobreexistentes al término de duración de la Compañía, puede estipularse la obligación del ente público de reemplazar en dinero el valor actual (al momento del hecho) del bien aportado, y hasta el límite en que se valorizó dichos bienes al momento de determinar la participación del ente público en el capital social.

Fundadamente, se ha sostenido que en las sociedades de economía mixta debe prevalecer la voluntad del socio público sobre la de los accionistas particulares. Esa preeminencia, sin embargo, debe ponerse de manifiesto en la orientación superior de la sociedad —no en la constitución de los órganos directivos— con la finalidad principal de velar por el interés general que ha motivado su participación en la empresa. Con tal objeto, la doctrina mayoritariamente reconoce a favor del socio público el **derecho de veto**, entendido como la facultad para dejar sin efecto o en suspenso las resoluciones tomadas por el Directorio o la Asamblea de accionistas que sean contrarias a las conveniencias del Estado.

El **fundamento del veto** es que como la entidad pública normalmente no dispone de mayoría en los órgano de gestión —porque estima que es mejor dejar la dirección de los negocios a los particulares— se le otorga en compensación ese poderoso derecho para los casos en que se hallare en juego el interés público.

Sin duda, determinar la **conveniencia o inconveniencia** del derecho de veto constituye un problema de gran dificultad puesto que aparentemente supone privar a las sociedades de su movilidad. Sin embargo, pensamos que el derecho de veto es necesario y no tan peligroso como aparenta ya que, al determinarse previamente la esfera de su aplicación, favorece la confianza del capital privado mejor que si el Estado reservara para sí la mayoría en el capital social, lo que, en la práctica, le otorgaría un derecho de veto ilimitado. En realidad, lo que ocurre es que existen asuntos cuya decisión tiene que ser controlada por los entes públicos asociados. De esta forma no existe veto más que con carácter suspensivo y para casos ya previstos en los estatutos.

Hemos dicho también que ambos tipos de socios deben participar conjuntamente en la **gestión o administración** de la sociedad de economía mixta. Existe

aquí el problema de determinar el grado de influencia que en la gestión de la empresa corresponda al ente público asociado y a los socios particulares; debe obtenerse un **sistema administrativo** en que se encuentren representados ambos sectores en razón directa a la naturaleza de la sociedad y a los caracteres propios de cada elemento formativo, o sea, teniendo en cuenta que la representación del Estado tiene por objeto servir de moderadora y de control a la vez que imprime a la empresa la orientación necesaria para satisfacer la finalidad que el Estado tenga en vista, mientras que los elementos privados le comunican una dirección económica según sus métodos estrictamente técnico-administrativos. Y así como sostuvimos que el Estado debe tener preeminencia en la orientación superior de la sociedad, para lo cual le reconocimos el derecho de veto, creemos que son los socios particulares quienes deben tener preponderancia en la administración de la empresa para poder poner libremente en práctica su capacidad técnica y habilidad gerencial.

De acuerdo con lo dicho, estimamos que no es necesario que el Estado tenga en la **Asamblea de Accionistas** una representación proporcional al capital aportado o al número de acciones en su poder. Es más: no consideramos conveniente que la entidad pública tenga la posibilidad de hacer sentir a los demás socios el peso de su poder mediante el voto. Además, no es necesario que el Estado intervenga por medio del voto en un órgano que no es justamente el más apropiado para hacer valer las razones del interés público, ya que la facultad de veto es un medio mucho más eficaz para oponerse a toda política que sea contraria a los intereses por él representados. Al Estado le basta en la Asamblea un representante para hacer sentir su voz y para asegurar, mediante el veto el interés público eventualmente afectado. Debemos precisar, sin embargo, que dicha representación no puede ser facultativa, ya que sin la presencia del socio público quedaría anulado el vínculo mixto.

El **Consejo de Administración o Directorio** es el órgano efectivamente directivo de la Sociedad. Es aquí donde la acción privada deberá hacer valer su eficiencia administrativa y su técnica en la gestión de los negocios, razón por la cual debe tener predominio en este órgano. Por su parte, el Estado no puede fallar, no sólo para operar y mantener el equilibrio fun-

cional que ha de buscarse, sino esencialmente para servir los intereses públicos que representa.

