



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO

TESIS DOCTORAL:

**LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA
COMO FORMA DE EMPRESA: RÉGIMEN
JURÍDICO EN EL DERECHO BOLIVIANO**

Presentada por: Vilma M. Paredes Villalba
Para optar al grado de doctora por la
Universidad de Valladolid

Dirigida por:

Prof. Dr. Jesús Quijano González

Prof. Dra. María Jesús Peñas Moyano

VALLADOLID, septiembre de 2016

DEDICATORIA

Largo fue este camino, por muchas razones, hoy sigo agradecida primero a Dios por la oportunidad de vida que me ha dado a través de mis padres, a quienes quiero mucho.

Creo que nunca encontraré la forma de agradecer a los profesores de la Universidad de Valladolid, que me dieron la oportunidad de llegar hasta este punto en mi formación, en especial al Dr. Jesús Quijano González quien me ha guiado con tanta sabiduría, paciencia y entusiasmo; a la Dra. María Jesús Peñas por su apoyo constante desde la distancia; al Dr. Ángel Marina García-Tuñón, que siempre ha estado a disposición de cualquier duda.

A mi familia, a la cercana y a la que está un poquito lejos, que los objetivos y proyectos tienen un costo en tiempo para llegar a ellos.

“Conserva celosamente tu derecho
a reflexionar, porque incluso el hecho
de pensar erróneamente es mejor
que no pensar en absoluto”

Hipatia de Alejandría

ABREVIATURAS

AEMP	Autoridad de Fiscalización y Control de Empresas
AGIP	Hacienda General Italiana Petrolera
ALBA-TPC	Alianza Bolivariana para los pueblos de nuestra América – Tratado De Comercio de los Pueblos
BDP SAM	Banco de Desarrollo Productivo
C.Civ.	Código Civil
C.Com.	Código de Comercio
C. Pen.	Código Penal
CAF	Corporación Andina de Fomento
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CBF	Corporación Boliviana de Fomento
CE	Constitución Económica
CEE	Comunidad Económica Europea
COFADENA	Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional
COMIBOL	Corporación Minera de Bolivia
COSEEP	Consejo Superior Estratégico de la Empresa Pública
CPE	Constitución Política del Estado
CPEP	Constitución Política del Estado Plurinacional
CPP	Contrato de Colaboración Público-Privada
CPPI	Colaboración Público-Privada Institucionalizada
D.S.	Decreto Supremo
ECOPETROL	Empresa Colombiana de Petróleos
EDEL SAM	Empresa de Distribución Eléctrica Larecaja SAM
EEl	Empresa Estatal Intergubernamental
EEM	Empresa Estatal Mixta
EG	Empresas Grannacionales

E.I.C.E.	Empresas Industriales y Comerciales del Estado
EM	Empresa Mixta
EMCOGAS SAM	Empresa Cochabambina de Gas SAM
ENDE SAM	Empresa Nacional de Electricidad
ETAs	Entidades Territoriales Autónomas
E.S.P.	Empresa de Servicios Públicos
EPE	Empresas del Estado
FANEXA SAM	Fábrica Nacional de Explosivos y Accesorios
FGS	Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto
FMI	Fondo Monetario Internacional
FUNDEMPRESA	Fundación para el Desarrollo de la Empresa
ISA	Interconexión Eléctrica S.A.
IUE	Impuesto a la Utilidad de Empresas
LEP	Ley de la Empresa Pública
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
MNR	Movimiento Nacionalista Revolucionario
PCC	Proyecto del Código de Comercio
ReDCE	Revista de Derecho Constitucional Europeo
Res. Adm.	Resolución Administrativa
S.A.	Sociedad Anónima
SAFCO	Ley de Administración y Control Gubernamental
SAM	Sociedad Anónima Mixta
SEFO SAM	Empresa de Semillas Forrajeras SAM
SEM	Sociedad de Economía Mixta
SEMAPA	Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Cochabamba
SERGAS SAM	Servicio de Gas Santa Cruz SAM

SOMISA	Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina
S.R.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SIRESE	Sistema de Regulación Sectorial
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
YPFB	Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos

LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA COMO FORMA DE EMPRESA: RÉGIMEN JURÍDICO EN EL DERECHO BOLIVIANO

INTRODUCCIÓN

La intención al encarar el desarrollo el presente trabajo, nace en pretender saber por qué la Sociedad de Economía Mixta, presente en la Constitución Política del Estado como componente de las formas de organización de la economía, inserta en el Código de Comercio sin ser considerada un tipo social dentro de las sociedades comerciales pervive con sus momentos altos y bajos, y que frente a una breve revisión de la normativa parece no acarrear mayores problemas, salvo la que podría corresponder a la vinculación con el sector público como un socio en condiciones diferentes a la luz del gobierno que se encuentre a cargo de la conducción del país.

En el abordaje del tema se hace necesaria la revisión inicial de los conceptos y definiciones que los estudiosos de la ciencia económica han vertido en relación a la participación del Estado en las actividades económicas y la vinculación jurídica de los mismos; por lo que de manera sucinta se ha debido exponer algunos modelos económicos que han imperado en el mundo y que se han aplicado a lo largo de la historia económica con sus propias luces y sombras. Tal análisis tiene la utilidad de dar pie para asentar nuestra posición respecto al modelo económico en que se fomenta la participación económica del Estado en las sociedades de economía mixta. Cabe prevenir que el análisis de dichos conceptos y definiciones sobre los modelos económicos se realiza desde la visión de un profano en dicha ciencia, por lo que el esfuerzo desplegado se duplica debido a la pretensión de preparar el terreno donde asentar los conceptos básicos que faciliten la comprensión de la posición jurídica del emprendimiento empresarial mixto.

Ese repaso a los modelos económicos facilita el entendimiento del modelo de constitución económica que cada Estado ha adoptado, lo cual tiene relación con el momento histórico que haya vivido el mundo desde el punto de vista social y económico; así los modelos constitucionales en ocasiones han debido adaptarse al momento económico o a la inversa los modelos económicos a la constitución, lo cierto es que la instauración del constitucionalismo social dio lugar a que los Estados deban incluir la justicia social y distributiva llegando al modelo económico social de mercado.

Se abarca el análisis de la Sociedad de Economía Mixta desde su base o sustancia jurídica, debido a que su característica de integrar al Estado como parte intrínseca del mismo, pone en evidencia la necesidad de entender los modelos económicos de manera sucinta, pero que puedan dar pie para la explicación del actuar del Estado dentro de una sociedad comercial como es la Sociedad de Economía Mixta. Así la explicación básica de los modelos económicos en que el Estado adopta y adoptó su intervención en la economía con mayor o menor intensidad, dieron lugar a que el Estado en su actuar económico ordene el mercado, a partir de la regulación o la planificación de la economía y se constituya en actos económico detentando la iniciativa empresarial sea de manera mixta con los privados, o sea como empresa pública sin participación de éstos últimos.

Un repaso evolutivo de la sociedad de economía mixta a fin de entender las causas de su estática parecida a un congelamiento de su normativa, muestra que ella siempre estuvo presente en el acontecer económico del Estado, unas veces bajo su propia denominación como S.A.M., otras veces encubierta como una Sociedad Anónima con participación del Estado, y las más como empresa pública de carácter mixto con la finalidad de mantenerla dentro del orden administrativo,, por lo que se hizo necesaria la ubicación de la empresa pública en el contexto jurídico boliviano, cuáles son sus contenidos esenciales, sus elementos, los requisitos de su formación y su constitución como persona

jurídica; además de los datos históricos que muestren su presencia positiva o negativa dentro de la economía de Bolivia, más aún desde la promulgación de la Ley de la Empresa Pública, en la cual se prevén algunas similitudes en relación a la Sociedad de Economía Mixta.

Con el mismo propósito se procede a verificar el grado de intervención del Estado en los actos operativos y administrativos de la sociedad de economía mixta y la empresa pública, dentro de lo cual un punto sobresaliente resulta el análisis de la responsabilidad de los administradores como insumo para comparar las responsabilidades de los directores tanto en las empresas públicas, en las sociedades de economía mixta frente a las de los directores de la sociedad anónima.

Los motivos de haber elegido la normativa argentina, colombiana y española tienen como principal razón el que tienen las mismas fuentes del derecho boliviano en primer lugar, luego está el hecho de que con ambos países latinoamericanos hemos encontrado puntos de coincidencia en el plexo normativo comercial y civil; no así en el tratamiento normativo que rige a la sociedad de economía mixta, puesto que la Argentina teniendo similitudes más son las diferencias; en cambio en Colombia la Sociedad de Economía Mixta tiene un mayor acercamiento hacia la aplicación de la normativa administrativa, posición un tanto similar con la boliviana que incluye a la sociedad de economía mixta en el régimen normativo privado dentro de la codificación comercial.

En cuanto a España, dos son las razones que guían su revisión, la primera coincide con el motivo de las fuentes normativas pero sólo en los institutos más generales, puesto que la inclusión de España en la Comunidad Europea ha dado como resultado un desarrollo normativo acorde a esa su posición de lo cual no de otra manera puede verificarse la modificación y continua evolución del plexo normativo que rige en sus instituciones y lógicamente en las sociedades mercantiles y para el caso de la sociedad de economía mixta las que corresponden al régimen de la contratación pública.

No obstante tener constancia de que las corrientes doctrinales alemanas se han convertido en materia comercial en un referente en el mundo mercantil, así como los desarrollados por la Comunidad Europea, y en materia societaria el del derecho norteamericano con todo su caudal jurisprudencial, poca referencia del primero y casi ninguna se hace del segundo en el presente trabajo por dos razones fundamentales; la primera por la diferencia en cuanto a la evolución del mundo mercantil que acompaña a la disciplina, tradición jurídica y la normativa; y la segunda porque se hace imperioso mencionar que el insipiente grado de desarrollo económico no ha permitido el fomento a la cultura jurídica mercantil un poco acompañada de la inmadurez institucional, lo que dio lugar a la debilidad del sistema jurídico de sociedades comerciales e inclusive es parte de una especie de indisciplina social que se resiste a regularizar y formalizar la existencia de sus emprendimientos mercantiles por temor a un sistema que se desconoce y se desvaloriza sin conocerlo.

La segunda parte del trabajo dedicada al estudio de la Sociedad de Economía Mixta trata de verificar cómo se ha desarrollado este tipo social cuales sus características y su régimen jurídico y poder concluir con la evaluación de la posición que ocupa ésta sociedad comercial en el contexto jurídico boliviano. Se acompaña la tarea con una cronología de los cambios que se suscitaron en la operativa de las SEM después del 2009, dentro del modelo económico que anuncia la Constitución como es de economía plural.

El régimen de la sociedad anónima como modelo subsidiario de la Sociedad de Economía Mixta proyecta su estructura de aportes al capital, basada en acciones, en el cual el sector privado y público sin porcentajes de aplicación preestablecidos, salvo el sector de los hidrocarburos, pueden participar de ella; de igual forma proyecta la estructura organizativa de los órganos de gobierno de la sociedad de economía mixta, para de ella desprender las particularidades de las juntas, la organización del directorio y los síndicos, así como el tratamiento de la responsabilidad de los directores y los tipos de responsabilidad que les pueden recaer. En la última parte se pretende encontrar cual es el orden de las personas físicas o jurídicas legitimadas para

reclamar la responsabilidad de los directores en la Sociedad de Economía Mixta.

El estudio que se hace sobre el régimen jurídico de la sociedad de economía mixta tiene que ver de manera insoslayable con el análisis de la sociedad anónima como prototipo de las sociedades de capital y dentro del mismo sobre el funcionamiento de los órganos sociales y la responsabilidad de los directores de las Sociedades de Economía Mixta (SEM), en especial detenerse en la del director nombrado por el Estado, porque pareciera que le sobreviene una responsabilidad un tanto difusa e imprecisa, ya que si bien realiza los mismos actos jurídicos que los directores del sector privado su nombramiento y remoción son diferentes por lo cual cabe revisar el escenario jurídico-legal en el que a este director le toca asumir la responsabilidad como tal.

El tema que en momentos parecía un tanto insustancial conforme se adentraba en su estudio, al final termina revisando aspectos que dentro de la doctrina boliviana no habían sido tratados, descubriendo que la normativa de la sociedad de economía mixta como sociedad comercial es viable en la medida que se desprenda lo más que se pueda de la aplicación de los procedimientos administrativos.

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

INTERVENCIONISMO Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: EL CONTEXTO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

I. SISTEMAS ECONÓMICOS: UN BREVE REPASO.....	1
1. REFERENCIA A LOS MODELOS MÁS SIGNIFICATIVOS.....	1
2. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS MODELOS ECONÓMICOS EN BOLIVIA .	12
II. EL INTERVENCIONISMO	17
1. ANTECEDENTES DEL INTERVENCIONISMO.....	18
2. EVOLUCIÓN Y CAMPO DE ACCIÓN	20
3. EL INTERVENCIONISMO DEL ESTADO EN EL PRESENTE	22
III. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA (CE)	24
1. SIGNIFICADO: CONCEPTO Y CONTENIDO.....	25
1.1. La flexibilidad y rigidez de la Constitución.....	32
1.2. Los derechos y garantías económicas.....	34
1.2.a. El derecho de la propiedad.....	35
1.2.b. <i>El derecho a la libre empresa</i>	37
2. EXPERIENCIAS RELEVANTES: MÉXICO, ALEMANIA Y ESPAÑA	38
2.1. La Constitución Mexicana y su influencia en la configuración de la CE.....	38
2.2. La influencia de la Constitución alemana en la configuración de la CE.....	41
2.3. La Constitución Española de 1978 y la CE.....	42
2.3.a. <i>Constitución Económica y Derecho Mercantil</i>	45
2.3.b. <i>Constitución Económica y libertad de empresa</i>	46
2.3.c. <i>Libertad de empresa e iniciativa económica pública</i>	50
2.3.d. <i>Constitución Económica y Derecho de la Competencia</i>	52
3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLIVIA Y MANIFESTACIONES DE LA CE.....	53
3.1. La Constitución de 1938.....	55
3.2. La Constitución de 1961.....	57

3.3. La Constitución de 1994.....	59
3.4. La Constitución de 2004.....	61
3.5. La Constitución de 2009.....	63
IV. RECAPITULACIÓN	63
CAPITULO II.....	67
LA SEM EN EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y EN ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS	67
I. LA SEM EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL	67
1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.....	67
2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN LA CPEP – 2009.	70
3. EL MODELO ECONÓMICO BOLIVIANO	71
3.1. El Modelo de Economía Plural	73
3.2. Artículos de la CPE – 2009 que definen el modelo económico	75
4. LAS ENTIDADES ECONÓMICAS DE CARÁCTER MIXTO EN LA CPE.....	78
5. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN LA CONSTITUCIÓN.....	82
6. SUBSIDIARIEDAD Y COINICIATIVA	83
II. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN EL DERECHO COMPARADO	87
1. ANTECEDENTES Y BREVE MARCO HISTÓRICO.....	87
2. ARGENTINA: SOCIEDADES COMERCIALES CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y SEM	94
2.1. Características de importancia en las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria.....	97
2.1.a. <i>Entes asociados y mayoría estatal</i>	97
2.1.b. <i>Las prohibiciones e incompatibilidades</i>	98
2.1.c. <i>Las minorías privadas</i>	99
2.1.d. <i>La fiscalización estatal</i>	100
2.2. Las Sociedades anónimas con participación estatal minoritaria.....	101
2.2.a. <i>Representantes y Directores</i>	103
2.2.b. <i>Las características de su dependencia del ente estatal</i>	104
2.2.c. <i>La remuneración</i>	104

2.2.d. <i>El régimen de responsabilidad</i>	105
2.2.e. <i>Remoción y convenio</i>	105
2.3. <i>Las Sociedades del Estado</i>	106
2.3.a. <i>Exclusión del capital privado y régimen jurídico</i>	106
2.3.b. <i>El capital social</i>	108
2.3.c. <i>Ni quiebra, ni aplicación de procedimientos administrativos</i>	108
2.3.d. <i>Régimen de incompatibilidades</i>	110
2.3.e. <i>Modificaciones y privilegios</i>	110
2.4. <i>La Sociedad de Economía Mixta en la República Argentina</i>	113
2.4.a. <i>Régimen legal y constitución</i>	113
2.4.b. <i>Objeto, aporte del socio público y responsabilidad social</i>	119
2.4.c. <i>Conflictos de orden societario en la SEM</i>	122
2.4.d. <i>El privilegio del veto</i>	126
2.4.e. <i>Prórroga, disolución y transformación de la SEM</i>	129
2.4.f. <i>La quiebra de la SEM</i>	132
2.4.g. <i>La responsabilidad de los administradores y el Síndico</i>	134
2.4.h. <i>El régimen laboral que establece</i>	136
3. COLOMBIA: LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA	138
3.1. <i>Antecedentes</i>	138
3.1.a. <i>La Constitución Política de 1991</i>	140
3.1.b. <i>El ordenamiento legal de las empresas del Estado</i>	144
3.2. <i>La regulación normativa de la SEM en Colombia</i>	146
3.2.a. <i>Las Leyes 126 de 1938, 143 de 1994 y otras</i>	146
3.2.b. <i>La Ley 151 de 1959</i>	152
3.2.c. <i>Los Decretos Ley 1050 y 3130 de 1968</i>	153
i. <i>Decreto ley 1050 de 5 de julio de 1968</i>	153
ii. <i>Decreto ley 3130 de 26 de diciembre de 1968</i>	156
3.3. <i>La SEM en la Ley 410 de 27 de marzo de 1971 – Código de Comercio</i>	160
3.3.a. <i>Las formalidades en la constitución de la SEM</i>	160
3.3.b. <i>Los aportes estatales al capital social</i>	162
3.3.c. <i>La emisión de acciones</i>	164
3.3.d. <i>La cuestión de los porcentajes de participación del Estado</i>	164

3.3.e. <i>La diferencia entre aporte estatal y aporte público.</i>	167
3.4. <i>La SEM en el Decreto 130 de 26 de enero de 1976.</i>	168
3.4.a. <i>Características de la SEM nacional</i>	169
3.4.b. <i>Sociedades entre entidades públicas y la tutela estatal</i>	171
3.4.c. <i>El régimen de suscripción, adquisición y enajenación de acciones o cuotas sociales</i> .	173
3.4.d. <i>Expropiación de acciones y transformación de la SEM</i>	176
3.4.e. <i>La oferta de las acciones del Estado</i>	179
3.5. <i>La SEM en la Ley 222 de 20 de diciembre de 1995, modificatoria del Libro II del Código de Comercio</i>	181
3.6. <i>La SEM en la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998.</i>	185
3.6.a. <i>Aspectos generales de la SEM comprendidos en la Ley 489.</i>	186
3.6.b. <i>Afinidades de la SEM con las empresas y sociedades del Estado</i>	190
3.6.c. <i>Naturaleza y conformación del capital de la SEM</i>	192
3.6.d. <i>Representación y naturaleza del aporte estatal</i>	195
3.6.e. <i>Transformación, responsabilidad e incompatibilidades.</i>	198
3.6.f. <i>Control administrativo y financiero del Estado</i>	200
4. ESPAÑA: LA POSIBILIDAD DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA.	200
4.1. <i>La evolución normativa</i>	204
4.1.a. <i>El Estatuto Municipal Calvo Sotelo de 1929</i>	206
4.1.b. <i>Ley Municipal Catalana de 1933</i>	206
4.1.c. <i>Ley de Bases Municipal de 1935</i>	206
4.1.d. <i>Ley de Administración Local de 1950</i>	206
4.1.e. <i>Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955</i>	207
4.1.f. <i>Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local</i>	208
4.1.g. <i>Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio.</i>	210
4.1.h. <i>Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre.</i>	212
4.1.i. <i>Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público.</i>	212
4.1.j. <i>La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible</i>	216
4.1.k. <i>Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.</i>	217
4.2. <i>Configuración de la participación económica del Estado</i>	220
4.2.a. <i>Empresa pública y sociedades mercantiles del Estado</i>	222
4.2.b. <i>Las sociedades de economía mixta en España (factible)</i>	226

4.3. Las SEM prestadoras de servicios públicos y de mercado.....	229
4.3.a. Especialidades en la SEM de mercado.....	231
i. Excepción en la transferencia de acciones	232
ii. Excepción en las aportaciones.....	233
iii. Facultades especiales al sector público en los órganos de la sociedad.....	233
4.3.b. Peculiaridades en la SEM prestadora de servicios públicos.....	234
i. La gestión necesariamente compartida.....	235
ii. La selección del socio privado.....	235
iii. El servicio público como objeto social	236
iv. Restricción a la modificación del objeto social	237
III. RECAPITULACIÓN	238
SEGUNDA PARTE	246
CAPITULO I	246
CONCEPTOS Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SEM.....	246
I. NECESARIA CONCEPTUALIZACIÓN DE TÉRMINOS	250
1. EMPRESA, SOCIEDAD Y SEM.....	252
1.1. El concepto doctrinal de empresa	253
1.2. El concepto de empresa en la codificación comercial.....	259
1.3. El concepto de sociedad mercantil.....	262
1.4. El concepto de sociedad en la codificación comercial.....	265
1.5. Concepto de Sociedad de Economía Mixta (SEM).....	267
1.6. Aproximación al concepto de Sociedad de Economía Mixta.....	274
II. ANTECEDENTES, NATURALEZA Y MARCO NORMATIVO.....	279
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DOCTRINALES Y NORMATIVOS.....	279
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SEM	285
3. MARCO NORMATIVO DE LA SEM	290
3.1. Los art. 424 al 442 del Código de comercio	292
3.2. La Ley 466 de la empresa pública	292
3.3. El porcentaje del 51% del art. 363 de la CPEP	295
3.4. La supletoriedad normativa de la sociedad anónima.....	295
3.5. El régimen general de las sociedades comerciales.....	296

4. OBLIGATORIA REFERENCIA A LA LEY DE LA EMPRESA PÚBLICA	297
4.1. Las empresas públicas departamentales y municipales.....	298
4.2. El carácter público-privado de las empresas del Estado	300
4.3. Los porcentajes de participación que configuran la tipología	303
4.4. La característica estratégica o social de las empresas del Estado.....	308
4.5. Los regímenes laboral, presupuestario, financiamiento y otros	309
4.6. Otras formas de organización empresarial del Estado.....	310
5. EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN DEL ART. 126 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....	312
III. ASPECTOS ESPECIALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SEM	316
1. EN CUANTO A LOS SOCIOS Y ACTIVIDADES QUE PUEDE DESARROLLAR	319
2. PERSONA DE DERECHO PRIVADO Y SU DENOMINACIÓN	324
2.1. El régimen de la Sociedad Anónima.....	327
2.2. La denominación como S.A.M.	329
3. NÚMERO DE SOCIOS	330
4. REQUISITOS PARA SU CONSTITUCIÓN	333
4.1. La propuesta de los promotores.....	333
4.1.a. <i>La Disposición Final Décima de la LEP.</i>	334
4.1.b. <i>La Disposición Final Décima Primera de la LEP.</i>	336
4.2. El convenio	337
4.3. La norma con aptitud para la autorización.....	339
5. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS.....	340
5.1. El art. 127 del C.Com.....	342
5.2. Las acciones del sector público y su transferencia	345
5.2.a. <i>Acciones en series</i>	346
5.2.b. <i>Acciones nominativas y con limitación en su transferencia</i>	347
5.3. Las acciones del sector privado	350
5.4. Acciones preferidas y bonos	351
5.5. La composición del Directorio y las características del nombramiento	353
5.5.a. <i>La estructura y funcionamiento del Directorio</i>	356
5.5.b. <i>Facultades del Directorio</i>	358
5.5.c. <i>Funciones de representación</i>	358

5.5.d. Funciones de administración	360
5.5.e. Nombramiento y Cese de los directores	361
5.6. El control sobre el movimiento de los fondos de la SEM	369
5.7. El nombramiento de los síndicos	369
6. EL APORTE ESTATAL	373
6.1. Aportes de carácter patrimonial	376
6.2. Concesión de privilegios de exclusividad en su explotación	378
6.3. Las otras aportaciones no dinerarias del sector público	379
6.4. Estudios, proyectos y aporte tecnológico.....	381
6.5. Concesiones para explotar servicios públicos	382
6.6. Recursos naturales.....	383
7. EL APORTE PRIVADO	387
8. CARACTERÍSTICA DE LA TRANSFERENCIA RECÍPROCA DE ACCIONES.....	388
9. CAUSALES EN LAS QUE PROCEDE EL PERITAJE.....	392
10. INVERSIÓN EN OTRAS SOCIEDADES	393
11. REPRESENTACIÓN ESTATAL.....	395
12. ELABORACIÓN DE PRESUPUESTOS.....	396
13. EN CASO DE AUMENTO O DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL.....	399
IV. RECAPITULACIÓN.....	401
CAPITULO II.....	403
LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES	403
I. LA JUNTA DE ACCIONISTAS.....	403
1. CLASES DE JUNTAS	405
1.1. Juntas ordinarias	412
1.2. Juntas extraordinarias.....	415
1.3. Juntas especiales.....	417
2. CONDICIONES COMUNES DE LAS JUNTAS.....	420
2.1. La Convocatoria.....	420
2.2. Derecho de concurrencia a la junta	428
2.3. El quórum.....	432

2.4. Derecho de información y aplazamiento de votación.....	435
2.5. Las actas	439
2.6. Impugnación de las resoluciones.....	443
2.6.a. Causales habilitantes.....	444
2.6.b. Nulidad o anulabilidad.....	446
2.6.c. Legitimados para interponer el recurso.....	450
II. EL DIRECTORIO.....	452
1. LA ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL DIRECTORIO.....	452
1.1. Nombramiento periódico, ejercicio personal y fianza	455
1.2. La elección y funciones del presidente del Directorio.....	461
1.3. Capacidad e impedimentos	463
1.4. Nombramiento de directores por minoría	464
1.5. Modos de cesación de funciones	467
1.6. Formas de remuneración	470
2. COMPETENCIAS DEL DIRECTORIO	472
2.1. Estructura interna del Directorio y reglamentos.....	476
2.2. La función de administración y representación	480
2.3. Actos prohibidos a los directores	489
2.4. Obligatoria publicación de la Memoria	490
III. NORMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO	498
1. LA CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF) Y LOS LINEAMIENTOS PARA UN CÓDIGO ANDINO DE GOBIERNO CORPORATIVO	503
1.1. Propuestas de la CAF para un buen gobierno corporativo en las EPE.....	510
1.1.a. En relación a los accionistas y la junta	514
1.1.b. Respecto al directorio	515
1.1.c. Sobre la información financiera y no financiera.....	516
1.1.d. Resolución de controversias	517
2. LOS LINEAMIENTOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE EMPRESAS (AEMP)	518
3. LAS NORMAS DE BUEN GOBIERNO EN LA LEY DE EMPRESAS PÚBLICAS (LEP)	519
IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y PECULIARIDADES EN LA SEM	524

1. EL MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD	526
1.1. El régimen jurídico de la responsabilidad	529
1.2. Los deberes de los directores	543
1.3. Los presupuestos de la responsabilidad	551
1.4. Estructura de la responsabilidad	553
2. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	557
3. EXTINCIÓN Y EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.....	559
4. LAS ACCIONES PARA RECLAMAR LA RESPONSABILIDAD.....	563
4.1. Acción social de responsabilidad	564
4.1.a. Frente a la sociedad, accionistas y terceros	569
4.1.b. La aprobación de la junta general.....	571
4.1.c. La disidencia como presupuesto de la exoneración	573
4.1.d. La condición de delegación de los gerentes	575
4.2. Acción individual de responsabilidad	587
5. LAS PECULIARIDADES EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE LA SEM.....	592
5.1. Diferente nombramiento de los directores y presidente.....	597
5.1.a. Los directores designados por el sector público	599
5.1.b. Los directores del sector privado	604
5.1.c. Nombramiento del presidente del directorio	605
5.2. Remoción de los directores de ambos sectores	606
5.3. Efectos de la responsabilidad solidaria e ilimitada.....	608
6. LAS ACCIONES Y LOS LEGITIMADOS PARA RECLAMAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE LA SEM	612
V. LOS SÍNDICOS O COMISIÓN FISCALIZADORA	613
1. LOS SÍNDICOS, FACULTADES Y RESPONSABILIDADES	613
1.1. Remuneración y reemplazo	616
1.2. Responsabilidad y fianza	618
2. POSIBILIDAD DE OTROS ENTES DE FISCALIZACIÓN EN LA SEM.....	625
2.1. Por la Asamblea Legislativa Plurinacional.....	625
2.2. Por la Contraloría General del Estado.....	627
VI. RECAPITULACIÓN.....	629

CONCLUSIONES	632
BIBLIOGRAFÍA	642
ANEXO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....	653

PRIMERA PARTE
CAPÍTULO I
INTERVENCIONISMO Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: EL CONTEXTO
DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

I. SISTEMAS ECONÓMICOS: UN BREVE REPASO

1. REFERENCIA A LOS MODELOS MÁS SIGNIFICATIVOS

En el diccionario de economía¹ se define el liberalismo como una corriente económica apoyada en el *laissez-faire*, se sustenta en la doctrina del derecho natural. Es decir, si se deja que las cosas sigan en orden natural, se logrará un orden armónico ajeno a la intervención del soberano y del Estado. Adam Smith fue el padre del liberalismo que defiende el libre juego de las fuerzas del mercado, restringiendo la intervención del Estado a cuestiones mínimas indispensables (defensa, hacienda, moneda, relaciones exteriores), de modo que cada individuo y que al buscar su propio interés, hace posible el bienestar general. Bobbio² define al liberalismo en dos sentidos “como teoría económica, es partidario de la economía de mercado; como teoría política es simpatizante del Estado que gobierne lo menos posible o, como se dice hoy el Estado mínimo”.

También se reconoce al liberalismo como expresión del pensamiento individualista, es que ya en 1750 el ideal liberal se dirigía a la libertad de ideas, de la vida económica, política y religiosa, luego se agrega el derecho a la igualdad, el derecho a la propiedad y propiedad privada.

Para los economistas ingleses el desarrollo económico está basado en el libre mercado, donde los hombres y la sociedad se encuentran sujetos a leyes

¹ Zorrilla Arena, Santiago, Silvestre Méndez, José *Diccionario de Economía*, Tercera Ed., Limusa, México D.F., 2012, pág. 151. Vid. Greco, Orlando, *Diccionario de Economía*, 3ra. Ed., Valleta Ed., Buenos Aires, 2006, pág. 211. Expresa que la Economía liberal se basa en el mercado libre, con limitada intervención estatal. Los principales procesos y operaciones los lleva a cabo la empresa privada, libre del control directo de la actividad gubernamental.

² Vargas Hernández. José G., “Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo”, Rev. Mad. N° 17, septiembre de 2007, pág. 66.

naturales; además del ahorro, el trabajo y el libre comercio en todo lo cual se reconocen los elementos básicos o esenciales del liberalismo.

En forma coincidente con el contenido de los estudiosos de la ciencia económica, Serra Rojas³, expresa que el liberalismo se asienta sobre las bases del individualismo, del libre albedrío no concertado con la colectividad; de lo que se trata es de resaltar que en ese individualismo económico el individuo es egoísta y se encuentra determinado a defender y realizar las actividades económicas que sirven de mejor manera a su interés económico personal, en pro de lograr un beneficio máximo.

Como tenemos expuesto, los economistas desarrollaron amplios estudios referidos a las virtudes y debilidades de la aplicación y de los efectos de esta doctrina económica, pero a los fines de este trabajo, lo importante es vincular el análisis a los efectos jurídicos que el mismo ha producido o ha precisado, para lo cual se considera que es mejor apoyarse en los hechos históricos y las consideraciones que al respecto se han vertido.

En ese sentido, este sistema se afianza en la normativa jurídica inscribiendo dentro de la principal legislación como es la Constitución, el derecho a la libertad, el derecho de propiedad, la libertad de asociación, libertad de comercio e industria, que como derechos garantizados por el Estado asegurarían la aplicación integral de esta estructura compleja que contiene a lo jurídico, económico, político y social en base a la realidad. En el caso del liberalismo, sobrepone el desarrollo e interés del individuo sobre el de la colectividad; es evidente apoyado por el ideal que predominaba en esa época.

Siguiendo el razonamiento de la economía liberal, donde el individuo es egoísta y actúa como agente económico buscando su propio beneficio y mejor rendimiento, se entiende que el sistema económico liberal aplicado en forma sostenida y en su perfeccionamiento dio lugar al inicio del capitalismo. La

³ Serra Rojas, Andrés, *El Intervencionismo del Estado en la Economía*, en Avances del Derecho Administrativo, Económico y Social, UNAM, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1274/4.pdf>, pág. 18.

Revolución Industrial se produjo como efecto de la evolución de los sistemas de producción, mostró sus resultados con la invención y posterior uso de la máquina de vapor, el ferrocarril como medio de transporte, los que habrían dado lugar a que tanto la producción como el intercambio de mercancías se hayan acelerado, pues los procesos eran más rápidos, así como el transporte había logrado rapidez y mayores volúmenes; todo eso incidió en forma beneficiosa a favor de sus propietarios quienes vieron que sus beneficios crecían en forma acelerada a la par de los avances técnicos y tecnológicos.

El capitalismo⁴ es definido como un sistema social en que el capital está apropiado por personas privadas y donde el trabajo se lleva a cabo, no como un deber o costumbre o por obligación, sino por la recompensa material bajo un sistema de libre contrato. Otra definición señala de manera resumida que es un sistema económico o modo de producción que se caracteriza por la propiedad privada de los medios de producción y la utilización del trabajo asalariado. En este sistema de organización económica descentralizada, el principio del máximo beneficio o lucro es el norte y guía de todas las decisiones económicas. Otra definición explica que es la teoría de un sistema económico, en el que el control de la producción y la distribución de los recursos reales y financieros están basados en la propiedad privada de los medios de producción⁵; pero además propugna la acumulación de capital en base a la reinversión de las utilidades en los procesos de producción de manera que se logre un mayor crecimiento del capital. Tiene importancia gravitante en este sistema la producción más que la distribución y el consumo, porque implica la propiedad de los medios de producción, los que puestos en circulación

⁴ Seldon, Arthur, Pennance, F.G., *Diccionario de Economía*, Colección de libros "oikos", 1964, pág. 96. Vid, Zorrilla Arena, Santiago, Silvestre Méndez, José *Diccionario de Economía...*, Op. cit., pag. 151. Vid. Greco, Orlando, *Diccionario de Economía...* Op. cit., pág. 37, en la que expresa que las características fundamentales del capitalismo son: a) existen dos clases sociales fundamentales y antagónicas: los capitalistas y los obreros asalariados; los primeros se apropian del trabajo de los segundos en virtud a que son dueños de los medios de producción; b) se producen mercancías en forma generalizada; c) es una economía monetaria (todo se cambia con dinero); d) funciona el mercado, donde se establecen relaciones comerciales; e) la forma de explotación es la plusvalía; f) al capitalismo no le interesa satisfacer las necesidades sociales sino obtener mayores ganancias.

⁵ Vargas Hernández, José G., "Liberalismo, Neoliberalismo...", Op. cit., pág. 72

producen ganancias a través del valor-trabajo, lo que la teoría marxista⁶ ha denominado la plusvalía. El libre mercado como una de sus características y requerimientos para afianzar este sistema, postula a que la economía se gobierne por las fuerzas del mercado, lo cual necesariamente da lugar a la libre competencia, medio por el cual la economía será más eficiente. Este sistema aplicado en forma sostenida ha producido menoscabo en el desarrollo social, donde los trabajadores han visto conculcados sus derechos sociales, dando lugar a la aparición de dos frentes sociales y económicos contrapuestos como son la burguesía y el proletariado.

La forma jurídico social de organización de este sistema económico ha sido la sociedad anónima, forma jurídica capitalista por excelencia, que propugnó el gran desarrollo de este sistema; se ha de tomar en cuenta que con la revolución industrial se había generado una competencia feroz entre los pequeños y grandes productores, que debían interactuar dentro de un mercado libre, mismos que habían encontrado en la sociedad anónima la mejor forma de organización para su desarrollo comercial. En todo el periodo de vigencia y aplicación del capitalismo, se han desarrollado diferentes modalidades del capitalismo, los que han generado calificativos de capitalismo liberal, capitalismo monopolista, capitalismo de Estado⁷, capitalismo multinacional y otros.

Sin embargo, del desarrollo del capitalismo, dentro de la teoría económica se identifican con mayor fuerza y claridad dos sistemas económicos, el capitalista y el socialista; de estos dos sistemas se desprenden los diferentes modelos que pueden ser centralizados o descentralizados; pero además a decir de Loza

⁶ El término plusvalía había sido desarrollado por Adam Smith en la crea el concepto de valor que posteriormente fue desarrollado por David Ricardo en la acepción de valor-trabajo, que posteriormente Marx expone la diferencia entre fuerza de trabajo y trabajo, plusvalía y la teoría del valor-trabajo como explicación de la generación de la plusvalía como forma de explotación bajo el sistema capitalista.

⁷ Zorrilla Arena, Santiago, Silvestre Méndez, José *Diccionario de Economía...*, Op. cit., pag. 38, en que señala que el Capitalismo de Estado se caracteriza por la fuerte intervención del Estado en la economía, se dio después del 1929 (gran depresión) cuando la política económica aplicada por el Estado se volvió fundamental para tratar de resolver los problemas generados por la crisis. Se da en: creación de infraestructuras, protección jurídica del capital, regulación en conflictos entre el trabajo y el capital.

Telleria⁸ los modelos puros son la representación abstracta y simplificada de la realidad y ningún país los aplica en su economía real.

El capitalismo, llámese teoría o sistema económico ha sido uno de los mecanismos económicos más importantes en el mundo, y aunque ha sido rebatido ferozmente por los problemas sociales relacionados con la pobreza que ha generado y la explotación del trabajador, sin embargo, ha imperado en el mundo, especialmente en los países de occidente durante los siglos XIX y XX. Es evidente que en su avance ha llegado plantear la globalización de la economía, de manera que en la internacionalización de las grandes empresas productoras traspasen las fronteras comerciales mediante sociedades multinacionales, las cuales en su afán de mayor rendimiento económico han dispersado por el mundo su presencia, más aun, han creado el mercado de capitales y aprovechado de manera eficiente y efectiva los avances tecnológicos. Para Schumpeter⁹ el capitalismo internacional en su fase superior es la globalización.

Esa maximización del capitalismo en su faz financiera ha tocado el mundo del mercado de capitales, que ha producido una crisis financiera de tal magnitud, que parece estar derribando las bases doctrinales del clásico capitalismo y, a decir de Aguilar Zuluaga, está dando pasos hacia un capitalismo de Estado en el que se está viendo el decaimiento de la economía de mercado y la desaparición del neoliberalismo, de manera que se instituya un capitalismo democrático e incluyente, donde la intervención del Estado sea para poner orden cuando los agentes económicos al amparo de las libertades económicas abusen y se extralimiten, olvidándose de la ética y responsabilidad social¹⁰.

Por lo que, los sistemas económicos clásicos, en este caso el capitalismo, debe muy a su pesar replantear sus principios y teorías que la sostienen; pero los

⁸ Loza Telleria, G., *Bolivia. El modelo de Economía Plural*, Ed. Vínculos, La Paz-Bolivia, 2013, pág. 18.

⁹ Vargas Hernández. J.G., "Liberalismo, Neoliberalismo...", Op. cit., pág. 66.

¹⁰ Aguilar Zuluaga, Ignacio., *Estatización e Intervencionismo*, https://www.google.com.mx/?gws_rd=ssl#q=Aguilar+Zuluaga%2C+I.%2C+Estatizacion+e+Intervencionismo; pág. 5.

cambios que proponga serán lentos debido a que el capitalismo ha conformado una gran y sólida estructura política, económica y financiera de alcance multinacional. Es que la realidad social golpea fuertemente a los modelos que con la libertad de mercado invaden de alguna manera la soberanía económica de muchos países que han visto un peligro en la transnacionalización del capitalismo, pero por otra parte hoy deben tomar en cuenta a la responsabilidad social que exigen los habitantes de las áreas geográficas donde se encuentran los recursos objeto de explotación económica, sean estos materiales o inmateriales.

Se define el socialismo¹¹ como un sistema de organización social y económica basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, y en la regulación por el Estado de las actividades económicas y sociales, así como la distribución de los bienes; también se ha expresado que el socialismo defiende la abolición de la propiedad privada o socialización de los medios de producción para alcanzar una sociedad más justa, libre y solidaria.

En este sistema económico, la estructura económica está basada en la eliminación de la libre empresa, dejando la economía al sistema de empresa pública gobernada en función al interés general, donde los medios e instrumentos de producción son propiedad social y los bienes producidos están a disposición de toda la sociedad; la propiedad privada debe cumplir la función social, en tanto que la riqueza del país pertenece al pueblo. Dentro de ella sólo admite una pequeña hacienda particular a artesanos y campesinos, bajo la estricta prohibición de explotar el trabajo ajeno¹²; donde además de estar

¹¹ Greco, Orlando, *Diccionario de Economía...*, Op. cit., pág. 477. Vid, Seldon, Arthur, Pennance, F.G., *Diccionario de Economía...*, Op. cit., pág. 510, en que señala que socialismo es la doctrina que pretende en diversos grados una forma de sociedad sin clases, que debe lograrse principalmente transfiriendo la propiedad privada a propiedad estatal, y sustituyendo el sistema de la libre empresa, por la planificación central estatal. La doctrina socialista extrema la defendió Karl Marx, sostuvo que el Estado socialista podía lograrse mediante la abolición total de las instituciones capitalistas y su sustitución por la propiedad y el control estatal con la dictadura del proletariado.

¹² Serra Rojas, A., *El Intervencionismo del Estado...*, Op. cit., pág. 28.

abolida la propiedad privada sobre los medios de producción, se suprime la oportunidad de la explotación del hombre por el hombre que tanto se critica al sistema capitalista.

La Revolución Industrial trajo consigo la separación de clases sociales entre la burguesía propietario de los medios de producción y el proletariado como masa humana que tenía la fuerza de trabajo; la desproporción de beneficios entre estas dos clases era evidente, puesto que la revolución industrial introdujo la mecanización, lo cual suprimió de manera creciente la ocupación laboral de la población denominada proletariado; esto condujo a las radicales críticas en contra del sistema capitalista que estaba causando la miseria de grandes masas de trabajadores. Se censuraba el abuso de los propietarios de los medios de producción, así Robert Owen denominado el primer socialista inglés, propugnaba la creación de ciudades donde impere el cooperativismo; por su parte, el alemán Ferdinand Lassalle que proponía la creación de grandes cooperativas de producción en las que los trabajadores reciban tanto salarios como los beneficios.

Ningún sistema o teoría económica se aplicó de manera uniforme ni tampoco exclusiva, ni en su ideal puro conforme ya se ha expresado, en el mundo siempre hubieron países que aplicaron uno u otro sistema con mayor fuerza, o que implementaron un sistema adecuándolo a sus necesidades, habiendo creado modelos económicos que aplicaron ideales de una teoría o sistema y que ajustaron los mismos a su realidad; así el estatismo como sistema en que el Estado no sólo interviene en el sector público, sino también en el sector privado, inclusive en la vida profesional de cada ciudadano, llegando al totalitarismo que es el límite extremo de la intromisión estatal.

