

Sobre la Actividad Empresarial del Estado y la compra-venta de empresas de su propiedad. Cuestiones y problemas que se suscitan

Marco Rodríguez-Farge Ricetti
Abogado

Ultimamente venimos escuchando de los discursos de nuestros gobernantes, de 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 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— y ocurre que esta se convierte en titular de una actividad fundamentalmente consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados. Poco a poco el Estado va ingresando 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, interesa a todos, 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.

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 nuestro presidente, y, menos ideológica que la anterior, es la poca idoneidad de aquella 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 estas 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 suplirle el Estado capitalista; como dice Garrido Falla, “la Administración como titular de una actividad consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados”¹.

1. Garrido Falla, M., *Tratado de Derecho Administrativo*; p 333.

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

Compra-Venta de Empresa

Para disminuir la actividad empresarial del Estado se ha tomado la decisión de vender algunas de sus empresas. Nuestro Derecho no contiene normas sobre compra-venta de empresas del Estado ni tampoco normas generales que contemplen la venta de una empresa, cualquiera que fuere su titular. Este es un buen momento para legislar sobre la materia, ya que se está tramitando un proyecto de ley de actividad empresarial del Estado. En este proyecto, aprobado por la Cámara de Diputados con fecha 12 de mayo de 1988, y remitido al Senado, se dedican los artículos 22 al 27 inclusive a la transferencia de empresas del Estado; en total seis artículos. Si bien es de felicitar la iniciativa del legislador para colmar tan laguna legal, el proyecto sigue siendo insuficiente. Máxime si tenemos en cuenta que tal proyecto hido motivado por la confusión y desorden que ha causado la normativa actual, dispersa en distintas leyes y reglamentos (incluidas las leyes anuales del presupuesto), siendo la intención del legislador ordenar y unificar, al menos en parte, las normas relativas a la actividad empresarial del Estado. Dicho Proyecto será objeto de comentario oportunamente.

Quisiera apuntar algunas ideas sobre cómo llevar a cabo, en nuestro país, la venta de empresas estatales.

Adelanto una idea, 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 se deriven.

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 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

diferente para el caso), el régimen jurídico aplicable dependerá de cada objeto de la empresa que se transmite. 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, la transmisión de mercadería en existencia requerirá la aplicación de las normas específicas del contrato de compra-venta mercantil, con las peculiaridades que en materia de riesgos tiene este contrato frente a la compra-venta civil.

Otro tanto ocurrirá con lo que se llama "relaciones de hechos" de la empresa, esto es, la clientela y las expectativas (podríamos incluir otros elementos; por citar un ejemplo, hace pocos días se criticó a las autoridades competentes argentinas por no haber considerado en la tasación de las acciones para su venta de Aerolíneas 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 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 tendrá 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 empresa, es la de sancamiento por evicción y por vicios ocultos, a los que se deberán aplicar las normas de nuestro 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

caso de las empresas estatales de Derecho Privado y socio en las empresas de economía mixta y en las empresas de accionariado del Estado, (el capital de las empresas de Derecho Público está representado por títulos emitidos por la respectiva empresa a nombre del Estado, según el artículo 25 de la vigente Ley de Actividad Empresarial del Estado, Decreto Legislativo 216), ciertamente podrá privatizar sus títulos en dichas empresas como con la venta de las acciones; haciendo 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 de 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 por o constituidas por ley, incluso aquellas 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 aquellas de la que deriven como empresa del Estado para poder ser transferidas a privados.

El caso de las empresas con accionariado del Estado.

En estas empresas el Estado 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 de compra a los trabajadores de la empresa (supuesto previsto en el artículo 26 del Proyecto de Ley de Actividad Empresarial del Estado antes mencionado), 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.

En las empresas de economía mixta, o sea, aque-

llas en que le 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.

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 de las 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 ante una empresa del Estado que explota una actividad cuya titularidad está reservada al Estado.

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 concreta el capital.

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), 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 habrá 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 24514 lleva como encabezamiento "Ley que Regula el Derecho de Estabilidad en el Trabajo", y su artículo 1º 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, decía, en tema de novación subjetiva de contrato de trabajo, tiene como norma básica el artículo 48 de la Constitución, que dice que "el Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por justa causa, señalada en la ley y debidamente comprobada". La Ley de Estabilidad Laboral, Ley 24514, que derogó el Decreto Legislativo 22126, y que fue promulgada el 4 de Junio de 1986, nos dice que "los trabajadores a que se refiere el artículo 2º (aquellos que estén sujetos al régimen laboral y que laboren 4 o más horas diarias para un solo empleador) sólo podrán ser despedidos por justa causa señalada en la presente Ley y debidamente comprobada" (artículo 3º 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).

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, cuando comiencen 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 debida a causas ajenas a ellos. En todo caso, habrán de ser escuchados los trabajadores y sus organizaciones sindicales como partes en la negociación, pues se estará negociando sobre un derecho fundamental de ellos cual es el derecho al trabajo (el Capítulo V de nuestra 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, por que, además, el "Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa" (artículo 56, pfo. 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 favorables. Fueron trescientos los trabajadores que se adhirieron a esta fórmula.

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 si mucho menos protagonista económico. Me pregunto, ¿es ése el caso de nuestro país?