Cada uno de los grupos **nombrará** sus representantes en el Directorio. Los directores particulares deben regirse exclusivamente por las disposiciones de la ley mercantil, sin que intervenga en esta elección la persona pública asociada. El Estado, por su parte, nombrará directamente a sus representantes.

En lo que se refiera a la responsabilidad de los directores, debemos indicar que, al menos en el marco teórico, las sociedades de economía mixta están sometidas en líneas generales a las normas mercantiles, por lo que los administradores de aquella deben ser en principio responsables de acuerdo a dichas disposiciones, lo cual es lógico tratándose de los representantes del capital privado. En el caso de las colectividades públicas, en cambio, es preciso hacer algunas distinciones: si todos los administradores de la Sociedad fueran elegidos por la Asamblea, con el voto del Estado accionista, tendríamos administradores de sociedad mercantil, en cuyo caso no puede considerarse al Estado como administrador ni recaer sobre él ninguna responsabilidad. Pero hemos dicho que el Estado debe nombrar directamente a sus representantes, y entonces éstos son propiamente mandatarios del Estado, no sólo por el hecho de ser nombrados directamente, sino por el principio de derecho (no aceptado por nuestra legislación) en virtud del cual cuando una sociedad es miembro de otra y nombra una persona en la administración de esta segunda, es aquella la administradora y no el individuo, ya que la persona jurídica tiene que valerse de personas físicas. En consecuencia, la responsabilidad de los delegados públicos subsistiría en relación con el ente público que los nombró, pero no en relación con la Sociedad. Por consiguiente, las colectividades públicas deben asumir la responsabilidad civil derivada de los actos de sus delegados administrativos, con reserva de un derecho de repetición contra los mismos.

Finalmente, se ha incorporado a nuestra legislación el principio de que los trabajadores deben participar en la propiedad, gestión y utilidades de las empresas industriales. No vemos problema alguno en lo que respecta a la participación en las utilidades, cuya justicia

defendemos. Las dificultades se presentan en las sociedades de economía mixta en la cogestión y en la copropiedad (en cuanto que ésta confiere el derecho de participar en la gestión administrativa y económica). Nuestra ley tiene varias alternativas: si la sociedad de economía mixta tuviera por objeto la explotación de una industria básica o de primera prioridad declarada como estatégica para el desarrollo nacional o si fuera una sociedad mixta minera, la comunidad laboral no participaría en el patrimonio accionario de la empresa, aunque sí en la gestión; el mismo principio se aplica cuando se hubiera pactado que, al vencimiento del plazo de duración de la Sociedad, el Estado adquiera la propiedad de la empresa.

Si la sociedad de economía mixta no estuviera en alguno de los casos mencionados, la comunidad laboral tiene el derecho de participar en la propiedad y gestión de la empresa hasta alcanzar el 50%, con lo que obtiene la mayoría en el capital y en la capacidad determinante de la empresa, ya que el otro 50% se encontrará dividido entre el Estado y los socios particulares originarios. De esta manera, por un lado el Estado se encontraría con un socio distinto a aquel con quien constituyó la Sociedad que tiene el control absoluto de la misma, aunque siempre le queda el derecho al veto; y, por otro lado, los socios originarios particulares no estarían en condiciones de aplicar libremente su técnica administrativa y capacidad gerencial. Creemos que de esta manera se estaría desvirtuando el sentido y fundamento de la economía mixta, cual es que el Estado se valga de la capacidad gerencial y técnica empresarial de aquellas personas particulares que consideró en aptitud de desarrollar ciertas actividades económicas de interés general. A esto hay que agregar que será sumamente difícil atraer a los inversionistas particulares cuando éstos corren el riesgo de perder el manejo de la empresa y, con ello, la posibilidad de perder también su capital. Por estos motivos, proponemos que en todas las sociedades de economía mixta, en cuanto se mantengan como tales, se aplique el régimen de excepción vigente para las empresas mixtas mineras y para las sociedades mixtas industriales que exploten industrias básicas o de primera prioridad.