La posición de Huerta de Soto¹³ se muestra interesante cuando en relación al estatismo expresa que: *“dada la naturaleza del ser humano, una vez que existe el Estado es imposible limitar su poder, porque la mezcla del Estado como*

¹³ Ríos García, Mauricio, Estatismo y la renuncia del liberalismo. <http://riosmauricio.com/?p=1536sthash.0xHDVC2g.dpuf>. pág. 3.

institución monopolista de la violencia con la naturaleza del ser humano tales y como estamos hechos, es simplemente explosiva: el Estado impulsa y atrae como un imán de fuerza irresistible las pasiones, vicios y facetas más perversas de la naturaleza del ser humano que por un lado intenta evadirse de sus mandatos, y por otro aprovecharse cuanto pueda del poder monopolista del gobierno.”, es que Huerta de Soto ha elaborado toda una teoría en relación a la innecesaria existencia del Estado. El modelo socialista ha sido criticado por la ineficiencia en la administración y asignación de recursos, lo cual va con la corriente que ha tomado Huerta de Soto; además al no propugnar la competencia en el mercado acaba por eliminar cualquier incentivo de innovación. En lo jurídico afecta al derecho de propiedad individual, la libertad de asociación, libertad de empresa y probablemente no satisface al total de sus ciudadanos el encontrarse en esta condición.

La Economía de mercado, también conocida como economía libre, donde los principales procesos y operaciones económicas están a cargo de la empresa privada, que se desarrolla libre del control gubernamental. Adam Smith¹⁴ consideró que cada individuo conoce la mejor forma de emplear su capital para maximizar sus ganancias. Los estados que adoptaron este sistema económico se apoyan en el sistema liberal, entre los cuales a decir de Serra Rojas se encuentran Estados Unidos, Inglaterra, Japón, Alemania Federal, Suiza entre otros. El modelo denominado Economía de mercado está ligado a la Constitución Económica, porque se entiende qué bajo este sistema económico, existe un sistema constitucional sólido, basado en las fuerzas y entidades económicas autoreguladas por la ley de la libre competencia. En la economía de mercado las empresas y consumidores ejecutan sus planes de acuerdo al derecho privado. Se considera que en este sistema económico los medios de producción son de propiedad privada, los que son empleados para lograr el mayor lucro, pero su característica principal es que se debe estar siempre compitiendo en un mercado libre.

¹⁴ Citado por Serra Rojas, A., en *El Intervencionismo del Estado...*, Op. cit., pág. 24

En cuanto a la Economía Social de Mercado, esta denominación se refiere a los sistemas económicos de países capitalistas avanzados, donde la Economía de mercado se encuentra adornada con las conquistas sociales de la clase trabajadora; esta denominación es sinónimo del Estado de bienestar¹⁵, que califica con el denominativo a aquellos sistemas económicos de mercado en los que el Estado se propone lograr la justicia social y distributiva. El Estado al intervenir en la economía pretende lograr la garantía del bienestar general de sus ciudadanos, de manera que ese bienestar sea mejor que si estuviera librado al juego del libre mercado.

Dentro de la Economía Social de Mercado las condiciones de todos los trabajadores debían alcanzar ese Estado de Bienestar. El término Economía social de mercado fusiona la economía de mercado con el Estado social, y fue Alfred Müller-Armack¹⁶ quien acuñó el término para señalar el modelo económico que buscaba atender en forma eficiente a sus ciudadanos logrando el pleno empleo y un nivel de asistencia social. Asimismo, respecto a la Economía Social de Mercado Ehmke¹⁷, señala que es una idea de planificación, un programa que en 1948 el Ministro de Economía de la República alemana, Ludwig Erhard desarrolla como política económica; por entonces el programa económico de un partido político¹⁸, programa que se convertiría en una guía de interpretación constitucional. En la práctica parece ser la faceta del capitalismo en el que se reconoció la necesidad de garantizar a los ciudadanos una serie de beneficios sociales, como la seguridad social que se traduce en pensiones de vejez, invalidez, enfermedad, mejores salarios, calidad en los servicios públicos de salud y educación.

¹⁵ Denominado también como Welfare State para nombrar al Estado que es responsable del bienestar de sus ciudadanos, el primer país en que se implantó es Alemania.

¹⁶ Muller-Armack Alfred (1901-1978) junto a Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow y los integrantes de la Escuela de Friburgo. Vid, Resico Marcelo F., ¿Qué es la Economía Social de Mercado?, Introducción a la Economía Social de Mercado, Edición Latinoamericana, Konrad Adenauer Stiftung, pág. 107.

¹⁷ Ehmke Horst, "Economía y Constitución", ReDCE, N°5, Enero-Junio de 2006, pág. 348

¹⁸ Se trata de la Unión Demócrata Cristiana

El modelo económico denominado Neo-liberalismo, surgió en 1930 como una forma de afrontar la crisis del 1929; está enmarcado en la doctrina del liberalismo económico y del sistema económico capitalista.¹⁹ Consiste en la liberalización de los mercados fomentando el libre mercado, la desregulación, la incipiente participación del Estado en la economía y su característica fundamental es la privatización, basada en su posición de que la administración privada es más eficiente que la administración pública. Por una parte se señala que los liberales más ortodoxos en 1947, entre ellos Friedrich von Hayeck, fueron quienes retomando la doctrina liberal, redefinen la posición del Estado dentro de la economía; por otra se menciona que el neoliberalismo (*neoclassical liberalism*), se asocia a Milton Friedman²⁰, y a la Escuela de Chicago que habrían expresado la aplicación de los postulados de la escuela neoclásica en el ámbito de la política económica basada en que no se trata de la ausencia del Estado, como se comprende en la teoría económica liberal clásica, sino que ese ente está para plantear políticas económicas monetarias, para enfrentar la inflación, no para corregir el mercado, sino para asegurar la libre competencia, evitar el monopolio y asegurar el cumplimiento de los contratos. En realidad, ya no se pretende la total ausencia del Estado, sino más bien que proporcione las facultades que se encuentren insertas en una estructura normativa legal que proteja los acuerdos públicos y privados, garantice el sistema judicial y policial; también que incentive el mercado libre regulando la instalación de monopolios, que estimule los acuerdos multilaterales para lograr la apertura del mercado, además que se encuentre entre sus funciones la educación y de política monetaria.

¹⁹ Definicion.mx:<http://definición.mx/neoliberalismo>. Se menciona que en los años 90 la influencia para el afianzamiento del modelo devenía del Consenso de Washington, que determinó políticas económicas para el desarrollo de Latinoamérica, llegando a aplicarse en varios países incluyendo Bolivia, que en el año 1994 mediante la Ley 1544 de 21 de marzo, Ley de Capitalización, privatiza el sector de empresas estratégicas, dejando totalmente reducida la participación estatal en la producción de bienes y servicios.

²⁰Loza Telleria, G., *Bolivia. El modelo de Economía Plural...* Op. cit., pág. 18. Indica que se le atribuye esta denominación por su aporte a la política monetaria.

Pero parece que este modelo a decir de Chesnais busca los centros de poder y más que todo del poder financiero mundial²¹, que además abarca no solo la economía y la política, sino también tiene connotaciones jurídicas, éticas y simbólicas. Tan es así que desde su ángulo económico ha proyectado su influencia en el enfoque de un Estado moderno a partir del Estado liberal; en lo jurídico ha llegado a establecer un modelo de Estado que regula y administra a la sociedad y en su afán individualista ha propagado una fuerte corriente en el imaginario colectivo en sentido de la admiración por el éxito individual sustentada en el consumo y el mercado.

Por su parte Serra Rojas²², coincidente de alguna manera con el planteamiento anterior, identifica que se trata del liberalismo social, que ha replanteado el liberalismo clásico y lo determina en neoliberalismo para dar respuesta a las demandas de la sociedad actual, que exigen calidad de vida, bienestar económico y social. El neoliberalismo se apoya en el Estado social de derecho, que como una estructura jurídica y social es protector del libre mercado, y en lo económico postula a un Estado no interventor en la economía.

Otra posición es la que vierte Susan George²³, cuando en forma crítica expresa que el neoliberalismo como doctrina declara que la economía dicta las reglas a la sociedad y no al contrario; el neoliberalismo propugna a que al mecanismo del mercado se le permita dirigir la vida del ser humano. Este modelo económico aplicado por Margaret Thatcher fomenta la competencia entre naciones, regiones, empresas e individuos y, además este modelo en teoría tiene la virtud de repartir los recursos naturales, humanos, físicos o financieros de la manera más eficiente. Sin embargo, las contradicciones del modelo se muestran cuando esa competencia no se produce entre las grandes

²¹ Davalos, Pablo, "Neoliberalismo político y Estado social de derecho"; <http://www.puce.edu.ec/documentos/NeoliberalismoyEstadosocialdederecho.pdf> que cita a Chesnais Francois, *La mondialisation financiare. Genese, cout et enjeux*. Syros-La Découverte, París, 1996.

²² Serra Rojas, A., *El Intervencionismo del Estado...*, Op. cit., pág. 20

²³ George, Susan, "Breve historia del neoliberalismo: veinte años de economía de elite y las oportunidades emergentes para un cambio estructural.", en la Conferencia sobre soberanía económica en un Mundo Globalizado, Bangkok, marzo de 1999, <http://www.rcci.net/globalizacion/llega/fg099.htm>, pág. 4.

corporaciones transnacionales. Comparte la crítica de otros autores, señalando que dentro de la aplicación de este modelo ha adoptado medidas para que el sector público sea brutalmente reducido, que inclusive los servicios públicos llamados “monopolios naturales” deben privatizarse, con lo cual, el resultado es que los capitalistas, propietarios nuevos de estas empresas, pueden imponer nuevos precios a los usuarios.

Es evidente y los países latinoamericanos en los años 90 presenciaron la invasión de las transnacionales en la producción de bienes y servicios que anteriormente se encontraban en manos de las empresas públicas, inclusive en las denominadas empresas estratégicas. El efecto social de este modelo que calificó de ineficiente a la empresa pública, redujo el número de empleo, reduciendo las cargas sociales en pro del beneficio o utilidad económica. En forma posterior al afianzamiento feroz de este modelo, se vieron los resultados que disfrazaban con las privatizaciones, una transferencia de la riqueza del sector público al privado.

2. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS MODELOS ECONÓMICOS EN BOLIVIA

Bolivia nació a la vida republicana e independiente el 6 de agosto de 1825, sus primeros presidentes Simón Bolívar (1825) y José Antonio de Sucre (1825-1828)²⁴, tomaron para la economía de Bolivia como modelo económico el sistema liberal, que con éxito había sido el que produjo el desarrollo de Inglaterra, Francia y Estados Unidos; por lo que introdujeron políticas comerciales, monetarias y tributarias que tenían relación con el modelo de economía liberal, pero lo que no se tomó en cuenta fue que en esta nueva

²⁴ Prado Robles, Gustavo A., “Ciclos liberales e intervencionistas en la política Económica de Bolivia” en AA.VV. *Estatismo y Liberalismo, Experiencias en desarrollo*, Fundación Milenio, La Paz-Bolivia, 2012. Pág.1.

república el desarrollo de la producción, el comercio no eran comparables con los países donde el modelo tuvo éxito²⁵.

En 1929 durante el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz se instauró el proteccionismo comercial fundado en tarifas arancelarias, prohibición de importar cierto tipo de mercancías y el fomento estatal a determinadas actividades productivas. Esta política económica estuvo presente con más o menos intensidad y variantes hasta 1873 cuando los grandes empresarios mineros lograron la libre comercialización del mineral, con la rebaja de impuestos, inyección de capital que produjo la modernización de la maquinaria y Bolivia introdujo el transporte por ferrocarril. Estas medidas impulsaron cambios en la economía, además a la par se impusieron medidas de tipo liberal en el agro, creando un impuesto a la propiedad de la tierra, las que fueron impuestas después de la Guerra del Pacífico en 1879. Las exportaciones de materias primas, minerales y el caucho, de manera que eran el sostén económico del país, no obstante Bolivia se encontraba nutriendo de materias primas a los mercados internacionales y por lo mismo estaba sujeta a sus variaciones.

Las tres primeras décadas del siglo XX fueron de desarrollo económico debido al dinamismo de las exportaciones del estaño y la deuda externa contraída. Si bien se vio desarrollo en las zonas mineras principalmente era importante tomar en cuenta los efectos de las crisis económicas extranjeras y la primera Guerra Mundial que afectaron grandemente a la economía boliviana; por lo que estos aspectos externos, dieron lugar a replantear el modelo económico²⁶, más aun debido a que el poder económico de los barones del estaño contrastaba con la precariedad económica del Estado boliviano, de manera que esta situación produjo el derrocamiento del régimen liberal en 1920. Entonces se hace cargo el partido republicano e instaura una serie de cambios en la política

²⁵ Bolivia tenía una población mayoritariamente indígena y el afectarlos con medidas de disposición de tierras e impositivas se ocasionó un gran descontento que desencadenó en 1828 el atentado contra el presidente Sucre. Ver más en Prado Robles, Gustavo A., "Ciclos liberales e intervencionistas...", Op. cit., pag. 4.

²⁶ *Ibidem*, Op. cit., pág. 7.

económica durante el gobierno del Dr. Hernando Siles Reyes, el que entre 1926 a 1930 invitó al afamado profesor Edwin Kemmerer de la Universidad de Princeton a formular una nueva estructura institucional que resuelva los problemas que Bolivia estaba enfrentando. Los estudios sobre la realidad económica ligada a la estructura de entidades públicas que realizó la Misión Kemmerer²⁷, dieron como resultado medidas de tipo monetario, porque se restablecía el patrón oro, se creó el Banco Central, se debía reorganizar el sistema bancario, se creó la Contraloría General de la República, se implantó la formulación del presupuesto de la nación y se cambió la estructura tributaria. Aunque se puso en marcha esta nueva estructura que a decir de Prado Robles inició una breve etapa de *laissez-faire* en la actitud del gobierno, la gran depresión que produjo una crisis internacional afectó grandemente a Bolivia por la caída del precio del estaño, la supresión del crédito externo, la caída de los ingresos del Estado que incrementó el déficit fiscal.

Desde el año 1932 hasta el 1935 se produjo la Guerra del Chaco, después de la cual la participación del Estado en la economía se inició con la nacionalización de la empresa estadounidense Standard Oil Co., dejando esta actividad a la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), a la cual siguió la creación de otras empresas del Estado como la Corporación Minera de Bolivia, la Corporación Boliviana de Fomento, se había inaugurado el ciclo de la intervención económica del Estado. En el periodo de la segunda guerra mundial, Bolivia en condiciones desventajosas realizó una serie de acuerdos con los Estados Unidos que en necesidad de incrementar sus reservas de materias primas, en contrapartida de la provisión de estos por Bolivia, ofreció financiamiento de la carretera Cochabamba – Santa Cruz.

Con lo expuesto se muestra que el Estado se encontraba como principal ejecutor y planificador de la economía boliviana, llegando hasta el 1952 que es cuando se produce la Revolución encabezada por los principales dirigentes del

²⁷ Iñiguez de Salinas, Elizabeth, *Apuntes históricos del Banco Central de Bolivia e instituciones conexas*, Segunda Ed., La Paz-Bolivia, 1982, pág. 56 y 57. Esta Misión ya había estado trabajando en Colombia, Chile, Ecuador y Perú; la Misión presentó tres proyectos de ley, Ley general de bancos, Ley monetaria y Ley de reorganización del Banco de la Nación Boliviana que se transformó en Banco Central de Bolivia.

Movimiento Nacionalista Revolucionarios (MNR)²⁸; a partir de este hecho se puede asegurar que Bolivia dio con firmeza los pasos hacia el Capitalismo de Estado.

En 1956 como en anterior oportunidad, lo cual era previsible, la caída de precios internacionales de los minerales afectaron ferozmente a la economía boliviana y se tuvo que plantear un programa de estabilización con ayuda de técnicos del Fondo Monetario Internacional (FMI), que consistía en una serie de medidas de disciplina monetaria y fiscal, así como la liberalización comercial interna y externa que contengan la inflación; pero la intervención estatal seguía presente porque era fruto de una revolución popular. El modelo continuó vigente hasta que en 1970 se radicalizó cuando tomó el poder el Gral. Juan José Tórrez, que estaba dando pasos hacia el socialismo²⁹; éste fue incruentamente frenado por el golpe de estado del Gral. Hugo Banzer Suárez, que basó su política económica en desarrollo con endeudamiento externo, aunque continuó con la economía en poder del Estado. Se sucedieron una serie de cambios de gobernantes instalados por golpes de Estado, la situación económica por efecto de la inmensa deuda externa era insostenible, la inflación en septiembre de 1985 llegaba en proyección al 23,447 por ciento de incremento anual³⁰; la más alta de los anales económicos bolivianos.

Esta hiperinflación fue el detonante para que se plantee un cambio radical en la política económica del Estado boliviano, así Víctor Paz Estenssoro replanteó lo que se denominó la Nueva Política Económica con la promulgación del D.S. 21060, considerado de ajuste estructural del Estado, el cual contenía un plan

²⁸ Esta revolución fue encabezada por Víctor Paz Estenssoro y Hernán Siles Zuazo, que apoyaron su gestión económica en la nacionalización de las grandes empresas mineras, el sector más importante en ese tiempo; realizaron la reforma agraria que planteaba que la tierra era de quien la trabaja, para favorecer el derecho propietario del campesinado que estuvo sometido a la servidumbre.

²⁹ Había dado lugar al establecimiento de la Asamblea Popular que tenía como líderes a dirigentes obreros y líderes de izquierda.

³⁰ Prado Robles, Gustavo A., "Ciclos liberales e intervencionistas...", Op. cit., pag. 12.

de estabilización para controlar el alza de precios³¹, con el que se pudo hacer frente a la grave crisis económica boliviana. Este ajuste trajo medidas de liberalización del mercado, restricción de fondos a proyectos que compitan con el emprendimiento privado por un lado y por otro el despido de miles de trabajadores que prestaban servicios en el gran aparato empresarial del Estado; medida que causó incremento en la economía informal, empobrecimiento de grandes capas de la sociedad, por lo que el programa fue grandemente cuestionado y resistido. Además, el Estado debía tomar acciones para fomentar la inversión privada de manera que se creen puestos de trabajo, se realizó el saneamiento fiscal, la desregulación de los mercados, se liberó el comercio exterior; el modelo neoliberal había sido implantado en Bolivia.

En los años 90, la economía boliviana se convirtió en una de las más liberales de América Latina³²; entre 1986 y 1993 se privatizaron las empresa públicas, se cerraron los bancos estatales, y en 1994 mediante el proceso denominado Capitalización se privatizaron las empresas estratégicas de Bolivia, se configuró un nuevo marco jurídico de apoyo al proceso, mediante las leyes de regulación sectorial, referidas a generar y regular la competencia, proteger a consumidores y usuarios, insertando además como el brazo social de este proceso económico la reforma del sistema de seguridad social, afianzado en participaciones de los ciudadanos como beneficiarios de la capitalización por medio del beneficio social denominado Bonosol.

El programa económico así implementado, tuvo grandes resistencias populares y descontento social generalizado que tuvieron su epílogo en el mes de octubre del 2003, cuando Gonzalo Sánchez de Lozada, en su segundo periodo presidencial, después de jornadas de duros enfrentamientos sociales, fue defenestrado y abandonó el país dejando la presidencia en situación de incertidumbre; se hicieron cargo transitoriamente dos presidentes por cortos periodos, hasta que mediante elecciones generales se hizo cargo del gobierno

³¹ Morales, Rolando, "Goni y Evo: Restricciones y oportunidades", AA.VV. *Estatismo y Liberalismo*, Fundación Milenio, La Paz, Bolivia, 2012, Pág. 29.

³² Prado Robles, Gustavo A., "Ciclos liberales e intervencionistas...", Op. cit., pág. 14.

Juan Evo Morales Aima quien en su programa de gobierno proponía la reconfiguración económica del Estado, prometiendo sanear los costos sociales que el modelo neoliberal había ocasionado.

Evo Morales Aima, inició sus reformas con la nacionalización de las empresas capitalizadas desde el segundo quinquenio de la década del 2000, Armando Méndez comentando la reversión de la capitalización señala que esa reforma debió ser tan defectuosa que con tanta facilidad fue revertida. Con la finalidad de afianzar su gestión de gobierno, se modifica a fondo el marco jurídico empezando por la reforma de la Constitución, que mediante Asamblea Constituyente, refundó la República de Bolivia como el Estado Plurinacional de Bolivia, proclamó una nueva Constitución Política del Estado vigente desde febrero de 2009, en la que se declara que la economía obedece al modelo a economía plural³³. Esta revisión histórica de los modelos económicos en los que estuvo inmersa la economía boliviana, tiene la finalidad de sentar las bases para explicar la existencia de la sociedad de economía mixta. En cuanto al modelo de economía vigente en Bolivia desde febrero de 2009, en forma posterior se realizarán las consideraciones pertinentes al presente trabajo de investigación.

II. EL INTERVENCIONISMO

³³ El Art. 306 de la Constitución Política del Estado Plurinacional expresa: I. "El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas la bolivianas y los bolivianos. II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa. III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo. IV. Las formas de organización económica reconocidas en esta Constitución podrán constituir empresas mixtas. V. El Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo.

1. ANTECEDENTES DEL INTERVENCIONISMO

Antes de revisar datos históricos referidos al intervencionismo, cabe decir que son los investigadores económicos quienes más se han detenido en estudiarla, aunque la incidencia de este sistema no solo ha sido en el campo económico, sino también en el campo político, social y jurídico.

También es necesario apuntar que en los países europeos y americanos tanto por los motivos como por el momento de su aplicación han tenido su propia dinámica.

La participación del Estado en las actividades económicas y sociales muestra sus inicios en Europa entre los siglos XIX y XX³⁴, cuando dedica el gasto público en procura del desarrollo económico, a favor de la seguridad y protección del ciudadano que fue interrumpido por el estallido de la Gran Guerra. Esta intervención del estado no se considera una mera circunstancia, sin más bien un cambio verdadero en el papel del Estado, que paulatinamente va ocupando actividades que se encontraban tradicionalmente en manos privadas.

Dependiendo de la estructura organizativa de los estados europeos, la intervención del Estado tuvo sus características específicas; así el imperio alemán constituido en 1871 dentro del sistema federal tuvo un gobierno central responsabilizado por la defensa, administración de justicia, policía, comunicaciones y mantenimiento de la unidad económica a través de políticas monetaria, aduanera y comercial; en tanto que los Estados dedicaban su recursos al desarrollo mediante las empresas públicas y manteniendo a su cargo los servicios públicos. Cabe destacar que en la época de los años 1891 a 1893³⁵ se introdujo el sistema impositivo con el impuesto sobre la renta y la propiedad.

³⁴ Berdún Chéliz Pilar, Intervencionismo y gasto público en Europa 1870 – 1920; Acciones e investigaciones Sociales, <https://papiro.unizar.es/ojs/index.php/ais/article/view/210>, pág. 238.

³⁵ Ibídem, pág. 240

En relación a Italia, desde 1860 ha sido definido como un estado intervencionista, debido a su apoyo a la siderurgia y la construcción naval de carácter militar, desarrollada para estar a la altura de sus vecinos franceses y alemanes; la intervención del Estado fue tan importante, que el mismo fundó la acería Terni; también en las comunicaciones marítimas concediendo primas para la construcción naval y la navegación. En cuanto a España en 1870 el gasto público era muy elevado por los gastos militares necesarios de la guerra carlista³⁶, posteriormente se tornó escaso por la imposibilidad de establecer un sistema impositivo rígido que le proporcione los recursos suficientes.

En resumen, en este periodo el gasto político tenía un fuerte impacto por el apoyo de los Estados europeos a las guerras y defensa del Estado.

Antes de la Gran guerra o Primera Guerra Mundial³⁷ el gasto público estaba centrado en gastos de educación y vivienda; posteriormente el Estado refuerza su intervención con los gastos sociales, es decir gastos en sanidad, asistencia social y seguridad social, que se tradujeron en legislación social lo cual dio lugar a que se hable del Estado de Bienestar; que es un gran paso en la transformación del concepto de Estado, principalmente en Alemania, lo que constituyó un factor importante del progreso alemán para el nuevo siglo.

Entre los años 1870 y la primera década del siglo XX, se habría producido a decir de Comín³⁸, *“la tímida transición del Estado Guardián, al Estado providencia que dio origen al Estado de bienestar, donde el sector público va a emprender gradualmente funciones que hasta entonces habían estado fuera de su ámbito”*. Dentro del gasto público hay que diferenciar lo que son los gastos sociales, de aquellos que están destinados a favorecer el buen funcionamiento del sistema económico con miras a impulsar la economía, lo cual redundará también en beneficio de la sociedad; estos gastos se han clasificado en los que se refieren a la producción de bienes públicos como infraestructura básica,

³⁶ Ibídem, pág. 242

³⁷ Se refiere al periodo del 28 de julio de 1914 al 11 de noviembre de 1918

³⁸ Berdún Chéliz, Pilar, Intervencionismo y gasto público..., Op. cit., pág. 258, se refiere a Comín Comín, F., *Hacienda y Economía en la España Contemporánea*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

transportes, comunicaciones y, los de regulación económica como apoyo a sectores y empresas concretas³⁹.

El diccionario de economía indica que intervencionismo⁴⁰ es la participación del Estado en la economía, Keynes propuso la intervención de la economía a objeto de evitar las fluctuaciones cíclicas de la misma. El intervencionismo estatal se opone al liberalismo que dice que el Estado no debe intervenir en la economía.

Serra Rojas⁴¹ expresa que se alude a un sistema intermedio de transición, entre el liberalismo y socialismo, que combina intereses públicos y privados y confía a la acción del Estado la tarea de agrupar, dirigir y suplir en la vida del país a la iniciativa privada, a la que asigna todavía un amplio margen de acción.

Otra forma de entender el intervencionismo es referirse a las regulaciones de índole económica que el Estado impone al ámbito público o privado, o sustituyendo al privado en sus actividades; es decir afectándolas de manera directa.

Cuando se produce la intervención del Estado en la economía, propiamente en el mercado, se pensaría que el efecto va a ajustar un mercado imperfecto a uno perfecto; sin embargo, este efecto no se produce ya que el Estado no puede compatibilizar su paso en un proceso totalmente dinámico.

2. EVOLUCIÓN Y CAMPO DE ACCIÓN

La presencia del intervencionismo se ha manifestado desde los orígenes de la sociedad, porque nace del conflicto entre lo individual y colectivo⁴², porque

³⁹ Berdún Chéliz Pilar, *Intervencionismo y gasto público...*, Op. cit. pág. 253.

⁴⁰ Zorrilla Arena, Santiago, Silvestre Méndez, José *Diccionario de Economía...*, Op. cit., pag. 133. Vid, Greco, Orlando, *Diccionario de Economía...*, Op. cit., pág. 312, señala que intervencionismo es la acción positiva de los gobiernos con el objeto de afectar la actividad económica. Intervención estatal mediante regulaciones, participaciones, controles y operaciones directas y posesión de empresa en la actividad económica.

⁴¹ Serra Rojas, A., *Intervencionismo del Estado...*, Op. cit., pág. 17

⁴² *Ibidem*, pág. 18

frente a las urgencias sociales y económicas, el hombre por si solo ha sido incapaz de enfrentarlas, por lo que ha sido necesaria la presencia del Estado.

Dentro del intervencionismo el Estado regula la economía privada y pública; pero también coexisten junto a las anteriores la economía subsidiada y la economía mixta; en la primera, a través de subsidios fomenta iniciativas privadas de índole social, sin tomar en cuenta, que ocasiona desajustes que perturban principalmente la igualdad de fuerzas que deben imperar en el mercado; en la segunda, participa en la vida económica a través de las empresas públicas. Pero en su papel interventor también ordena y regula el mercado fijando reglas de política monetaria, presupuestaria, fiscal y planificando la economía.

En el establecimiento de un sistema de economía mixta⁴³, los medios de producción se encuentran en manos de privados y públicos, combinándose con la finalidad de alcanzar sus objetivos; se señala con propiedad que en la actualidad no existe ninguna economía que sea totalmente libre o totalmente dirigida por el Estado, lo cual coincide con lo que se ha venido sosteniendo en relación a la aplicación práctica de un sistema o modelo económico⁴⁴.

En las diferentes teorías económicas que posicionan el papel del Estado, tenemos que la teoría liberal, considera que el papel del Estado debe estar reducida a lo mínimo posible, debido a la protección que brinda a las industrias y servicios, distorsionando de esa manera las actividades normales del mercado; contrariamente para el socialismo es justamente el Estado que debe desarrollar ciertas actividades, la cuales en manos de los privados condicionarían exageradamente la economía del país. La posición del liberalismo pondera en forma positiva la no intervención del Estado en la economía y, defiende la reducción de los impuestos y la eliminación de

⁴³ Greco, Orlando, *Diccionario de Economía...*, Op. cit., pág. 211; en que señala que la Economía Mixta es el sistema económico que reúne características de una economía capitalista y de una economía socialista. Este sistema rige en todos los países del mundo. Economía que se sirve de más de un sistema económico.

⁴⁴ Serra Rojas, A., *El Intervencionismo del Estado...*, Op. cit., pág. 31 en el que menciona a Seldon.

regulaciones a la producción y el comercio; por su parte el socialismo como sistema económico se basa en el control por parte del Estado, sea parcial o total, sobre los sistemas de producción.

Los liberales han señalado reiteradamente los males que el intervencionismo del Estado ha producido en el mercado, entre los cuales están la pérdida de la libertad y el poder ciudadano, las posiciones de privilegio de unos cuantos a costa de una mayoría, el mal uso de recursos económicos en abultados aparatos burocráticos, el clientelismo.

Los Estados han estatizado empresas productivas y de prestación de servicios privadas, por lo que se ha visto necesario que de aplicarse la intervención del Estado como medida para afrontar la crisis económica y financiera deberían incluirse estrictas normas regulatorias del mercado que sean de cumplimiento obligatoria, tanto para el sector privado como para el público⁴⁵.

3. EL INTERVENCIONISMO DEL ESTADO EN EL PRESENTE

Cuando la actividad económica del Estado ha tomado el control de una gran parte de la economía de un país, se la ha denominado economía planificada; pero esta forma de acción económica del Estado no siempre es reconocida como tal, ya que países como Estados Unidos, uno de los Estados más grandes y liberales del mundo, ha realizado inculcables acciones de intervención en la economía, con los recortes del tipo de interés, con rescates con fondos públicos a grandes entidades financieras, inyecciones de liquidez para salvar el sistema bancario y grandes ayudas fiscales y sin embargo ni propios ni extraños podrían afirmar que el modelo económico de ese país se decanta como intervencionista; la misma sistemática económica ha sido aplicada en Europa, pero con menos fuerza porque en la eurozona han sido más estrictos en su política económica.

⁴⁵ Aguilar Zuluaga, Ignacio, *Estatización e Intervencionismo...* Op. cit., pág. 5

Frente a la crisis económica financiera de los años 2007 adelante que se inició en los Estados Unidos, están los que piensan que es necesaria la intervención del Estado mediante un plan de rescate, con efectos beneficiosos sobre la economía del Estado. Lo que no se puede soslayar es que los problemas económicos desembocan en problemas sociales; por lo que se busca establecer un equilibrio en los problemas sociales y económicos que atingen a la mayoría de los Estados, sean europeos, norteamericanos o latinoamericanos; por lo que para enfrentar la crisis se proponen agrandar la intervención del Estado en la economía y en la solución de algunos problemas sociales.

Pero el intervencionismo del Estado aplicado en esta época de crisis económica ha dado como resultado, que caiga sobre los ciudadanos el pago de las malas acciones de los empresarios privados y ha hecho que éstos paguen mediante sus impuestos las grandes pérdidas que han ocasionado dentro del sistema financiero, lo que se ha venido a denominar el neo-intervencionismo, el cual basado en el análisis de la crisis, busca que esa intervención se convierta en un instrumento de apoyo y estímulo a la iniciativa privada, como parte de la mutua cooperación entre los sectores público y privado para la realización de objetivos comunes⁴⁶.

En conclusión, ningún sistema es puramente económico, la incidencia social y jurídica es muchas veces determinante para el éxito de su aplicación; el sistema capitalista en sus diferentes teorías y modelos no puede ser ajeno al desarrollo de las condiciones de vida de los ciudadanos; no puede pretender la ausencia total del Estado en la economía, ni de su estructura administrativa, aunque siempre podrá exigir que sea mínima.

No es una verdad perenne la apreciación de que el sector privado es por excelencia el mejor productor y que el sector público es netamente consumidor;

⁴⁶ *Ibidem.*, pág. 2.

la relación de los dos ámbitos es integral, ambos están inmersos en la sociedad y por tanto deben dar una respuesta en todo caso positiva.

El Estado a lo largo de la historia ha desarrollado políticas gubernamentales de apoyo económico directo a la economía privada, en ocasiones tuvieron carácter parcial, es decir a determinados sectores industriales privados basados en criterios de defensa nacionalista a los que se apoyó a través de vías de comunicación, infraestructura material e institucional; por otra parte, la creación de empresas públicas, que se iniciaron como empresas de apoyo a la defensa nacional, hasta llegar a ser empresas determinantes dentro de la economía nacional, como son los ferrocarriles, energía, minería y otros servicios estratégicos como las comunicaciones que cooperan con el crecimiento y funcionamiento eficaz del sector privado.

Un sistema económico, de cualquiera que se trate, si está mal dirigido o es exagerado solo ha conducido a generar grandes problemas al desarrollo económico de un país; en tanto que parece ser que un sistema eficiente, será el que cuide que el sector privado obtenga sus ganancias como resultado de su trabajo productivo y efectivo y, el gobierno intervenga sin entorpecer, sin competir, fomentar sin prohibir, vigile al sector privado con la finalidad de proteger a la comunidad, que es una de sus principales obligaciones constitucionales⁴⁷

Finalmente, cualquier sistema económico aplicado mide su eficiencia en función del crecimiento económico general, de la calidad de vida y el bienestar de la mayoría, del mayor empleo productivo; es decir se mide también en función de los costos sociales.

III. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA (CE)

⁴⁷ Aguilar Zuluaga, Ignacio, *Estatización e intervencionismo...*, Op. cit., pág. 6, en que se refiere a Echavarría, O., Hernán, *El sentido común de la Economía*; Ed. Bogotá, 2007.

1. SIGNIFICADO: CONCEPTO Y CONTENIDO

No se hace fácil abordar el estudio de la Constitución Económica (CE), sin antes entender que la Constitución en la vida del Estado y la sociedad es totalmente necesaria, no existe ningún otro texto que contenga lo que se contiene en ella; ya que ordena la estructura jurídico-social y política en un solo cuerpo. La constitución no puede ser entendida por partes, es decir, sea como régimen normativo jurídico, social o político; la constitución hay que entenderla como un cuerpo, un sistema conjunto que se encuentra interconectado en toda su magnitud y, que condiciona el rol del Estado y la Sociedad; tampoco se pueden abstraer sus efectos sobre los destinatarios.

Es importante en ese sentido la posición de García-Pelayo⁴⁸, cuando se refiere a ella como el complejo normativo que se establece de una sola vez, entendiendo que se refiere a que ha sido creado por un poder constituyente que debe elaborarla tomando en cuenta las funciones del Estado, los roles y competencias de los distintos órganos que componen su estructura, así como las relaciones entre los mismos; sin olvidar los derechos y garantías fundamentales que se establecen para los ciudadanos.

El contenido de la Constitución, de manera clásica ha sido dividida en una parte dogmática en la que se encuentran declarados los derechos y libertades, la otra parte denominada orgánica o institucional comprende los límites de las funciones del Estado en su faz administrativa o del ejercicio de su poder; entonces cabe preguntarse, ¿dónde se encuentran los preceptos que tienen que ver con la constitución económica?

El componente económico que se encuentra en la estructura normativa constitucional, distingue las necesidades de la vida económica y las formas estructurales que adopta la economía⁴⁹, de manera que se asegure la vigencia efectiva del sistema constitucional. La Constitución en su configuración económica se concibió en base a los principios liberales del "*laisser-faire* y

⁴⁸ García-Pelayo Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Ed., Madrid, 1999, pág. 34.

⁴⁹ García-Pelayo Manuel, *Derecho Constitucional...*, Op. cit., pág. 121.

laissez-passer”, que sostuvieron a la sociedad capitalista, hasta que la realidad social y económica de los siglos XVIII y XIX demostró que era necesario pasar del liberalismo clásico al liberalismo intervencionista. Si bien en principio las constituciones tenían el objeto de limitar el poder del Estado, tampoco dejaron de lado la protección del derecho de propiedad que define al sistema económico capitalista; tómesese en cuenta que la constitución necesariamente refleja los intereses económicos de quienes la elaboran.

En ese sentido Charles Austin Beard⁵⁰, señala que los miembros de la Convención que elaboraron la Constitución norteamericana de 1787, reflejan de alguna manera los intereses de grupo; la Constitución no es un documento abstracto, ya que quienes la elaboraron no fueron personas ajenas a los asuntos económicos, por lo que asentaron el texto en los intereses económicos principales de esa época como es el derecho de propiedad.

Las primeras constituciones⁵¹ tomaron como finalidad la limitación del poder que fue logrado mediante grandes revoluciones; luego surge el constitucionalismo liberal en el desenlace final de la Revolución Francesa de 1789, puesto que con la confrontación entre el Rey y la aristocracia, el clero por un lado y por el otro la burguesía integrada por industriales, comerciantes y profesionales, los obreros, empleados y campesinos defienden la libertad, la propiedad privada, estableciendo el libre mercado, cuya aplicación produjo grandes desigualdades de índole social y económica. Estas desigualdades dieron lugar a nuevos planteamientos, ideologías, modelos y teorías económicas para subvertir esta situación.

En las constituciones de corte liberal la constitución económica está implícita, ya que no era necesaria la constitucionalización expresa del sistema

⁵⁰ Ferney Moreno L., *Teorías de la Constitución Económica*, Rev. Contexto, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1743>, pág. 58

⁵¹ Durán Ribera, Willman R., “La Constituyente en Bolivia: Naturaleza y Base Normativa”, en Revista Boliviana de Derecho, N° 2., Julio 2006, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, pág., 3. Señala a la inglesa de 1653, Agreement of the people; la norteamericana de 1776, la de los Estados Unidos de América de 1787; la francesa de 1791.

económico⁵²; García Pelayo se refería a que “el orden estatal y el orden económico eran considerados como dos sistemas de funcionamiento sustancialmente independiente, cada uno orientado por sus propios fines y, realizándose por la operación de leyes de distinta naturaleza (jurídicas en un caso y económicas en otro).”⁵³

En el continente americano, en 1917 la Revolución mexicana produjo la Constitución de Querétaro, y en el continente europeo en Alemania la Constitución de Weimar en 1919, textos constitucionales que sentaron las bases del constitucionalismo social que se inspira en posiciones socialistas moderadas que establecieron el Estado social y democrático de derecho. Es que la Constitución como instrumento jurídico, al contener la estructura del Estado, la unidad política, el orden jurídico y social que protege los derechos y deberes del ciudadano, necesariamente lo hará bajo una determinada concepción ideológica; la cual variará en función a las necesidades de la sociedad, sean estas de tipo social, político o económico bajo la óptica de quienes intervienen en su redacción.

Dalla Vía⁵⁴ se ha referido detalladamente a la CE, y dentro de su análisis realiza una ordenación de los derechos económicos contenidos en la constitución, en los que reconoce los derechos económicos de primera, segunda y tercera generación; los que evolucionan según su análisis de acuerdo a los hechos sociales, políticos y económicos que marcaron cambios importantes dentro de los textos constitucionales de los países europeos y latinoamericanos; sin dejar de lado los del derecho anglosajón que cobraron gran influencia en la determinación de los diferentes derechos y garantías que se incorporan en los mismos. Aquellos de primera generación que garantizan los derechos individuales, evolucionan luego con los de segunda generación que reconocen los derechos del hombre dentro del grupo social y finalmente

⁵² Cancio Meliá, Jorge, “*La Constitución Económica: Promesas incumplibles*”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Num. 7, 2002, pág. 53

⁵³ *Ibidem*, pág. 53.

⁵⁴ Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. Pág. 270 y sgtes.

los de tercera generación se enfocan a reconocer los derechos y garantías de la sociedad en conjunto; en esta evolución se han ganado o mejorado los mismos con la posibilidad de legitimar los denominados derechos colectivos o difusos.

De todo ello se colige que los derechos económicos garantizados por el constitucionalismo clásico o liberal, comparados con los del constitucionalismo social revelan que se operaron cambios análogos a los que se produjeron en la economía y la sociedad; los sistemas económicos y jurídicos han debido acondicionarse a la realidad.

Con la Revolución Industrial se produjeron grandes cambios sociales, económicos y tecnológicos, la capacidad de producción aumentó considerablemente y se reemplazó gran parte de la fuerza de trabajo humana por la mecanización y producción en serie, el avance tecnológico nunca tuvo interrupción, los mercados se ampliaron, se fomentó el consumo, hasta llegar a la sociedad del conocimiento.

Ante todos estos cambios los sistemas económicos también tuvieron que evolucionar, así el liberalismo en su grado mayor dio lugar al capitalismo; este a causa de los males sociales que generó ha debido ceder para dar lugar al intervencionismo hasta llegar a la economía planificada; luego pasaron a la economía social de mercado y este modelo ha debido declinar ante el neoliberalismo que propugna la posición neutral del Estado ante el crecimiento económico, actuando como un contralor de la competencia que debe regir el mercado.

La clasificación de Dalla Vía, cuando propone que los derechos económicos de primera generación se identifican con el constitucionalismo demoliberal del siglo XIX; los de segunda generación con el constitucionalismo social y el Estado social de Derecho; en tanto que los de tercera generación con los derechos e intereses difusos o colectivos que imprimen la posibilidad de expandir la legitimación procesal sobre algunos derechos a un gran conjunto de personas y ya no a un solo individuo o una determinada agrupación o colectivo de personas, creemos que son la continuación del constitucionalismo social

reforzado o moderno que ya no se conforma con la declaración de los derechos, pues estos no son invulnerables por parte de los ciudadanos y por el Estado; sino que tratan de asegurar los procedimientos que garanticen la apropiada protección de los mismos; por lo que concluimos que este cúmulo sumatorio de derechos y garantías, se perfeccionan y se amplían en concordancia con las nuevas necesidades sociales.

Por todo lo que se ha expuesto se entiende por Constitución Económica, las prescripciones normativas que regulan la dirección económica que el Estado podría tomar en relación a los ideales políticos y sociales que persigue; es decir el modelo estará en concordancia con la forma del Estado. En cuanto a la ubicación de estos preceptos dentro de la constitución, los derechos y garantías económicas del individuo se encuentran dentro de la parte dogmática que los define; en tanto que la posición económica del Estado, así como sus facultades se encuentran en la parte orgánica, a partir de ahí corresponde encontrar cómo se delimitan dichos preceptos, cuáles son las interrelaciones que las unen o separan, cómo afectan o se consolidan al régimen económico del Estado.

Es posible expresar que hablar de CE es una nueva forma de analizar jurídicamente los problemas económicos, partiendo del modo en que el Estado asume esta función, tomando para sí las finalidades económicas de integración entre lo económico-político y social, que en aplicación de la soberanía podrá dirigir, controlar, limitar o restringir; traduciendo esta facultad en normativa, que por lógica será de índole pública, aunque abarque dentro de ella instituciones de derecho privado que serán integradas en pro de satisfacer las necesidades económicas de los ciudadanos.

Apartándonos del gran concepto de dirección de la economía del Estado, la CE jurídicamente se plasmará en manifestaciones normativas que relacionan tanto el derecho público como el privado⁵⁵; así, el derecho mercantil como un

⁵⁵ En lo público el derecho administrativo, derecho tributario, derecho laboral y en lo privado el derecho mercantil.

ordenamiento jurídico privado, dirige los actos del empresariado productor de bienes y servicios, en tanto que el derecho administrativo como ordenamiento jurídico público, regula la actividad del empresariado reconocido como motor de la economía. Por lo que se entiende que la CE está referida a ese conjunto de preceptos constitucionales dentro de los cuales deberá desenvolverse la economía de una nación, en los que se determinan los derechos, deberes, libertades y responsabilidades referidas a la actividad económica.

Se resalta del concepto de Duque Domínguez⁵⁶, que al referirse a la CE, expresa que no se trata de constitucionalizar un sistema concreto o un programa económico de gobierno, sino que se trata de la parte de la Constitución que contiene derechos, contenido, límites y responsabilidades de la actividad económica; asimismo establece la normativa, instituciones y jurisdicción ante los que se pueden hacer valer las vulneraciones a estos derechos o hacer efectiva la responsabilidad del uso obsesivo de tales derechos.

Por su parte Horst Ehmke⁵⁷ expresa que la Constitución expresa el modo de conformar la vida social y económica del ciudadano, cuya responsabilidad política es del Parlamento y del Gobierno, es decir garantizar la forma y el equilibrio del ordenamiento de la economía; sostiene también que este ordenamiento ha sido más inteligente que el constituyente, ya que el vínculo entre democracia, libertad y la dinámica económica moderna, solo puede darse en la libre discusión de las fuerzas políticas que están constituidas por el pueblo, con lo cual se cerraría el círculo entre las necesidades de la sociedad y el rol del Estado en la economía, que no podría estar alejado de la deliberación del pueblo a través de sus representantes en el parlamento. Cuando Ehmke, expresaba lo anterior, es evidente que se refería al pueblo alemán, ya que al repasar la historia es evidente que los avatares bélicos que soportó el pueblo alemán dieron lugar a la importancia y concentración de la gestión pública en

⁵⁶ Duque Domínguez, *CE y Derecho Mercantil*, Civitas, 1979; citado por Rodríguez J., "La CE", La comunidad Latina de estudiantes de negocios, en <http://www.gestipolis.com/>; pág. 3.

⁵⁷ Ehmke Horst, *"Economía y Constitución..."*, Op. cit., pág. 343.

los logros económicos, asentándose en la economía social de mercado, a la que ya nos hemos referido anteriormente. Huelga decir que cuando se habla de CE, se alude al Estado de Derecho, a la protección de los derechos individuales, el principio de legalidad y a la atribución de competencias del Estado; también es evidente que la constitución de cada país tiene diferentes alcances, como significados e interpretaciones acordes al texto constitucional íntegro y en lo económico debe ser igual.

Menéndez extrae un interesante concepto de CE, señalando que se refiere: *“al conjunto de normas constitucionales (constitución económica en sentido formal) que consagran los principios y reglas por los que ha de regirse la actividad económica desarrollada por el Estado”*⁵⁸; entendiendo que la Constitución se trata de la normativa de mayor rango dentro de la estructura normativa del Estado, por la cual se legitima la actividad económica, se establecen los derechos, garantías, limitaciones, responsabilidades, así como los instrumentos y medidas que el Estado puede desplegar para actuar o intervenir en el proceso económico.

Por su parte Eucken⁵⁹ se identifica con el concepto de Carl Schmitt, que entiende que la CE es el ordenamiento de la vida económica de una comunidad; al respecto Ehmke, problematiza este concepto, separando el entendimiento de ordenamiento por un lado y la vida económica por otro, en el que asume que la ciencia económica ha entendido que existe una clara separación entre economía y derecho; reafirmando que tanto el pensamiento jurídico y el político-económico tienen caminos propios; pero que en ambos casos no han tomado en cuenta como tercer interviniente al Estado, lo cual se interpretaría como una posición a favor de la necesaria fusión entre estas dos ciencias en el que el nexo de conjunción es el Estado.

⁵⁸ Menéndez Menéndez, Aurelio, *“Constitución económica, sistema económico y Derecho Mercantil”*, en HPE (Hacienda Pública Española), N° 94, 1985, pág. 52. Vid. Font Galán, *“Notas sobre el modelo económico de la Constitución Española de 1978” Revista de Derecho Mercantil*, 1979. Pág. 205 y sgtes.

⁵⁹ Ehmke Horst, *“Economía y Constitución...”*, Op. cit., pág. 334.

Esto es así, cuando se tiene sentado que la CE es una decisión de conjunto, o sea de la población a través del constituyente, a partir de ahí se ha de tener en cuenta que el ordenamiento económico se desarrollará a partir de estos preceptos constitucionales que en principio son una decisión, son un orden y son norma, con el Estado como ejecutor. Pero también es evidente que la CE en su faz material es una decisión de política económica, lo cual significa entrar en el análisis de teorías económicas a aplicar, las cuales conforme sostiene Ehmke, si estas teorías tratan de ser constitucionalizadas a través de la CE, lo que se logrará es destrozar el suelo común de la Constitución⁶⁰. Frente a ese análisis lo que queda es suponer que no se pueden normativizar teorías económicas, pero se pueden adoptar dentro de los límites de la constitución determinados modelos o sistemas económicos.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta que la instrumentalización de la CE, puede dar lugar a qué a través de la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales, ésta dirija hacia determinados fines y objetivos la economía, produciendo diferentes matices en la actuación de los entes económicos, sean estos públicos o privados.

1.1. La flexibilidad y rigidez de la Constitución

Normalmente la constitución no contendrá un modelo económico preciso, ya anteriormente se expresó que va a contener una tendencia, la de los ideólogos y redactores de su texto en concordancia con el momento que la desarrollan; entonces cabe plantearse ¿cómo la constitución dará respuestas en el tiempo?, será a través de las reformas, para lo cual se deberán seguir procedimientos y requisitos formales.

La teoría constitucional sostiene que se califica al contenido del mismo, como constituciones flexibles y constituciones rígidas; Bryce⁶¹ en la distinción que hace respecto rigidez y flexibilidad constitucional, se refiere a las rígidas denominándolas también sólidas, fijas, estacionarias, que son las que para ser

⁶⁰ Ehmke Horst, *"Economía y Constitución..."*, Op. cit., pág. 338.

⁶¹ Menéndez Menéndez, Aurelio, *"Constitución económica..."*, Op. cit., pág. 131.

reformadas precisan de un órgano y métodos especiales distintos a los que son necesarios para reformar una ley ordinaria; en cambio las califica como flexibles cuando proceden de la misma fuente que la ley ordinaria, sin ser necesario métodos diferentes y su reforma o anulación se realiza por el mismo órgano; a este tipo de constitución, también se la califica como dinámica o elástica, cuidando guardar como única exigencia que mantenga sus rasgos fundamentales.

La dogmática alemana se ha referido a la constitución rígida como necesaria para la protección de los valores frente a los cambios, aunque es necesario tener en cuenta que la constitución trata de solucionar o afrontar la situación política y jurídica de la existencia de la sociedad y del Estado, la cual no es estática. Menéndez con la finalidad de modificar la constitución considera las vías de penetración de la estructura constitucional y se refiere a la interpretación y forma escrita del texto constitucional, en el cual las palabras tienen una importante connotación sobre su contenido constitucional, los cuales en el devenir del tiempo han cambiado o transformado su significado, así las palabras *libertad*, *igualdad*, han variado en el tiempo.

De igual manera hace referencia a la intención política que subyace en la constitución, las relaciones y posiciones políticas del poder circunstancial, las que no pueden tornar en estática a la constitución; ésta cambiará con el planteamiento de nuevas finalidades en conexión con el conjunto de los preceptos constitucionales. También se refiere a las modificaciones que se producen en la constitución cuando las leyes ordinarias cambian. La constitución sea esta rígida o flexible está expuesta a cambios no solo por las reformas digamos formales en su texto, sino también a las mutaciones que podría sufrir ésta, que a decir de Laband⁶² se deben a prácticas políticas que surgen de su aplicación, de mutaciones por la imposibilidad de su ejercicio, por prácticas en oposición a los preceptos de la constitución y en coincidencia con Menéndez, se refiere a los que se operan por la interpretación de los términos que por el transcurso del tiempo son distintos de los que en principio fueron

⁶² *Ibidem*, pág. 137.

pensados; con lo que se concluye que la constitución sea rígida o flexible se trata siempre de una estructura normativa dinámica de posible modificación por la vía formal de la reforma o por la interpretación en concordancia con las leyes ordinarias, por la vía de las mutaciones de carácter operativo que recaen sobre el texto.

Otra forma de analizar la situación es que si la constitución, no se decanta por un determinado sistema o modelo económico y permite una variación sin ser contraria a la norma, se está ante un modelo flexible que no permite la rigidez o encasillamiento, aunque tomando en cuenta que los cambios se deben realizar en el marco integral de las normas constitucionales⁶³. En ese sentido Menéndez expresaba en relación a la Constitución española que se está ante un modelo flexible dentro del Estado social de carácter abierto, de manera que no favorece al reconocimiento de un modelo económico concreto, y menos al programa económico de un gobierno o un partido político, lo cual no tiene que entenderse como una falta de estabilidad, que es contraria a la seguridad política, económica y social que el Estado debe proporcionar en pro de la sociedad.

1.2. Los derechos y garantías económicas

Se han expuesto ciertos parámetros de entendimiento referidos a la constitución como cuerpo normativo, por lo que es totalmente necesario examinar dentro del texto constitucional cuales son los derechos y garantías que hacen al reconocimiento de la CE; dentro de este texto sistematizado principalmente se señalan el derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa, el derecho de asociación, el derecho al trabajo, los derechos de los consumidores y usuarios, la defensa de la competencia.

⁶³ *Ibidem*, pág. 54.

Dalla Vía⁶⁴ en un análisis evolutivo los clasificó como derechos económicos de primera, segunda y tercera generación que contienen a la libertad de comercio o libertad de empresa, el derecho al trabajo y el derecho de propiedad en la primera; el derecho del trabajo y la asociación sindical y la seguridad social en la segunda, y el derecho de usuarios y consumidores y la defensa de la competencia en la tercera.

1.2.a. El derecho de la propiedad

El derecho de propiedad históricamente ha sido la preocupación esencial en la vida de las personas categorizado en el plano jurídico como un atributo del ser humano, igualable a la libertad, se forja a lo largo de la historia del hombre, teniendo a Locke⁶⁵ como su más claro exponente, que la consideró como un derecho natural, anterior al surgimiento del Estado.

Luego el 25 de agosto de 1879, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁶⁶, el derecho de propiedad es reconocido como un derecho natural e imprescriptible, sagrado e inviolable; no obstante, en este mismo texto es necesario diferenciar el derecho de propiedad del derecho individual a la propiedad privada⁶⁷, que se concretiza con mayor precisión en la Declaración

⁶⁴ Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Derecho Constitucional Económico...*, Op. cit. pág. 298.

⁶⁵ Jhon Locke desarrolló la teoría de que la propiedad privada era anterior a la sociedad, por lo que esta no tenía la capacidad para restringirla, además defiende que el trabajo sobre los recursos naturales otorgaría la propiedad y que podría reclamarla como parte del mundo que Dios dio a la humanidad; teoría que fue contrapuesta por la teoría de Thomas Hobbes que se enfoca en el contrato social como creador de la sociedad organizada y por ende de la propiedad privada.

⁶⁶ El artículo 2 expresa: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”;

⁶⁷ Así puede interpretarse de lo que establece el artículo 17 de la Declaración que expresa: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.”; puesto que ya se habla de la necesidad pública y de la expropiación.

Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948⁶⁸. Desde entonces este derecho ha evolucionado en sentido de las restricciones o limitaciones que se han impuesto a su ejercicio, ya que se la condiciona a la función social o utilidad pública, restricción que se encuentra contenida en la mayoría de los textos constitucionales modernos.

La subordinación de este derecho a la función social o utilidad pública, la modela a los intereses sociales reestructurándola hacia un propósito económico-social que se concreta en la privación de derecho de disfrute y titularidad de este derecho, solo por utilidad pública y necesidad social y ha de ser restringida mediante la expropiación que se impone en caso de necesidad o de utilidad pública, disponiendo la previa y justa indemnización.

Este derecho de propiedad considerado por el derecho civil el derecho patrimonial por excelencia, desde la perspectiva constitucional se proyecta como un derecho integral que abarca a la persona como ser individual dentro de su organización social y frente al Estado. James M. Buchanan⁶⁹ vincula la función de la propiedad a la garantía de la libertad, considerando, no solo que contiene una esencia axiológica, sino que su valor instrumental asegura en mayor grado la libertad individual de su titular; en sentido de lo cual este derecho no solo abarca un sentido jurídico y económico sino en esencia es la libertad del individuo, de sus facultades de disposición, su uso. Por otra parte, es importante la extensión, conexión e interdependencia del derecho de propiedad con otros derechos como el derecho a la libertad de empresa, por ejemplo.

En lo referido a la restricción o limitación del derecho de propiedad por medio de la expropiación, obedece al poder de imperio del Estado aplicarla; las condiciones de la utilidad pública y necesidad social precisan una declaración legal, que además contenga en forma integral la previa y justa indemnización.

⁶⁸ El artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, expresa: "1. Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

⁶⁹ Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Derecho Constitucional Económico...* Op. cit., pág. 238.

Esta limitación tiene su origen en el Estado social o Estado de derecho en el que se protegen los derechos sociales y económicos y que ha sido regulada dentro del constitucionalismo social, con la característica de dar una función social a la propiedad.

1.2.b. El derecho a la libre empresa

Este derecho totalmente ligado a la economía de mercado, entendida como la libertad que tiene el ciudadano para realizar actividades económicas, sean de producción o prestación de servicios; sin embargo, esta libertad no es irrestricta y se puede dividir en dos dimensiones claramente identificables⁷⁰, una subjetiva y otra objetiva. La subjetiva que otorga el poder de decidir la aplicación de su inversión, es decir a qué sector de la economía dedicar su inversión; luego, decidir cómo organizar los procesos de producción y también la libertad de contratación. En cuanto a la dimensión objetiva de este derecho, se encuentra en el acatamiento que debe prestar a la normativa económica, que le proporciona la libertad de elegir el tipo de empresa que constituir de acuerdo al modelo económico que haya adoptado el Estado; de donde se colige que no es una libertad absoluta e ilimitada, tiene limitaciones en relación a los caudales de explotación de la riqueza, del interés general, de la planificación y algunas otras regulaciones que ya ha establecido el legislador constitucional. Entre las limitaciones también se puede señalar la restricción a determinadas actividades que se han reservado como actividad empresarial a cargo del Estado.

Por otro lado, la garantía constitucional de esta libertad, en orden de importancia, estaría en el ejercicio de la actividad económica en igualdad de condiciones entre el sector privado y el público; es decir ambas sometidas a las normas del mercado.

⁷⁰ Siguiendo la dirección que tomó Rodríguez J., "La CE", La comunidad Latina de estudiantes de negocios, en <http://www.gestiopolis.com/>; pág. 14.

Ya se expresó que la libertad de empresa⁷¹ se refiere a la libertad de actuación económica, lo cual implica también la libertad contractual, y a ésta última se le añade la libertad de concurrencia. Además, está la libertad de empresa en su triple sentido, de constituir, ejercer y extinguir la actividad comercial.

El sentido del cuerpo normativo de la Constitución y la interpretación de la CE no es aislada, no es exegética sino más bien sistemática y teleológica, nos muestra la correlación entre el derecho de propiedad y la libertad de empresa, de donde el ciudadano no podría desplegar la libertad de empresa sin tener garantizado el derecho de propiedad, ya que éste asegura y garantiza también su participación sea de forma individual o asociada en la constitución de un emprendimiento empresarial; lo preocupante es que sobre este derecho de propiedad dentro de la libertad de empresa se aplique la expropiación fundada en la restricción de la necesidad o utilidad pública, en la práctica se ha producido mediante las nacionalizaciones de empresas en Bolivia, como veremos en análisis posterior.

2. EXPERIENCIAS RELEVANTES: MÉXICO, ALEMANIA Y ESPAÑA

2.1. La Constitución Mexicana y su influencia en la configuración de la CE

Por la ascendencia normativa de la legislación española en América desde los tiempos de la colonia, se puede afirmar que la constitución española de 1812 no tuvo vigencia en la Nueva España⁷², de manera que desde la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814 se puede hablar de los ideales políticos y económicos de Morelos⁷³ quien extinguió la alcabala, declaró la

⁷¹ Ehmke Horst, *"Economía y Constitución..."*, pág. 366, se refiere a la opinión de Ballerstedt.

⁷² Se refiere al territorio integrante del imperio español en los siglos XVI y XIX, conocida como periodo colonial mexicano.

⁷³ Se refiere a que José María Morelos y Pavón cuyo anhelo fue organizar las instituciones de la Nación y en la Constitución de Apatzingán plasmó sus ideales de igualdad, buscando que no haya privilegios ni abolengos, que no haya esclavitud, que se eduque a todos desde el más pobre hasta el más rico, que todo aquel que acuda a la justicia tenga un tribunal que lo ampare, escuche y defienda contra el fuerte y arbitrario. Además proyectó la confiscación de intereses europeos y americanos partidarios del gobierno español.

igualdad de los indios y mando acuñar la moneda de cobre. De 1821 hasta 1824 surgió el Estado mexicano, con la organización de sus instituciones administrativas que datan de la colonia, las que continuaron vigentes hasta una parte del siglo XIX⁷⁴. En esta época se elaboró la ley fundamental mexicana que tuvo la influencia de las revoluciones americana y francesa; siguiendo la historia el siglo XIX está marcado por la lucha irreconciliable entre liberales y conservadores, los primeros que representaban los nuevos ideales del pueblo mexicano y los segundos que pretenden preservar los privilegios e intereses de las clases que poseían la riqueza mexicana; hasta que el 4 de octubre de 1824 se configura la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que establece la organización del estado federal, en la cual se plasmaron los primeros aspectos generales de las finanzas nacionales⁷⁵; aunque no se regularon las garantías individuales.

En 1857 se instituye la Constitución liberal⁷⁶ que define la unidad del Estado mexicano; pero no se pudo definir y establecer el derecho de propiedad; se consagra el principio de legalidad, se dio impulso a la organización administrativa del Estado con la implementación de leyes para cada sector. Luego en la revolución de 1910 en su faz social demandaba los grandes problemas agrarios, obreros, de educación; era evidente que eran también demandas económicas por lo que se encara una política de mejor distribución de la riqueza pública, mayor intervención económica del Estado, hasta que en 1917⁷⁷ cuando en el Congreso Constituyente se instituye el estatismo, se incorporan nuevos preceptos a la Constitución y se inician grandes obras públicas como ser, carreteras, escuelas, servicios públicos y entidades de gran importancia como Petróleos Mexicanos, Ferrocarriles nacionales de México y otras entidades de apoyo social a las pensiones y rentas; en lo social se trata de garantizar los derechos de los grupos que participaron en la revolución; la

⁷⁴ Serra Rojas, Andrés, *Intervencionismo del Estado...*, Op. cit. pág. 39

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 46

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 48. Se denominó así porque la mayoría de los diputados del Congreso Constituyente eran de tendencia liberal moderada.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 54

nueva Constitución promulgada en la ciudad de Querétaro marcó el hito de la implantación del por entonces nuevo constitucionalismo social.

El liberalismo imperante entre el siglo XIX y primeros años del siglo XX no había logrado resolver los graves problemas sociales; aunque había resuelto algunos de índole económica; de manera que lograron surgir expresiones como demoliberalismo, liberalismo solidarista, liberalismo social, lo cual dio lugar a que surja el grupo revolucionario de 1917, que impone un programa de reforma social, dando paso a la economía mixta para fortalecer la economía nacional; es que México sin industria, se insertó en la aplicación de la economía de mercado, lo cual resultó desventajoso e injusto, ya que en lo nacional producía con una industria rudimentaria que tuvo que enfrentarse a modernas herramientas respaldadas por tecnología superior, con las cuales era muy difícil competir.

En la década del 20, tanto la Constitución de Weimar en Alemania, como la de Querétaro en México son las primeras que reconocen los derechos sociales, lo tradicional era que las constituciones sean políticas, pero a partir de estas constituciones se incorporan los derechos sociales⁷⁸; pero es evidente que el componente económico dentro los problemas sociales era tan grande que tenía no solo que ver con educación y salud, sino con la mejor forma de resolver la economía individual y colectiva del ciudadano.

⁷⁸ Arce Ortiz, Elmer Guillermo, "Informalidad, Derecho y Derecho Social", Revista Boliviana de Derecho, N° 5, Enero 2008, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, Ed. El País, Pág. 163. Expresa también que así fueron incorporados los trabajadores al sistema jurídico capitalista, el derecho laboral, el más importante de los derechos sociales, insuficiente hoy, debido a que en la época que se incorporaron se pensó en la clase obrera, hoy hay muchos más sectores que precisan el amparo constitucional, los trabajadores independientes, empleados, subempleados, por lo que se deberá inventar un nuevo concepto de derecho social.

2.2. La influencia de la Constitución alemana en la configuración de la CE

A decir de Horst Ehmke⁷⁹ el concepto de CE fue desarrollada por los sociólogos bastante antes de la Ley Fundamental de Bonn, alude que actuó como puente al concepto de “democracia económica” como tema de la República de Weimar; pero la consolidación definitiva en el uso del término lo dio la escuela de Freiburg como modelo de orden económico.

En 1948, durante la República Federal, la conducción de la política económica se identificó con la “economía social de mercado”, aplicada por su primer ministro Erhard, expuesto en Düsseldorf⁸⁰ y se convirtió en guía de la interpretación constitucional porque recibió un amplio apoyo popular. El tiempo demostró que era el modelo que Alemania precisaba en ese momento de su historia, porque en 1945 después de la segunda guerra mundial se produjo el desmantelamiento y destroz del sistema económico, por lo que se tuvo que crear un nuevo orden económico que dio lugar a lo que se llamó el milagro económico alemán por la vertiginosa reconstrucción de la economía y el acelerado crecimiento industrial, modelo que fue pilotado por el canciller Konrad Adenauer y Erhard como ministro de finanzas.

Alemania daba pasos firmes hacia la economía de mercado, trazando toda una normativa que libere la iniciativa privada y aunque en principio el modelo fue resistido y criticado terminó por imponerse y en la década del cincuenta fue considerada una de las economías más fuertes.

El modelo económico adoptado obedecía al liberalismo, pero la desolación social y económica que había sufrido el pueblo alemán no podía ser ignorada por sus gobernantes, por lo que en forma simultánea a esas medidas implementaron lo que se denominó el Estado de Bienestar, modelo que posteriormente fue conocida como la Economía Social de Mercado. En cuanto a las libertades, derechos y garantías del ciudadano se compatibilizaron en lo que se denominó Estado de derecho y en su acepción más trabajada se calificó

⁷⁹ Ehmke Horst, *“Economía y Constitución...”*, Op. cit., pág. 333.

⁸⁰ *Ibidem*, pág., 348

como Estado social y democrático de derecho, comprendiendo dentro de ella las condiciones políticas, económicas y jurídicas como elementos esenciales de la nueva realidad social y en cuanto a su vertiente constitucional ha dado lugar al Constitucionalismo Social.

2.3. La Constitución Española de 1978 y la CE

La Constitución Española vigente ha sido aprobada por las Cortes generales el 29 de diciembre de 1978⁸¹, algunos rasgos históricos y los avatares de su implementación se encuentran detallados en la visión de Rodríguez-Zapata⁸², se hace notar que la constitución hasta la fecha no ha sufrido grandes modificaciones.

La jurisdicción ordinaria y constitucional han debido pronunciarse sobre el alcance y significado operativo de las cláusulas económicas, de igual manera la doctrina en todo este lapso de tiempo desde las diferentes problemáticas manifestadas en los casos concretos ha realizado un desarrollo por el que expresa haber encontrado una falta de coherencia sistemática y difícil delimitación de sus significados⁸³. Aunque es evidente que el contenido económico y social de la constitución del 1978 de innegable importancia, deviene de su origen, ya que se encuentra dentro de los textos constitucionales influenciados por el constitucionalismo social, además de las condiciones políticas y socio-económicas generales al momento de su preparación y elaboración.

⁸¹ La última modificación se ha realizado el 27 de septiembre de 2011, en la cual se modificó el texto del art. 135 que se refiere al tratamiento de la deuda pública.

⁸² Rodríguez-Zapata, Jorge, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 119 y sgtes.

⁸³ Alborch Bataller, Carmen, "Reflexiones en torno a la iniciativa económica privada e iniciativa pública en la Constitución española", en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Ed. Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, Valencia, 1980, pág. 159.

En cuanto a la constitución económica en la Constitución Española, se puede expresar que contiene de manera transversal principios y normas que sostienen en su contenido lo que se ha denominado constitución económica CE, la cual queda siendo entendida como aquellos principios y reglas relacionados con el desempeño de la actividad económica tanto del sector privado como del sector público. La primera en pro de la garantía del libre desarrollo de la iniciativa económica privada o libertad de empresa en concreto y la segunda referida a la intervención económica del Estado con el desarrollo de actividades económicas referidas en su mayoría a servicios de interés público, sin que ello signifique un impedimento de realizar actividades productivas y comerciales, las cuales pueden tener incidencia en la regulación del mercado; aunque está claro que la mayor incidencia del Estado dentro de la economía es su aptitud constitucional para la planificación de la economía general.

Se ha sostenido que la CE ha sido objeto de estudios por parte de la ciencia económica a través de los principios de orden económico y los del Derecho Económico, debido a que se ha tratado de identificar y aplicar el sistema económico que descende de la constitución, pero las posiciones doctrinales desde el derecho tienen que ver con principios y derechos constitucionales que sostienen el modelo y sistema económico.

Así Martín-Retortillo⁸⁴, asienta su análisis en que al encontrarse la CE dentro de la constitución, ésta se sustenta en un contenido de cláusulas generales referidas a la economía, por lo que se hace necesario precisarlas jurídicamente y enfrenta su posición desde tres principios que determinan el modelo económico español; el primero se refiere a la libertad de empresa, el segundo a la coexistencia del sector público y sector privado en el desarrollo de actividades económicas y el tercero en la innegable confluencia en los aspectos económicos por parte de los distintos poderes públicos; en relación a este último reconoce que dentro del marco constitucional se han determinado

⁸⁴ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, "*Principios del sistema económico en la Constitución Española*", Cuadernos de Derecho Judicial, La intervención administrativa en la economía, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 13 y sgtes.

competencias económicas a las Comunidades Autónomas, pero aquellas no pueden ser contrarias a las atribuciones que tiene la economía general, y más bien deben desarrollar las competencias que les has sido atribuidas desde la constitución en los ámbitos de la actividad económica de manera compatible con el régimen económico en general⁸⁵; ambos estratos estatales tampoco pueden sustraerse de la observancia del ordenamiento comunitario en el marco de las atribuciones que les asigna la Constitución.

Por lo mismo, a decir de Quijano⁸⁶, las normas que contienen la denominada CE, no necesariamente sólo se encuentran en la constitución, sino que son todas aquellas que basadas en el marco constitucional confluyen en la configuración del modelo económico que propugna la Constitución. Pero además hay que tener en cuenta que no es un conjunto de normas cerrado, puesto que de serlo así, daría lugar a que sólo reproduzcan un modelo económico concreto y la Constitución si bien sostiene la economía de mercado como el modelo constitucional, tiene la connotación de ser flexible cuando por un lado garantiza la libre iniciativa privada y por otro dispone la incorporación de la iniciativa económica pública y la posibilidad cierta de planificación económica general por parte del Estado, elementos de alguna manera parecen contrarios al modelo.

Sobre lo dicho anteriormente, nada valdría hacer un recuento de los artículos de la Constitución que configuran la CE, lo cierto es que al doctrina ha coincidido en que los pilares de su contenido se encuentran sostenidos por una especie de bloque normativo que sostiene la CE y que está configurado principalmente por los artículos 38, 128, 131, amén de los art. 33, 51, 149.1.6, y 53.1., donde cada uno configura un derecho, una garantía, un principio rector de la economía o un precepto de ordenación de la economía y en caso del art. 53.1 la reserva de ley.

⁸⁵ El art. 148.13., se refiere a la competencia de fomento al desarrollo económico en las Comunidades Autónomas.

⁸⁶ Quijano González, Jesús, "Derecho Mercantil y Constitución Económica", en Legislación Mercantil, Lex Nova, 1995, pág. 8.

2.3.a. *Constitución Económica y Derecho Mercantil*

La legislación mercantil española obedece en principio a un Código de comercio del año 1885, aunque por la natural evolución y requerimiento de la realidad ha debido ser complementada mediante normas especiales, las cuales incluso han debido soportar modificaciones que las hagan acorde al mundo globalizado del comercio y a las Directivas de la Unión Europea. A decir de Menéndez Menéndez⁸⁷, el Código solo cumple una función testimonial de lo que fue el Derecho mercantil, ya que hoy en día la naturaleza netamente privada del mismo se ha visto inundada por la intervención del Estado, por lo mismo que es el rector de la economía y la incontenible interacción entre las entidades públicas y privadas; puesto que en el mercado no solo se han instalado las empresas privadas transnacionales, sino que éstas coexisten entre grandes holdings públicos, compartiendo mercados. En ese desempeño, existen empresas privadas que han debido adoptar normas públicas en su desempeño, las que desarrollan actividades de servicios públicos, por ejemplo, y están las empresas públicas que desempeñan sus labores con la normativa privada y además están las mixtas que comparten ambos elementos de manera coordinada.

Quijano⁸⁸ se refiere a la CE como la ordenación de la actividad económica dirigida a proyectar un modelo económico que prescribe la Constitución del 1978, texto al que el Derecho Mercantil ha debido adecuarse en función a los principios económicos rectores insertos en el texto constitucional, los cuales no están exentos de cierta intencionalidad ideológica y política e inclusive social cuando en el fondo constituye un modelo de organización de la sociedad española; más aún cuando se ha de tener en cuenta que las normas mercantiles deben obedecer a una especie de jerarquía normativa basada en

⁸⁷ Menéndez, Aurelio, "*Constitución económica...* Op. cit. Pág. 63.

⁸⁸ Quijano González, Jesús, "*Derecho Mercantil y Constitución...*, Op. cit., pág. 2.

las competencias atribuidas al Estado⁸⁹ y a las Comunidades Autónomas, a las cuales habrá que agregar la normativa comunitaria conforme ya se ha señalado antes, por su orden se considera que respecto de ésta última, el Derecho Mercantil ha recibido un importante impacto.

Asimismo Quijano⁹⁰ hace referencia a que el Derecho Mercantil ha debido soportar el intervencionismo económico, lo cual significó la invasión de la normativa de Derecho Público en el ámbito jurídico privado, en todo el campo de desarrollo de la actividad empresarial, regulando desde las formalidades que debe cumplir en la organización o creación de la empresa, su funcionamiento, la regulación de la competencia, defensa del consumidor, la regulación de estructuras societarias, hasta las formas de liquidación de éstas y, tantas otras normas que al parecer ha transformado al Derecho Mercantil en Derecho del Mercado.

2.3.b. Constitución Económica y libertad de empresa

Martin-Retortillo, sostiene que la libertad de empresa entendida como libertad de iniciativa económica, no solo es un derecho subjetivo sino que se trata de un pivote que sostiene el modelo económico y que el art. 38 además enmarca ese derecho dentro de la economía de mercado; por su parte Alborch Bataller señala que esa libertad de empresa implica justamente estar dentro del modelo que señala la Constitución, pero lo que no está claro es hasta donde llega la protección y garantía por parte de los poderes públicos para su ejercicio, puesto que además el marco de la libertad en la iniciativa económica es la economía en general y la planificación que evidentemente ha de ser la del gobierno; lo cual implica tener en cuenta la visión de la intervención del Estado en la economía que se dispone en el art. 128.2.

Cuando la Constitución se refiere a la libertad de empresa como un derecho que está protegido y garantizado, aunque cabe resaltar que para hacer valer dicho derecho se hace necesario el desarrollo de una ley previa que es el

⁸⁹ El art. 149.1.6 asigna como competencia exclusiva del Estado la legislación mercantil.

⁹⁰ Quijano González, Jesús, "Derecho Mercantil y Constitución...", Op., cit., pág. 5.

eslabón jurídico que activa la posibilidad de ser invocado ante los tribunales; de manera que la legislación mercantil codificada y la complementaria o anexa a ella, es la que materializa el mentado derecho. De ahí que la normativa mercantil española ha desarrollado las diferentes formas de organización e integración empresarial, los modos de integración de la propiedad y el control de las grandes sociedades, la competencia entre ellas, las diferencias entre las grandes, medianas y pequeñas empresas, cada una con intereses distintos, pero todas dentro de un mercado que está regido de acuerdo a los principios rectores de la economía de mercado.

De otro lado, no se ha descuidado la normativa de protección a los consumidores y la de los trabajadores como parte de los principios protectores de la Constitución; asimismo están la protección al derecho de propiedad industrial, el derecho de la competencia, y la regulación de la competencia desleal, así como nuevas formas de contratación mercantil que afectan tanto a las empresas como a los consumidores.

Para Ariño⁹¹, dentro de ese análisis, todas las regulaciones que se establecen respecto a la libertad de empresa y también al derecho de propiedad, al estar sustentados por la constitución se encuentran también subordinados al interés general de la economía, y como tales no son ilimitados, pero también cuando el art. 128.1 de la Constitución dispone la subordinación al interés general, expresa el autor que se debe determinar su alcance.

La doctrina en general se ha referido a la dificultad que el mismo Tribunal Constitucional ha encontrado en precisar los límites de la libertad de empresa, Rubio Llorente⁹² se refiere a que una forma de limitar el mismo es aplicando el principio de proporcionalidad, que conduce a que las restricciones o limitaciones son legítimas solo cuando son indispensables para alcanzar lo que la norma ha propuesto, por su parte Quijano⁹³ plantea en relación a los límites, que éstos tienen que ver con juicios de legalidad y juicios de oportunidad, de

⁹¹ Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios constitucionales de la Libertad de Empresa, Libertad de comercio e Intervencionismo Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 35.

⁹² Rubio Llorente, Francisco, "La libertad de empresa en la Constitución", en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1966, pág. 442.

⁹³ Quijano González, Jesús, "Derecho Mercantil y Constitución...", Op. cit., pág. 10.

manera que no se trata de “*qué se puede hacer*”, sino “*hasta dónde se puede llegar*”, sin que ninguna restricción haga imposible el ejercicio de los derechos o garantías y que la planificación estaría más referida a técnicas administrativas, financieras y de fomento y no a medidas de tipo coactivo, que además no signifiquen romper el equilibrio del mercado.

La libertad de empresa en la práctica significa la libre creación y acceso al mercado, así como la permanencia o ejercicio y salida del mismo, libre elección de actividad y de forma jurídica. Ariño⁹⁴ se refiere a que cualquier persona física o jurídica, cumpliendo los requisitos puede crear empresas en cualquier actividad, salvo las que se encuentren reservadas por ley sobre recursos o servicios esenciales o aquellas que corresponden a un mercado regulado como ser banca, seguros, mercado de valores y algunos otros. De igual manera en el ejercicio de la libertad de empresa, puede organizar su actividad económica empresarial eligiendo la forma jurídica de organización, la denominación, el lugar de su ejercicio y todas las características que la diferencien de las demás,

En cuanto a la libertad del ejercicio estará enmarcada en la libertad de volúmenes de producción, de aumentar o disminuir su inversión, al establecimiento de precio de los productos; aunque en realidad en ocasiones el poder estatal amparado en la dirección o planificación de la economía regula las actividades de producción, los precios e inclusive las áreas de asentamiento o la dimensión de la superficie comercial, lo cual cuando se trata de ordenar el mercado o las áreas industriales puede tener valor, pero en ocasiones puede tratarse de un acto que es lesivo a esa libertad de empresa que propugna la constitución y que es componente esencial de la CE.

Ariño⁹⁵, sostiene que el marco jurídico de la actividad económica se asienta en el Código Civil, el Código Penal y el Código de Comercio, las leyes mercantiles, laborales, fiscales, procesales y otras relacionadas con el desarrollo de las actividades mercantiles; cada norma cumple un rol específico, que en este trabajo no es necesario desarrollar.

⁹⁴ Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios constitucionales de la Libertad...*, Op. cit., pág. 85 y sgtes.

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 100.

Además para Ariño⁹⁶, la libertad de empresa se encuentra complementada por el derecho de propiedad, que corresponde a un derecho social y político, en tanto que la libertad de empresa es un derecho económico, y que ambas constituyen parte de la libertad de la persona; a decir del autor, estos derechos siendo jurídicamente protegidos⁹⁷, se encuentran debilitados porque ceden a la utilidad pública por medio de la expropiación y por la planificación de la economía; en realidad se trata de derechos constitucionalmente protegidos y garantizados pero por su característica principista, deben ser desarrollados en ley especial. El mismo autor sostiene que mientras el derecho de propiedad se encuentra definido dentro de la constitución como un derecho fundamental, la libertad de empresa es solo una garantía, así ha entendido el Tribunal Constitucional⁹⁸.

A decir de Quijano⁹⁹, además en la libertad de empresa se encuentran implícitos la libertad de contratación y la libertad de competencia, el primero entendido como la libertad para contratar, fijar el contenido del mismo y libertad para establecer las formas de celebración; pero en realidad esta libertad ha sido objeto de restricciones establecidas en normas imperativas que la modifican; respecto a la libertad de competencia se hará referencia más adelante.

En resumen la libertad de empresa como parte de la CE, es un derecho que goza de la garantía y protección en su ejercicio, el cual ha de ser aplicado en base al principio de proporcionalidad; en cuanto al factor de su destino,

⁹⁶ Ibídem, pág. 21.

⁹⁷ Derechos fundamentales que no son susceptibles de defensa por el recurso de amparo constitucional, sino por la jurisdicción ordinaria, en ese sentido Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios constitucionales de la Libertad de...*, Op. cit., pág. 24. Vid. Rubio Llorente, Francisco, "La libertad de empresa...", Op. cit., pág. 437 y sgtes., en la cual se expresa que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 84/1983 señala que la libertad de empresa como derecho fundamental goza de doble protección, la de reserva de ley y la de intangibilidad de su contenido esencial, es decir una protección formal y una protección material.

⁹⁸ STC 37/1981, citada por Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios constitucionales de la Libertad...*, Op. cit. Pág. 94.

⁹⁹ Quijano González, Jesús, "Derecho Mercantil y Constitución...", Op. cit., pág. 12 y sgtes., cita los contratos forzados, los contratos de adhesión, las condiciones generales de la contratación y otras que afectan a la libertad contractual en materia mercantil.

tampoco todos los emprendimientos empresariales gozan del mismo grado de libertad, por lo que los límites y parámetros de la misma estarán regulados por ley en función a su género y magnitud, de manera que se deberán establecer estas diferencias para que todas se encuentren en el mercado en términos jurídicamente iguales.

2.3.c. Libertad de empresa e iniciativa económica pública

El reconocimiento constitucional a la iniciativa económica pública y la intervención de empresas con motivo del interés general tiene la debilidad de ser abstracta, según Alborch Bataller, pues no precisa quien va a decidir y con qué parámetros la intervención del Estado, además dicha acción también implica la asunción del Estado como empresario o financiador de actividades económicas, de donde al asumir dicho ejercicio debe hacerlo en igualdad de condiciones con los privados, porque no se trata de que tome para sí actividades en la que el capital privado es insuficiente, o aquellas en las que de alguna manera significan satisfacer necesidades sociales de interés general, o renunciando a la reproducción del capital que es la esencia de la iniciativa económica privada y que corresponden a la aplicación de la subsidiariedad que se encuentra superada.

Martin-Retortillo sostiene que el fondo principista del art. 128 de la Constitución Española, tiene que ver con el establecimiento de un sistema económico de carácter dual, que debe aplicarse en ejercicio de plena igualdad; pero teniendo en cuenta que al sostener un contenido ideológico de aplicación económica, considera como componentes del mismo el contexto del derecho de propiedad prescrito en el art. 33.2 y 33.3 contrastado con el art. 128.2., que en conjunto subordinan la propiedad al interés general.

En cuanto a la iniciativa pública en la actividad económica, el texto constitucional a decir de Martin-Retortillo supone la coiniiativa económica pública y privada; es evidente que a estos efectos no se puede soslayar lo

dispuesto por el art. 38 referido a la libertad de empresa, que en el fondo es la libertad de iniciativa económica no solo por parte de los privados; de manera que el autor encuentra en su interpretación a la libertad de empresa no solo como un derecho exclusivo de los privados, sino que es un derecho y garantía general que también el sector público puede invocarlo.

Al respecto de la concurrencia de ambos sectores en la economía, Menéndez Menéndez¹⁰⁰ se pronuncia y acota que la iniciativa económica siempre será privada, independientemente de la naturaleza del agente, sea privado o público, agregando que de esta manera se puede soslayar los criterios políticos de la gestión empresarial pública; porque además el Estado debe planificar el orden económico y no el proceso económico, lo cual tiene coherencia con el precepto del art. 128, referido al reconocimiento de la iniciativa pública en la economía junto a la libertad de iniciativa privada que conduce a la coexistencia económica; de lo cual se entiende que la iniciativa económica sea privada o pública tiene la posibilidad de coexistir con la otra dentro de un mercado y cuyo orden está encargado por la constitución al Estado.

Si ésta posición aparentemente se contrapone con lo dispuesto por el art. 38 de la libre empresa, la doctrina ha expresado que al corresponder a un modelo económico como es la economía de mercado no resultan incompatibles como pareciera, puesto que la actuación económica del Estado no se supone atado al principio de subsidiariedad, más aun cuando España debe adecuar su regulación económica a la normativa comunitaria, que exige parámetros de actuación que restringen prácticas no acordes al derecho de la competencia respecto a todos los actores dentro del mercado y más aún, cuando la constitución propugna el modelo de economía de mercado.

Por otra parte, la libertad de empresa tal como se halla expresada en el art. 38 y en concreto lo relativo a su ejercicio en función a la economía general y en su caso a la planificación, ha merecido también atención respecto a su correlato con el art. 131.1., que está referido a la planificación de la actividad económica

¹⁰⁰ Menéndez Menéndez, Aurelio, "*Constitución económica...*", Op. cit. Pág. 56.

general, planificación que sería a la que debe responder la iniciativa económica privada, la cual no puede ser limitativa, y a decir de Burzaco Samper¹⁰¹, solo puede ser una planificación indicativa, puesto que de no ser así se contraponen a la libertad de empresa y es incompatible con el modelo de economía de mercado. A lo cual cabe decir, aunque al parecer esta planificación de la economía pareciera ser una molestia para la actuación económica privada, en momentos de crisis económica, es necesaria y conveniente la planificación económica por parte del Estado a fin de evitar la incertidumbre.

El Estado dentro del rol que le asigna el art. 128.2. de la Constitución, respecto a las actividades reservadas para el sector público y los monopolios, ha visto que mediante la normativa de la Unión Europea, esas prerrogativas estatales han sido casi desmanteladas a decir de Ariño, pero como se ve no por la interpretación interna de la norma constitucional ni la común, sino por influencia del Derecho comunitario, de donde resulta que cuando el Estado decide desarrollar actividades económicas debe hacerlo en igualdad de condiciones con los privados, la competencia entre ambos debe estar enmarcada en la lealtad y transparencia, sin privilegios para la empresa pública en desmedro de su oponente privado.

2.3.d. Constitución Económica y Derecho de la Competencia

Esa libertad de empresa, como se señaló anteriormente tiene total relación con el Derecho o libertad de competencia, aunque no se encuentre expresamente incorporada en la Constitución, pues si bien el Estado tiene la obligación constitucional de preservar un orden dentro del mercado, debe hacerlo para proteger el interés de los competidores, pero con medidas que no sean intolerables a extremo que ellas mismas rompan el equilibrio natural del mercado. Así se ha entendido que el Derecho de la Competencia debe regular

¹⁰¹ Burzaco Samper, María, "La planificación en la Constitución española: la transformación de un título inédito e inadecuado título competencial", <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/509>.

el mercado con la finalidad de prevenir y por ende evitar las prácticas colusorias, el abuso de posición dominante, la competencia desleal y la concentración de empresas que den lugar a la práctica de estas formas de distorsionar el mercado; pero también se ha de tomar en cuenta diversos factores como la capacidad, el tamaño, el tipo de actividad para establecer dichas condiciones, puesto que en el libre mercado se trata de competir, lo cual significa también ofrecer mejoras constantes a favor de los consumidores.

La CE protege la libertad de iniciativa económica, pero es el Estado el encargado de la conservación del mercado a través de mecanismos jurídicos de control, que traducidos en la normativa preventiva y correctiva equilibren la actuación del poder económico dentro del mercado, de manera que cuando se produzcan abusos en su ejercicio se apliquen las sanciones que tiendan a corregir y no sustraer a los infractores.

Establecer el control del mercado cuando los intereses privados estén en conflicto; entonces cumple la función social en su actuación a través de la defensa del consumidor, que constituye la otra arista de los actores del mercado. Así la Constitución en el art. 51.1., como una contraparte al derecho de la competencia establece la garantía y protección de los consumidores y usuarios, para cuya materialización se ha desarrollado la Ley de defensa de los consumidores, que constituye también uno de los componentes de la CE.

Quijano¹⁰² hace referencia a que este derecho tutela aquellos intereses difusos como resultado de la producción y consumo en masa, sancionando la publicidad engañosa, la garantía sobre productos defectuosos y otros que puedan afectar a la seguridad, la salud o legítimos intereses económicos de los usuarios.

3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLIVIA Y MANIFESTACIONES DE LA CE

¹⁰² Quijano González, Jesús, "Derecho Mercantil y Constitución...", Op. cit., pág. 15.

Bolivia declaró su independencia según el Acta de la Independencia el 6 de agosto de 1825¹⁰³, el Congreso General Constituyente de la República Boliviana promulgó la primera Constitución el 19 de noviembre de 1826¹⁰⁴, conocida como Constitución Bolivariana, la que en el Art. 1º define a: *“La Nación Boliviana es independiente de toda dominación extranjera; y no puede ser patrimonio de ninguna persona, ni familia”*. Respecto a las libertades y garantías disponía en el Art. 149 que: *“La Constitución garantiza a todos los bolivianos su libertad civil, su seguridad individual, su propiedad, su igualdad ante la ley,...”*; asimismo en el Art. 155 establecía: *“Ningún género de trabajo, industria o comercio, puede ser prohibido; a no ser que se oponga a las costumbres públicas, a la seguridad y a la salubridad de los bolivianos”*; el texto constitucional del 1826, además de señalar el estatuto jurídico de la nación, no contiene un título o capítulo sobre la economía ni se decanta por un modelo económico en concreto; no obstante de la interpretación de estos artículos se desprende que se encuentra en ellos los ideales del liberalismo, ya que se encuentran garantizadas la libertad individual, la propiedad, la libertad de empresa, con las salvedades establecidas en relación a la afectación de las garantías públicas de seguridad y salubridad.

Es evidente que la Constitución bolivariana haya sido influida por el momento histórico americano y europeo¹⁰⁵, las conquistas sociales y la forma como se encaró la normativa social, se hicieron eco en los distintos textos constitucionales, por los ideales que propugnaban; de manera que la inclusión de las garantías y libertades constitucionales ya no era posible soslayarlas. No

¹⁰³ La guerra de la independencia duró desde el 1809, con el primer grito por la independencia en Chuquisaca el 25 de mayo y en La Paz el 16 de julio, hasta el 1825, después de la Batalla de Ayacucho del 9 de diciembre de 1824. Ver Trigo Ciro Félix, *Las Constituciones de Bolivia*, 2da. Ed. Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, La Paz, Bolivia, 2003, pág. XXIX.

¹⁰⁴ La Asamblea deliberante solicitó al Libertador Simón Bolívar un proyecto de constitución, el cual fue remitido desde Lima junto a un mensaje en que expresaba: “... Seréis reconocidos por una nación independiente, recibiréis la Constitución más liberal del mundo; vuestras leyes orgánicas serán dignas de la más completa civilización; el gran mariscal de Ayacucho está a la cabeza de vuestros negocios, y el 25 de mayo próximo será el día en que Bolivia sea. Yo os prometo. En Trigo Ciro Félix, *Las Constituciones de Bolivia...*, Op. cit., pág. 59.

¹⁰⁵ En Norteamérica la Constitución de Virginia de 1776, la de los Estados Unidos de América de 1787, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de Francia de 1791, la Constitución española de 1912, la Constitución mexicana de 1924.

obstante, no es posible en base a estos derechos constitucionalizados hablar de una insipiente existencia de constitución económica.

Bolivia a lo largo de su historia desde el 1826 al 2004 tuvo 17 reformas constitucionales¹⁰⁶, reformas que en algunos textos constitucionales fueron solo de forma, en tanto que otras fueron de fondo, en concreto se ha referido a las de 1831, 1938, 1967 y 1994¹⁰⁷; sobre cuyos textos acentuaremos nuestro análisis en relación a la inclusión de prescripciones normativas referidas a la economía. Desde la Constitución de 1826 hasta la del año 1831¹⁰⁸, se puede decir que el texto constitucional centra su atención en definir la forma de gobierno como republicano, suprime el poder electoral y deja a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, ratifica y amplía las garantías fundamentales, prohíbe la esclavitud, consagra el derecho de petición y la inviolabilidad de la correspondencia.

3.1. La Constitución de 1938

La constitución de 1938 reviste importancia, primero porque es posterior a varios años de enfrentamiento bélico de la Guerra del Chaco¹⁰⁹; segundo porque a nivel internacional se habían producido grandes cambios¹¹⁰ que evolucionaron los derechos económicos y sociales. De manera que es importante resaltar que el texto constitucional del 1938, tiene este influjo e incorpora por primera vez en su texto el régimen económico y financiero, además del régimen social, de familia, cultural y del campesinado, con lo que

¹⁰⁶ Después de la constitución de 1826, están la de 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947, 1961, 1967, 1994 y 2004; cuyos textos se encuentran recopilados hasta la reforma del 1994 en Trigo Ciro Félix, *Las Constituciones de Bolivia...*, Op. cit., pág. 201 a 778.

¹⁰⁷ Rivera, José Antonio, Host S., Molina Rivero G., *La Constitución Política del Estado Comentario Crítico*, 3ra. Ed., Ed. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Cochabamba, Bolivia, 2005, pág.VII.

¹⁰⁸ Sancionada el 14 de agosto de 1831 y promulgada en la misma fecha por Andrés de Santa Cruz.

¹⁰⁹ Entre Bolivia y el Paraguay, se inició en 1932 y concluyó en 1935; las condiciones económicas después de la guerra de ninguna manera podrían ser regularmente buenas.

¹¹⁰ Se había producido la revolución mexicana de 1910, la Constitución de Querétaro en 1917, la Constitución de Weimar de 1919; la Gran Guerra o 1era. Guerra Mundial del 1914 al 1918, el Tratado de Versalles de 1919.

estamos en posibilidad de señalar, que desde esa época, dentro la constitución además de estar contenida la forma de Estado, las garantías constitucionales, los derechos sociales y la estructura política del Estado, subyace la constitución económica como elemento sustancial para la existencia del Estado; porque no es posible tener los mejores y mayores derechos, las mejores y mayores garantías solemnemente inscritas en la constitución, bien reguladas la estructura y administración del Estado, cuando no existen los medios económicos y financieros que sostengan en principio la estructura y administración del Estado, para que los bienes, escasos en la mayoría de las veces, lleguen a los administrados y puedan hacerse efectivos los derechos y garantías.

Dentro del Régimen Económico y Financiero que se encuentra regulada en la constitución, se introduce la justicia social, el dominio originario del Estado sobre la riqueza natural susceptible de aprovechamiento económico; la regulación del ejercicio del comercio por parte del Estado, el régimen presupuestario de gastos, así como en el régimen social proteccionista a favor del trabajador, incorporando el seguro social, la seguridad social, la sindicalización y el derecho a la huelga, con lo cual Bolivia ingresa al constitucionalismo social. Durán reconoce que la Constitución boliviana de los años anteriores recogió la ideología liberal¹¹¹, ya que se valoraba como requisito para ejercer la ciudadanía tener un patrimonio económico¹¹²; asimismo se protegía la libertad, el derecho de propiedad de forma irrestricta, y en el mercado regía la ley de la oferta y demanda.

El constitucionalismo social da lugar a un cambio de posición ideológica, acercándose a la ideología socialista, donde los conceptos del derecho de propiedad, de libertad, de igualdad ya contienen limitaciones; así el derecho de propiedad debe cumplir la función social, por su parte la libertad se entiende como un derecho que el ciudadano ejerce en la medida que pueda desarrollarlo

¹¹¹ Durán Ribera, Willman Ruperto, "La Constituyente en Bolivia: Naturaleza...", op. cit., pág. 4

¹¹² El artículo 33 de la Constitución de 1878 señala que para ejercer los derechos de la ciudadanía se debe: "tener una renta anual de doscientos bolívares que no provenga de servicio prestado en clase doméstica".

y el derecho de igualdad se ejerce como un derecho contrapuesto con la desigualdad.

Tanto la constitución del 1945 y 1947¹¹³ continúan la línea trazada por el texto del 1938 dentro del constitucionalismo social, pero al incluir en el régimen económico que el Estado podrá regular el comercio, la industria y asumir la economía nacional en su rol interventor, control, estímulo o de gestión directa cuando así lo requiera, entendiendo que en casos extremos tomará por sí mismo la producción de bienes y servicios, se da un paso, de manera soslayada, hacia el intervencionismo del Estado en la economía, ya que la intervención del Estado, solo debe producirse en casos extremos, los cuales podrían ser en caso de grave crisis económica, falencia civil, guerra.

3.2. La Constitución de 1961

En la Constitución del 1961, en un escenario social diferente, por los hechos históricos que marcaron fuertemente los roles del Estado¹¹⁴ y la existencia social de los ciudadanos se introduce con mayor precisión la intervención del Estado¹¹⁵ en la actividad económica de la minería nacionalizada¹¹⁶; la exploración, explotación, comercialización y transporte del petróleo son

¹¹³ En las constituciones del 1945 y 1947 para ser ciudadano se debía saber leer y escribir.

¹¹⁴ Se debe tomar en cuenta que esta reforma se produce después de la Revolución del 1952, propugnada por el Movimiento Nacionalista Revolucionario que incorporó grandes cambios sociales, por la fuerte participación de mineros y campesinos; por lo que los hitos sociales más importantes fueron, la nacionalización de las minas, la reforma agraria y el voto universal. Es que antes para ser ciudadano la restricción era el requisito de saber leer y escribir; incluyendo en su texto, Art. 40 que para ejercer la ciudadanía solo se precisaba tener 21 años, cualquiera sea su grado de instrucción o renta. Asimismo se incorpora la garantía del voto universal, obligatorio, directo, igual y secreto.

¹¹⁵ El Art. 140. Refiere que la dirección y administración de la industria minera estatal estará a cargo de una entidad autárquica; refiriéndose a la COMIBOL.

¹¹⁶ Paredes Villalba, Wilma, *De la Capitalización a la Nacionalización: un análisis de derecho comercial*, Ed. El País, Santa Cruz, Bolivia, 2007, pág. 117, en 1952 se produjo la primera nacionalización del sector minero en Bolivia, confiscando las explotaciones mineras de los tres barones del estaño Hotschild, Patiño y Aramayo, para luego en base a estas minas nacionalizadas fundar la Corporación Minera de Bolivia. Las compañías del grupo minero con dominio absoluto de la actividad eran: Patiño Mines and Enterprises Co. Ltda., Compagnie Aramayo de Mines en Bolivie y Mauricio Hoschild S.A.M.I.

reservadas para el Estado¹¹⁷, el mismo que podía otorgar concesiones y contratos por tiempo limitado a sociedades mixtas o personas privadas. De manera que estamos ante la aplicación del principio de subsidiariedad económica, ya que esto se entiende del texto del Art. 141, donde el Estado está a cargo de las principales actividades extractivas de los hidrocarburos, pero podrá otorgar concesiones y contratos por tiempo limitado a sociedades mixtas y personas privadas; esto dio lugar a la aplicación de la coexistencia económica, entendida como el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica en concurrencia e igualdad con la privada¹¹⁸

Asimismo se hace más evidente la intervención del Estado en la economía cuando por disposición normativa constitucional se le atribuye al Poder Ejecutivo, la facultad de formular el plan general de desarrollo económico y social del país, que comprende los sectores estatal, mixto y privado; disposiciones que con pequeñas variaciones se conservan en los textos constitucionales del 1961 y 1967; quizá la más importante es la que declara que la actividad minera no podrá ser transferida o adjudicada en propiedad a empresas privadas bajo ningún título y la declaración de dominio directo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre los yacimientos de hidrocarburos en la Constitución de 1967. Con la nacionalización de la minería el capitalismo de Estado imperó dentro del Estado boliviano desde el 1952, modelo que estuvo presente hasta el año 1985¹¹⁹.

¹¹⁷ Paredes Villalba, Wilma, *De la Capitalización a la Nacionalización...* Op. cit. pág. 116. En 1937 se había producido la primera confiscación a la transnacional petrolera estadounidense la Standard Oil, habiendo fundado un año antes Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB). Posteriormente en 1969 durante el gobierno de Alfredo Ovando Candia, se produjo la segunda nacionalización en el sector petrolero cuando el 17 de octubre de ese año las concesiones otorgadas a la Gulf Oil Company fueron devueltas al poder del Estado Boliviano.

¹¹⁸ Menéndez Menéndez A, "*Constitución económica...*", Op. cit. pág. 56.

¹¹⁹ Paredes Villalba, Wilma, *De la Capitalización a la Nacionalización...*, Op. cit. pág. 121; en la que se refiere a que el Estado boliviano había llegado a constituir 170 empresas públicas, entre estatales, municipales, regionales, prefecturales, militares y mixtas.

3.3. La Constitución de 1994

La reforma constitucional de 1994¹²⁰, se produce después de un largo periodo, en concreto después de 27 años en los que se produjeron cambios violentos dentro de la democracia boliviana; Trigo¹²¹ realiza un recuento histórico en el cual muestra que quince gobernantes se sucedieron desde el 1967 al 1982; y entre 1967 al 1994 fueron 18 los gobernantes del Estado boliviano¹²²; de los cuales sólo cuatro fueron elegidos en elecciones generales. Esos cambios violentos e improvisados en la mayoría de los casos fueron los que provocaron la debacle económica del Estado, que fue una de las peores en la historia económica de Bolivia.

En forma simultánea a ese periodo se habían producido grandes cambios en el pensamiento político y las posiciones económicas a nivel mundial y nacional. El muro de Berlín había caído en 1989 y con éste el sistema socialista había sufrido también un gran deterioro, por lo que se revalorizó el liberalismo y la dinámica económica se dirige a atacar el sistema intervencionista del Estado en la economía. A nivel mundial la integración económica estaba imponiendo una nueva forma de enfrentar el desarrollo de las naciones y se habían transformado los modos de producción al incorporarse las nuevas tecnologías al mercado de bienes; se había reconocido el poder económico de las

¹²⁰ Tómese en cuenta que la Ley de Reforma N° 1585 de 12 de agosto de 1994, aprobaba el nuevo texto constitucional, no se había dado otra reforma desde el 1967.

¹²¹ Trigo Ciro Félix, *Las Constituciones de Bolivia*, Op. cit., pág. 138;

¹²² Del 1967 al 1994 los gobernantes fueron: René Barrientos Ortuño (1966-1969) murió en ejercicio del mando constitucional; Luis Adolfo Siles Salinas (1969) sucesión constitucional, fue derrocado por golpe de Estado; Alfredo Ovando Candia (1969-1970) por golpe de Estado, derrocado; Juan José Tórrez Gonzáles (1970-1971) por golpe de Estado, derrocado; Hugo Banzer Suárez (1971-1978) golpe de Estado, derrocado; Juan Pereda Asbún, (1978), golpe de Estado, derrocado; David Padilla Arancibia, (1978-1979) golpe de Estado, transmitió el mando; Walter Guevara Arce, (1979) designado por el Congreso en forma interina, derrocado; Alberto Natusch Busch, (1979), golpe de Estado, derrocado; Lidia Gueiler Tejada, (1979-1980) designada por el Congreso, derrocada; Luis García Mesa, (1980-1981) golpe de Estado; Junta Militar de Gobierno de Celso Torrelio, Waldo Bernal y Oscar Pammo, (1981) nombrada por García Mesa; Celso Torrelio Villa, (1981-1982), nombrado por la Junta Militar de Gobierno, renunció; Guido Vildoso Calderón, (1982), nombrado por las Fuerzas Armadas, transmitió el mando al régimen constitucional; Hernán Siles Zuazo, (1982-1985) electo, transmitió el mando; Víctor Paz Estenssoro; (1985 – 1989), electo, transmitió el mando; Jaime Paz Zamora, (1989-1993), electo, transmitió el mando; Gonzalo Sánchez de Lozada, (1993-1997) electo, transmitió el mando constitucional. Ver más en Trigo Ciro Félix, *Las Constituciones de Bolivia...*, Op. cit., pág. 803 y sgtes.

empresas transnacionales y los grandes bloques comerciales estaban presentes en la globalización económica. Dentro de este panorama mundial se planteó un nuevo enfoque teórico y económico¹²³, donde aparece la opción cierta de volver al individualismo y dejar de lado la intervención económica estatal; las crisis económicas habían dado lugar a que se busque la solución a los problemas de principio del siglo XX; el libre mercado imperaba y se plantea la necesidad de regulación para evitar la concentración de la riqueza y enfrentar los altos grados de marginalidad económica que produjo este sistema.

Entre tanto en Bolivia en el año 1985, durante el gobierno de Víctor Paz Estenssoro se había dictado el D.S. 21060 de 29 de agosto, que cambió la estructura económica del Estado boliviano, con este decreto se reconducía el papel interventor del Estado sobre las grandes empresas estratégicas¹²⁴ de hidrocarburos, minería y la Corporación Boliviana de Fomento que era el conglomerado de 170 empresas públicas que cubrían actividades productivas de bienes y servicios, distribuidas en lo largo y ancho de la geografía de Bolivia. Se descentralizaron las grandes empresas dedicadas a la minería e hidrocarburos, se estableció un régimen cambiario único y flexible y otras disposiciones complementarias de orden social y económico; la repercusión más importante de la aplicación de esta disposición fue la estabilización de la economía del país, aunque el costo social fue muy alto.

En plena restricción de la intervención del Estado en la economía, la constitución de 1994, incorporó cambios sustanciales en muchos aspectos, incorpora en forma específica en la estructura social a las diferentes etnias y culturas cuando declara en el Art. 1.- Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural...; modificó la edad para adquirir la ciudadanía de veintiuno a dieciocho años; modificó también la composición de la Cámara de Diputados creando dos categorías denominadas uninominales y

¹²³ Rivera José Antonio, Jost S., Molina Rivero G., *La Constitución Política del Estado...*, Op. cit. pág. 282.

¹²⁴ Paredes Villalba, Wilma, *De la Capitalización a la Nacionalización...* Op. cit. pág. 121 y sgtes. Este decreto ha incorporado en Bolivia el modelo económico denominado neoliberal.

plurinominales¹²⁵; se incorporó dentro del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura y dentro de las entidades de defensa de la sociedad al Defensor del Pueblo.

En cuanto al régimen económico de derechos se conservan el derecho a la libre asociación y la libertad de empresa, a la propiedad privada y colectiva, se conservan los artículos referidos a la intervención del Estado de manera subsidiaria en caso de necesidad, además la participación de los privados en las actividades productivas de minería e hidrocarburos, mediante empresas mixtas o netamente privadas, con la restricción de no poder establecer monopolios. Aunque la impresión en conjunto muestra una constitución de índole social, al amparo de ella se realizaron los programas de privatización y capitalización que son de corte neoliberal, la intervención del Estado en la economía tendía a ser eliminada.

3.4. La Constitución de 2004

La Constitución del 2004, reformada por Ley 2631 de 20 de febrero, introdujo cambios importantes referidos a la participación ciudadana, mediante la iniciativa legislativa ciudadana, el referéndum y la Asamblea Constituyente, así como otras que regulan la participación política no solo por partidos políticos, sino también agrupaciones ciudadanas, pueblos indígenas. Este texto constitucional incorpora por primera vez el postulado sobre la forma política del Estado, declarándolo como un Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual se refleja el status político que adopta el Estado boliviano; en lo económico es evidente que Bolivia se introduce en una economía social de mercado, que es el componente económico del Estado social y democrático de derecho conforme se puede colegir de las teorías económicas expuestas anteriormente.

¹²⁵ La Cámara de Diputados estaba compuesta por ciento treinta miembros, de los cuales por cada departamento la mitad se elige en circunscripciones uninominales y la otra en plurinominales; la diferencia entre ellos está en que los uninominales se eligen por votación directa, en tanto que los plurinominales mediante el sistema de representación dentro de las listas de los candidatos a presidente y vicepresidente.

Dentro de los derechos fundamentales de la persona, la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada individual y colectiva, la libertad de empresa o libertad de iniciativa económica y los consiguientes derechos sociales como el trabajo y seguridad social, que constituyen parte de la CE, a lo cual se añade lo establecido en el título del Régimen económico y financiero, en el cual establece que la organización económica debe responder a principios de justicia social, de manera que se verifica la influencia del constitucionalismo social de manera transversal dentro del texto constitucional.

Se completa el régimen económico con lo que establece en sentido de que el Estado tiene facultad para regular el ejercicio del comercio, la industria cuando lo requiera la seguridad o necesidad pública, que es cuando puede asumir la dirección de la economía y puede intervenir en el control, estímulo y gestión directa de la economía nacional. Bajo el establecimiento de estos derechos, garantías y facultades se estructura el régimen económico, en el cual puede reconocerse el constitucionalismo social, el modelo de economía que no es concreto en sentido de favorecer a un solo sistema, sino que a la vez de reconocer la libertad de iniciativa económica de los privados y el derecho a la propiedad privada individual o colectivo, los sujeta al cumplimiento de la función social y la posibilidad de intervenirla por parte del Estado en caso de seguridad o necesidad pública; tampoco está ausente la programación o planificación económica por parte del Estado en el cual se reconoce a los sectores estatal, privado y mixto.

Así la Constitución boliviana podría ser categorizada como flexible porque permite cambiar de modelo económico, ha preservado los derechos de la propiedad individual y la libertad de comercio con la limitación de que deben cumplir la función social el primero y no constituir monopolios el segundo.

3.5. La Constitución de 2009

En el año 2005, mediante Ley 3091 de 6 de julio, se convoca a la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente, los cuales deberán ser elegidos en elección a realizarse el 2 de julio de 2006; debiendo instalarse la Asamblea Constituyente el día 6 de agosto de 2006; después del proceso de aprobación del texto constitucional con las pugnas relativas a que si la Asamblea debía producir una Constitución reformada sobre el anterior texto constitucional del año 2004, o si la Asamblea Constituyente era fundacional, el 25 de enero de 2009 se llevó a cabo el Referéndum de aprobación de la Constitución Política del Estado, en el cual se aprobó el proyecto presentado al H. Congreso Nacional poniendo en vigencia el mismo desde fecha 7 de febrero de 2009.

Durán¹²⁶ explica que se otorgó a la Asamblea Constituyente en aplicación del art. 232 de la CPE 2004, la posibilidad de cambiar la dirección ideológica de la Constitución, el modelo constitucional y el modelo de economía social de mercado; lo cual se verificó efectivamente en el texto constitucional del 2009, que aboga la Constitución del 1967 y sus reformas posteriores.

Del análisis del texto constitucional boliviano del 2009, se puede expresar que la CE está incluida dentro del mismo, conforme se podrá deducir en los siguientes párrafos.

IV. RECAPITULACIÓN

De lo expuesto ha quedado entendido que cuanto más compleja se tornó la vida económica y social de los ciudadanos, la respuesta normativa ha debido ser más completa, debiendo definir y determinar en el ordenamiento mayor de un Estado, como es la Constitución, no solo los preceptos de orden político, sino también los sociales y económicos. Más aun hoy en día en que lo

¹²⁶ Durán Ribera, Willman Ruperto, "La Constituyente en Bolivia: Naturaleza...", Op. cit. Bolivia, pág. 12.

económico ha cobrado un rol protagónico de primer orden en todos los países por la influencia de la transnacionalización y globalización económica; por tal razón la selección conceptual descriptiva de los diferentes modelos y sistemas económicos cobran interés cuando se hace necesario para el jurista identificar dentro de la constitución y los textos legales que la desarrollan, la dirección económica que toma dicho texto.

Así el liberalismo, como modelo anterior al capitalismo tuvo su mejor desarrollo bajo determinados ideales políticos afines al individualismo, y el capitalismo como sistema basado en la creación del rendimiento a partir de la propiedad de los medios de producción, se definieron por la Economía de mercado, la libre competencia, los que en su expresión superior ha planteado la globalización de la economía; pero desde la visión opuesta al feroz rendimiento que exigía éste sistema económico, surge el modelo socialista que basado en el idealismo social propugnó la abolición de la propiedad privada, la libertad de empresa, y la socialización de los medios de producción y que en su expresión más extrema aspiró llegar al comunismo.

Los estudiosos de la economía determinaron que ningún modelo o sistema económico se ha aplicado en forma excluyente a los otros, puesto que históricamente en ningún momento se generalizó la anulación o eliminación de la propiedad privada ni la libertad de iniciativa económica, tampoco se ha excluido por completo la iniciativa económica del Estado, es más, la crisis económica cíclica en todos los casos, sea por las guerras o por la práctica desmedida de un modelo de economía han sido auxiliadas y afrontadas en forma conjunta con la participación del Estado y los privados. Fruto de esa cohesión obligada surge la Economía social de mercado, en la cual se combina la aplicación del sistema capitalista con la garantía de justicia social para los trabajadores, con lo cual se tiende al Estado de Bienestar.

Fuera de los modelos enunciados que se encuentran en ambos polos, de manera transversal a la mayoría de ellos está el intervencionismo como modelo económico, que ha tenido un influjo constante en muchos países, se podría

expresar que ninguna economía está totalmente libre o totalmente dirigida por el Estado, por lo que se alude a un sistema intermedio de transición, entre el liberalismo y socialismo, que combina intereses públicos y privados y confía a la acción del Estado la tarea de la planificación de la economía. Bajo éste sistema pervive la sociedad de economía mixta, puesto que justamente el intervencionismo es una forma de economía mixta, en la cual el sector público y el privado participan de la iniciativa económica bajo los principios constitucionales de subsidiariedad o de coiniciativa, determinando la priorización de uno o del otro y en el marco de un bloque normativo que se ha denominado Constitución Económica

Lo cierto es que el análisis de la CE depende de la visión que la realice, puesto que los economistas la enfocan desde la aplicación de las teorías y modelos económicos, en tanto que los juristas desde los principios, instituciones, derechos y preceptos jurídicos. Walter Strauss¹²⁷ en 1948 explicó que la CE se refiere a las formas y los modos que la economía decide el ordenamiento y no al revés. En realidad cuando se alude a la CE, no se trata de constitucionalizar ningún modelo económico, ya que la historia económica ha demostrado que por muy exitosa que haya sido su aplicación en un determinado momento de la historia no será definitiva ni excluyente, sino que lo que se busca es que el modelo dé respuesta a un orden económico, que respete la vida democrática en libertad, sin tornarse inamovible; y en su caso el conducto de su transformación o reforma en lo económico sea el que sigue cualquier norma, a través del legislador bajo los procedimientos señalados en la misma Constitución.

El establecimiento de reglas y principios de ordenación económica dentro de la Constitución, queda demostrada en su importancia, porque su inclusión no deja en zozobra la actividad económica de los privados y del Estado, sino más bien la organiza e instituye sin rigidez, por no ser una norma procedimental, dando estabilidad dentro de los cambios que se operan en la economía y que afectan

¹²⁷ Ibídem, pág. 342.

a la realidad social. Es que tampoco hay que dejar de lado que los modelos económicos siempre han estado ligados a las corrientes políticas que adoptan los gobiernos.

En democracia la CE consiste en que el parlamento controle las relaciones de poder económico en la sociedad, de manera que ningún grupo esté en posición de imponer sus propios intereses tratando de hacer ver que son los intereses de todos los ciudadanos; esta situación se ha presentado de parte de grupos con peso político y económico donde se ha llegado inclusive a la anulación del Estado en la economía¹²⁸.

En lo que se refiere a los países precursores de la inclusión en su texto constitucional de la CE, México y Alemania son referentes ineludibles por la influencia del constitucionalismo social. Se reconoce también la introducción de la CE en la Constitución Española, haciendo un breve recuento de los antecedentes en la CPE boliviana, la cual ha nacido a la vida independiente con una constitución de corte liberal, pero que en su evolución llega a adoptar un modelo más cercano a la Economía social de mercado; pero que después del 2009 cambia hacia un modelo más intervencionista como se verá en los capítulos siguientes.

¹²⁸ J.K. Galbraith, sostiene que esta anulación del Estado se ha producido; citado por Mech, Poder, Derecho y Constitución, Estudios Públicos, pág. 133.

CAPITULO II

LA SEM EN EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y EN ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS

I. LA SEM EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

En el preámbulo de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 7 de febrero de 2009, después de un breve recuento geográfico, histórico y los principios que fundamentan su texto, se muestra que ya no hablamos de una reforma de la CPE sino más bien que se expresa que estamos ante una nueva constitución, aprobada por la Asamblea Constituyente que en el tiempo de su vigencia se determinó en originaria¹²⁹.

Respecto a los términos utilizados como poder constituyente, constituyente originaria o asamblea constituyente, Asbún¹³⁰ clarifica en un análisis de fondo, que como poder no está sujeta a ningún límite normativo o jurídico por lo que tiene capacidad de imponer una voluntad; como originaria o asamblea constituyente, pero además indica que se trata de una tautología ya que o es originaria o no es constituyente.

¹²⁹ Se convocó a la Asamblea Constituyente al amparo del Art. 232 de la CPE 2004, que dispone que una Ley especial la convocará y determinará las formas y modalidades de elección de los constituyentes; sólo la Asamblea Constituyente tiene potestad para realizar la reforma total de la Constitución; la misma determinó que la CPE es originaria, porque funda el nuevo Estado plurinacional.

¹³⁰ Asbun, Jorge, *“Constituyente y Reforma Constitucional en Bolivia”*, Ed. El País, Santa Cruz de la Sierra, 2005, pág. 15 y sgtes. Explica que la constituyente es la voluntad de una población que nunca ha tenido organización jurídica o que teniéndolo decide cambiar la filosofía jurídica-política; el término originario no agrega nada ya que toda constituyente es siempre fundacional porque crea un nuevo orden constitucional.

Sin ingresar en el análisis profundo relativo al modelo de Estado y otras características específicas de la Constitución Política del Estado Plurinacional del 2009 (CPEP), se tiene en cuenta como lo novedoso del texto constitucional, entre otros, la incorporación de la base social conformada por las diferentes naciones y pueblos indígena originario campesinos, así como las comunidades interculturales y afrobolivianas, reconociendo la diversidad de las naciones que coexisten en el territorio boliviano, que comparten identidad cultural, tradición histórica e idioma; quizá uno de los cambios que más ha llamado la atención es la declaración de 36 idiomas oficiales. Otra incorporación novedosa es la del régimen de las autonomías en sus diferentes formas, reconociendo las autonomías departamentales, regionales, municipales, y la indígena originario campesina.

Se han calificado de audaces¹³¹ algunas innovaciones de la nueva CPEP, como la de traducir la pluralidad social y cultural en pluralidad jurídica y jurisdiccional, por la que se admite la jurisdicción indígena originario campesina¹³², que se regirá por sus propias normas y procedimientos que serán aplicados en concordancia con sus valores y principios culturales.

En el área jurídica al separar la jurisdicción ordinaria de la jurisdicción indígena originaria campesina, crea una separación ya de por sí difícil, puesto que la posición doctrinal siempre defendida es que la Constitución es integradora y no disociadora; sin embargo se ha creado esta jurisdicción que se regirá por sus propios principios, valores culturales, normas y procedimientos propios; como es lógico se deberán crear los mecanismos de coordinación entre las jurisdicciones, ordinaria, la indígena originaria campesina, la agroambiental y todas las que se encuentran reconocidas por la CPEP.

¹³¹ Böhrh Irahola, Carlos, *“Introducción al nuevos sistema constitucional boliviano”*, Miradas Nuevo texto constitucional, Idea Internacional, La Paz, Bolivia, 2010, pág. 65.

¹³² El Art.190, señala: I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Un elemento principista axiológico que tiene componentes económicos es el Vivir Bien, como nuevo paradigma que involucra diferentes acepciones que tienen que ver con aspectos sociales, económicos, educativos y de salud, pero que apunta a los valores de la identidad cultural preexistentes a la colonia. Se encuentra relacionada con la economía en su vertiente social como un nuevo modelo de desarrollo, así se puede colegir de todos los artículos en que la mencionan como una máxima aplicable a la vida en todo el despliegue de su magnitud.

El modelo de Estado por el que se decanta la CPEP, es el unitario, social de derecho plurinacional, comunitario, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías¹³³, declaración filosófica del ideal de Estado, en la que se reconoce la aproximación a la forma liberal del poder, es decir en democracia, en el que se antepone los intereses colectivos a los individuales. La democracia es representativa, directa y comunitaria, dentro de un Estado unitario social de derecho e inserta su carácter plurinacional, intercultural y comunitario, tratando de abarcar todas las dimensiones sociales.

En análisis a *grosso modo*, se puede ver que dentro de ésta estructura constitucional se encuentran los derechos fundamentales, garantías y deberes del ciudadano, la organización y forma de la estructura funcional del Estado, la estructura y organización territorial, la organización económica, así como la jerarquía normativa de la constitución. Mansilla¹³⁴ sostiene que la CPEP 2009, se caracteriza por su tendencia hacia lo grupal y colectivo, lo cual podría debilitar los derechos del individuo; asimismo que el cumplimiento y la praxis del texto constitucional son más importantes que el generoso elenco de garantías favorables a la persona que se prescriben y no se cumplen.

¹³³ El art. 1 de la CPE, señala: Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

¹³⁴ Mansilla, Hugo Celso Felipe, *“Una comparación entre dos textos constitucionales”*, Miradas Nuevo texto constitucional, Idea Internacional, La Paz, Bolivia, 2010, pág. 138.

2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN LA CPEP – 2009

Se tiene ya sentado que la referencia a la constitución económica no es un especial apartado, capítulo o sección de la Constitución, sino que se encuentra en la estructura económica del Estado, está consolidada en algunas disposiciones contenidas en ella que coherentemente integradas hacen a la constitución económica. Como se ha señalado en párrafos anteriores, ese conjunto de normas constitucionales, dirigen y orientan la actividad económica desarrollada por los dos grandes estratos económicos presentes en toda economía como son el sector privado y sector público; el primero a cargo de los particulares y el segundo a cargo del Estado. La presencia más activa o más estimulada del uno o del otro dan lugar a la preeminencia de uno de ellos en la economía, lo cual se encuentra directamente relacionado con el modelo económico que adopta o es posible adoptar de acuerdo al texto constitucional, visto como documento integrador de la estructura plena del Estado. De manera que será necesario recordar los diferentes modelos, sistemas y teorías económicas revisadas anteriormente para identificar con cuál o cuáles de ellos guarda afinidades la CPEP del año 2009; los cuales serán de especial revisión; además de los principios de la coindicativa económica y subsidiariedad.

Como guía rectora del análisis de la constitución económica y la lógica jurídica que se ha desarrollado por autores como Menéndez, García de Enterría, Rubio Llorente, Ariño y otros no menos prestigiosos, se hace necesario tener claro el significado jurídico y la aplicación real del principio de libertad de empresa, la economía de mercado, el régimen de subsidiariedad o coindicativa económica, añadiendo la función económica del Estado que se concreta en facultad de planificación económica. Estos elementos jurídicos han sido fuertemente desarrollados y estudiados en la construcción de la CE española y son fuente del derecho constitucional boliviano, están presentes en la CPEP 2009, además son concordantes con la exposición que se ha realizado de lo que se conoce como Constitución económica CE.

Entre todos los derechos y garantías que la CPEP regula para el desarrollo de la actividad económica en el Estado Plurinacional de Bolivia, están aquellos que no requieren un desarrollo legislativo, en tanto que otros requieren de leyes que las reglamenten para poder desplegar su efectividad como mandato imperativo constitucional, aspecto que tendremos en cuenta dentro del análisis concreto de los artículos.

3. EL MODELO ECONÓMICO BOLIVIANO

La estructura y organización económica del Estado Plurinacional ha sido desarrollado en sendos artículos referidos a la estructura y organización, a la función del Estado en la economía, las políticas económicas, fiscal, monetaria, financiera, políticas sectoriales, así como la distribución de los bienes y recursos del Estado; habiendo dejado en otro título, lo referido a los recursos naturales, hidrocarburos, minería y metalurgia, recursos hídricos, energía y otros recursos importantes que son base y afluentes muy importantes de la economía boliviana, en los cuales se asienta el modelo de economía plural.

El art. 306 de la CPEP¹³⁵, constitucionaliza lo que ha denominado el modelo de economía plural, basado en diferentes formas de organización económica como la comunitaria, estatal, privada, mixta y la social cooperativa, bajo principios sociales, económicos y jurídicos; con los cuales pretende redistribuir la riqueza con igualdad y justicia en un marco de pluralidad de naciones y

¹³⁵ El Art. 306 señala: El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos. II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa. III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo. IV. Las formas de organización económica reconocidas en esta Constitución podrán constituir empresas mixtas. V. El Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo.

culturas; no obstante Prada¹³⁶ reconoce que los derechos y garantías que establece corresponden a una constitución liberal, acotando que en su versión pluralista incorpora cuatro generaciones de derechos, referidos a los derechos individuales, sociales, colectivos y los relativos al medio ambiente, que en anteriores análisis ya los tenemos desarrollados; de manera que la CPEP del 2009, no se aleja de las estructuras y modelos constitucionales que han marcado el devenir de los derechos y garantías del ciudadano y esto es así, porque no puede sustraerse de los derechos constitucionales desarrollados en tanto tiempo y con tanto esfuerzo político, social, económico y cultural.

Del análisis integral de los derechos y garantías instituidas para la participación en la economía tanto por el sector privado y público, el modelo económico plural para determinadas actividades económicas o circunstancias las condiciona a la planificación estatal, se evidencia que se fusionan en ella una variedad de sistemas económicos, por lo cual la CPEP, es capaz de soportar diversos sistemas económicos trabajando en forma simultánea; ya que promueve, garantiza y fomenta por un lado la actividad económica privada, participa con ella en empresas mixtas y a la vez reserva para sí su capacidad de iniciativa económica en la producción de bienes y servicios a través de empresas públicas.

En algunos sectores denominados estratégicos, reserva para sí en forma exclusiva toda la cadena de actuación económica, es decir desde la producción, industrialización y comercialización hasta administración y gestión económica. En todo ello reconocemos la aplicación del intervencionismo del Estado que en su versión rígida podría dar lugar al estatismo, en caso de llegar a achicar sustancialmente la participación privada en la economía; Loza Tellería¹³⁷, se refiere tanto a las críticas como a los elogios¹³⁸ que ha recibido

¹³⁶ Prada Alcoreza, Raúl, "Análisis de la nueva Constitución Política del Estado", en Bolivia Nueva Constitución Política del Estado, Conceptos elementales para su desarrollo normativo, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 2010; pág. 182.

¹³⁷ Loza Tellería, Gabriel, *Bolivia. El modelo de Economía Plural...*, Op. cit., pág. 36 y sgtes. Se refiere a los resultados positivos del modelo que han sido reconocidos por el FMI, Banco Mundial, BID y la CAF. También señala las críticas vertidas refiriéndose al modelo como populista o el populismo del siglo XXI.

el modelo, definiéndolo como un tipo de economía mixta desde el punto de vista de la propiedad de los medios de producción, con visión pluricultural, plurinacional y anticolonial, describiendo además los diferentes enfoques desde el punto de vista del territorio, la geografía, concretándose con todo ello como un modelo económico social, comunitario y productivo, no tan cercano a la economía de mercado, pero más próximo a la economía social de mercado.

3.1. El Modelo de Economía Plural

La declaración constitucional del art. 306 en relación a que el modelo económico es el plural, expresamente reconoce los sistemas económicos público, privado, comunitario y cooperativo que entendemos como la diversificación económica que trata de ser integral a su ideal filosófico, en el que se exalta como finalidad última, la justicia social, la equidad económica por el carácter social y comunitario que redundan en el Vivir Bien como medida del bienestar de la colectividad en su conjunto.

Lo que se puede vislumbrar es que se han imbricado en ella, como lo menciona también Prada, las formas liberales, indígenas y populares; asimismo se encuentra cierto sentido en la concepción ideológica y principista que la CPEP tiene del Vivir bien, con lo que tiene en esencia el Estado de bienestar, desde el punto de vista que ambas tendencias económicas tienen como objetivo resolver las necesidades económicas y sociales de la mayoría de la población.

La economía plural como modelo constitucional boliviano, muestra el ideal de integrar las estructuras económicas, estatal, privada y la cooperativa, que deben colaborar y subsumirse dentro de la planificación económica a cargo del Estado, ente que tiene el control e intervención en todo el proceso económico;

¹³⁸ <http://m.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/las-claves-de-la-economia>, 21 de junio de 2014. En la que se resaltan favorablemente las decisiones económicas que ha adoptado el gobierno de Evo Morales, las que han sido elogiadas por el mismo FMI, ver Fundación Milenio

más aún, porque determina que el Estado es el principal gestor y administrador de los recursos naturales¹³⁹.

No obstante, todo esto reconoce, preserva y fomenta la iniciativa privada, garantiza la libertad de empresa y el libre desarrollo empresarial, con la sola limitación de las regulaciones que la Ley establezca, con lo cual se puede compartir la opinión de Loza Tellería cuando descompone el modelo de economía plural en sus diferentes connotaciones, sean las netamente económicas y las sociales.

Se hace necesario puntualizar que los recursos naturales como los más importantes y mayores afluentes económicos están totalmente definidos como propiedad social del pueblo boliviano; las constituciones anteriores atribuían a los recursos naturales la propiedad estatal que es diferente, en la CPEP 2009, donde el Estado pasa a ser solo administrador de estos¹⁴⁰; por lo que cabe marcar en principio esta diferencia que determina que los recursos naturales ya no podrán ser transferidos, solo se podrá ceder su aprovechamiento o uso, más aun, los hidrocarburos, minería y algunos servicios son declarados de carácter estratégico y de interés público.

Esta asignación de propiedad de los recursos naturales a favor del pueblo boliviano tiene una connotación importantísima en lo que se va a considerar en el tema de investigación, por lo que se hace necesario revisar detenidamente lo dispuesto en los arts. 241 y 242¹⁴¹ del texto constitucional 2009, que bajo el

¹³⁹ Esto tiene importancia desde el punto de vista que Bolivia se ha caracterizado, y lo sigue haciendo, por ser un exportador de materia prima; la venta de los recursos naturales, antes la minería, ahora los hidrocarburos son la base del sostenimiento económico del Estado.

¹⁴⁰ Comparando los arts. 136, 137, 138 y 139 de la CPE – 2004, referidos a los bienes nacionales, vemos que se definían estos, de dominio originario del Estado, son bienes del patrimonio de la Nación que constituyen propiedad pública, asimismo le asignan las cualidades jurídicas de inalienables e imprescriptibles del Estado; en tanto que la CPE - 2009, los arts. 349, 357, 359 y otros del régimen económico del Estado, señalan que los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponde al Estado su administración en función al interés colectivo.

¹⁴¹ Artículo 241. I. El pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas. II. La sociedad civil organizada ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales. III. Ejercerá control social a la calidad de los servicios públicos. IV. La Ley establecerá el marco general para el ejercicio del control social. V. La sociedad civil se organizará para definir la estructura y composición de la

título de Participación y Control Social que corresponde al Título de Estructura y organización del Estado regula las facultades, formas y mecanismos de ese control social.

El control social es un nuevo componente de la estructura constitucional que algunos autores le han asignado la importancia de un quinto poder u órgano del Estado Plurinacional, ya que su fuerza está en que determina la participación de la sociedad civil organizada para el diseño de políticas públicas y de Estado, para ejercer el control social sobre todos los niveles del Estado y las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales, para controlar la calidad de los servicios públicos, control social que se establecerá mediante ley que regule el marco general de sus facultades y su actuación. Además, apoyará al Órgano Legislativo en la construcción de leyes y se le otorgan una serie de facultades de orden político que tienen que ver con aspectos operativos de su función.

3.2. Artículos de la CPE – 2009 que definen el modelo económico

La declaración constitucional del art. 306 en relación a que el modelo económico es el plural, expresamente reconoce los sistemas económicos público, privado, comunitario y cooperativo que entendemos como la

participación y control social. VI. Las entidades del Estado generarán espacios de participación y control social por parte de la sociedad.

Artículo 242. La participación y el control social implica, además de las previsiones establecidas en la Constitución y la ley: 1. Participar en la formulación de las políticas de Estado. 2. Apoyar al Órgano Legislativo en la construcción colectiva de las leyes. 3. Desarrollar el control social en todos los niveles del gobierno y las entidades territoriales autónomas, autárquicas, descentralizadas y desconcentradas.

4. Generar un manejo transparente de la información y del uso de los recursos en todos los espacios de la gestión pública. La información solicitada por el control social no podrá denegarse, y será entregada de manera completa, veraz, adecuada y oportuna. 5. Formular informes que fundamenten la solicitud de la revocatoria de mandato, de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución y la Ley. 6. Conocer y pronunciarse sobre los informes de gestión de los órganos y funciones del Estado. 7. Coordinar la planificación y control con los órganos y funciones del Estado. 8. Denunciar ante las instituciones correspondientes para la investigación y procesamiento, en los casos que se considere conveniente. 9. Colaborar en los procedimientos de observación pública para la designación de los cargos que correspondan. 10. Apoyar al órgano electoral en transparentar las postulaciones de los candidatos para los cargos públicos que correspondan.

diversificación económica que trata de ser integral a su ideal filosófico, en el que se exalta como finalidad última, la justicia social, la equidad económica por el carácter social y comunitario que redundan en el Vivir Bien como medida del bienestar de la colectividad en su conjunto.

Lo que se puede vislumbrar es que se han imbricado en ella, como lo menciona también Prada, las formas liberales, indígenas y populares; asimismo se encuentra cierto sentido en la concepción ideológica y principista que la CPEP tiene del Vivir bien, con lo que tiene en esencia el Estado de bienestar, desde el punto de vista que ambas tendencias económicas tienen como objetivo resolver las necesidades económicas y sociales de la mayoría de la población.

La economía plural como modelo constitucional boliviano, muestra el ideal de integrar las estructuras económicas, estatal, privada y la cooperativa, que deben colaborar y subsumirse dentro de la planificación económica a cargo del Estado, ente que tiene el control e intervención en todo el proceso económico; más aún, porque determina que el Estado es el principal gestor y administrador de los recursos naturales¹⁴².

No obstante, todo esto reconoce, preserva y fomenta la iniciativa privada, garantiza la libertad de empresa y el libre desarrollo empresarial, con la sola limitación de las regulaciones que la Ley establezca, con lo cual se puede compartir la opinión de Loza Tellería cuando descompone el modelo de economía plural en sus diferentes connotaciones, sean las netamente económicas y las sociales.

Se hace necesario puntualizar que los recursos naturales como los más importantes y mayores afluentes económicos están totalmente definidos como propiedad social del pueblo boliviano; las constituciones anteriores atribuían a los recursos naturales la propiedad estatal que es diferente, en la CPEP 2009, donde el Estado pasa a ser solo administrador de estos¹⁴³; por lo que cabe

¹⁴² Esto tiene importancia desde el punto de vista que Bolivia se ha caracterizado, y lo sigue haciendo, por ser un exportador de materia prima; la venta de los recursos naturales, antes la minería, ahora los hidrocarburos son la base del sostenimiento económico del Estado.

¹⁴³ Comparando los arts. 136, 137, 138 y 139 de la CPE – 2004, referidos a los bienes nacionales, vemos que se definían estos, de dominio originario del Estado, son bienes del

marcar en principio esta diferencia que determina que los recursos naturales ya no podrán ser transferidos, solo se podrá ceder su aprovechamiento o uso, más aun, los hidrocarburos, minería y algunos servicios son declarados de carácter estratégico y de interés público.

Esta asignación de propiedad de los recursos naturales a favor del pueblo boliviano tiene una connotación importantísima en lo que se va a considerar en el tema de investigación, por lo que se hace necesario revisar detenidamente lo dispuesto en los arts. 241 y 242¹⁴⁴ del texto constitucional 2009, que bajo el título de Participación y Control Social que corresponde al Título de Estructura y organización del Estado regula las facultades, formas y mecanismos de ese control social.

El control social es un nuevo componente de la estructura constitucional que algunos autores le han asignado la importancia de un quinto poder u órgano del Estado Plurinacional, ya que su fuerza está en que determina la participación

patrimonio de la Nación que constituyen propiedad pública, asimismo le asignan las cualidades jurídicas de inalienables e imprescriptibles del Estado; en tanto que la CPE - 2009, los arts. 349, 357, 359 y otros del régimen económico del Estado, señalan que los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponde al Estado su administración en función al interés colectivo.

¹⁴⁴ Artículo 241. I. El pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas. II. La sociedad civil organizada ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales. III. Ejercerá control social a la calidad de los servicios públicos. IV. La Ley establecerá el marco general para el ejercicio del control social. V. La sociedad civil se organizará para definir la estructura y composición de la participación y control social. VI. Las entidades del Estado generarán espacios de participación y control social por parte de la sociedad.

Artículo 242. La participación y el control social implica, además de las previsiones establecidas en la Constitución y la ley: 1. Participar en la formulación de las políticas de Estado. 2. Apoyar al Órgano Legislativo en la construcción colectiva de las leyes. 3. Desarrollar el control social en todos los niveles del gobierno y las entidades territoriales autónomas, autárquicas, descentralizadas y desconcentradas.

4. Generar un manejo transparente de la información y del uso de los recursos en todos los espacios de la gestión pública. La información solicitada por el control social no podrá denegarse, y será entregada de manera completa, veraz, adecuada y oportuna. 5. Formular informes que fundamenten la solicitud de la revocatoria de mandato, de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución y la Ley. 6. Conocer y pronunciarse sobre los informes de gestión de los órganos y funciones del Estado. 7. Coordinar la planificación y control con los órganos y funciones del Estado. 8. Denunciar ante las instituciones correspondientes para la investigación y procesamiento, en los casos que se considere conveniente. 9. Colaborar en los procedimientos de observación pública para la designación de los cargos que correspondan. 10. Apoyar al órgano electoral en transparentar las postulaciones de los candidatos para los cargos públicos que correspondan.

de la sociedad civil organizada para el diseño de políticas públicas y de Estado, para ejercer el control social sobre todos los niveles del Estado y las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales, para controlar la calidad de los servicios públicos, control social que se establecerá mediante ley que regule el marco general de sus facultades y su actuación. Además, apoyará al Órgano Legislativo en la construcción de leyes y se le otorgan una serie de facultades de orden político que tienen que ver con aspectos operativos de su función.

4. LAS ENTIDADES ECONÓMICAS DE CARÁCTER MIXTO EN LA CPE

Ya se hizo referencia a que la CPEP no excluye la iniciativa económica privada y expresamente incluye la existencia de empresas mixtas dentro del mercado, lo que equivale a decir participación del sector privado y del sector público en cohesión dentro de una actividad económica.

Antes vale considerar que el texto constitucional en forma indistinta se refiere en veces como entidades mixtas¹⁴⁵ en el art. 20. II; como empresas e instituciones mixtas¹⁴⁶ en el art. 241.II; como empresas mixtas en el art. 306. IV, en el art. 309.2.¹⁴⁷; en el art. 351.I y III¹⁴⁸, en el art. 362.I¹⁴⁹, en el art. 378¹⁵⁰

¹⁴⁵ En el art. 20. II señala: Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. ...

¹⁴⁶ En el art. 241.II sostiene: La sociedad civil organizada ejercerá control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales.

¹⁴⁷ En el art. 306. IV cuando se refiere a que entre las formas de organización económica se podrán constituir empresa mixtas, y en la 309.2. en la administración de los servicios de agua potable y alcantarillado.

¹⁴⁸ En el art. 351.I. se refiere a: El Estado asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos a través de entidades públicas, cooperativas o comunitarias, las que podrán a su vez contratar a empresas privadas y constituir empresas mixtas. En el III. Expresa: La gestión y administración de los recursos naturales se realizará garantizando el control y la participación social en el diseño de las políticas sectoriales. En la gestión y administración podrán establecerse entidades mixtas, con representación estatal y de la sociedad, y se precautelará el bienestar colectivo.

¹⁴⁹ En el art. 362.I, señala: Se autoriza a YFPB suscribir contratos, bajo el régimen de prestación de servicios, con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras...

y, como sociedad de economía mixta en el art. 363.II, conforme desarrollaremos a continuación.

Haciendo una interpretación sistemática de los artículos señalados, se podría afirmar que en todos los casos en que se refiere a entidades o instituciones mixtas, se trata de entidades autárquicas dependientes del nivel central del Estado que en muchas de sus características, como ser la forma de su constitución, su organización y funcionamiento como persona jurídica difieren de la empresa mixta, más aún de la sociedad de economía mixta. El Derecho Administrativo hace una clasificación y diferenciación de cada uno de estos tipos de organización con participación estatal que se tratará en capítulo posterior.

Esa falta de coherencia y uniformidad en el uso de las formas de organización de la actividad económica pública, se hace patente por ejemplo en el análisis sistemático de los arts. 20 y 309.2, en los que se pueden identificar dos repercusiones puntuales; el primero que en ambos artículos se habla de dos tipos diferentes de organización, en el art. 20 de entidad mixta, en tanto que en el 309.2, como empresa mixta; lo segundo es que el motivo de relacionar ambos artículos se debe a que el tipo de actividad es el mismo, es decir la prestación de servicios de provisión de agua potable y alcantarillado, de lo cual se colige que no existe coherencia en señalar e identificar con claridad el tipo de organización al que se otorgará la actividad.

Lo señalado, en circunstancias de su aplicación práctica podría generar confusiones sobre si se trata de una entidad mixta o una empresa mixta; no obstante, habrá que tomar en cuenta que ambas formas podrían no encontrarse en el mismo ámbito de aplicación legal, pues si bien sin mucho análisis se puede afirmar que la entidad mixta se regula por el derecho administrativo; es también probable que como empresa mixta se pueda referir a una sociedad de economía mixta en cuyo caso se regula por el derecho

¹⁵⁰ En el art. 378.II, dice: Es facultad privativa del Estado el desarrollo de la cadena productiva energética en las etapas de generación, transporte y distribución a través de empresas públicas, mixtas, instituciones sin fines de lucro, cooperativas, empresas privadas, y empresas comunitarias y sociales...

comercial, aunque ambos están comprendidos en el modelo de economía plural.

En el art. 351, referido a los recursos naturales estratégicos en las que el Estado asume el rol principal, éste podrá a través de entidades públicas constituir empresas mixtas con la finalidad de que puedan participar mediante esa conformación en las actividades de exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización. En cambio en las actividades de gestión y administración señaladas en el numeral III del mismo artículo, se dispone que podrán establecerse entidades mixtas que en este caso en forma expresa se refiere a la representación estatal y de la sociedad, lo cual no se podría interpretar que se trata de empresas mixtas ni de sociedades de economía mixta; sino más bien que cuando se refiere a entidad mixta con representación de la sociedad parece tratarse de la sociedad civil organizada¹⁵¹ para participar junto al Estado en la gestión y administración de los recursos naturales; por lo que se considera que se estaría aludiendo a la sociedad civil de las organizaciones sociales a las que se refiere la CPEP en los artículos 241 y 242.

La empresa mixta podrá suscribir contratos bajo el régimen de prestación de servicios con YPF, conforme señala el art. 362.I.¹⁵², cuando se refiere a la facultad que YPF tiene para realizar estos actos jurídicos sea con empresas nacionales o extranjeras; pero la segunda parte de este numeral señala que la suscripción de estos contratos “*en ningún caso*” podrán significar pérdidas para YPF o para el Estado; esta disposición nos conduce nuevamente a observar que no hay precisión cuando se refiere a empresa mixta lo que nos puede conducir al derecho administrativo que ha desarrollado el estudio de la teoría

¹⁵¹ Mayorga, Fernando; Paz, Ricardo, *Sociedad civil y democracia participativa*, Friedrich Ebert Stiftung, La Paz, 1999, pág. 21. Se refiere a la relación de la sociedad civil como factor de unificación simbólica de una comunidad y el Estado como aparato coercitivo y proveedor de servicios.

¹⁵² El art. 362.I., señala: Se autoriza a YPF suscribir contratos, bajo el régimen de prestación de servicios, con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras, para que dichas empresas, a su nombre y en su representación, realicen determinadas actividades de la cadena productiva a cambio de una retribución o pago por sus servicios. La suscripción de estos contratos no podrá significar en ningún caso pérdidas para YPF o para el Estado.

de los contratos administrativos y el equilibrio en los que deben sustentarse los mismos, por lo que se hará ineludible revisar con esa visión la suscripción de los contratos entre el Estado y los privados; o en su caso al derecho comercial en el régimen de sociedad de economía mixta regulado por el Código de Comercio, que por disposición del art. 141. inc. 5) no permite que existan socios que no soporten pérdidas.

Asimismo en el art. 378 de la CPEP cuando se refiere a la Energía y sus fuentes, si bien faculta de manera privativa al Estado en el desarrollo de la cadena productiva energética en lo que se refiere a las etapas de generación, transporte y distribución, también permite que pueda realizarse esta actividad a través de empresas públicas, mixtas, empresas privadas, cooperativas y empresas comunitarias y sociales, con la limitación que no podrá otorgarse concesiones sobre este recurso y que la participación privada será regulada por la ley; lo que quiere decir que se precisa el desarrollo legislativo de una ley por parte de la Asamblea legislativa para el cumplimiento de este precepto constitucional. Respecto a la referencia de la empresa pública, sería ocioso reiterar el análisis ya sugerido en los anteriores acápites, aunque cabe señalar que se deja para posterior un nuevo cotejo con la reciente Ley 466 de la Empresa Pública promulgada el 26 de diciembre de 2013.

En relación a los recursos naturales, la CPE 2004 en el art. 138, prohibía estrictamente la transferencia de los grupos mineros nacionalizados a empresas privadas bajo ningún título; igualmente en el art. 139 establecía la prohibición de que la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos puedan ser conferidos por ser de dominio directo, inalienable e imprescriptible del Estado; pero la exploración, explotación, comercialización y transporte de los hidrocarburos y sus derivados, podía alternativamente ejercerse por el mismo Estado o mediante concesiones y contratos de tiempo limitado con sociedades mixtas de operación conjunta, o por personas privadas; de lo que trasluce que han variado dos puntos importantes en la CPEP 2009, el primero referido a la diferencia que ya puntualizamos anteriormente, entre propiedad y dominio por parte del Estado sobre los recursos naturales y su explotación económica en

relación a la CPE 2004, pues en la CPEP 2009 la propiedad de los recursos naturales se dispone de propiedad del pueblo boliviano; el segundo referido al acercamiento más próximo del texto constitucional 2004 tanto a los principios de iniciativa y como a los de subsidiariedad en cuanto a la participación económica del Estado, mientras que en la CPEP parece haberse aligerado sin omitirlo, ya que el modelo de economía plural se acerca más a la intervención intensa y extendida por parte del Estado en la producción de bienes y prestación de servicios a la comunidad, aunque también es evidente que no quiere apartarse de garantizar los derechos de propiedad y libertad de empresa; lo que en el fondo puede calificarse como un sistema de economía mixto bajo un modelo de economía plural.

5. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN LA CONSTITUCIÓN

Retomamos lo señalado anteriormente en relación a lo dispuesto por el art. 351.III, cuando nos referíamos a que la mención a entidades mixtas podría tratarse de la sociedad civil que se une al Estado para participar en una sociedad mixta, que no sería otra que la del Código de Comercio cuando regula la existencia de la sociedad de economía mixta, donde en su art. 424 señala que pueden formarse entre el Estado, prefecturas, municipalidades, corporaciones, empresas públicas u otras entidades dependientes del Estado y el capital privado; pero al tratarse de la actividad de administración y gestión se esté refiriendo a la representación estatal y de la sociedad, refiriéndose a las organizaciones sociales que se regulan en el art. 298.II.14, sobre las competencias exclusivas del nivel central del Estado y las del art. 300.I.12, que se refiere a las competencias exclusivas de los gobiernos departamentales autónomos, ambos artículos se refieren a la otorgación de personalidad jurídica a organizaciones sociales a nivel nacional y departamental en su caso; o como se señaló anteriormente las sociedades civiles de los arts. 241 y 242 de la CPE.

En cambio, es totalmente específica la normativa constitucional cuando en el art. 363.II en relación a la industrialización de los hidrocarburos, faculta a YPFB a conformar asociaciones o sociedades de economía mixta para la ejecución de las actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos; además condiciona que en estas sociedades o asociaciones YPFB obligatoriamente debe tener una participación accionaria no menor al cincuenta y uno por ciento del total del capital social; esta disposición referida al porcentaje mínimo de participación del Estado en una sociedad o asociación se encuentra regulada en la CPE de manera exclusiva para participar en las actividades de YPFB, ya que en el Código de Comercio (C.Com.) vigente¹⁵³, en el capítulo de la Sociedad de Economía Mixta en los arts. 430 y 431 referido a los aportes estatales y privados, sujeta la conformación del capital social a negociaciones directas con la parte privada, lo que significa que no existe la obligatoriedad de que el Estado tenga la mayoría en el capital social, aunque tampoco se pronuncia en contrario.

Esta participación del Estado – YPFB, de nunca menos del cincuenta y uno por ciento en el capital de las Sociedades Mixtas que participen en las actividades de toda la cadena de producción de los hidrocarburos, en realidad es exclusiva para esta actividad; en lo demás, la regulación vigente para el desempeño de la sociedad de economía mixta es la que se encuentra en los artículos 424 a 442 del C.Com.

6. SUBSIDIARIEDAD Y COINICIATIVA

Es imprescindible precisar que en la CPEP del Estado plurinacional boliviano, varios artículos tienden a la preservación del principio de coiniativa, así vemos que en el art. 20, cuando se refiere a la provisión de servicios básicos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones, el Estado coparticipa por

¹⁵³ Código de Comercio vigente, según Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977.

medio de empresas públicas y mixtas, así como por medio de contratos de servicios con la empresa privada, con lo que adecua su participación en la actividad económica a lo que se entiende por iniciativa económica, como la aptitud del Estado para competir con la iniciativa privada en igualdad de condiciones y en cualquier sector de la economía.

Pero por la forma como establece esta participación del Estado en la actividad económica en la CPEP 2009, parece que no estamos ante un principio de iniciativa económica, si se quiere, con la precisión que se sustenta en la Constitución española cuando en el art. 128.2., hace un reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, con el requisito *sine quanon*, de emitir la ley de reserva sobre los recursos y servicios esenciales, así como para la intervención de empresas cuando el interés general lo exija; a lo que se debe agregar que la Constitución española en el art. 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, por otra parte también en el art. 33 reconoce el derecho a la propiedad privada que es el pivote sobre el que se asienta de alguna manera la libertad de empresa, aunque existen razones no concordantes con este criterio, pero que en definitiva hay que considerar que tampoco es totalmente innecesario ni contradictorio. Es que con el enlace de los artículos señalados es necesario resaltar que la participación económica del Estado se la realizará en el marco de la economía de mercado, lo cual señala expresamente la igualdad de fuerzas que rige en el libre mercado al que se somete el Estado.

Se podría pensar que tal concatenación normativa podría también encontrarse en la constitución boliviana, ya que en ella, se encuentra reconocida la libertad de empresa en el art. 47, así como la garantía y protección por parte del Estado a la iniciativa privada conforme al art. 309 de la CPEP, a los que nos referiremos con mayor detenimiento en posterior párrafo; de igual manera se encuentra entre los derechos fundamentales y garantías en el art. 56 el derecho a la propiedad privada individual o colectiva, pero cuando la CPE boliviana expresa que el modelo económico es plural y faculta de sobremanera al sector económico público diluye hasta cierto punto la precisión del principio

de iniciativa; es decir, porque al estar constituido el modelo por diferentes formas de organización económica con mayor preponderancia del sentido social, no es alejado decir que está restringida la participación en igualdad de condiciones del sector público y privado.

Más aun cuando en los arts. 316 al 338 el Estado tiene como función-facultad la de conducir la planificación económica y social; dirigir los procesos de producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios, de los sectores estratégicos; determinar las políticas productiva, industrial y comercial, así como la política monetaria y financiera; a su vez proteger y fomentar las organizaciones económicas campesinas y pequeña empresa, las formas de economía comunitaria y por supuesto la distribución de los bienes y recursos del Estado. Frente a todo ello, casi no cabe duda que la actividad privada no tiene oportunidad de actuar en igualdad de condiciones con el sector público dentro del mercado, aunque en el mismo artículo 306 se refiere a que las diferentes formas de organización económica, se sostienen entre otros, por el principio de igualdad, al que también se refiere en el art. 311 en relación la igualdad jurídica y el respeto a la iniciativa empresarial.

En cuanto a la subsidiariedad económica como principio constitucional es la garantía de la participación económica de los particulares frente a la participación económica del Estado, de manera que el Estado no realice actividades cuando su intervención no sea indispensable¹⁵⁴, así la Constitución Política del Perú vigente, al igual que la Constitución española, se ajusta al principio de subsidiariedad con claridad, de la lectura del art. 60¹⁵⁵ de la Constitución peruana, se entiende que la actuación económica del Estado se produce en caso de interés público o conveniencia; además, es preciso señalar

¹⁵⁴ Rodríguez Cairo, Vladimir, "Principio de subsidiariedad económica del estado en la Constitución Política del Perú", Quipukamayoc, Revista de la Facultad de Ciencias Contables, Vol. 21 N° 40, 2013, UNMSM, Lima-Perú, pág. 113 – 122.

¹⁵⁵ El art. 60 señala: El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

que la Constitución peruana en el art. 58, adopta el modelo de economía social de mercado, sobre el cual basa la intervención de las fuerzas en el mercado.

Por su parte en la CPEP boliviana, la aplicación del principio de subsidiariedad económica no se manifiesta de manera clara, es más pareciera que se encuentra ausente, pues aunque en el art. 47 se garantiza la libertad individual de comercio, industria u otra actividad económica lícita; no es menos importante decir que en el art. 52, reconoce y garantiza el derecho a la libre asociación empresarial, y en el art. 308, se garantiza, reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, la libertad de empresa para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país, pero en ninguna parte del texto constitucional se refiere a la actuación del Estado en la economía como lo hacían los arts. 141¹⁵⁶ y 144 de la CPE-2004, a que el Estado actuará como regulador del comercio e industria solo en caso de necesidad o seguridad pública.

Asimismo, la iniciativa privada recibía estímulo y cooperación del Estado cuando contribuya al mejoramiento de la economía nacional, aspectos que no tienen relación directa ni específica con el principio de subsidiariedad, pero que muestran que la participación del Estado en la economía no se sobreponía a la participación del sector privado. La CPEP 2009 en el art. 316, dispone la participación directa del Estado en los procesos de producción, distribución, y comercialización de bienes y servicios; en el ejercicio de la dirección y control de los sectores estratégicos de la economía que son los afluentes históricos de la economía boliviana, como son la minería y los hidrocarburos. Lo menos que sostiene es que el Estado debe promover la integración de las diferentes formas económicas de producción, siempre en función al desarrollo económico y social.

¹⁵⁶ En la CPE – 2004, el Art. 141, el Estado solo podía regular mediante ley, el ejercicio del comercio y de la industria cuando con carácter imperioso lo requiera la seguridad o necesidad pública, y sólo en ese caso asumirá la dirección superior de la economía nacional. El art. 144.II, señala: La iniciativa privada recibirá el estímulo y la cooperación del Estado cuando contribuya al mejoramiento de la economía nacional.

Rodríguez Cairo¹⁵⁷, señala un aspecto importante cuando resalta la concordancia entre el principio de subsidiariedad y el pluralismo económico basado en que la Constitución peruana de 1993, reconoce el pluralismo económico, que se interpreta como la posibilidad de que coexistan en forma simultánea la empresa privada, pública, nacional, extranjera, mixta, cooperativas y otras; al respecto la CPE boliviana en el art. 306 cuando define el modelo de la economía como plural, de forma no limitativa, señala que está constituida por las empresas comunitaria, estatal, privada y social cooperativa, y puntualizamos que no es limitativa porque en el art. 320 reconoce la inversión extranjera, pero prioriza la inversión boliviana frente a la extranjera, aunque reiteramos que no limita la participación del sector público en la economía, solo al defecto de la participación económica de los privados.

No se puede dejar de lado, el hecho de que el principio de subsidiariedad tiene también relación con el derecho de la competencia, del que sin entrar en mayores desarrollos lo referiremos como el regulador del mercado, es decir entre lo que se oferta y lo que se demanda propio de la economía de mercado.

II. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN EL DERECHO COMPARADO

1. ANTECEDENTES Y BREVE MARCO HISTÓRICO

El Estado como sociedad políticamente organizada, no casual, sino necesaria para la realización social del hombre, perdurable en el tiempo para instituir un orden social, económico y político, tiene como elementos la población, el territorio y el poder; sin adentrarnos a un estudio minucioso de todos estos elementos, solo cabe referirse a los fines del presente trabajo al poder estatal.

¹⁵⁷ Rodríguez Cairo, Vladimir, "Principio de subsidiariedad económica...", Op. cit. pág. 120.

El poder del Estado ha estado presente desde Roma que consideraba el *imperium* como poder supremo sobre todos los individuos, pasando por las diferentes posiciones que se han tomado al respecto por connotados autores como Montesquieu¹⁵⁸ que revela la concentración del poder y propone la separación de ese poder en los órganos ejecutivo y legislativo basado en los principios de coordinación, equilibrio y especialización para evitar la concentración de poder; de este análisis nos valemos para referirnos al uso y/o aplicación de ese poder a través del poder ejecutivo, que se concreta en un conjunto de órganos, entes y entidades que sostienen el ejercicio administrativo del Estado, cada uno de los cuales tienen una determinada capacidad y atribuciones para ejercer sus funciones en la atención de los intereses públicos y las necesidades colectivas.

Esta explicación tiene el propósito de encontrar la ubicación funcional de la sociedad de economía mixta dentro del Estado, por lo que es necesario recordar la función económica que la Constitución le asigna al Estado, el modelo económico que le es posible aplicar y que el Estado en ejercicio de su poder a través del órgano ejecutivo, conocido en parte como Administración Pública, desplegará su actividad en la producción e inclusive la comercialización de bienes y servicios; en determinados casos, los asumirá de manera subsidiaria cuando el sector privado de la economía no alcance a cubrirlos, o podrá participar junto a la iniciativa económica privada que da lugar entre otras formas de asociación a la sociedad de economía mixta (SEM).

Se torna necesaria la sola mención que las otras formas que el Estado ha utilizado para su intervención, desarrollo y participación económica en la producción de bienes y servicios son: las Entidades autárquicas, la Empresa Pública o empresa del Estado, las Sociedades del Estado, la Sociedad Anónima Pública, la Sociedad Anónima de participación estatal mayoritaria, la

¹⁵⁸ Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes*, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994, pág. 195.

Sociedad del Estado¹⁵⁹, las Corporaciones Estatales, las Fundaciones¹⁶⁰ y las empresas privadas controladas y/o administradas por el Estado.

La existencia y supervivencia de la SEM ha tenido directa relación con la aplicación de la política económica de índole socialista, estatista, del intervencionismo del Estado en las actividades económicas; así cuando se produjeron las diferentes crisis económicas a lo largo de la historia, la fórmula de solución estuvo en la forma híbrida mixta de transacción entre el capitalismo liberal y el socialismo¹⁶¹. Esta afirmación tiene también relación directa con los datos que apuntan a que en su evolución económica, los diferentes países por diversas razones no han aplicado sistemas o modelos económicos puros, sino más bien, sólo se puede hablar de una fuerte influencia de uno u otro modelo económico, pues en muchos casos o momentos históricos de crisis económica, la participación económica privada y pública se han fusionado concurriendo los elementos de ambos sectores, para reforzar la economía en pro de apoyar el desarrollo de la industria o de los servicios sociales como elementos determinantes de la supervivencia económica o la urgente cobertura de servicios públicos.

La intervención económica del Estado fue subsidiaria y progresiva en la mayoría de los casos de acuerdo a la dimensión del Estado y de las técnicas económicas y jurídicas que se hayan adoptado en función a la estructura económica pública y las necesidades y/o exigencias de la población; pero también la insuficiencia o deficiencia de la iniciativa económica privada ha dado lugar a que el Estado haya usado diferentes modalidades económico-jurídicas para hacerse cargo de empresas privadas, en las modalidades de adquisición, la expropiación, la nacionalización, la participación accionaria mayoritaria en

¹⁵⁹ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª. Ed. Actualizada y ampliada, Tomo I y II, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 272.

¹⁶⁰ *Ibíd.* pág. 356 y 357.

¹⁶¹ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado y anotado*, Ed. Gisbert, La Paz, 1999, pág. 478.

sociedades anónimas o constituyendo nuevas empresas estatales o públicas para desplegar su actividad económica.

Durante la primera guerra mundial los países que participaron en ella tuvieron que adoptar un régimen económico intervencionista, ajustando la participación privada en la economía a favor de la participación reforzada del Estado; luego de la segunda guerra mundial, también hubieron países que adoptaron un sistema económico estatal que se interpuso a la participación de los privados en la economía, incluso se nacionalizaron algunas actividades económicas de los privados, como ser la banca, transporte, grandes industrias automovilísticas y aeronáuticas. Las nacionalizaciones son medidas más de índole económica que jurídica, pero como no todo se resuelve con la materialización de un modelo económico, el mismo necesariamente debía tener un apoyo jurídico, lo que dio lugar a la inserción en la Constitución, de la estructura normativa de índole económico que se denominó Constitución Económica, como marco regulador de la intervención del Estado en la economía. El efecto de esa normativa constitucional que modula la intervención del Estado en la economía, es que restringe, limita o condiciona la intervención del Estado en la economía, luego el Estado como sujeto económico ejerciendo su función ejecutiva y/o administrativa, desempeñará dichas funciones, estableciendo las formas que ha de utilizar para realizar esa labor sea en forma directa o indirecta; eligiendo el marco jurídico a aplicar, si el privado o público, y también si lo hará a través de normas generales o específicas.

Cuando el Estado despliega la actividad económica en forma directa lo hace mediante la gestión de empresas públicas, entidades autárquicas, empresas o sociedades mixtas, sociedades del Estado y otras formas de organización por las cuales debe producir bienes y prestar servicios de manera eficiente para el bienestar general. En forma indirecta lo puede hacer a través de concesiones, subvenciones, licencias y otro tipo de autorizaciones. En cuanto al marco jurídico a adoptar, este puede ser privado, público o mixto, esto depende de varios factores que tienen relación con evaluar con cuanta energía y cuáles son las razones por las que se aplicarán la normativa pública o privada en las

entidades productoras y prestadoras de servicios públicos. Entonces, se deberá precisar las normas de orden administrativo público a aplicar, las que corresponden al derecho privado de orden mercantil y si en algún caso se deberán conciliar y concordar ambos órdenes normativos, así como conocer la preponderancia de aplicación de una u otra, estos aspectos tienen directa relación con las formas de gestión o administración de estas entidades, el tipo de actividad que desarrollan y los mecanismos de fiscalización y control a aplicar.

En la constitución de la sociedad de economía mixta, por lo anotado hasta ahora vemos que necesariamente confluyen en la aplicación del marco jurídico privado y público, ya que en esta sociedad se integran técnicas jurídicas públicas como mecanismos de autorización, de control y administración, con técnicas jurídicas privadas para su organización y funcionamiento.

El Estado en momentos históricos de crisis económica para enfrentar las grandes necesidades sociales, ha participado en la realización de actividades económicas junto a los privados, en ocasiones adquiriendo participaciones, sean acciones o cuotas en las sociedades constituidas por los privados, en Italia la participación estatal se efectuó como accionariado del Estado, adquiriendo cuotas en empresas productivas y Bancos; así en la década del 1920 el Estado italiano adquirió las participaciones y acciones mayoritarias de la SUDBAHN sociedad que gestionaba la red ferroviaria que unía Trieste a Viena, Budapest y Praga, luego la mayoría de acciones de la sociedad Oli minerali di Fiume, en 1926 su participación en las prospecciones petroleras que dio lugar a la creación de la Hacienda General Italiana Petrolera AGIP¹⁶². En Francia la participación del Estado junto a los privados se produjo por efecto de ser el principal accionista de empresas estratégicas como ser bancos, minas de

¹⁶² Biasco Emilio, *Las participaciones estatales en la Constitución Uruguaya*, Exposición en el Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público-Responsabilidad del Estado y Jurisdicción, Sala de Actos del Palacio Municipal de la Intendencia Municipal de Montevideo, 26.XI.1998, pág. 5. Fabio Merusi – Domenico Iaria; Partecipazione Pubbliche, en EGT., Mario Giusti: Lo Stato imprenditore in concorrenza: arrivata produttivi "in mano pubblica", en *Diritto pubblico dell'economia*, pág. 299.

carbón y otros¹⁶³; en Alemania la fábrica de vehículos “Volkswagen” creada por el nacionalsocialismo en 1937 como empresa del Estado, el año 1960 se transformó en una sociedad de economía mixta¹⁶⁴. En Estados Unidos también el Estado ha intervenido junto a los privados en grandes proyectos de desarrollo, como el Tennessee Valley Authority y ha contribuido uniéndose a los privados a salvar de la bancarrota a empresas privadas de transporte aéreo, fábricas de automóviles.

De lo expresado se puede deducir que la participación del Estado junto a los privados, no siempre ha tomado la forma de la SEM, o ha nacido como tal, sino por efecto de la necesidad de apoyo y fomento a los privado en momentos de crisis, por los efectos económicos y sociales que implicaba, el Estado ha aportado capital en sociedades privadas, ha adquirido acciones de las sociedades privadas, ha transformado los emprendimientos privados en empresas públicas mediante cualquiera de estas formas o a iniciativa de cualquiera de las partes se ha asociado con el sector privado en sociedades de economía mixta.

En la actualidad la participación económica de la Sociedad de Economía Mixta se la puede calificar como incipiente, parece haber sido así a lo largo de la existencia legal de las sociedades comerciales y sociedades públicas, la SEM como parte del modelo económico intervencionista aparece, se transforma y aparenta desaparecer, pero realmente nunca desaparece; es claro que el impulso y desarrollo de esta forma de organización societaria, por lo mismo que tiene participación del Estado junto a los privados, tiene estricta relación con la política económica que se haya adoptado, la cual conforme vimos en anteriores capítulos ha variado de acuerdo al momento histórico determinado por los avatares económicos y sociales que ha vivido la sociedad.

¹⁶³ Ovando Ovando Jaime, *Sociedades Comerciales Doctrina y legislación nacional*, Plural, La Paz, Bolivia, 2008, pág. 553 y ss.

¹⁶⁴ *Ibídem*, pág. 555, en el caso Volkswagen, el 20% de acciones quedaron de propiedad de la República Federal Alemana, otro 20% al Estado de Baja Sajonia y el 60% se transfirió a la población de escasos recursos, con rebajas y pagos diferidos que dependían de la cantidad de familia y nivel de ingresos.

En cada país la fuerza de aplicación de esta forma de organización ha sido diferente, pero en la mayoría, el motivo rector siempre ha sido la realización de ciertas actividades de producción o prestación de servicios de interés general o de servicio público. El impulso y orientación en la política económica han determinado el fomento a la participación del Estado en actividades de tipo comercial e industrial, así como la de prestación de servicios mediante la conformación de sociedades de economía mixta junto a los privados, sean estas personas particulares nacionales o extranjeras o personas jurídicas sean estas sociedades nacionales o extranjeras.

Respecto al origen de este tipo societario los datos más remotos se refieren a que su germen está en las compañías de las Indias¹⁶⁵ Orientales¹⁶⁶, cuando con el fin de la explotación de las riquezas naturales, así como para conformar sociedades y compañías de navegación para la colonización, el Reino de España se unió a los privados y se crearon entidades en las que se asociaron el Estado y los particulares. Las capitulaciones de los Reyes Católicos¹⁶⁷ con los conquistadores son convenios entre el aporte del monarca y el del vasallo, donde ambos aportaban capitales, armas, buques y hombres para luego compartir las ganancias. Se identifica también antecedentes en las sociedades formadas entre el Estado y los particulares después de la primera guerra mundial, es decir después del 1918; se afirma que la verdadera génesis de esta forma de organización se dio a principio del siglo XX, cuando se trata de reemplazar al concesionario de los servicios públicos industriales y comerciales¹⁶⁸; aunque no todos los países optaron por esta forma social, sino que contrariamente los países socialistas y los ingleses en los procesos de intervención del Estado se decantaron por los procesos de nacionalización y utilizaron las Empresas del Estado y las *Public Corporations* respectivamente.

¹⁶⁵ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, Op. cit. pag. 339.

¹⁶⁶ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 476

¹⁶⁷ Marienhoof Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I. pág. 221.

¹⁶⁸ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, Op. cit. Pág. 340; Nava Negrete, Alfonso, Empresa Pública y Sociedad Anónima del Estado, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XV, Num. 57, enero-marzo de 1965, en el que el autor comparte que la concesión es el origen de la SEM como el primer instrumento para llevar a cabo actividades de orden económico.

Otra fuente ha afirmado que el origen de la SEM se encuentra en el nacimiento de la sociedad anónima¹⁶⁹, lo cual tiene sentido de alguna manera ya que en algunos ordenamientos¹⁷⁰ la normativa subsidiaria de la sociedad de economía mixta es la de la sociedad anónima. Es necesario acotar que hasta finales del siglo XIX la intervención del Estado en la economía se encontraba reducida a la provisión de infraestructura y asistencia social que obedecen al sistema económico liberal, pero a partir de la segunda guerra mundial, la totalidad de los Estados asumieron la responsabilidad de conducir la economía¹⁷¹; lo cual dio lugar al refuerzo de la aplicación del modelo económico intervencionista en el que como ya vimos se produce la aparición de diferentes formas de sociedades públicas y mixtas entre las cuales se encuentra la sociedad de economía mixta.

2. **ARGENTINA:** SOCIEDADES COMERCIALES CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y SEM

La Constitución de la Nación Argentina promulgada el 15 de diciembre de 1994 declara la forma de gobierno como representativa republicana federal, en la cual cada provincia está autorizada para dictar su Constitución en concordancia con la Constitución nacional. En el art. 14 de la Constitución se garantiza como un derecho el ejercer toda industria lícita y comerciar, con lo cual estaría garantizando la libertad de empresa, así como se encuentra garantizada la propiedad privada en el art. 17 del texto constitucional.

Es necesario mencionar que cada provincia tiene facultad de reglar el alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, en el marco de la Constitución nacional; cada provincia puede promover su propio progreso económico, pero no pueden expedir leyes sobre

¹⁶⁹ Ovando Ovando Jaime, *Sociedades Comerciales...* Op. cit. Pág. 560

¹⁷⁰ En la normativa boliviana, el art. 425 señala que de manera subsidiaria se aplican las disposiciones que rigen para la sociedad anónima.

¹⁷¹ García Ruiz Encarnación, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 24.

comercio, ni dictar códigos en materia civil, comercial, penal y otras, acatando las disposiciones legales de orden general promulgadas por el Congreso de la Nación o el Poder Ejecutivo de acuerdo a las facultades que le otorga la constitución. No existe una disposición expresa referida a la gestión económica del Estado, pero podría categorizarse esta constitución entre las que devienen del constitucionalismo social por las connotaciones de garantía social que se encuentran en su texto.

La Ley 19.550 de 25 de abril de 1972, Ley de Sociedades Comerciales modificada por la Ley 22.903 de 9 de septiembre de 1983, es la norma rectora de las sociedades comerciales en la República Argentina¹⁷². La importancia de esta ley radica en que es la norma reguladora general de las sociedades comerciales; para los efectos y aplicaciones que correspondan, en forma subsidiaria la Ley 19.550 remite al Código de Comercio de 1889, al Código Civil y otras disposiciones aplicables al caso concreto.

En la Ley 19.550 se clasifican los diferentes tipos societarios, delimitados en sus características y configuración propias, y conforme con la tradición jurídica ésta al ser una norma general es de aplicación subsidiaria en los casos de las sociedades que no se encuentran reguladas dentro de esta norma; es así que en ésta Ley se tipifican a la Sociedad Colectiva, la Comandita simple, la de Capital e industria, la de Responsabilidad limitada, la infaltable Anónima, la Comandita por acciones y la Sociedad Accidental o en participación; pero no encontramos a la Sociedad de economía mixta ni a las Sociedades del Estado, en cambio en el capítulo II, De las sociedades en particular, en los arts. 308 al 314, se tipifica a la Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria.

¹⁷² Anteriormente las sociedades mercantiles estaban reguladas en el Código de Comercio de la República Argentina, sancionada como Ley 2.637 de 9 de octubre de 1889, en esta disposición el Título III, desde el art. 282 al 449 denominado De las compañías o sociedades se regulaba todo lo concerniente a las sociedades mercantiles, necesario señalar que no se encontraban reguladas en esta normativa, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; los artículos señalados anteriormente fueron derogados por la Ley 19.550, y modificada por la Ley 22.903.

Se ha separado a propósito la relación de las sociedades, pues la primeras se tratan de las sociedades más usuales en el tráfico mercantil privado, lo cual no obsta que también puedan ser aplicadas a la conformación de sociedades con participación estatal; pero de acuerdo con la legislación revisada se puede afirmar que las sociedades en las que el Estado argentino participa, cuando es propietario o titular único, cuando es accionista mayoritario ha dispuesto una parte de la legislación específica o ha emitido una propia; a lo cual hay que agregar que de última data, por los cambios que se han operado en determinadas sociedades anónimas, se ha emitido también una normativa para las sociedades o empresas privadas en las que el Estado sea socio minoritario o tenga participación en el capital.

La afirmación anterior tiene sus aristas, ya que en función al momento histórico, el modelo económico imperante y la situación política, se han aplicado en la intervención económica del Estado uno u otro tipo de sociedad comercial, se ha expandido la proliferación de empresas públicas, se produjeron las nacionalizaciones y se ejecutó la privatización de las empresas y sociedades públicas; lo cual a decir de Dromi, ha requerido de una ingeniería jurídica¹⁷³ y una arquitectura política para dirigir la triada inseparable que constituyen la administración, derecho y economía. Todo lo cual tiene relación con las condiciones, características y formas en que se realiza lo que modernamente se ha llamado la administración jurídica de la economía¹⁷⁴.

¹⁷³ Dromi Roberto, *Empresas Públicas de Estatales a Privadas*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pág. 28 y sgtes.

¹⁷⁴ Totalmente referido a las transformaciones del comportamiento económico de los Estados, la armonización que se debe buscar entre el derecho y la economía, que deben tener relación directa con el cumplimiento de la mayor labor económica del Estado que es administración económica y jurídica en busca de conciliarlas a favor del interés público.

2.1. Características de importancia en las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria

Este tipo societario, en principio fue regulado por la Ley 17.318¹⁷⁵, luego fue incorporado en la Ley de sociedades 19.550, que a decir de Vanasco es un subtipo de las sociedades anónimas tradicionales; entre sus características de mayor importancia encontramos cuales son las entidades públicas que pueden participar en ella; la necesaria participación estatal mayor al cincuenta y uno por ciento del capital social, sea por una o varias entidades del Estado; la prevalencia de los accionistas estatales en asambleas, la posibilidad de que en forma sobrevenida se constituya este tipo de sociedad; las prohibiciones e incompatibilidades para el nombramiento de directores, síndicos o integrantes del consejo de vigilancia por parte del capital privado; la designación por minoría de directores y síndicos y las causales que sobrevendrían en caso de modificaciones a la participación accionaria mayoritaria del Estado.

Los artículos 313 y 314 de la Ley 19.550 referidos a la pérdida de situación mayoritaria y la liquidación de estas sociedades se encuentran derogados por el art. 293 de la Ley 24.522, Ley de Concursos y quiebras, de los cuales además se colige que la pérdida de la mayoría accionaria por parte del Estado no requiere autorización legislativa.

2.1.a. *Entes asociados y mayoría estatal*

Para fines comparativos cabe resaltar que bajo esta forma societaria pueden asociarse el Estado Nacional, las provincias, los municipios¹⁷⁶ y los organismos estatales legalmente autorizados para integrar este tipo de sociedades; asimismo las sociedades anónimas que cumplan con los requisitos del tipo societario que describimos, es decir, que en una sociedad anónima con

¹⁷⁵ Vanasco Carlos Augusto, *Manual de Sociedades Comerciales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 575.

¹⁷⁶ La República Argentina adoptó la forma representativa federal, que divide las jurisdicciones del Gobierno Federal o Nacional, el provincial y el municipal.

participación estatal mayoritaria podrá participar como accionista de otra sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.

La otra característica exigida es la propiedad mayoritaria de las acciones estatales, la cual en forma individual o conjunta nunca podrá ser menor al cincuenta y uno por ciento del capital social, lo cual da lugar a que las entidad o entidades estatales ostenten los votos necesarios que para que éstas predominen y se impongan en las asambleas ordinarias y extraordinarias, lo cual tiene como efecto que el Estado por derecho ejercerá el control de la sociedad¹⁷⁷. La disposición que se analiza, en el art. 309 ha incluido la posibilidad de que una sociedad anónima que en forma posterior a la aprobación del contrato de constitución, reúna la superioridad de participación accionaria estatal que signifique más del cincuenta y uno por ciento del capital social, puede transformarse en una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, siempre que en asamblea extraordinaria así se determine y que no se produzca la oposición expresa de ningún accionista; lo que nos lleva a deducir que en el mismo acto, en su caso, se deberá proceder a introducir las modificaciones estatutarias que favorezcan a la conservación de la posición privilegiada de los entes estatales que participen en esta sociedad, tomando en cuenta que la sociedad se había iniciado como una sociedad anónima comercial en la cual posteriormente existe un predominio de suscripción de acciones por parte del Estado que llega a ser superior al cincuenta y uno por ciento del capital social, de manera que sobrevenga en el tipo social de sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.

2.1.b. Las prohibiciones e incompatibilidades

El art. 310 de la Ley 19550 se refiere a las prohibiciones e incompatibilidades para ocupar los cargos de ser directores y gerentes establecidas en el art. 264,

¹⁷⁷ Conservar la mayoría significa que no deben existir acciones con voto privilegiado, conforme regula el art. 216 de la Ley 19.550; o al menos el capital privado que participe en esta sociedad está restringido en la probabilidad de introducir en el Estatuto este privilegio.

inc. 4)¹⁷⁸, del mismo texto legal, así como la prohibición de que los funcionarios públicos desempeñen dichas labores cuando su desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, salvo que hayan cesado en sus funciones al menos dos años antes. Por otra parte, se determina también la prohibición de que funcionarios públicos puedan representar a las acciones privadas dentro del Directorio, en la sindicatura o como integrantes del Consejo de vigilancia. Se excluyen las disposiciones que regulan los límites máximo y mínimo de las remuneraciones del Directorio y del Consejo de vigilancia, dejando que dicha tarea quede a cargo de la asamblea o al Consejo de vigilancia. Esta previsión responde a un mecanismo de control ya que en la mayoría de los casos estas sociedades tienen por objeto la realización de actividades de interés público, más aún cuando se trate de prestación de servicios públicos que pueden estar condicionados a políticas del Estado que restringen o limiten la obtención de utilidades en aras del servicio, lo cual ocasionaría de alguna manera la imposibilidad de retribuir a los directores, consejeros y síndicos.

2.1.c. Las minorías privadas

Se prevé también la designación de uno o más directores y síndicos por minoría que está condicionado a que la participación privada en la sociedad debe tener el mínimo el veinte por ciento del capital social, el cumplimiento de este requisito da lugar a su representación proporcional en el directorio y la posibilidad de elegir al menos un síndico; además en forma expresa se imposibilita el régimen de elección por acumulación de votos que señala el art. 263 de la Ley 19.550. De llegar a alterarse las condiciones en las que debe desenvolverse esta sociedad, en especial la pérdida de la mayoría del capital social por parte del Estado, la sociedad dejaría su calidad de sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, para convertirse en otro tipo social, que se prevé será una sociedad anónima con capital estatal minoritario, conforme las

¹⁷⁸ El inc. 4 del art. 264 dispone que los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, no pueden ser gerentes ni directores hasta dos (2) años después del cese de sus funciones.

previsiones del Decreto 1278 de 25 de julio de 2012, que veremos en otro acápite.

2.1.d. La fiscalización estatal

Se hace necesario puntualizar que el art. 299 de la Ley 19.550, establece que las sociedades anónimas cuando sean de economía mixta o se encuentren con participación estatal mayoritaria, además del control al momento de su constitución, estarán sujetas a la fiscalización de la autoridad contralora de su domicilio, durante su funcionamiento y en caso de disolución o de liquidación. Esta fiscalización regulada nos remite a la fiscalización estatal que es diferente de la fiscalización interna privada de la sociedad; además somete a las sociedades de economía mixta o las que exploten concesiones o servicios públicos y las de participación estatal mayoritaria a la fiscalización de la autoridad contralora de su domicilio¹⁷⁹, al inicio, a lo largo de la existencia de la sociedad y al momento de su disolución y posterior liquidación.

La fiscalización estatal aplicada a las sociedades estatales tiene carácter permanente, diferente a la fiscalización limitada y reglada que se aplica a las sociedades comerciales; pero además la norma referida a la fiscalización se encuentra abierta a cualquier otra modalidad que establezca una ley especial y en cuanto a la responsabilidad de comunicación al ente contralor, recae sobre la generalidad de los directores y síndicos que se constituyen en responsables ilimitados y solidarios.

La lógica societaria de la participación estatal junto a los privados en cualquier emprendimiento económico, además de tratar de apartarse de la normativa administrativa, parece que pretende asegurar y conservar el control administrativo, ejecutivo y financiero de la sociedad a favor del Estado. En el

¹⁷⁹ Esta autoridad contralor según el art. 303, tiene señaladas sus facultades para actuar en los procesos judiciales en materia comercial, a las que pueden ser sometidas las sociedades, cuando se trate de asuntos referidos a suspensión de resoluciones contrarias al estatuto o reglamento, intervención de la administración, la disolución y liquidación inclusive.

caso de las sociedades anónimas con participación mayoritaria del Estado, la mayoría de capital social en manos del Estado¹⁸⁰, lógicamente le otorga la prevalencia o predominio en el órgano asambleario de la sociedad; lo cual pareciera encontrarse asegurado con la participación del cincuenta y uno por ciento del capital social, pero tomando en cuenta lo que apunta Vanasco¹⁸¹, debe ser por lo menos el sesenta por ciento, afirmación que tiene total coherencia si se la relaciona de manera sistemática con lo dispuesto por el art. 244 de la Ley 19.550 respecto a las Asambleas de accionistas, que señala que para las extraordinarias en primera convocatoria se requiere la presencia de accionistas que representen al menos el sesenta por ciento de las acciones con derecho a voto, salvando que el estatuto pueda exigir un quórum mayor. Este requisito genera que se tome la prevención inicial de incluir en el estatuto una regulación respecto a las acciones privilegiadas, que en el supuesto de otorgarse a las acciones privadas, darían como resultado que el porcentaje de la participación estatal debe ser aún mayor, de manera que a lo mejor resulta más conveniente prohibir para cualquiera de las partes la emisión de las acciones privilegiadas.

2.2. Las Sociedades anónimas con participación estatal minoritaria

Cuando se hace mención a esta sociedad, no estamos ante un nuevo tipo previsto en la Ley 19.550 como la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, o como la sociedad estatal o la sociedad de economía mixta, sino esta es una S.A. que por efectos de una norma se puede categorizarla de esta manera, a las finalidades del presente trabajo. Esta sociedad proviene de lo establecido en el Decreto 1278 del 25 de julio de 2012, de cuya aplicación resultan algunas derogaciones de la Ley 19.550, como el examen de libros y

¹⁸⁰ En el mismo sentido se refieren: Dromi Roberto, *Empresas Públicas...*, Op. cit., pág. 29. Acotando que Dromi, tomando el punto de vista del Derecho Administrativo, expone que en el estatuto se debe cuidar de exigir un quórum o mayoría superior a los que puedan constituir en forma individual o conjunta los entes estatales.

¹⁸¹ Vanasco Carlos Augusto, *Manual de Sociedades...*, Op. cit., pág. 576

documentos contables por parte de los socios, que no corresponde en las S.A., un tratamiento de relación de dependencia del director en relación a un ente estatal, cuya infracción acarrea sobre el director efectos respecto a la responsabilidad por los daños y perjuicios que hayan ocasionado en el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones, entre otras.

Esta norma que afecta de esta manera al régimen de las sociedades comerciales, tiene su origen en los activos que conforman la cartera de inversiones del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto (FGS), entre los que se encuentran acciones en sociedades anónimas y empresas privatizadas; de manera que esta entidad que tiene que ver con el Sistema Previsional Público tiene como una fuente de ingresos las ganancias generadas en estas sociedades, por lo que es su deber garantizar su buen rendimiento, además es categorizado como un bien público el cual debe ser garantizado en su correcta administración, por las implicancias sociales de su objeto, por lo que el gobierno nacional le asignó a la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas la facultad de ejecutar las políticas y acciones para el ejercicio de los derechos societarios sobre las participaciones accionarias o de capital en sociedades o empresas privatizadas en que el Estado sea socio minoritario, facultándola además para que dicte normas aclaratorias y complementarias a fin de regular la actuación de los representantes y directores que sean designados en función de dichas participaciones. De esta manera, incorporado dentro del Decreto 1278 se pone en vigencia el Reglamento de representantes y directores designados por las acciones o participaciones accionarias del Estado Nacional; reglamento que además incluye en anexo el Modelo de Convenio entre el Director y la Secretaría estatal.

2.2.a. *Representantes y Directores*

El decreto hace diferencia entre los representantes de las acciones que concurrirán a las Asambleas ordinarias, extraordinarias y especiales de la sociedad y los directores, por lo mismo que las tareas de cada uno de ellos es diferente.

Así los representantes de las acciones del Estado en dichas asambleas serán designados por la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concretando en forma específica las labores de comunicación y coordinación para el ejercicio de ese derecho social. Las partes más relevantes están centradas en que la Secretaría debe impartir instrucciones precisas a los representantes en las asambleas, para su asistencia y otras formalidades, pero lo más importante a resaltar es que estos representantes reciben instrucciones respecto a las propuestas y votación que deben propugnar en favor del nombramiento de los directores o síndicos que actuarán en representación de las participaciones del Estado, sobre las que deben dejar constancia en el Acta.

Las labores de actuación de los representantes en las Asambleas no tienen mayor desarrollo por ser concretas y además ser periódicas, en tanto que la de los directores con desempeño constante y general tienen mayor contenido dentro del Decreto.

Como los directores no pueden ser designados por la Secretaría, se toman los recaudos para la elección de los directores del sector estatal, que serán propuestos por la Secretaría. Estos directores tendrán categoría de funcionarios públicos con todas las implicancias de deberes que se encuentran establecidas en diferentes normas referidas a las sociedades comerciales, a la oferta pública de valores, el sistema previsional y las que tienen que ver con el ejercicio de la función pública¹⁸². Las diferencias entre los directores de la S.A., en que el Estado tiene acciones minoritarias, y los que no corresponden

¹⁸² Se trata de la Ley 17.811 de funcionamiento de la Bolsa de Valores y otros; la 19.550 Ley de Sociedades Comerciales; la Ley 25.188 Ley de ética en el ejercicio de la función pública y la Ley 26.425 Ley del Sistema Integrado Previsional Argentino.

al sector estatal son evidentes, puesto que los directores del sector privado no se encuentran vinculados a observar ni menos cumplir las normas de los funcionarios públicos, sino las que se encuentran determinadas en la Ley 19.550.

2.2.b. Las características de su dependencia del ente estatal

Los directores que sean nombrados como representantes de las acciones minoritarias del sector público, tienen un catálogo de deberes que disponen los arts. 7 al 11, sobre los cuales cabe resaltar la remisión continua de datos e información puntual a la Secretaría, así como acciones que tiendan a la protección del interés público, sobre las cuales deben dar cuenta en forma constante a la Secretaría, la cual impartirá instrucciones concretas sobre el desempeño del director en la sociedad

2.2.c. La remuneración

Ya se ha señalado que el Director que representa al Estado tiene categoría de funcionario público, lo cual significa la derogatoria del inc. 4° del art. 264 de la Ley 19.550 que regula entre las prohibiciones e incompatibilidades la de ser funcionario público. Este Decreto deroga dicha prohibición y regula la forma de su inserción al servicio público mediante la firma de un convenio, el cual se encuentra anexo, al que nos referiremos en lo posterior. El director así nombrado debe recibir una remuneración, y será la de la S.A., conforme establece el Decreto, pero no la recibe en forma personal, sino que la S.A. debe depositarla en las cuentas bancarias del Ministerio de Economía y Finanzas, y a través de este ente estatal el director recibe un honorario tasado por las categorías del Régimen para trabajadores autónomos, que se encuentran establecidos en el art. 15 del Decreto.

Se prevé que si el Director, además estuviere desempeñando otras funciones públicas o sea director en más de una sociedad, recibirá un plus sobre su remuneración habitual, además expresamente se lo exceptúa de la aplicación

del régimen de acumulación de cargos; los saldos que pudieran resultar de la diferencia entre lo que deposita la sociedad y lo que se pague al director serán para beneficio del Fondo Nacional del Menor y Familia.

2.2.d. El régimen de responsabilidad

El director recibirá optativamente apoyo técnico o profesional sobre asuntos que revistan mayor importancia o emergencia, que tiendan a preservar el interés de la sociedad, del Estado y de la propia responsabilidad del director; a tales efectos el director debe acompañar la consulta fundamentada y señalando los puntos que ameritan el asesoramiento, emitiendo su opinión y las posibles formas de acción respecto al tema.

En caso de que por el desempeño del director, éste fuera requerido, intimado o imputado por responsabilidades emergentes de su actuación, la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas con asistencia de la Procuración del Tesoro de la Nación proveerá lo necesario para la defensa y patrocinio legal de su director; en caso que el director hubiera obrado con dolo o culpa grave, o cuando se hubiera apartado de las instrucciones de la Secretaría, la asistencia en su defensa no procede.

Nuevamente se resalta la diferencia entre los directores de los sectores estatal y privado, pues el Estado cuando su director fue obediente y siguió las instrucciones de la Secretaría ofrece defenderlo; lo que supone que cuando el director se hubiera apartado de tales instrucciones u obrara con dolo o culpa debe responder con su propio patrimonio en el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera ocasionado.

2.2.e. Remoción y convenio

El Decreto 1278 incluye en anexo el Modelo de Convenio a ser firmado entre el director y la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en el cual la primera condición es aceptar el Reglamento del Decreto, pero además se encuentra la renuncia expresa a reclamar derechos contra el Estado Nacional; está la cesión de honorarios que genere el ejercicio del cargo de director y aceptación expresa al pago de remuneración de acuerdo con el Régimen de Trabajadores autónomos.

La remoción del director surge del incumplimiento de las obligaciones impuestas en el Convenio y el Reglamento del Decreto 1278, que se produce con la suspensión del pago estipulado, pero además podría recaerle la acción por mal desempeño por tratarse de un funcionario público.

Lo que no se prevé en la norma es que se establece la remoción del director por incumplimiento al convenio y al reglamento del Decreto sin tomar en cuenta que los mecanismos de la S.A. son diferentes, la remoción de los directores que se encuentra en la Ley 19.550 son los que se aplicarán desde la sociedad, porque podría darse el caso que la Secretaría decida suspender la vigencia del convenio por incumplimiento de entrega de información, pero este hecho no le afecta a la S.A., por lo cual no sería una causal justificada para que la S.A. decida removerlo. Además, habrá de tenerse en cuenta que para remover al director aun sea el del sector estatal, debe convocarse a asamblea.

2.3. Las Sociedades del Estado

Las sociedades del Estado se encuentran reguladas por la Ley 20.705 de 13 de agosto de 1974, medio legal que autoriza su constitución y funcionamiento bajo la estructura de la Sociedad Anónima, pero con varias peculiaridades específicas.

2.3.a. *Exclusión del capital privado y régimen jurídico*

En las sociedades del Estado se establece el impedimento absoluto de que los capitales privados puedan participar en la conformación del capital social. En este tipo social se presenta una similitud con la sociedad anónima con

participación estatal mayoritaria, ya que pueden participar en la constitución de la misma el capital el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios y los organismos legalmente autorizados; lo diferente es que también pueden participar sociedades del Estado que se hayan constituido bajo la regulación de la misma Ley 20.705.

En el mismo art. 1° de la ley, se establece que las actividades que pueden desarrollar estas sociedades pueden ser industriales, comerciales o la explotación de servicios públicos; en tanto que en la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria no existe señalada en forma expresa el tipo de actividades que pueden desarrollar estas sociedades con lo que se asume que deben cumplir lo establecido para todas las sociedades comerciales en la Ley 19.550, que solo expresa que el objeto debe ser preciso y determinado, lícito y estar en concordancia con el tipo previsto en la ley; es decir pueden realizar su objeto social en cualquier actividad sea de orden comercial o industrial.

Otra característica de la Sociedad del Estado es que se admite la sociedad de un solo socio o lo que en materia societaria se conoce como sociedad unipersonal¹⁸³; de acuerdo a lo cual, la Sociedad del Estado podría estar constituida por cualquiera de las entidades estatales señaladas en el art. 1° de la ley, es decir por todas, algunas de ellas o por una sola de ellas. En cuanto a su constitución y funcionamiento se regirán por las normas que regulan la sociedad anónima en todo lo que sean compatibles con las normas para este tipo social.

No se aplican las limitaciones que se establecen el Art. 31 de la Ley 19.550 referidas a la participación en otras sociedades, salvo autorización expresa del Poder Ejecutivo. Lo preceptuado en sentido de que en su constitución y funcionamiento se aplican las normas reguladoras de las sociedades anónimas significa que se guardarán las formalidades que rigen para las sociedades en general, o sea las que dispone la Ley 19.550, arts. 4 al 11 como la de constituirla por instrumento público, someter dicho instrumento al control

¹⁸³ En la República Argentina al año 1974 No se encuentra regulada la sociedad unipersonal.

administrativo¹⁸⁴, publicar dicho instrumento de conformidad a lo dispuesto por el Registro Público de Comercio y cumplir con todos los requisitos exigidos por la Ley de Sociedades en los contenidos y formalidades.

2.3.b. El capital social

El capital necesariamente debe estar representado por certificados nominativos, lo que guarda también concordancia con la imposibilidad de emitir acciones al portador, propio de las sociedades privadas, aunque en este caso no se trata de acciones sino de certificados; por otra parte estos certificados sólo podrán negociarse entre las entidades autorizadas para constituirla, con lo que el blindaje de participación netamente estatal está consolidado; asimismo se dispone que estos certificados cuando correspondan al Estado Nacional deben integrar el patrimonio de la Corporación de Empresas Nacionales¹⁸⁵.

No existe una disposición que restrinja, ponga límites o indique el tipo de aportes que se realizaran para la constitución del capital social, por lo que queda abierta la posibilidad de todo tipo de aportes, sean en dinero efectivo o aportes patrimoniales como bienes muebles e inmuebles, usufructos, valores y otro tipo de bienes tangibles e intangibles cuantificables y valorables en dinero que sustenten la emisión de los certificados de aportación de las diferentes entidades estatales.

2.3.c. Ni quiebra, ni aplicación de procedimientos administrativos

Esta sociedad no podrá ser declarada en quiebra por mandato de la Ley 20.705 que en el art. 5° así lo dispone, debiendo tramitarse autorización legislativa para que el Poder Ejecutivo resuelva su liquidación; lo cual no quiere decir que

¹⁸⁴ Será a la autoridad pública del lugar de su constitución, en su caso la Inspección General de Justicia.

¹⁸⁵ La Ley 20.558 de 30 de noviembre de 1973 creaba la Corporación de Empresas Nacionales bajo la jurisdicción del Ministerio de Economía, cuyo objeto era ejercer la conducción de todas las empresas en las cuales el Estado tenga propiedad absoluta, mayoría accionaria y sea que las administre o controle, de manera que obedece a la lógica del conjunto de leyes referida a los emprendimientos económicos del Estado que los certificados nominativos de las sociedades del Estado integren el patrimonio de la Corporación.

estas sociedades no puedan caer en falencia económica-financiera, lo que no podrán es declararla hasta proceder a declarar la quiebra, por lo que la forma de afrontar esta situación no es la de las sociedades comerciales que pueden acudir a la vía concursal y sus procedimientos; puesto que al no poder ser declaradas en quiebra, la liquidación de la sociedad será resuelta por el Poder Ejecutivo mediante autorización legislativa.

No se puede soslayar que la aplicación de este mandato ha tenido algunos tropiezos, puesto que la Ley 20.705 de 1974 ha tenido su tiempo de vigencia incólume hasta el año 1995 cuando se promulga la Ley 24.522 de Concursos y quiebras que en principio incluye a todas las entidades en que el Estado tenga participación, pero en el párrafo final dispone la salvedad de inclusión sobre lo que dispongan otras leyes, con lo cual a interpretación literal de la norma, se mantendría la disposición de que las sociedades del Estado no podrían no pueden ser sometidas a proceso concursal y por tanto no pueden ser declaradas en quiebra. Por otra parte, la Ley 23.696¹⁸⁶ del año 1989 de Emergencia administrativa, también permite que el Poder Ejecutivo pueda disponer su transformación sea en forma de escisión, fusión o extinción de estas sociedades.

No se aplicarán procedimientos administrativos como las leyes de contabilidad y las de obras públicas, de manera coherente con la aplicación de la normativa de las sociedades anónimas que responden al derecho privado.

¹⁸⁶ La ley 23.696 en sus Art. 6° y 7° facultan al Poder Ejecutivo transformar la tipicidad jurídica de todos los entes, empresas, sociedades del Estado y pueden crear nuevas empresas mediante la escisión, fusión, extinción, sea reorganizando, redistribuyendo o reestructurando la organización y funciones, objetos sociales. Asimismo ésta Ley 23.696 de 18 de agosto de 1989, denominada de Emergencia Administrativa y Reestructuración del Estado de fecha declaraba la emergencia administrativa y entre otros definió la transformación, privatización y participación del capital privado en las empresas del Estado; declaraba la emergencia en la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos del sector público y la situación económico financiera de la administración pública, en la que se encontraban incluidas las entidades descentralizadas, las entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todos los entes en los que el Estado tuviera participación total o mayoritaria de capital e incluso tuviera control de las decisiones societarias; esta emergencia faculta al Poder ejecutivo a la intervención de todas las empresas y sociedades de propiedad del Estado, cualquiera sea su tipo jurídico; dicha intervención era el inicio para transformar éstas entidades en entidades privadas.

2.3.d. Régimen de incompatibilidades

Para el nombramiento de los directores se debe observar de no caer en las incompatibilidades que establece el art. 310 de la Ley 19.550, que aluden a las personas que no pueden ejercer el comercio, a los quebrados por quiebra culpable, por quiebra fraudulenta o por quiebra casual. Tampoco pueden participar en esa condición los directores o administradores de la sociedad quebrada.

Si bien la normativa aludida se trata de prohibiciones referidas al régimen de sociedades comerciales privadas, sin embargo, son totalmente efectivas a la hora de establecer incompatibilidades generales para el desempeño del cargo de director o gerente en una sociedad del Estado, puesto que quien no puede ejercer el comercio en forma particular, es lógico que tampoco pueda ser director o gerente en una sociedad del Estado. De igual manera, no podrán desempeñar tales cargos aquellas personas que han sido declaradas en quiebra en cualquiera de sus modalidades, los inhabilitados para ejercer cargos públicos o condenados por delitos contra la propiedad, la fe pública y los condenados por delitos en la constitución, puesta en funcionamiento y posterior liquidación de sociedades.

2.3.e. Modificaciones y privilegios

La posibilidad de transformar una sociedad en otro tipo social es una práctica societaria regulada en la Ley 19.550, por la cual una sociedad adopta otro tipo social sin disolverse y sin afectar sus derechos ni alterar sus obligaciones. En cuanto a la sociedad del Estado caben dos análisis concretos; el primero por el que esta sociedad pueda transformarse en otro tipo social y, segundo que otras sociedades con participación estatal, se transformen en sociedad del Estado.

Queda establecida en la ley que estas sociedades no podrán transformarse en sociedades con participación estatal mayoritaria, lo cual está en

correspondencia con la limitación absoluta referida a la participación del capital privado, puesto que de ser así daría lugar a que la sociedad del Estado pueda transformarse en una SEM; es decir que no pueden admitir bajo ninguna modalidad la incorporación de capital privado, lo cual daría lugar a una inminente transformación social.

En el sentido inverso en cuanto a la posibilidad de transformar sociedades preexistentes como la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, la sociedad de economía mixta o una empresa del Estado en sociedad del Estado, esta facultad se confiere en forma exclusiva al Poder Ejecutivo; asimismo la ley dispone que en caso de transformarse aquellas sociedades al tipo de sociedad del Estado se mantienen los beneficios tributarios, impositivos y arancelarios de las sociedades que se transformen y no procede la aplicación de tasas, tributos o aranceles sobre los actos de transformación.

La prerrogativa exclusiva del Poder Ejecutivo para la transformación de otras sociedades en Sociedad del Estado conlleva que han de fusionarse en ese acto normas de derecho privado y de derecho público, configurando un acto jurídico mixto, primero porque el acto se encuentra en exclusiva decisión del poder público, para lo cual se habrán de seguir procedimientos de tipo administrativo en forma inicial, en lo posterior se tomará lo regulado por el derecho privado para el régimen de transformación de sociedades comerciales en todo lo que no se oponga o sea contrario al régimen público.

Del análisis completo de la Ley 20.705 se puede afirmar que este tipo social, aunque sólo puede ser constituido por un único ente como es el Estado en cualquiera de sus entidades conforme se ha puntualizado precedentemente, el hecho de adoptar la forma de "sociedad" típicamente privada, abre la posibilidad de aplicar en su funcionamiento la normativa privada en una entidad que es total y solamente del Estado; además esta sociedad, no llega a ser parte de la estructura de la Administración Pública.

Dromi¹⁸⁷ desde su visión administrativista categoriza a la Sociedad del Estado como una entidad estatal descentralizada con patrimonio y personalidad jurídica propia que desarrolla actividades de tipo comercial o industrial, que sólo toma el régimen jurídico privado para su organización; además expresa que en su nacimiento la sociedad del Estado se coloca en el área del Derecho público¹⁸⁸, porque una ley debe autorizar su constitución; a lo cual podríamos agregar que también una ley debe autorizar su transformación y liquidación, ya que el Poder Ejecutivo es el único facultado para transformar otros entes públicos en este tipo societario y el que finalmente puede liquidar estas sociedades.

Entonces, el régimen de autorización para su constitución, extinción o liquidación es de Derecho público, pero debe cumplir requisitos contenidos en la normativa privada de la Ley de sociedades; en tanto que durante el periodo de desarrollo de sus actividades se encuentra regido por el derecho privado, propiamente por el régimen normativo de la sociedad anónima. La Ley 20.705 contiene la regulación para su transformación; en tanto que para la liquidación se entiende que ha de requerirse una autorización legislativa formal, para que el Poder Ejecutivo proceda a dicho acto, es decir que ya no se trata de una norma general, sino de una específica para el caso concreto, puesto que la liquidación queda como alternativa a la declaratoria de quiebra, la cual está prohibida.

Ya se ha revisado que esta sociedad del Estado puede ser constituida originalmente como tal o puede ser resultado de una transformación, si originalmente se organiza como sociedad del Estado, para su constitución, además de cumplir lo prescrito en la Ley 19.550 debe formalizarse mediante una Ley nacional o provincial y una ordenanza si fuera municipal.

¹⁸⁷ Dromi Roberto, *Empresas Públicas...* Op. cit. , pág. 17

¹⁸⁸ Dromi Roberto, *Derecho Administrativo*, 10^a. Ed. Actualizada, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid, 2004, pág. 744.

Una particularidad de la Sociedad del Estado es la aptitud que le asigna la ley en sentido que puede ser integrada por un solo socio o sea se constituya como una sociedad unipersonal, lo cual tiene dos connotaciones a revisar: la primera que bien se puede plantear que en efecto se trata de una sociedad unipersonal donde el Estado es el socio único; la segunda es que cualquiera de las entidades señaladas de manera limitativa en el Art. 1° de la Ley de sociedades del Estado en forma unitaria puede constituir y aun así denominarse sociedad del estado, o sociedad anónima del estado, lo cual parecería contradictorio a la normativa existente en el año 1974, puesto que el Código de Comercio¹⁸⁹, vigente por entonces, se refería a que existe sociedad en la concurrencia de dos o más socios; en forma posterior la Ley 19.550 en el Art. 1° señala que necesariamente para que haya sociedad comercial, al menos dos o más personas deben organizarla; no obstante esta forma unipersonal de constituir la sociedad del estado, por entonces, parece ser una innovación exclusiva para este tipo de sociedad.

2.4. La Sociedad de Economía Mixta en la República Argentina

2.4.a. Régimen legal y constitución

La sociedad de economía mixta tiene una normativa propia que se encuentra en forma inicial en el Decreto-Ley 15.349 de 28 de mayo de 1946¹⁹⁰, ratificado

¹⁸⁹ Ley 2.637 de 9 de octubre de 1889.

¹⁹⁰ Este Decreto – ley del año 1946, nació con el denominativo de Régimen para las sociedades mixtas, entre las consideraciones previas a su promulgación se expone el incremento de actividad del Estado en asociación con los particulares, en servicios público, empresas industriales y comerciales, sea para la promoción económica o en explotaciones de interés general. Al momento de la promulgación de esta ley, el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas se encontraba establecida en el Código de Comercio. La ley 19.550 de marzo de 1984 en la que se encuentran la regulación de las sociedades anónimas, como se aprecia es muy posterior; el Art. 389 en forma expresa señala que sus disposiciones se aplicarán a las sociedades de economía mixta en lo que no sean contrarias al Decreto-ley 15.349 y la Ley 12.962.

por la Ley 12.692¹⁹¹ de 15 de diciembre de 1995 que la denomina Ley de Sociedades de Economía Mixta (SEM), norma regulatoria del año 1946 actualmente vigente por efecto de la Ley 12.962 y en forma supletoria conforme se señaló anteriormente, se acude a la Ley 19.550 y las normas complementarias a ésta. Al ser una norma específica y concreta ha sido necesario que el legislador prevea que sea complementada en todo lo que no fuera previsto, con la normativa del Código de Comercio y en forma posterior con la Ley de sociedades 19.550 como marco regulatorio general de las sociedades comerciales. Es de notar que entre el Decreto Ley 15.349 de 1946 y la Ley 19.550 de 1972 habían transcurrido 26 años de vigencia de la primera.

Dentro de los requisitos formales la SEM puede estar constituida por el Estado Nacional, los Estados provinciales, las municipalidades o las entidades administrativas autárquicas por la parte pública y los capitales privados de personas naturales o jurídicas por otra parte. Es de importancia destacar que las entidades autárquicas que el Derecho administrativo define, son personas jurídicas públicas con atribuciones para administrarse por sí mismas de conformidad a las normas de su creación y que se encuentran vinculadas a fines públicos concretos¹⁹²; se asume que tienen relación con el cumplimiento del encargo social por parte del Estado para la satisfacción de servicios de interés general, el fomento de cierto tipo de actividades económicas en determinadas áreas geográficas las cuales de manera conveniente son ejecutadas por estos entes con personalidad jurídica propia y patrimonio propio, lo cual les faculta a auto administrarse pero que necesariamente deben cumplir un fin público. Cuando el Estado asume la tarea de crear estos entes autárquicos se encuentra con la necesidad de otorgarle características propias por las actividades que realizarían, de manera que crea un ente que determinándose autárquico pueda realizar sus actividades bajo el régimen de

¹⁹¹ Vanasco Carlos Augusto, *Manual de Sociedades...*, Op. cit., pág. 569, señala que la Ley 12,962 fue llamada "Ley ómnibus", porque ratificó muchos decretos-leyes de los gobiernos de facto que gobernaron entre el 1943 y 1946.

¹⁹² Dromi Roberto, *Derecho Administrativo...*, Op. cit., pág. 732, en el mismo sentido Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo I*, Sexta Ed. Actualizada, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 248, 373.

Derecho privado, no obstante el régimen integral que asumen es de derecho público y son creadas indefectiblemente por el Estado, entre las que se puede mencionar a las empresas del Estado; asimismo por disposición de la Ley 12.962 puede representar al sector público en la constitución de una SEM. En cuanto al Estado nacional, los Estados provinciales, las Municipalidades y las entidades administrativas autárquicas deben tener facultades legales para poder ser parte en la creación de una SEM; al respecto de estas facultades legales Marienhoof pone en relieve si es necesaria una ley formal para la constitución de la SEM, o si el Poder Ejecutivo al ejercer facultades administrativas y dentro de sus funciones puede constituir las sin vulnerar la Constitución. Al respecto habrá que tomar en cuenta dos aspectos: el primero que el Poder Ejecutivo, con una ley material puede crear este tipo de sociedades porque está autorizado a ejercitar facultades de tipo administrativo y no vulnera la Constitución¹⁹³; segundo, tomar en cuenta la salvedad de que el Poder Ejecutivo no podrá crear estas SEM en caso que el aporte estatal sea un monopolio, una exención fiscal u otro tipo de aporte sobre el que no tenga poder de disposición; en tal caso se precisará una ley formal que la cree.

Si fueran aprobadas por una ley formal, se podría inferir que se trataría de una entidad pública, lo cual tiene cierto sentido porque la Ley 15.349 contiene disposiciones que derogan parcialmente ciertas normas del derecho privado, como las que alteran la forma de elección del presidente, directores y el síndico, instituye un procedimiento para el veto de resoluciones de asamblea y las de directorio, la prohibición de que estas SEM sean declaradas en quiebra constituyen una expresa penetración del derecho público en el derecho privado con los efectos dan lugar a poner en duda si las SEM son entidades privadas o públicas. Aunque el art. 8 de la Ley 15.349 puede guiar a la solución del tema, pues en esta se menciona respecto al derecho a veto de los representantes del Estado cuando sea contrario a la Ley 15.349 o la de su creación.

¹⁹³ Constitución de la Nación Argentina, art. 86, inc. 1.

A los fines del presente trabajo estas entidades que son parte del Estado se encuentran facultadas para coparticipar junto al capital privado, que se traduce en la participación de personas físicas o jurídicas de orden privado, en la constitución de las SEM, para realizar actividades referidas a la explotación de empresas que deben satisfacer necesidades de orden colectivo como son los servicios públicos, o que pueden implantar, fomentar o desarrollar actividades económicas.

La SEM opcionalmente puede tener la condición de persona de derecho público o derecho privado, depende entre otras consideraciones de la finalidad propuesta al momento de su constitución, lo que nos abre la posibilidad de ejercitar también opciones en relación a la mayor o menor participación en el capital social como aspecto quizá determinante para definirla como persona de derecho público o privado, aunque en principio la Ley 12.962 nada expresa respecto al porcentaje de participación estatal en el capital social. Dromi¹⁹⁴ admite que la participación patrimonial mayoritaria por parte del Estado define a la SEM como persona de Derecho Público, aunque agrega que será de Derecho Público, aunque el Estado no tenga mayoría en el capital, dependiendo de las prerrogativas de poder público que se le hayan conferido. Otra parte de la doctrina argentina en derecho administrativo¹⁹⁵, no reconoce la existencia de personas estatales que indistintamente puedan constituirse como personas de derecho público o derecho privado, por tanto, la SEM sería una persona no estatal creada por el Estado, regida por el derecho privado.

Gordillo asume la posición de que tanto el derecho privado como el público están regidos por los mismos principios y valores como son la buena fe, el deber de prudencia, la prohibición de la arbitrariedad en cualquiera de sus formas, por lo cual quedaría indiferente que la SEM sea una persona de derecho público o privado. En tanto que Marienhoof¹⁹⁶ se refiere a que sólo en caso que la SEM se defina como persona de derecho público sería de interés

¹⁹⁴ Dromi Roberto, *Derecho Administrativo...*, Op. cit., pág. 754

¹⁹⁵ Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, 1º Ed., F.D.A., Buenos Aires, 2013, pág. XIV-7.

¹⁹⁶ Marienhoof Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 215.

del derecho público, ya que en tal caso por el tipo de actividad de interés general estará sometida a un control más riguroso por parte del Estado que excede al que establece el derecho comercial para las sociedades comerciales; también menciona el poder de imperio o poder coactivo, que Cassagne denominó prerrogativas de poder público en el ejercicio de la actividad. El grado de participación accionaria según este autor tiene que ver con la definición de persona de derecho público o persona de derecho privado ya que si el Estado es un mero accionista inversor debía definirse de derecho privado; pero ese no es el caso de la SEM conforme la ha proyectado el legislador argentino, pues de ser un mero inversor sería desproporcionado y abusivo que tenga las prerrogativas orgánicas extra societarias y de fiscalización que le otorga la Ley 15.349.

Marienhoof orienta su análisis en sentido de que la SEM para determinarse como persona de derecho público debe cumplir ciertos requisitos como la obligación de responder ante el Estado sobre el cumplimiento de sus fines propios, que las actividades de interés general tengan potestad de imperio otorgada por el Estado y que el control del Estado sea constante. Visto este análisis desde la óptica administrativa, se podría pensar que las SEM en su mayoría se determinarán por ser personas de derecho público, pero cabe resaltar que justamente la ley especial que las crea, establece la opción de que tomen el régimen de Derecho privado porque bien pueden existir SEM que no detenten ninguna prerrogativa de poder público o potestad de imperio en sus actividades. Finalmente Marienhoof¹⁹⁷ hace referencia a la dificultad de establecer las diferencias en los denominados “tipos intermedios” por lo que opta por dividir las SEM en SEM privadas y SEM públicas de acuerdo a las diferencias que establece en cuanto a los requisitos que deben cumplir para optar por ser persona de derecho público o derecho privado; en las SEM públicas reconoce como características o requisitos la obligación de la SEM de cumplir fines de interés general, las prerrogativas de poder público y el control

¹⁹⁷ Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 157, 215, además advierte que las SEM públicas son personas jurídicas públicas no estatales.

constante, los que no reúnan todos estos requisitos pueden denominarse privadas puesto que están sometidas al régimen jurídico del C.Com., y en su caso a la Ley de Sociedades 19.550.

Por su parte Cassagne menciona que parte de la doctrina ha tomado como elemento orientador de tal definición el poder de decisión y los fines o finalidades de la SEM como elementos determinantes para definirla como pública. Al parecer todos los elementos mencionados como ser la mayoría estatal en el capital social, las prerrogativas de poder público conferidas, el poder de decisión y el objeto social que sería la finalidad, son importantes y contienen un peso específico a la hora de definir a la SEM como persona de derecho público; pero cabe sistematizar el análisis de esta norma, pues en el Art. 3° se dispone que salvando disposiciones especiales que se establezcan, para las SEM rigen las disposiciones del Código de Comercio referidas a las sociedades anónimas; lo cual nos remite al análisis de que la definición de persona de derecho público o privado que adopte la SEM no será de aplicación exclusiva en la mayoría de los actos de esta sociedad, ya que de definirse pública deberá acatar en lo que corresponda la normativa privada del Código de Comercio para las Sociedades anónimas y de ser privada no podrá sustraerse de observar la normativa administrativa en determinados actos de importancia para el Estado por constituir una entidad de tipo intermedio.

Por otra parte, más adelante, cuando en el Art. 5° se expresa que tanto las entidades públicas como los particulares, conformarán el capital social en la proporción que convengan entre ellos, y que podrán constituir la con cualquier número de socios, si bien esta obedece a la libertad de asociación y conformación de la SEM, es probable que será dicha composición la que determine en primera instancia la opción como persona de derecho público o de derecho privado.

En definitiva, cualquiera sea el régimen jurídico que adopte la SEM no tienen limitación en cuanto al número de socios; de manera que puede ser constituida

por dos o más socios¹⁹⁸, conforme dispone la Ley de sociedades; asimismo podrán constituirse por acto único o por suscripción pública cumpliendo todas las formalidades que exige la ley.

Al momento de la constitución se definirá también la fecha de inicio y el plazo de duración de la SEM, que determinará cuando cesará en sus actividades; la Ley de sociedades exige que el plazo sea determinado por lo cual este plazo no puede ser indefinido, consideración que cabe por el tipo de actividad que pueda desempeñar, ya que si se trata de servicios públicos estos no tienen fecha de extinción por ser de interés general el cual es normalmente continuo e indefinido.

2.4.b. Objeto, aporte del socio público y responsabilidad social

Bajo ese panorama, nos encontramos que en la SEM el objeto está restringido a cubrir actividades relacionadas con un interés público, sea la satisfacción de necesidades de orden colectivo como son los servicios públicos, o el desarrollo de actividades económicas, en esta última al ser genérica engloba todas las que se encuentran enumeradas en el Art.8 del Código de Comercio, no obstante, debe observar lo dispuesto en la Ley 19.550 que dispone que el objeto debe ser preciso y determinado.

En cuanto al capital social, éste de acuerdo a ley será definido entre las partes. La proporción de los aportes al Capital social pueden ser definidos entre las partes, pero se deben tomar en cuenta los mínimos establecidos por el Estado para su conformación. Así la Ley 19.550 establecía que este no puede ser

¹⁹⁸ El Código de Comercio Ley 2.637 de 9 de octubre de 1889 contenía en los arts. 313 al 371 el régimen normativo de la Sociedad Anónima, estas disposiciones fueron derogadas por la Ley 19.550 de 25 de mayo de 1972, Ley de Sociedades, de manera que las SEM constituidas desde la promulgación de la Ley 15.349 de mayo de 1946 hasta el año 1972 debían regir sus actos a las disposiciones del Código de comercio en lo que correspondiera.

menor a ciento veinte millones de Australes, monto que podrá ser actualizado por el Poder ejecutivo¹⁹⁹.

Otro aspecto es el tipo de aportes que puede realizar el Estado, si bien la enumeración del Art. 4° no es limitativa, sin embargo señala en especial el aporte en concesión de privilegios de exclusividad o monopolio, exención de impuestos, protección fiscal, compensación de riesgos, primas y subvenciones, aporte tecnológico, anticipos financieros y aportes de carácter patrimonial en dinero, títulos públicos o en especie la concesión de bienes en usufructo; la mayoría de estos aportes de capital estatal bien pueden ser definidos como aportes en especie, aportes que son entendidos como atractivo para que el sector privado se asocie con el Estado, aún en condiciones de minoría. La ley de sociedades dispone que cada acción suscrita debe contener un valor nominal, además el precio de las mismas y en su caso la forma y condiciones de pago; de tratarse de aportes en especie, estas deben ser individualizados con precisión y deben ser valuadas con aprobación de la autoridad contralora.

Gordillo²⁰⁰ toma atención en que algunos aportes estatales no son convertibles en dinero como la exención de impuestos, la concesión de privilegios y otros que desnaturalizan el aporte societario, lo cual devendría inclusive en que no haya sociedad, puesto que las proporciones para la formación del capital deben estar totalmente determinadas y cuantificadas en dinero; además, esta indeterminación conduce a que si el aporte estatal no puede ser cuantificado en dinero, cómo respondería respecto a su aporte de acuerdo a lo que señala el art. 14, en sentido que la administración pública solo responderá por su aporte societario.

El tipo de aportes que la ley específicamente regula para los entes estatales, salen del espectro normativo de la Ley de sociedades, específicamente el de la sociedad anónima, en la que los aportes deben ser bienes determinados,

¹⁹⁹ A la fecha de redacción del presente trabajo se encuentra vigente el Decreto 1331/2012 que establece como mínimo requerido el monto de cien mil Pesos Argentinos como capital social para inscribir a las sociedades anónimas.

²⁰⁰ Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. XIV-7.

susceptibles de ejecución forzada, condición que no cumplen algunos aportes descritos en la Ley 12.962 como son los privilegios de exclusividad, las exenciones de impuestos, la protección fiscal, las subvenciones, las garantías de interés al capital invertido por los particulares; es que estos bienes que inclusive pueden no estar debidamente determinados al momento de la constitución, no son susceptibles de exacta cuantificación dineraria al momento de transformarlas en acciones y tampoco son bienes susceptibles de ejecución forzada.

La regulación argentina para sociedades con limitación en su responsabilidad como son las anónimas, responden al derecho societario que exige las condiciones de aporte en bienes determinados y susceptibles de ejecución forzada²⁰¹ en el entendido que al ser bienes tangibles con cualidad registral, son el respaldo de los acreedores sociales en caso de tener que recurrir a la persecución y ejecución de bienes de la sociedad; en realidad son la única garantía de los acreedores sociales por lo que deben ser de propiedad y encontrarse registrados a nombre de la sociedad, para que en caso de cesación de pagos por parte de la SEM, sean embargados y rematados judicialmente. Ahora bien, esta disposición que se viene refutando por su falta de correspondencia con lo dispuesto en la Ley de sociedades, en su aplicación inicial hasta la promulgación de la Ley 19.550, parecería tener concordancia y asidero de justificación con lo dispuesto en el Art. 11 referida a que las SEM no podrán ser declaradas en quiebra; lo que supondría que el Estado haría frente a los adeudos sociales, pero la revisión del Art. 14 ya citada, nos da cuenta de que la responsabilidad del Estado está limitada exclusivamente a su aporte societario, con lo cual, de producirse una falencia económica que determine la cesación de pagos, los acreedores sociales podrían ir contra el activo para el cobro de sus acreencias, y en caso de no alcanzar los mismos en la

²⁰¹ El art. 39 de la Ley 19.550 señala que: En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada. Además estos bienes no deben ser susceptibles de litigio; no obstante, la salvedad establece que el socio que realice un aporte en algún tipo de obligación, esta se convierte en dineraria que debe hacer efectiva el obligado.

determinación del patrimonio se encontrarían que el aporte estatal se trata de subvenciones, privilegios, exenciones, protección fiscal, bienes no susceptibles de ejecución forzada, entonces inejecutables contra al Estado. En ese orden, ¿podrá el Estado trasladar a los ejecutantes esas subvenciones, privilegios, exenciones y protecciones?

Con relación al aporte al Capital social por parte de los privados la ley no expresa nada, lo cual se interpreta en sentido que deben asumir lo establecido en la Ley 19.550 en relación a los aportes al capital social para las sociedades anónimas.

2.4.c. Conflictos de orden societario en la SEM

La ley expresa que al presidente, los directores y el síndico nombrados por la administración pública se les aplica las responsabilidades previstas en el Código de comercio, y la administración pública no responderá por los actos de los mismos, lo que nos conduce a resaltar la posición de los entes estatales dentro de la SEM, puesto que por una parte tienen la prerrogativa de aportar bienes no susceptibles de fácil determinación, ni ejecución forzada, tienen el privilegio de nombrar presidente, síndico y un tercio de los directores, disponen que esta sociedad no puede ser declarada en quiebra y limitan su responsabilidad solo al monto de sus aportaciones.

El hecho que el presidente, síndico y los directores nombrados por los entes estatales que participan en la SEM, deban observar las responsabilidades establecidas en el Código de comercio, hoy Ley de sociedades, en los arts. 58, 59, 274, 296 a 298, si bien no los exime de la responsabilidad ilimitada y solidaria, no obstante podría dar lugar a una serie de conflictos de orden legal en relación a lo que apuntaba Cassagne respecto a que si el representante de la administración pública es un funcionario público que obedece instrucciones de superiores para aplicarlas en la SEM, o si este obedece a un mandato. En el primer caso probablemente, la responsabilidad en forma directa podría

alcanzar a funcionarios jerárquicos de la administración pública y por ende al propio Estado y en el segundo caso en forma indirecta como mandante.

Lo que no se puede negar es que la Ley 15.349 o 12.962 contiene disposiciones específicas que manifiestan de manera clara, la preponderancia que ha de tener el capital estatal en su representación dentro de la sociedad, puesto que en el Art. 7 señala que el presidente de la sociedad, el síndico y por lo menos un tercio de los directores representarán a la administración pública, debiendo ser nombrados por ésta; lo que se traduce como una derogación admitida legalmente a lo dispuesto en la Ley 19.550 respecto al nombramiento de los directores, síndico, el porcentaje mínimo obligatorio que debe tener la administración pública, la forma de su nombramiento que es privativa de la administración pública y la manera en que se procederá en ausencia o impedimento del presidente, que necesariamente debe ser reemplazado por un director que represente a la administración pública.

No deja de tener relevancia y es importante resaltar que si bien el Art. 5 de la Ley, al parecer en apego a la libertad de asociación dispone que la participación en el capital social entre las entidades públicas y privadas podrá ser fijada en la proporción que convengan entre ellas, sin embargo de manera contradictoria a este precepto se dispone que en el estatuto se establecerá que el nombramiento del presidente y el síndico recaerán en representantes de la administración pública y su nombramiento también se realizará por la administración pública; lo que nos lleva a considerar dos opciones; la primera, que el estatuto establezca la existencia de votos privilegiados con voto plural²⁰², lo que significaría una tácita renuncia de los socios privados a la administración de la sociedad con independencia de la cuantía de votos que ostenten. La segunda es que el aporte de capital del sector público corresponda como mínimo para cubrir no solo el tercio de directores que señala la ley, sino para tener mayoría en correspondencia a su participación

²⁰² El Art. 194 de la Ley de Sociedades las regula, con las restricciones que rigen de conformidad al art. 216 en relación a que el estatuto puede crear clases de votos que reconozcan hasta cinco votos por acción ordinaria, pero el privilegio de voto es incompatible con preferencias patrimoniales; además este privilegio no es admitido después de que las sociedades hayan sido autorizadas para hacer oferta pública de acciones.

accionaria. A estas disposiciones normativas en el nombramiento del presidente, síndico y el tercio de directores, Dromi²⁰³ las califica como privilegios que aseguran la prevalencia estatal justificada en las prerrogativas de poder público que se confieren a la SEM.

Por su parte Cassagne²⁰⁴ anota la participación estatal dispuesta en la ley con carácter estatutario permanente, al respecto se puede ver que la participación del Estado en los órganos sociales no es temporal, no obedece a su porcentaje accionario, lo cual no sigue el régimen de la sociedad anónima; el autor citado puntualiza también una problemática relacionada con la relación jurídica de los representantes estatales en el directorio, reconociendo al igual que Marienhoof dos posibilidades: la primera, que el representante estatal sea a su vez funcionario público lo que produce una relación de dependencia hacia la función pública, en su caso puede inclusive tratarse de cumplimiento de instrucciones impartidas por superiores; la segunda, que la relación del representante del Estado sea de mandato en el cauce jurídico público, lo cual por analogía conduce al derecho privado, puesto que el Derecho Administrativo no regula el mandato; pero el segundo autor difiere cuando señala que en realidad la relación de dependencia como funcionario público y la de mandato recaen sobre la misma persona, siendo ambas relaciones opuestas entre sí, ya que la una obedece al orden jurídico privado y la otra al orden administrativo de derecho público. No obstante, de ninguna manera los representantes del Estado están sujetos dentro de la SEM a ningún vínculo jerárquico, porque las SEM no son personas estatales tampoco pertenecen a la administración pública, y su desempeño no tiene relación con ninguna actividad de funcionario o empleado público, tampoco se les puede aplicar sanciones en esa calidad. Por lo que concluye que la responsabilidad que les corresponde es la del mandatario, lo cual tiene coherencia con lo dispuesto en el art. 14 respecto a las responsabilidades emergentes del Código de Comercio, sin que el Estado deba responder sobre los actos de sus representantes nombrados para la

²⁰³ Dromi Roberto, *Derecho Administrativo...*, Op. cit., pág. 756.

²⁰⁴ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, Op. cit. Pág. 343

SEM; cabe recordar que el art. 1 de la Ley 12.962 expresa que la SEM puede ser persona de Derecho público o de Derecho privado, tema tratado en el cual no se dio por sentada ninguna posición que determine de manera específica la orientación hacia una u otra.

Queda sin embargo la posibilidad que el representante nombrado por el Estado, cualquiera sea su vinculación, funcionario público o mandatario, podría argüir el cumplimiento o acatamiento de órdenes de superiores jerárquicos de los cuadros del Estado en la toma de decisiones o dirección de las operaciones de la sociedad, las cuales causaron daños y el director pretenda el reintegro o repetición frente al Estado de las indemnizaciones que haya tenido que afrontar ante la SEM o terceros. Al respecto Marienhoof²⁰⁵ orienta la solución, en sentido que sería necesaria una norma especial que la regule o, que se apliquen las reglas del mandato, pero nunca invocando la relación de jerarquía que se observa en la administración pública.

Lo apuntado por estos doctrinarios del Derecho Administrativo, visto desde la perspectiva del derecho privado, más propiamente del derecho societario, es que se trata de consolidar y fortalecer de manera permanente las facultades extraordinarias conferidas por ley a los entes estatales que participen en la SEM; sin estas prerrogativas extraordinarias y debiendo la SEM regirse por lo preceptuado por la Ley 19.550, es probable que no siempre las tenga, salvo que tenga la mayoría accionaria, lo cual en correspondencia le daría lugar a nombrar presidente, síndico y un porcentaje mayor de directores en función a su capital social y en consecuencia también la responsabilidad por sus actos dentro de la administración de la SEM. La facultad de qué en caso de ausencia o impedimento del presidente, éste sólo pueda ser reemplazado por uno de los directores que represente a la administración pública, nuevamente cierra o blindada la posibilidad de que un director que represente a los accionistas privados tenga el poder de representación de la sociedad. Por otro lado, si bien no se restringe la participación accionaria privada extranjera en la SEM, se

²⁰⁵ Marienhoof Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 218.

limita la posibilidad de que un extranjero sea representante de la participación accionaria de la administración pública.

2.4.d. El privilegio del veto

El art. 8 de la Ley dispone que el presidente de la sociedad o en su ausencia cualquiera de los directores nombrados por la administración pública, tendrán la facultad de vetar las resoluciones de la asamblea de accionistas o del directorio cuando ellas fueran contrarias a la Ley 15.349 o la Ley que apruebe su creación o los estatutos de la sociedad; también en caso de que puedan comprometer las conveniencias del Estado, al respecto caben variadas consideraciones que hay que diferenciarlas; primero que se refieren a impugnarlas o vetarlas cuando sean contrarias a la Ley 15.349, a la escritura de constitución, a los estatutos por una parte, y segundo que comprometan las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad.

En ese orden, la que puedan ser contrarias a la Ley 15.349, es probable que también lo sean a la ley de creación y a los estatutos, o que en el orden inverso, las que sean contrarias a los estatutos, lo sean a la constitución y por ende a la Ley, puesto que el orden de observancia de la ley es vertical en el este caso, ya que la ley que autorice la creación de la SEM tiene que estar acorde con la Ley 15.349, caso contrario sería impugnabile sin lugar a dudas y su cumplimiento estaría viciado en origen. Las demás normas inferiores que hacen a la estructura jurídica de la existencia de la SEM y los estatutos han de ser de necesaria observancia por la Junta de accionistas y también por el Directorio. Ante ello la lógica es que tanto la Ley de creación y el estatuto como norma interna y de aplicación interna exclusiva, nunca deberán contradecir a lo que disponga la Ley de creación y tampoco a la Ley 15.349.

Ahora bien, si la asamblea de socios o el directorio llegaran a aprobar alguna resolución que contradiga cualquiera de los preceptos señalados, en principio sólo el presidente de la sociedad, su reemplazante o cualquiera de los directores nombrados por el ente estatal participante tendrán la facultad del

vetarla bajo un procedimiento netamente administrativo, puesto que la ley prescribe que deberán dirigir la objeción ante la autoridad administrativa superior del ente estatal asociado, la cual la admitirá en efecto suspensivo, debiendo pronunciarse en forma definitiva confirmando o revocando el veto. Esta autoridad administrativa superior del ente estatal, en caso de no pronunciarse confirmando el veto dentro de los veinte días siguientes, dará lugar a la aplicación del silencio positivo. De manera que si no se pronuncia en ningún sentido dentro de los veinte días, la resolución vetada quedará firme, lo cual supone que, aunque la resolución sea contraria a la estructura normativa descrita, ésta quedará firme.

Se observa una disposición muy débil y frágil que daría lugar a la confirmación de resoluciones contrarias al ordenamiento jurídico que sostiene la existencia de la SEM. Además, otro punto de análisis es la exclusiva facultad del veto; primero porque el presidente de la SEM solo puede ser un representante del Estado, segundo porque a éste sólo puede reemplazarlo otro representante del Estado, tercero porque en ausencia del presidente, sólo los directores nombrados por la administración pública pueden vetar dichas resoluciones, lo que en otras palabras significa resolver todo por el mismo sector público.

Por su lado la ley prevé que después del procedimiento administrativo los accionistas, directores o representantes del capital privado podrán recurrir ante el órgano jurisdiccional para provocar una resolución definitiva, cabe tomar en cuenta el tiempo que significa ingresar a un proceso judicial, cuando de lo que se trata es de imprimir una dinámica de agilidad en la administración y funcionamiento de la SEM.

La otra parte del derecho al veto se refiere a las resoluciones a la Junta de socios o las del Directorio que puedan comprometer las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad; en tal caso el procedimiento a seguir sería el mismo con la diferencia que la defensa de las resoluciones vetadas que afectan a la estructura jurídica pueden considerarse generales o aplicables a todos los socios, en tanto que éstas últimas se refieren a la defensa a ultranza

de la posición privilegiada del Estado; además el término “conveniencias” es tan abstracto que pueden interpretarse de muchas maneras.

Cuando el veto se funde en violación de la ley o de los estatutos sociales; siguiendo el análisis de Vanasco²⁰⁶, vemos que este autor destaca que esta facultad extraordinaria del veto que confiere la ley a la administración pública, se traduce en una materia exclusiva del poder administrativo estatal que excluye al conocimiento del Poder Judicial, puesto que sólo si se tratara de resoluciones que contradigan la ley o los estatutos sociales los privados podrán acudir ante las autoridades jurisdiccionales. En tanto que si se tratara de resoluciones que comprometan de alguna manera las conveniencias del Estado, estas son inimpugnables por los privados, sólo los representantes del sector público podrán acudir en la vía administrativa lo cual tendría una lógica en relación a que si una resolución fuera contraria a los intereses del Estado, necesariamente los representantes del mismo sector serían quienes tendrían el derecho a vetarla.

Esta regulación del veto es evidente que tiene la intención de que si la asamblea de socios sea ordinaria o extraordinaria, o el directorio llegasen a emitir resoluciones contrarias a las conveniencias del Estado, sería el propio Estado, representado por la autoridad jerárquica del ente participante la que tendría que resolver la impugnación de manera definitiva e irrevisable por otra instancia, lo cual constituye una forma de control o filtro de segunda instancia dentro de la sociedad, que evidentemente es una facultad extraordinaria y está fuera del ámbito del derecho societario, por no seguir los procedimientos reglados para estas situaciones en la Ley 19.550.

Dromi²⁰⁷ reconoce que se trata de un privilegio de prevalencia de la administración estatal, tenga o no una participación mayoritaria, puesto que solo exige de manera obligatoria un tercio del directorio que represente al o los entes estatales accionistas, encontrando justificado el privilegio en función a la

²⁰⁶ Vanasco Carlos Augusto, *Manual de Sociedades...*, Op. cit., pág. 573.

²⁰⁷ Dromi Roberto, *Derecho Administrativo...*, Op. cit., pág. 756

participación financiera y las prerrogativas de poder público que el Estado habría otorgado a la SEM, coincidiendo en que se trata de un especial control administrativo. Cabe acotar que esta regulación del veto, es una disposición que obedece al lineamiento de intervención y control que el Estado pretende desplegar dentro de las SEM, independientemente de cualquiera sea el porcentaje de su participación accionaria.

2.4.e. Prórroga, disolución y transformación de la SEM

El objeto social que desarrolle la SEM cuando se trata de explotación de servicios públicos, tiene una connotación de importancia al momento de vencer el término fijado en la constitución, puesto que la Ley dispone que se fije un inicio y un término para extinguir la sociedad; lo cual significa que vencido el plazo de la sociedad la misma debe acabar disolviéndose con la consiguiente liquidación, es decir no cabe el plazo indefinido, ¿acaso podría fijarse el plazo en 500 años o más? De otro lado cabe plantearse si podría o no producirse la prórroga de plazo cumpliendo los procedimientos societarios como ser la junta general extraordinaria de accionistas para decidir en forma ecuaníme sobre este aspecto. El cumplimiento a la letra muerta o la interpretación literal de la norma daría como resultado que en este tipo de sociedad es poco posible que los socios puedan decidir sobre la prórroga. Es probable que una interpretación teleológica de la norma conduzca a la posibilidad de que los socios opten por la prórroga de la SEM cuyo requisito es el acuerdo unánime de los socios.

El efecto directo de la conclusión del plazo o término de la sociedad da lugar a que en principio se debe tener en cuenta el objeto social de la SEM, ya que si es el de explotación de servicios públicos se procederá de una forma y si fuera de producción de bienes y servicios será de otra. Si no explota servicios públicos el capital privado rescatando las acciones del Estado, puede continuar la misma actividad bajo el régimen adoptado, y en caso que sí explota servicios

públicos, el Estado puede tomar las acciones de los particulares y transformar la SEM en una entidad autárquica administrativa.

Esta disposición nos lleva a revisar la forma como resuelve, o quizá el léxico que se utiliza en la ley 15.349 para estos dos actos societarios, ya que en el caso de que los privados puedan continuar con la actividad, habla de “rescatar” acciones de la entidad estatal; en tanto que cuando es la entidad estatal la que continúe la actividad, señala: que la administración pública “podrá tomar a su cargo”. El vocablo rescate de acciones, más bien se trataría de una transferencia normal de acciones por parte del Estado al sector privado, en la cual se valuarán las acciones y los privados previo pago podrán continuar con la sociedad y el desarrollo del objeto social; es evidente que los privados decidirán si continúan como sociedad anónima u otro tipo social. De producirse la forma opuesta, es decir que el Estado “tome a su cargo” las acciones de los privados, de igual manera, el vocablo utilizado no parece ser el acertado, puesto que el tomar a su cargo podría tener como la mejor interpretación que el Estado ofertará a los privados para que estos les transfieran las acciones en su poder; la peor interpretación sería que el Estado se apoderará de las acciones de los privados, lo cual significaría una confiscación por parte del Estado, acción que es impracticable porque la Constitución de la Nación Argentina lo prohíbe²⁰⁸.

Vanasco²⁰⁹ ya hacía notar la problemática de la expresión “tomar a su cargo” e interpreta que esto significa que los particulares están obligados a vender al Estado sus acciones, también acota que el precio debe ser determinado judicialmente, lo contrario significaría una confiscación que se encuentra prohibida por la Constitución de la Nación Argentina. Sin embargo, en este procedimiento al parecer obligatorio de la transferencia de acciones por parte de los privados podría plantearse también como vía de salida. Retomando la posición de interpretar en forma teleológica y sistemática es posible que el

²⁰⁸ El Art. 17 de la Constitución de la Nación Argentina, expresa que: “... La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino.”

²⁰⁹ Vanasco Carlos Augusto, *Manual de Sociedades...*, Op. cit., pág. 574.

Estado sin transformarla la prorogue en su plazo, cumpliendo los procedimientos societarios de acuerdo a sus estatutos.

Lo estipulado en el art. 11²¹⁰ en relación a la disolución de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Comercio para el régimen de las sociedades anónimas, se trata de disposiciones que fueron derogadas por la Ley de sociedades 19.550, de manera que desde abril de 1972 se aplica lo prescrito para el régimen de disolución de sociedades en dicha ley, entre lo que cabe mencionar, están como causales de disolución el acuerdo entre socios, expiración del término, cumplimiento del objeto, la imposibilidad sobreviniente de lograr el mismo y otras, lo cierto es que es una opción ante la probabilidad de quiebra, puesto que la SEM no puede ser declarada en quiebra; pero las causales de disolución de la Ley 19.550 parecieran no tener mayor trascendencia como causales de disolución de la SEM.

Es evidente que el particular que se asocia con Estado para desarrollar en sociedad actividades comerciales, sean de servicios públicos, industriales u otros, tiene un preanuncio al inicio de todas estas circunstancias en el momento de la constitución de la sociedad. Así que al vencimiento del término fijado, ya conoce de antemano cuales son las vías de disolución de la sociedad, además, en relación a la transferencia de acciones sea del Estado a los particulares o viceversa, la valoración de las acciones no siempre tendría que dilucidarse en un escenario judicial; actualmente existen otras formas de llegar a concertar transferencias justas para las dos partes como son la mediación y la conciliación, e inclusive el arbitraje. No obstante, se deberá tomar en cuenta que: sea por la vía de la prórroga del plazo que se ha planteado como un ensayo de opción en apego a la interpretación sistemática de la ley, o sea por la vía de la transferencia de las acciones por parte de los privados o por el sector público, el principio de continuidad de la empresa o

²¹⁰ El Art. 11 señala: Las sociedades de economía mixta regidas por esta ley no podrán ser declaradas en quiebra, pero podrán ser disueltas en las demás circunstancias previstas por los arts. 369, 370 y 371 del Código de Comercio y de acuerdo con el régimen que expresamente se disponga para esa eventualidad.

actividad comercial podría ser la guía en el procedimiento a seguir al momento de decidir sobre estos aspectos.

Tampoco existe la prohibición de que tales decisiones podrían tomarse en acuerdos societarios entre partes, más aún se tomará en cuenta lo dispuesto en el estatuto que bien podría haber fijado formas y procedimientos concretos y especiales para proceder ante el vencimiento del plazo, disolución y liquidación de la sociedad, que no sean contradictorios a la Ley.

Otro aspecto que habrá que tener presente, ya revisado en párrafos precedentes, es que la Ley 20.705 del año 1974, de Sociedades del Estado, faculta al Poder Ejecutivo transformar a las SEM, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y empresas del Estado en sociedades del estado, manteniendo los beneficios tributarios, impositivos y arancelarios, norma aplicable, no derogada y pasible de aplicación a la SEM, sin olvidar que puede ocasionar un conflicto de prelación de aplicación normativa.

2.4.f. La quiebra de la SEM

Mayor relevancia en este análisis tiene la disposición referida a que la SEM no pueden ser declaradas en quiebra, y la que se refiere a la limitación de la responsabilidad del Estado solo a los aportes societarios que haya realizado; es decir que, si por un lado la ley dispone que la SEM tiene un plazo de vencimiento, cumplido el cual se procede a la liquidación de la sociedad, por otro dispone que se produce la prorroga indirecta en función al tipo de actividad, como ya se vio; pero además señala que esta sociedad no puede ser declarada en quiebra, esto conduce a que en forma inmediata a que se produzca la falencia financiera y cesación de pagos, se tendría que disolver la sociedad en forma anticipada, puesto que el Estado se asegura que los acreedores sociales, después de liquidados los activos no podrán acudir ante la administración pública para reclamar el pago de sus acreencias, además tiene

señalado que los entes estatales limitan su responsabilidad a su aporte societario.

El Estado en forma expresa señala que su responsabilidad es limitada a sus aportes, esto no quiere decir que los privados no tengan la misma aptitud limitada en relación a sus aportes, puesto que en la SEM rige la normativa de la sociedad anónima.

La quiebra de la SEM al no poder ser declarada, parece ser una prevención estatal para que los acreedores sociales no pretendan asegurar el pago de sus acreencias con fondos estatales, que serán siempre de mayor garantía que la de los socios particulares; por otra parte, esa disposición también es de alguna manera, una limitante en el desarrollo de las actividades y operaciones de la SEM, puesto que también reduce la confianza y garantía que los acreedores buscan tener en sus deudores. Dromi²¹¹ en cuanto a la disolución de la SEM se refiere a las causales que dispone el Código de Comercio y la Ley de sociedades siempre que sean compatibles con lo dispuesto por la Ley 15.349 y, desde su visión administrativista, señala que las decisiones de disolución y transformación deben resolverse en la vía societaria, salvando si se hubieran aprobado procedimientos especiales para la SEM, compartiendo de esta manera la visión de los doctrinarios del derecho privado. Es evidente que conforme se ha señalado ya, en la SEM aún se haya prescrito en la Ley que se trata de una persona de derecho privado, se encuentra presente y de manera privilegiada la presencia de la administración pública-Estado vía mecanismos de representación, de administración y control.

Cassagne²¹² reconoce que las facultades extraordinarias reguladas por la ley a favor del sector estatal, se constituyen en una participación de carácter permanente que favorece al Estado, y que no sigue los procedimientos legales de las sociedades anónimas.

²¹¹ Dromi Roberto, *Derecho Administrativo*, Op. cit., pág. 757.

²¹² Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, Op. cit. Pág. 343.

La prohibición legal de declarar en quiebra a la SEM, tiene la salvedad de ser revisable de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2 de la ley 24.522 de 1985 de Concursos y quiebras, en esta norma la SEM estaría dentro de las sociedades del Estado a las que se aplica dicha norma, por lo cual se produce un conflicto de leyes respecto a la quiebra. También la ley 23.696 de 18 de agosto de 1989, de Emergencia administrativa y reestructuración del Estado dispone que será aplicable a todos los entes en los que el Estado Nacional se encuentre asociado, entre los que se encuentra la SEM, sobre los que podrán crearse nuevas empresas mediante la escisión, fusión, extinción o transformación, sea reorganizando, redistribuyendo y reestructurando cometidos, organización y funciones u objetos sociales; procediendo a la privatización total, parcial o liquidación de los entes señalados²¹³; de manera que más que aplicarse el régimen específico de la Ley 15.349, en relación a las transformaciones, disolución o quiebra, de las SEM, se habría sobrepasado la norma especial, incluso las condiciones que dispone la Ley de sociedades, aplicando los procedimientos que dispone a la ley 23.696 de Emergencia administrativa y reestructuración.

2.4.g. La responsabilidad de los administradores y el Síndico

El art. 14 de la Ley 15.349 dispone en forma expresa que la responsabilidad de la administración pública se limitará exclusivamente a su aporte societario, con lo cual conforme se expresó anteriormente, blinda la posibilidad de que los acreedores de la SEM puedan alcanzar a los bienes de las entidades públicas para el cobro de sus acreencias. En el mismo artículo señala que la responsabilidad del presidente y directores nombrados por la administración tendrán las responsabilidades previstas en el C.Com., y expresamente señala que la administración pública no responderá por los actos de los mismos.

²¹³ En el anexo II de la Ley 23.696 se menciona la privatización o concesión de 6 sociedades de economía mixta, en su mayoría de sociedades cuyo objeto es la producción industrial; también se dispone que YPF en las áreas de recuperación asistida se transforme en sociedades mixtas.

Esta disposición en principio tiene relación con las prerrogativas del Estado en las SEM, también con lo que se analizó en relación a la forma de su nombramiento, prescrita en el art. 7 en derogación del régimen jurídico de la Ley 19.550 señala la designación del presidente, síndico y al menos un tercio de los directores como facultad extraordinaria de la administración pública; pero luego libera su responsabilidad respecto a las decisiones que sus representantes tomen dentro de la SE, con lo cual queda expedita la vía de nombramiento de estos representantes a personas que no tengan vínculo laboral con la administración pública, ya que lo contrario significa un quiebre en esta responsabilidad que le es propia, pues de muchas formas los funcionarios públicos nombrados representantes de la administración pública les pueden trasladar sus acciones dentro de la SEM.

El síndico de la SEM según la Ley 15.349 debe ser nombrado por la administración pública, situación que podría tener lugar cuando se trate de un fiscalizador individual, por tanto no colegiado, además este órgano de vigilancia también quedaría bajo exclusiva representación por el sector público, sin embargo, la Ley 19.550 en los arts. 284 y 299 inc. 3, señala que la sindicatura debe ser colegiada por número impar y dispone la fiscalización estatal permanente, por parte de la autoridad contralor del domicilio de la sociedad, lo cual es aplicable a las sociedades de economía mixta. De manera que la sindicatura de la SEM debe ser colegiada y en número impar, con lo cual uno de los síndicos necesariamente debe representar a las entidades estatales participantes, los otros dos representarán en proporción a las participaciones accionarias donde los privados al amparo del art. 288 de la Ley 19.550, que especifica que en caso de existir diversas clases de acciones, el estatuto puede autorizar que a cada uno de ellos le corresponda la elección de uno o más síndicos titulares e igual número de suplentes y podrán nombrar al menos un síndico.

Otra circunstancia que apunta Marienhoof²¹⁴ en relación a la fiscalización y por tanto a la sindicatura, es que sobre la SEM recae un doble control por parte del Estado; primero cuando ejercita el control general por parte de la Inspección de Justicia establecido en la Ley 19.550 para todas las sociedades incluso las SEM; segundo, estaría caracterizado como especial de orden interno y otro administrativo de orden externo. El primero, cuando ejerce el control especial interno a través de los representantes del ente público en la persona del presidente, los directores y el síndico nombrados por la administración pública, privilegiados inclusive con un derecho a veto tramitado privativamente en la vía administrativa y, un segundo control externo ejercitado por el Estado en función al desarrollo de actividades de interés general, es decir el establecimiento de un constante control administrativo.

2.4.h. El régimen laboral que establece

Cabe la consideración de los dos atributos de orden laboral que se encuentran dispuestos en el régimen de la SEM, la primera se refiere a que el Estatuto debe definir el porcentaje mínimo de empleados y obreros argentinos que ocuparán los puestos de trabajo que requieran en sus operaciones empresariales; la segunda se trata de que tanto obreros como empleados podrán tomar parte con voz, pero sin voto en las asambleas a través de un delegado. En el análisis de esta disposición, Vanasco encuentra la misma como precursora (año 1946), en propiciar la intervención de los trabajadores en las decisiones de una sociedad, aunque la califica de débil porque se trata de una intervención con voz, pero sin voto, por tanto, sin gravitación en las resoluciones.

Esta participación de los trabajadores a nuestro entender tiene tres connotaciones; la primera es la fijación de un porcentaje mínimo de empleados y obreros argentinos dentro de los estatutos; la segunda se divide en dos

²¹⁴ Marienhoof Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 216.

partes: por un lado, la participación de los obreros y por otra de los empleados, ambos con un representante; la tercera es que también es una facultad extraordinaria, extra societaria y de orden administrativo del Estado. Esta facultad, verdaderamente innovadora para el tiempo en que se ha promulgado la norma, regla el contenido del estatuto en ese aspecto. Puede ser comprensible en la previsión de las SEM existentes en la época de su promulgación, ya que para el tipo de emprendimientos como la siderurgia, minería, electricidad y otros la participación de personal extranjero por la especialidad, ha tenido un fuerte componente en desmedro de los trabajadores nativos, a lo cual parece obedecer esta disposición²¹⁵. En cuanto a su representación se entiende que uno será representante de los empleados y otro de los obreros; por tanto, la representación de los trabajadores será al menos de dos personas, delegadas con voz, aunque sin voto, que como aptitud extraordinaria puede tener efectos beneficiosos para el conocimiento por parte de socios y directivos sobre los problemas operativos y/o administrativos detectados por los propios actores.

Es totalmente inviable que los trabajadores sean facultados con voto en asambleas, primero porque ninguna disposición normativa de las sociedades anónimas contiene este tipo de prerrogativa, ya que la regulación de los votos es uno de las cuestiones societarias de mayor cuidado por las implicancias y alcances que tiene en el desarrollo de actividades sociales y desarrollo empresarial de la sociedad, además corresponde sólo a quienes poseen aportes económicos en cualquier tipo de sociedades. Segundo aspecto a tomar en cuenta, es que dotar de tal prerrogativa a empleados y trabajadores produciría una distorsión en los porcentajes a la hora de tomar resoluciones en las asambleas, igualmente no prevista en ninguna normativa societaria.

²¹⁵ La Ley General del Trabajo de Bolivia, del año 1939 el art. 3, dispone que en ninguna empresa o establecimiento el número de trabajadores extranjeros podrá exceder del 15% del total y comprenderá exclusivamente a técnicos. En cuanto a Director, Administrador, Consejero y representante en las entidades del Estado necesariamente deben ser bolivianos.

3. COLOMBIA: LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

3.1. Antecedentes

Las sociedades comerciales presentes en el ordenamiento legal colombiano se encuentran reguladas en el Código de Comercio de 1971 en el Decreto 410 de 27 de marzo, que aprueba disposiciones aplicables a los asuntos comerciales, los comerciantes y en lo que nos es de interés a nuestro estudio el Libro segundo el régimen de las sociedades comerciales²¹⁶. En relación a éstas últimas, la Ley 222 de 1995 ha realizado importantes modificaciones al Libro II del Código de Comercio que se refiere a diferentes asuntos relacionados con las Sociedades comerciales, además el C.Com., ha sido modificado también por otras leyes y decretos sobre aspectos más puntuales. La revisión del régimen regulatorio de las sociedades no nos puede ser ajeno puesto que la sociedad de economía mixta, si bien dentro de la estructura del código parece ser un tipo societario²¹⁷, sin embargo, del análisis de su texto se verifica que más bien es una forma de organización que puede valerse de los otros tipos sociales como la anónima y la de responsabilidad limitada.

El Código de Comercio de 1971 en los artículos 461 al 468 dispone en forma específica el régimen legal de las Sociedades de economía mixta (SEM), y aunque existen precedentes legislativos en los que se verifica que anteriormente regulaban la existencia legal de la SEM; en forma posterior al Código se encuentran también normativa que se refiere a este tipo de organización societaria.

Las sociedades comerciales fueron reguladas en el Código Civil según Ley 57 de 1887 hasta la promulgación del Código de Comercio, así como otras con carácter específico como la Ley 153 de 1887 que señala que el texto auténtico

²¹⁶ El Código de Comercio Ley 410 de 1971 está compuesto de Libros, entre los que el primero se refiere a los comerciantes en general, el segundo a las sociedades comerciales, el tercero a los bienes mercantiles, el cuarto a los contratos y obligaciones mercantiles, el quinto a la navegación marítima y aérea, el sexto a los procedimientos entre los que se regula el concordato y la quiebra.

²¹⁷ Se incluyen en títulos sucesivos a la sociedad colectiva, la comandita simple y por acciones, la de responsabilidad limitada, la anónima, la sociedad de economía mixta, la sociedad extranjera, las sociedades de hecho, de las cuentas en participación.

del Código de Comercio se encuentra en la Ley 57 de 1887 contenida en la edición de 1874.²¹⁸ De la revisión del texto del Código civil se puede resaltar que el Título XXVII De la Sociedad incluía la definición de sociedad y distinguía a las sociedades en civiles y comerciales regulaba la existencia de las sociedades comerciales como la colectiva, en comandita y la anónima, habiendo desarrollado el régimen de constitución, administración, las obligaciones de los socios, disolución de estas sociedades. Entre lo destacable se encuentra el hecho de la regulación de sociedades civiles anónimas y las sociedades comerciales anónimas, aunque toda esta normativa societaria ha sido derogada por el art. 242 de la Ley 222 de 1995, que conforme ya se indicó además modifica expresamente el Libro II del Código de comercio y por ende toda disposición contraria entre las que se encuentran las disposiciones precitadas²¹⁹.

Entonces, el régimen de sociedades comerciales en Colombia se encuentra en el Código de Comercio y se complementa con diferentes disposiciones, debiendo tomar en cuenta que muchos aspectos de su funcionamiento han sido objeto de control por parte de la Corte Constitucional y que son tomadas en cuenta al momento de realizar actos jurídicos que tienen que ver con la constitución, funcionamiento y liquidación de las sociedades comerciales.

La virtud de la Ley 222 de 1995 es que se ha incluido la definición de lo que se debe entender por sociedad comercial²²⁰, en la que a efectos legales es la

²¹⁸ El art. 325 así expresa. Es necesario tomar en cuenta que en los archivos electrónicos disponibles en el sitio de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., se registra que el Código Civil Ley 57 de 1887 habría sido Sancionado el 26 de mayo de 1873, es decir catorce años antes. Se entiende que el Código de Comercio se encuentra inserto en el texto de la Ley 153 de 1887 cuya fecha de expedición es el 15 de agosto de 1887, norma por la cual se adicionan y reforman los códigos penal y civil.

²¹⁹ En forma expresa el art. 242 de la Ley 222 de 1995, señala: Esta Ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Capítulo I del Título II del Libro Segundo, el Título II del Libro Sexto y los artículos 121, 152, 292, 428, 439, 443 y 448 del Código de Comercio.

²²⁰ En el art. 1. señala que: el artículo 100 del Código de Comercio quedará así: Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de los actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles. Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil. Esta definición es más precisa que la que anteriormente

ejecución de actos de índole mercantil la que determina la diferencia de otro tipo de sociedades, llegando de esta manera a una precisión que es necesaria para el ámbito societario²²¹. La sociedad anónima como el prototipo de la sociedad de capital es también desarrollada en esta norma, así como la empresa unipersonal; pero la parte más trascendental es la de los procesos concursales, por lo que la Ley 222 ha sido más conocida por este desarrollo, es evidente que la temática atinge al régimen de las sociedades comerciales, de lo cual se rescatará lo que se encuentre relacionado y tenga aplicación en la SEM.

Respecto a la participación estatal en la economía se hace referencia a qué con la reforma constitucional de 1936, el Estado se convierte en gestor, promotor y empresario; en lo posterior con la enmienda constitucional de 1968 se sistematiza y tipifica las formas de organización empresarial del Estado²²², a lo cual nos referiremos con mayor extensión.

3.1.a. *La Constitución Política de 1991*

La Constitución Política de Colombia del año 1991, señala que es una República unitaria, descentralizada y con autonomía en sus entidades territoriales; se define como un Estado Social de Derecho²²³, garantiza la propiedad privada²²⁴, la libertad de empresa²²⁵; se podría decir que se encuentra entre las constituciones modernas que garantizan el orden social y económico, ya que se encuentran dentro del texto constitucional los elementos conformadores de la constitución económica que revisamos en anteriores capítulos. Pero cabe puntualizar que la política económica que delinea

se tenía en el art. 2085 de la Ley 57 – Código Civil, que señalaba: La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles.

²²¹ En esta Ley se regula también el régimen de la escisión, la consecuente transformación, la estructura de los órganos sociales, los administradores con sus deberes y responsabilidades, la sociedad matriz y las subordinadas y la presentación de los estados financieros.

²²² SÁCHICA, Luis Carlos, “Regulación de la Empresa Pública en Colombia”, pág. 512. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/>

²²³ Art. 1° de la Constitución.

²²⁴ Art. 58, modificado por Acto legislativo 1 de 1999.

²²⁵ Art. 38; art. 333, de la Constitución.

sostiene un modelo económico de corte intervencionista²²⁶. Se promueve desde la constitución que la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución y consumo de bienes y servicios públicos y privados esté a cargo del Estado; asimismo, partiendo de la premisa que toda actividad siempre cumple una función social, se prevé que debe estar encausada dentro de los postulados del Estado social y democrático de derecho, que a diferencia del Estado liberal o del Capitalista que tienden al interés y bienestar económico particular, procura cubrir necesidades sociales a través del desarrollo directo de actividades comerciales, industriales y de servicios públicos.

La estructura del Estado colombiano se conforma de tres ramas²²⁷, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, apoyadas por una estructura institucional armónica para el cumplimiento de sus fines. No está demás establecer dentro del presente acápite que el Presidente de la República como Jefe del Estado y del Gobierno, es también la suprema autoridad administrativa, por lo que entre sus atribuciones está nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales, cargos que no son asumidos por concurso²²⁸, de manera que tal facultad alcanza a que el Presidente pueda nombrar y remover libremente a estos agentes estatales.

El art. 115 de la constitución señala que los establecimientos públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (E.I.C.E.) son parte de la rama ejecutiva, estas precisiones son importantes para cuando se trate de definir la personalidad jurídica de la SEM; por otro lado el art. 210 de la carta magna colombiana establece que las entidades descentralizadas del orden nacional cuya actividad es la prestación de servicios, solamente podrían ser creadas o autorizadas por ley y, que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley, además que la ley

²²⁶ Art. 150, num. 21, por el cual se faculta al Congreso para elaborar las leyes para la intervención económica referidas en los arts. 334, 335 y otras que determinan esta política intervencionista por parte del Estado Colombiano.

²²⁷ Título V, Cap. I, de la Constitución, en concreto en cuanto a las ramas se refiere el Art. 113.

²²⁸ Art. 189, num. 13.

establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.

La constitución colombiana de 1886, en el art. 76. Núm. 9 y 10, faculta al Congreso para que expida la ley de creación y el ordenamiento de los estatutos básicos de entidades económicas de orden público entre las que se comprendería a las SEM; asimismo establecía la diferencia entre las empresas nacionales, departamentales y municipales conforme a los art. 187, 194 y 197, reconociendo a estas en el orden de las entidades descentralizadas²²⁹. En el art. 120 se atribuía al Presidente de la República la calidad de suprema autoridad administrativa, por la cual podía nombrar y cambiar libremente a los representantes del Estado en las SEM; en el art. 194, núm. 6, facultaba al Gobernador para la coordinación de las actividades y nombrar los representantes del Departamento en las Juntas de directorio de las SEM; y el art. 187 núm. 6, y el art. 197, núm. 4 otorgan facultades expresas al Gobernador y a los Concejos Municipales para la creación de sociedades de economía mixta; así esta sociedad se encuentra expresamente mencionada como parte de la estructura administrativa estatal de Colombia, se la encontraba regulada dentro de las entidades descentralizadas con personería jurídica propia, cuyo objeto era la realización de actividades especializadas de carácter comercial e industrial. Como entidad descentralizada gozaba de autonomía administrativa y financiera; no obstante, cabe resaltar que no se trataba de entidades totalmente independientes, pues el Estado ejercitaba control de tutela sobre los mismos debido a que se encuentran dentro de la estructura del Estado.

La intervención del Estado en la economía puede ser desplegada en distintas formas e instituciones, tiene como una de sus vertientes dentro del ámbito netamente estatal a las empresas públicas, entidades descentralizadas y de otra manera con la participación del Estado en sociedades comerciales, dentro de las cuales puede hacerlo a través de la conformación de sociedades de

²²⁹ SÁCHICA, Luis Carlos, “Regulación de la Empresa ...”, pág. 514.

economía mixta. Así la Constitución de 1991, en el art. 150, núm. 7, atribuye como facultad del Congreso de la Nación hacer las leyes por las que se proceda a la creación o autorización para la constitución de las SEM. Luego en el art. 300, núm. 7 y el art. 313, núm. 6, facultan a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales a que expidan la autorización para la constitución de las SEM²³⁰.

Las diferentes autorizaciones a las que se refieren los citados artículos, tienen relación con la categoría administrativa a las que la Constitución otorga facultad normativa para autorizar la constitución de estas sociedades, así cuando la SEM sea nacional la autorización será mediante ley, debiendo ésta ser exclusiva y concreta, es decir sólo para otorgar autorización de la constitución de una SEM, puesto que la Constitución así lo prevé. En cuanto al tipo de documento que las Asambleas Departamentales emitan para la autorización de creación de las SEM, será a través de ordenanzas; y en el ámbito del régimen municipal mediante los acuerdos del consejo²³¹.

La Constitución del año 1991, en el Artículo transitorio 20, como un mandato para armonizar la administración pública al nuevo texto constitucional, faculta al Gobierno nacional a que conforme una Comisión formada por tres expertos en administración pública o Derecho Administrativo y tres miembros designados por el Gobierno Nacional y un representante de la Federación Colombiana de Municipios para que suprima, fusione o reestructure las entidades de la rama ejecutiva, entre los que se encuentran las SEM; con lo cual toda la legislación precedente al texto constitucional del 1991 tuvo que ser concordada y armonizada a ésta.

²³⁰ La Constitución Política de Colombia, en el Art. 286 reconoce la organización territorial dividida en departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas.

²³¹ El art. 305 num. 1 señala a las ordenanzas como las resoluciones de las Asambleas Departamentales y el Art. 315 num. 1 se refiere a que entre las atribuciones del Alcalde está hacer cumplir los acuerdos del Concejo; sin embargo, de acuerdo al ordenamiento de las resoluciones que emiten los municipios se tratan de ordenanzas.

3.1.b. El ordenamiento legal de las empresas del Estado

La Constitución previó que el Estado en su rol interventor de la economía sentara su presencia en el ámbito empresarial conforme se ha relacionado anteriormente, facultó al Congreso la creación y autorización de las E.I.C.E. y las SEM; a partir de estas atribuciones y la evolución de las empresas del Estado se ha creado una estructura empresarial del Estado. Sáchica²³² en los años 80 ha ensayado una estructura empresarial del Estado que es anterior a la Constitución del 1991, conforme a lo siguiente:

- Empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos, que pueden ser comerciales e industriales.
- Empresas subsidiarias de funciones administrativas.
- Empresas productoras de bienes.
- Empresas prestadoras de servicios y producción de bienes.
- Empresas que actúan en el mercado de capitales.

De la anterior clasificación en lo que se refiere a la prestación de los servicios públicos, se puede inferir que en Colombia ha sido uno de los emprendimientos iniciales del Estado, dando a esta la calificación de empresa pública por las connotaciones de dependencia que tenían estas en su organización, su financiación y funcionamiento; pero además en la Constitución del 1991 el art. 365 prevé que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y pueden ser prestados por él mismo, sea en forma directa o indirecta, por comunidades organizadas como ser los municipios o por particulares, para entonces, ya los privados realizaban servicios públicos a través de concesiones.

Las empresas del Estado al ser consideradas entidades descentralizadas gozan de autonomía administrativa, patrimonio independiente y están sometidas a la revisión por parte de la Contraloría General de la República, una forma de diferenciarlas es por las actividades que realizan, puesto que los establecimientos públicos teniendo la categoría de entidades descentralizadas

²³² Sáchica, Luis Carlos, Regulación de la Empresa Pública..., pág. 511.

esencialmente cumplen funciones de tipo administrativo y sólo excepcionalmente podrían prestar servicios públicos, realizar actividades de índole industrial y comercial y en el desarrollo de esas actividades estaban totalmente reguladas por el régimen legal del derecho público.

En cuanto a las empresas de producción de bienes y prestación de otros servicios, categorizadas como empresas industriales y comerciales tienen la principal diferencia sobre las anteriores porque siendo entidades descentralizadas someten su funcionamiento a las reglas del derecho privado, a semejanza de los particulares en las sociedades comerciales, la diferencia con los privados es que pueden ejercer monopolios en la prestación de estos servicios.

La sociedad de economía mixta siendo categorizado como un ente descentralizado, tiene carácter de sociedad comercial puesto que en ella confluyen, la participación del Estado y los particulares, están regidas en su desenvolvimiento por el derecho privado de acuerdo a la tipología que adopten; además el que la participación del Estado sea mayoritaria o minoritaria tiene sus connotaciones conforme se verá posteriormente.

Existen también empresas del Estado que actúan en el mercado de capitales, siendo ellas las que tienen carácter de entidades de servicios bancarios, de crédito y de seguros categorizados como entidades descentralizadas que se encuentran sometidas a una supervisión estatal constante, aunque en su organización adopten generalmente el tipo social de la sociedad anónima. La Superintendencia Bancaria fiscaliza la legalidad de los servicios y operaciones que realizan y la Contraloría General del Estado es el ente que realiza la vigilancia fiscalizadora por parte del Estado; complementaria a estas supervisiones se encuentra la Superintendencia de Sociedades que tiene tuición sobre aspectos de competencia desleal, prácticas restrictivas dentro del comercio y las de control en cuanto al cumplimiento de aspectos legales en el funcionamiento de las sociedades comerciales.

Otra perspectiva de la organización de las empresas del Estado y la SEM tiene relación directa con la búsqueda de la forma más eficiente de atender las

necesidades sociales, y se encuentra compatibilizada con la categorización geográfica de éstas conforme al mandato constitucional, pues se prevé que existan empresas creadas en el ámbito nacional, departamental y municipal; no obstante, tampoco se debe dejar de mencionar la otra categorización que está relacionada con su categoría funcional, como establecimientos públicos, empresas comerciales e industriales del Estado y sociedades de economía mixta.

3.2. La regulación normativa de la SEM en Colombia

Los antecedentes legales señalados respecto a la participación del Estado en sociedad con los particulares tienen una clara especificación que guarda relación con la denominación como sociedad de economía mixta, que al tratarse de una forma de intervención del Estado en la economía se ha traducido en la constitución de las SEM o de otra manera en la adquisición de acciones y participaciones en sociedades privadas.

En relación a la SEM las disposiciones legales concretas que regulan esta forma de organización social datan desde el año 1938²³³, con la Ley 126 de 1938, la Ley 54 de 1939, el Decreto 1157 de 1940, la Ley 165 de 1948 y la Ley 151 de 1959; textos legales en los que se regula la participación accionaria del Estado, los departamentos y municipios en grandes obras de interés nacional y de servicios públicos en forma conjunta con los particulares.

3.2.a. *Las Leyes 126 de 1938, 143 de 1994 y otras*

La Ley 126 de 1983 de 26 de octubre, denominada de Suministro de luz y fuerza eléctrica a los municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas, establece las regulaciones referidas a la

²³³ AA.VV., *Las Sociedades de Economía Mixta en el Orden Nacional*, Tesis de la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Carrera de Derecho, Bogotá D.C., junio 2004, pág. 46.

adquisición por parte de los municipios sobre las empresas de suministro de energía eléctrica, luz y fuerza y acueductos ya existentes; en esta ley se define la intervención del Estado en la prestación de estos servicios en cooperación y junto a los departamentos y municipios.

Por disposición del art. 2 del texto en análisis se conformaba un Departamento de Empresas de Servicio Público²³⁴ dependiente del Ministerio que tenga mayores afinidades con el servicio, a tiempo de declarar la utilidad pública la adquisición por parte del Estado, los Departamentos y Municipios de las empresas de prestación de servicios, determinando el ejercicio de dirección de la empresa cuando la entidad del Estado posea al menos el cincuenta y uno por ciento del valor de la empresa²³⁵. Si bien el texto de la norma no menciona en forma expresa la constitución de las SEM, sin embargo, en el mismo se hace referencia a la cooperación de la Nación en calidad de accionista, de lo cual se podría deducir que existe una organización de tipo societario que es la sociedad anónima en la que participarían la Nación, los departamentos y municipios dependiendo del tipo de actividad y en las proporciones que señala la ley.

Respecto a la conformación de estas sociedades, llama la atención un aspecto que se considera lesivo en relación a la protección de los intereses de los particulares, ya que estos en su calidad de accionistas conjuntamente con las entidades estatales deberían tener igualdad de condiciones en la formación de la Directiva, pero esto no ha sido así debido a que las entidades del sector público aunque no posean el cincuenta y uno por ciento del valor de la empresa necesariamente tendrán la mayoría de los miembros en el Directorio. Además, la norma prescribe que tratándose de entidades nacionales este precepto debe ser aplicado en forma categórica, en tanto que si la participación es de un Departamento o Municipio podrá ser modificada. Aquí vemos que existe una visible diferencia entre la participación de las entidades de sector público de

²³⁴ Anteriormente operaban dichos servicios desde la Sección Empresas del Servicio Público dependiente del Ministerio de la Economía Nacional.

²³⁵ Art. 21 de la Ley 126 de 1938.

orden nacional que reciben una protección mayor que las entidades dependientes de los departamentos o municipios; esto resultaría ser así porque en las sociedades conformadas en departamentos y municipios, la resolución de la Directiva debía ser consultada con el gobierno nacional que podría configurarla de manera diferente; es decir en función al sector que detente la mayoría, expresando como finalidad que sean garantizados los servicios públicos y los intereses de los particulares con derecho en la sociedad.

En esta Ley resaltan las diferencias entre las empresas del Estado y las sociedades anónimas prestadoras de servicios públicos, donde es necesario hacer notar que, en el porcentaje habilitante para el nombramiento del Directorio, el legislador no hace referencia a la participación accionaria o al capital social, sino al porcentaje del valor de la empresa.

Esta Ley 126 de 1938 fue derogada expresamente por la Ley 143 de 11 de julio de 1994, denominada del Régimen de actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, en la cual se especifica la libre participación del sector público, privado y mixto; en específico se autoriza la organización de una sociedad de economía mixta a partir de la empresa Interconexión Eléctrica S.A.²³⁶. Esta sociedad prestadora de servicios de interconexión eléctrica vinculada al Ministerio de Minas y Energía, además de la modificación del tipo social ha debido modificar su objeto social²³⁷ desarrollando el mismo sobre los activos y compromisos adquiridos anteriormente. La Ley 143 faculta a la Nación, los departamentos, municipios o distritos contratar en el sistema de concesión las actividades del servicio público de electricidad a personas públicas, privadas o mixtas, mediante oferta pública. Crea también la Empresa Eléctrica del Oriente como sociedad de economía mixta, con la participación de

²³⁶ Se refiere a la empresa ISA, la cual en la actualidad es una de las sociedades de economía mixta más sobresalientes del sector energético en Latinoamérica.

²³⁷ El nuevo objeto social es atender la operación y mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión, la planeación y coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y prestar servicios técnicos en actividades relacionadas a su objeto social.

empresas electrificadoras preexistentes²³⁸, y autoriza al gobierno nacional a presentar al Congreso el proyecto de creación de otras empresas dedicadas a las actividades del sector energético que vinculadas al Ministerio de Minas y Energía necesariamente deben constituirse como sociedades de economía mixta con participación accionaria de la empresas electrificadoras de orden nacional o regional ubicadas en las zonas geográficas que les correspondan.

El gobierno nacional por disposición de la Ley deberá transformar en sociedades de economía mixta las entidades descentralizadas de orden nacional cuya actividad tenga como objeto realizar actividades relacionadas con el servicio de energía eléctrica; asimismo se autoriza al gobierno nacional y entidades descentralizadas para constituir y hacer aportes de capital a las sociedades de economía mixta vinculadas al sector eléctrico.

De esta manera la SEM se encuentra presente en la prestación de servicios en el sector eléctrico bajo las disposiciones relacionadas a la constitución, funcionamiento y otros aspectos inherentes al desarrollo societario del Código de comercio y otras disposiciones concretas a esta forma de organización.

En cuanto a los otros servicios públicos domiciliarios de acueductos, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija, telefonía local móvil en el sector rural es la Ley 142 de 11 de julio de 1994 denominada del Régimen de los servicios públicos domiciliarios que regula estos servicios, disponiendo la intervención por parte del Estado conforme las reglas de la competencia y el mandato constitucional de los artículos 334, 336, y 365 a 370 para garantizar la calidad de los mismos. En la misma ley se dispone que estas actividades podrán ser realizadas por Empresas de Servicios Públicos (E.S.P.) de carácter oficial, privado o mixto o por el propio municipio cuando las características técnicas y económicas así lo permitan o aconsejen como sociedades de economía mixta; es necesario aclarar que se dispone que las E.S.P. deben adoptar la naturaleza jurídica de sociedades por acciones y, se registrarán por las reglas del Código de Comercio

²³⁸ Las empresas electrificadoras de Boyacá, Norte de Santander, Santander y Arauca.

para las sociedades anónimas. Aspectos como el régimen jurídico, el plazo de duración que podría ser indefinido, la composición del capital social, funcionamiento de la Junta directiva y otros fueron definidos en esta Ley 142, disponiendo que todos estos aspectos puntualmente deben incluirse en los estatutos, estableciendo derogaciones expresas al Código de comercio como las reglas de la oferta pública de valores; en lo demás debían regirse por las disposiciones del C.Com., para las sociedades anónimas.

En el art. 14 de la ley en análisis se encuentran contenidas las definiciones para la aplicación e interpretación de la misma, dentro de las cuales se encuentran importantes definiciones como la de Empresa de servicio público oficial, la Empresa de servicios públicos mixta y la Empresa de servicios públicos privada, las que se diferencian especialmente por el aporte de capital. Así en la Empresa de servicio público oficial la totalidad del capital aportado es de propiedad de la Nación, de las entidades territoriales o de entidades descentralizadas; en tanto que la Empresa de servicios públicos mixta, el capital de la Nación, las entidades territoriales o entidades descentralizadas debe ser igual o superior al cincuenta por ciento²³⁹. La empresa de servicios públicos privada es aquella en la que el capital pertenece mayoritariamente a particulares o a entidades surgidas de convenios internacionales y se encuentran sometidas a las reglas de los particulares. La atribución inserta en esta definición como “mayoritariamente” ha sido objeto de análisis por parte de

²³⁹ La Corte Constitucional ha debido pronunciarse en la Sentencia C-736 de 2007 debido a que al referirse la Ley 142 en sentido de que en la Empresa de servicios públicos mixta el Estado puede poseer el 50% o más del capital, lo cual produce el cuestionamiento de que la misma Corte había establecido que el elemento determinante del concepto de Sociedad de economía mixta es la participación económica del Estado con los particulares en cualquier proporción, de manera que la Empresa de servicios públicos mixta daría lugar a que esta sea considerada una SEM; sobre lo cual la Corte ha definido que asimilar que esto fuera así es contrario a la Constitución puesto que el art. 365 del mismo cuerpo legal impide que estas sean constituidas como sociedades por acciones, por lo que se trataría de entidades de tipología especial y que tratándose de Empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones con distintos porcentajes de participación pública, el legislador puede establecer regímenes con mayor autonomía puesto que el art. 150.7 de la Constitución admite y faculta a que el legislador pueda crear otras entidades de orden nacional diferentes a los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del Estado o las sociedades de economía mixta; en la que se encontraría amparada la norma cuestionada.

la Corte Constitucional que la ha declarado exequible en la Sentencia C-736 de 2007, con los mismos fundamentos de la empresa de servicios públicos mixta.

De lo analizado se hace notar que además de los establecimientos públicos, las E.I.C.E. y las sociedades de economía mixta, que pueden adoptar como objeto actividades diversas, están estas otras que también se encuentran dentro del espectro de intervención económica del Estado y especialmente dedicadas a la actividad de servicios públicos como son las E.S.P. Empresas de Servicios Públicos oficial, las E.S.P. Empresas de servicios públicos mixtas, y las E.S.P. Empresas de servicios públicos privadas; en ésta última aunque la denominación es manifiestamente de índole privada y con el antecedente que existen dos tipos empresariales de servicios públicos con participación estatal como se vio, en esta E.S.P. privada también puede participar el Estado, puesto que el término “mayoritariamente” abre la posibilidad de la participación del Estado pero necesariamente en “minoría”; con la diferencia de que la norma aplicable a estas empresas es la de los particulares; en cuanto a la empresa pública de servicios públicos mixta adoptará el régimen del Código de comercio en la mayoría de sus actos, salvo en los que determina la Ley 142 de 1994.

A fin de entender el comportamiento de la SEM en Colombia, se hace necesario volver a tiempo anterior cuando se promulga la Ley 165 de 27 de diciembre de 1948 en la que se autoriza al gobierno a crear la Empresa Nacional de Petróleos²⁴⁰, pudiendo constituirse como empresa con o sin la participación económica de inversores particulares; pero ECOPETROL se constituyó como empresa de capital mixto; los art. 1,2 y 3 de la Ley exigían que se conforme como una SEM, luego con el Decreto 30 de 1951 se dispone que podría transformarse en sociedad anónima cuando el gobierno considere que las condiciones exigidas en la Ley 165 fueran cumplidas por los inversionistas nacionales y extranjeros, situación que se produjo recién en el año 2003. La

²⁴⁰ Ecopetrol Energía limpia para el futuro. Cap. 2. La fundación de Ecopetrol o el pragmatismo de la clase dirigente colombiana, [www. Ecopetrol.com.co](http://www.Ecopetrol.com.co).

disposición de que ECOPETROL²⁴¹, se constituya como una SEM da lugar a que se pueda afirmar que sería una de las actividades más importantes bajo esta forma social²⁴².

3.2.b. *La Ley 151 de 1959*

Esta ley que se promulgó el 11 de diciembre, se refiere a la regulación normativa sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados en los que propugna que cuando el Estado tenga participación y cualquiera sea la forma adoptada por estos entes, son parte de la Administración pública; así varios e importantes aspectos se infieren de esta ley, una primera cuestión es que caracteriza como parte de la administración pública a toda empresa o entidad descentralizada cualquiera sea la forma en que se administre; segundo que reconoce que existen compañías privadas gestionando actividades de interés común junto al Estado; tercero, reconoce las prerrogativas de control que como Estado puede desplegar cuando el Estado sea como entidad nacional, departamental o municipal en forma individual o conjuntamente tengan el cincuenta por ciento o más del Capital y cuarto, incorpora en estas entidades órganos del derecho privado como ser asambleas de accionistas, modificación de estatutos²⁴³ y por último también reconoce la tuición de la Superintendencia de Sociedades Anónimas en las funciones de vigilancia sin perjuicio de las que puede ejercer la Contraloría General de la República. Los

²⁴¹ Borradores de la Economía, Núm. 692 – 2012, La Economía Petrolera en Colombia. (parte I).

²⁴² La CAF en los Lineamientos del buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado menciona como un caso exitoso a la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, como la empresa más grande de Colombia y que se encuentra entre las cuarenta petroleras más grandes del mundo y entre las cinco más grandes de América Latina; que en el año 2003 se transforma en una sociedad pública por acciones con el propósito de ganar mayor competitividad, autonomía financiera y la posibilidad de establecer alianzas comerciales con el exterior. En 2010 surge como líder con base en la capitalización bursátil de la Bolsa de Valores de Colombia, al registrar USD 81.400 millones que representa casi el 40% del mercado de valores. Vid. www.caf.com/publicaciones

²⁴³ Se colige que se tratan de estatutos de las compañías y sociedades anónimas, puesto que las entidades descentralizadas también pueden regir su desempeño mediante estatutos propios que hayan sido aprobados por las autoridades administrativas estatales que corresponden.

efectos buscados con esta norma al parecer eran la clasificación de las entidades en las que el Estado tenía participación junto a los privados, la subordinación de estas a la normativa de contratación estatal y el control fiscal y, que las sociedades o compañías privadas que hayan estado participando en la prestación de estos servicios se sometían a estos mecanismos estatales de control y vigilancia.

3.2.c. Los Decretos Ley 1050 y 3130 de 1968

El año 1968 Colombia experimenta una de las reformas constitucionales más importantes de su historia que activa cambios políticos importantes.

Como parte de la reforma del Estado, en ese mismo año el Gobierno dicta los Decretos Ley 1050 y 3130 que en su contenido se refieren en forma específica a la SEM, los mismos que han sido aplicados y sirvieron para el desarrollo de esta forma de intervención del Estado en la economía durante casi treinta años; posteriormente ambos Decretos Ley fueron derogados por el art. 121 de la Ley 489 de 1998 denominada Ley de organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

i. Decreto ley 1050 de 5 de julio de 1968

Este Decreto ley dentro de la línea de las reformas constitucionales del año 1968, se refiere a la reorganización, integración y funcionamiento de la rama ejecutiva de la administración pública nacional; asimismo para orientar la reorganización y el funcionamiento de las diferentes dependencias de la administración nacional, en su texto define la integración entre los organismos, estableciendo las jerarquías y coordinación entre los mismos a partir de la Presidencia de la República y la estructura de los entes descentralizados. Así define la existencia y diferencia entre las E.I.C.E. y las sociedades de economía mixta, pero además las vincula a la administración pública, sujetándolas a su orientación, coordinación y control, lo que se traduce en que, teniendo la tutela gubernamental, el desarrollo de sus actividades debe estar acorde con la política general del gobierno.

En cuanto a las E.I.C.E., que están facultadas para realizar actividades de tipo industrial o comercial, éstas deben ser creadas o autorizadas por ley y deben someter su funcionamiento a las reglas del derecho privado, salvando aquellas excepciones que pueda consagrarse mediante ley. En lo que respecta a la SEM, se resalta que esta norma es la primera en que se define a la sociedad de economía mixta, indicando en el art. 8, que las SEM son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y del capital privado; deben ser creados o autorizados por ley para desarrollar actividades industriales o comerciales, se encontraban sujetas a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que disponga la ley. La similitud entre estas dos formas de organización es notable, pero una de las diferencias esenciales entre la SEM y las E.I.C.E. está en el estricto control de las actividades de ésta última y la necesaria coordinación de sus actividades con la política general del gobierno.

En este Decreto 1050 se establecen importantes similitudes y diferencias, que caben resaltar entre las E.I.C.E. y las SEM como ser: primero el grado de tutela que en las primeras tendrá una mayor preponderancia, ya que en las empresas del Estado, la ley de creación las debía definir como vinculadas y sujetas al control de sus actividades en función a la política general del gobierno; en tanto que en la SEM, si bien no está exenta de la tutela estatal, parecía estar atenuada por la participación del capital privado, puesto que la participación del Estado en la SEM estaba determinada por la ley que las autoriza o cree y el contrato social. Este contrato social hace la diferencia, pues la participación de los privados en el mismo, además de estar sometidos al derecho privado, hace que al seguir tales reglas se atengan a los principios de esta rama del derecho, alejándose de alguna manera en la ejecución de sus actividades de las normas del derecho público, aunque sigan siendo categorizadas como entidades de la administración pública. Por su parte las E.I.C.E. tienen las prerrogativas de la autonomía administrativa y financiera que también le otorga un somero alejamiento de la total dependencia de las normas públicas administrativas.

Un segundo punto a tener en cuenta es la similitud entre las empresas del Estado y las SEM, ambas están autorizadas a desarrollar actividades industriales y comerciales, conforme las reglas del derecho privado, salvando excepciones que establezca la ley, conforme ya se ha expuesto. El tercer punto se refiere a las condiciones en que participa el Estado en estas dos entidades, si bien ambas son entidades descentralizadas, creadas o autorizadas por la ley, en la empresa del Estado el capital que es independiente, está constituido íntegramente por bienes o fondos públicos, los productos emergentes de tal aporte, el rendimiento de impuestos y las tasas o contribuciones especiales son considerados aportes de exclusividad estatal; en tanto que en la SEM, al encontrarse autorizada para constituirse bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y privados, habrían porcentajes de participación por cada uno de ellos. Los derechos asignados a los mismos como son la dirección, administración y control de la sociedad, las formas de asumir las pérdidas en su caso, y la distribución de ganancias, las que, si bien debían descender en su espíritu de la ley que las autorice, estaban influidas por la normativa que regulaba la existencia de las sociedades comerciales, que es el Código de Comercio²⁴⁴, cuyas disposiciones se encuentran presentes de alguna manera en el contrato social.

Un cuarto aspecto, son los mecanismos de control que podía ejercer el Estado en las empresas del Estado y en las SEM, en cuanto a esto, en las empresas del Estado el grado de control será además de exclusivo, de privilegio total del Estado; en tanto que en la SEM el grado de control tiene dos connotaciones, puesto que estaba presente el control del Estado impuesto en el momento de crear la SEM, pero este control está atenuado por lo que disponía el contrato

²⁴⁴ Bernal Gutiérrez Rafael, "El Código de Comercio Colombiano (Historia y proyecciones)", pág. 88 y sgtes. Se refiere a que el Código de comercio adoptado en 1887, era el adoptado por el Estado de Panamá y variaciones al Código de Chile de 1867. En cuanto a la regulación de las sociedades comerciales estaba la regulación específica de la Ley 27 de 1888, la 42 de 1898, 58 de 1931, 73 de 1935 que reglamentan el régimen de las sociedades anónimas. Asimismo la Ley 57 de 1887, Código Civil establecía en los art. 2085 y siguientes las diferentes especies de sociedad entre las que separaba las sociedades civiles y comerciales, tipifica a la sociedad colectiva, la comandita y la anónima sin excluir que pueden ser civiles o comerciales.

social, pues en el mismo debía regir o estar dentro del marco del derecho privado. Por otra parte, los privados podían ejercer actividades en función a sus aportes, de manera que el marco de la ley que autorizaba la creación de la SEM, estaban el contrato social y los estatutos.

De la lectura del texto íntegro del decreto ley se advierte que en ese tiempo las SEM estaban fuertemente vinculadas a la administración pública y por tanto subordinadas a los mecanismos de coordinación y control del Estado; además, el órgano directivo conformado por gerentes, directores o presidentes que representaban al Estado, eran de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República. El periodo de su nombramiento debía ser fijo y no mayor de dos años. Otro aspecto que cabe señalar es que estos representantes del Estado debían rendir cuentas mediante informes anuales al Presidente de la República.

En este decreto que señala tantas cuestiones específicas de la SEM se extraña la determinación del porcentaje de participación del Estado en la SEM, aspecto que se dejó a la resolución de la ley que autorizaba su creación y al contrato social; otro aspecto a resaltar es que los establecimientos públicos y las E.I.C.E. no pueden entre sí o con otras personas constituir sociedades o compañías, al mencionarse en el art. 29 del decreto esta prohibición se dejaba implícitamente establecido que una empresa industrial o comercial del Estado no puede asociarse con otra similar para formar una sociedad, tampoco podrá constituirlo con establecimientos del Estado ni mucho menos con particulares, de manera que pudieran llegar a desvirtuar la esencia de este tipo de empresa que tiene plena y total participación del Estado.

ii. Decreto ley 3130 de 26 de diciembre de 1968

En esta disposición legal promulgada a finales del mismo año 1968, se implementa el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas sólo del orden nacional, está orientada a complementar la reforma del Estado

Colombiano; en su texto se encuentra un pronunciamiento dirigido a orientar, coordinar y controlar las entidades descentralizadas del orden nacional, tómesese en cuenta que políticamente Colombia está dividida en el orden nacional, departamental y municipal, por lo que este decreto era complementario al decreto 1050. Se ratificaba la tipificación que había realizado el decreto 1050, respecto a las entidades descentralizadas en tres tipos: establecimientos públicos, E.I.C.E. y sociedades de economía mixta.

El Decreto 3130 hace referencia directa a la SEM, si bien en el art. 3 no disponía la modificación del tipo social, pero si la del régimen jurídico de las SEM cuando el Estado llegara a poseer el noventa por ciento o más del capital social, bajo tal condición debería adoptar el que corresponde a las E.I.C.E., con lo cual de acuerdo a lo revisado en el Decreto 1050, resulta que los mecanismos de control y el vínculo estrecho de sus actividades con las políticas estatales se activan, fortificándolas en aplicación a este decreto, de manera que la SEM desenvuelve sus actividades bajo condiciones de control del derecho administrativo.

Lo que no cambia es que ambas formas de organización empresarial rigen su desenvolvimiento por el derecho privado y conforme dispone el Decreto 1050 varía el grado de control estatal sobre las actividades de la SEM nacionales, puesto que los representantes del gobierno debían velar porque las mismas se acomoden a la política gubernamental del sector en que realizan sus actividades, con lo cual se seguía cerrando la diferencia entre la SEM y las E.I.C.E. De igual manera se establecía que en los estatutos de las SEM que gocen de ventajas financieras o fiscales, o su actividad se refiera a la prestación de un servicio público, se debían establecer los actos que requieren el voto previo y favorable de los representantes del gobierno en sus órganos directivos.

Los representantes de las acciones del Estado en las SEM debían ser ejercidos por el ministro o jefe de departamento administrativo de la entidad a la cual se encuentre vinculada por su actividad la SEM, a diferencia de que si el accionista es un establecimiento público o una empresa industrial o comercial

del Estado sería el representante legal o un delegado de acuerdo a lo establecido en el estatuto.

En cuanto al régimen jurídico privado que se establecía para la SEM, ésta se complementaba con la disposición que señalaba que es la jurisdicción ordinaria a la que se someterían sus actos y hechos, separando aquellos establecidos por ley que se categorizan como actos administrativos. De igual forma se aplicaba ese régimen jurídico privado en los contratos con los cuales desarrollaban sus actividades, salvo las que hayan sido señaladas por ley, las que debían guardar las del orden jurídico administrativo y además como parece lógico serían sometidas a la jurisdicción contenciosa administrativa. Los cambios que se establecen en este decreto redundan en las modificaciones estatutarias que debían realizar las SEM preexistentes.

El Decreto en análisis regulaba que las SEM en las que el Estado tenga una participación el noventa por ciento o más del Capital social, asumirían el régimen jurídico de las empresas del Estado, debiendo realizar en forma inmediata las reformas estatutarias acordes a su nueva situación jurídica, las que serían llevadas a cabo por los órganos directivos existentes al momento de la promulgación del Decreto; de esta manera se crea una división entre las SEM en función al porcentaje de participación del Estado, pues están las que asumen el régimen de las E.I.C.E. y las que tengan menos del noventa por ciento de participación en el capital social por parte del Estado, que asumen en su desenvolvimiento el régimen general de las SEM. También es necesario advertir que las empresas del Estado pese a que se manifiesta expresamente que son entidades descentralizadas, gozan de autonomía administrativa y financiera, ambos aspectos son virtualmente relativos, la administrativa porque la tutela del Estado se encontraba inmersa en ellas porque las juntas o consejos directivos estaban presididos por un ministro o quien delegue éste, además su presencia no era meramente formal, sino efectiva desde la dirección ejecutiva de la empresa, las atribuciones para formular los planes y programas que debían estar en línea a los planes generales del Estado. En cuanto a la autonomía financiera era también relativa ya que en función a los

aportes que erogaba el Estado para el aporte al capital social, estas empresas debían presentar ante el ministerio respectivo afín a sus actividades, los proyectos de presupuesto y planes de inversión en forma previa a su consideración por parte de sus órganos directivos.

Los actos y contratos obedecían a dos directrices de aplicación legal, es decir si los mismos tiene relación con el desarrollo de sus actividades industriales o comerciales se aplican las normas del derecho privado y se acude a la jurisdicción común; pero cuando se trataba de actos que se encuentran relacionados con el cumplimiento de funciones administrativas en desempeño del poder público se consideraban actos administrativos y se atenían a la jurisdicción especial del contencioso administrativo.

Otro aspecto importante a diferenciar es que al momento que una SEM llegara a tener el aporte del Estado, en un porcentaje del noventa por ciento o más del capital social y debía someter su funcionamiento al régimen de la empresa industrial o comercial del Estado, los miembros de los consejos directivos, ejerciendo funciones públicas, no adquieren la calidad de funcionarios públicos. En cuanto al régimen de responsabilidad, las incompatibilidades e inhabilidades de éstos representantes, la norma es contradictoria, puesto que en principio señala que se rigen por las leyes de la materia y las normas del respectivo organismo, que se han de entender son las del derecho privado, o sea por el Código de comercio; pero en artículos posteriores señala un régimen de incompatibilidades en función a las remuneraciones que no solo se dedica a ello, sino que dispone incompatibilidades en razón del tiempo de ejercicio y en razón del cargo, las que corresponden a la normativa administrativa. Se dispone también un régimen para la creación, supresión y fusión de cargos que en principio debe observar lo establecido en sus estatutos, pero debiendo tomar en cuenta las normas de clasificación y remuneración de empleos que redundan en el equilibrio del presupuesto.

El control fiscal sobre las SEM con el noventa por ciento o más de participación del Estado, está a cargo de la Contraloría General de la República, además de la vigilancia por parte de la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

3.3. La SEM en la Ley 410 de 27 de marzo de 1971 – Código de Comercio

Esta Ley 410 que contiene al Código de Comercio de 1971 fue promulgada casi tres años después del Decreto 3130, vigente hasta la fecha, incluye en los artículos 461 al 468 la normativa de definición y desenvolvimiento de las sociedades de economía mixta (SEM); en principio se podría afirmar que al incluirla dentro de las normas de derecho privado estaríamos ante una sociedad regulada en la mayoría de sus actos por el Código de comercio. Como se puede apreciar, en los artículos mencionados el Código tiene la particularidad de haber insertado la definición concreta de lo que debe entenderse por SEM, expresando que son las sociedades comerciales constituidas por aportes estatales y privados sujetas a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, introduciendo como en los decretos revisados anteriormente la salvedad referida a que la ley pueda disponer en contrario. Establece también el carácter subsidiario de las reglas del Libro segundo del Código de comercio referido a las sociedades comerciales, que será aplicable a todo lo no previsto para estas sociedades siempre que fueren compatibles. Esta compatibilidad debe ser concertada en primer lugar con las disposiciones especiales de los artículos 461 al 467 del código; en segundo lugar, con las de orden público administrativo a las que el Código se refiere como otras disposiciones especiales de carácter legal y, en tercer lugar, con las demás reglas del Libro segundo del código.

3.3.a. *Las formalidades en la constitución de la SEM*

Respecto al acto de constitución éste debe contener las condiciones de la participación estatal o sea desde la disposición que autoriza la creación de la

sociedad, su categoría espacial que determine si es de alcance nacional, departamental o municipal y la vinculación a los diferentes organismos administrativos que correspondan, con la finalidad de identificar la tutela a la que se sujetará la SEM. El texto en análisis cuando se refiere al acto de constitución se centra en los requisitos específicos para la participación del Estado, así prescribe la tramitación de una disposición legal que autorice su creación, la cual en caso de tener participación de la Nación no puede ser otra que una ley dado el ordenamiento constitucional colombiano ya revisado anteriormente. En la ley específica de creación de la SEM, deberán estar contenidas las características del ente a crearse, es decir si es de carácter nacional, departamental o municipal; es evidente que en el caso de estar ante una SEM departamental o municipal la disposición que la cree será una ordenanza o un acuerdo del concejo. En esta disposición se encuentra el doble propósito de determinar primero el alcance o tipo de entidad y segundo su vinculación a los organismos administrativos para los efectos de tutela por parte del Estado.

La disposición legal a la que se hace referencia será parte indisoluble de los documentos que sostengan la participación del Estado en forma conjunta con los privados, debiendo además cumplir todos los requisitos establecidos por el código sobre el contenido de la escritura pública de constitución²⁴⁵. La ley o decreto al que se refiere el art. 110 inc. 1º), en todo caso, no será diferente de la que autoriza la creación de la SEM; no es menos importante mencionar que se han de cumplir los demás requisitos generales exigidos para constituir una sociedad, como sería fijar el tipo de sociedad, el domicilio, el tiempo de duración de la sociedad, el capital social, la forma de administración, la época y forma de convocar y constituir la asamblea o junta de socios, las fechas para realizar inventarios y balances generales, las formas de liquidación, disolución, la designación de árbitros o amigables componedores que actuaran en caso de

²⁴⁵ El art. 110 del Código de Comercio, en el inciso 1) señala: El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las personas naturales deberá indicarse su nacionalidad y documentos de identificación legal; con el nombre de las personas jurídicas, la ley, decreto o escritura de que se deriva su existencia.

ocurrir diferencias entre los socios, el nombre y domicilio de la o las personas que representen legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, las facultades del revisor fiscal en su caso, siendo todos estos requisitos de cumplimiento obligatorio en todo tipo de sociedad.

En el caso de constituirse la SEM como sociedad anónima, puesto que puede tomar otro tipo social, además de los requisitos generales deberá cumplir lo dispuesto por el código para este tipo social, es decir las disposiciones que se encuentran señaladas en los artículos 373 al 460 del código. Es evidente que algunas disposiciones establecidas en estos artículos no podrán ser aplicadas en las SEM debido a las especiales derogatorias al régimen de la SA, que son dispuestas dentro de los artículos en los que se regula la SEM; asimismo la SEM debe cumplir los requisitos registrales en el Registro de la Cámara de Comercio con las formalidades establecidas en el código.

3.3.b. Los aportes estatales al capital social

Cuando el código se refiere a los aportes estatales al capital social, señala que estos pueden consistir en ventajas financieras o fiscales, garantías de las obligaciones de la sociedad, suscripción de bonos que la misma emita, auxilios especiales o concesiones. Al respecto de los aportes estatales indicados, estos no son limitativos a los mencionados, sino que el art. 463²⁴⁶ deja abierta la posibilidad de que se realicen también otro tipo de aportes.

El Código de comercio en las disposiciones generales sobre el capital social, en el art. 98 señala que el contrato de sociedad consiste en que dos o más personas se obligan a realizar un aporte en dinero, trabajo u otros bienes apreciables en dinero, pero en específico el art. 110. 5) señala que en el capital social de las sociedades por acciones deberá expresarse el capital suscrito y

²⁴⁶ El Art. 463 señala: Aportes Estatales. En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de bonos que la misma emita, auxilios especiales, etc. El Estado también podrá aportar concesiones.

pagado, clase, valor nominal de las acciones, la forma y términos en que deben cancelarse las cuotas debidas, sin que el plazo exceda un año. El código señala que el capital social debe ser fijado de manera precisa, pudiendo aumentar o disminuir en función de las reformas estatutarias aprobadas. Al tomar la SEM el tipo de sociedad anónima al momento de conformar el capital social, debe establecer el capital autorizado, suscrito y pagado, debiendo suscribirse al menos el cincuenta por ciento del capital autorizado y pagar al menos la tercera parte del valor de cada acción que se suscriba.

Las ventajas financieras o fiscales, las garantías o suscripción de bonos, auxilios especiales y las concesiones que el Estado realice como aporte de capital al tratarse de aportes en especie necesariamente deben ser estimadas en su valor comercial, su cuantificación es tan necesaria como es el cumplimiento obligatorio que dentro del periodo de un año desde la suscripción de las acciones.

El código determina estos aportes como aportes en especie, que se regirán por las reglas del Código civil sobre las obligaciones de género, en cuanto a la estimación de su valoración comercial puede tener dos momentos específicos que son al momento de la constitución y al momento de proceder al aumento de capital. Cuando son aportados durante la constitución son evaluados por los interesados con debida fundamentación, valuación que será sometida a la aprobación de la Superintendencia de sociedades; en tanto que, si son aportados en forma posterior como aumento de capital, son sometidos al voto favorable del sesenta por ciento o más de los accionistas, sin que los aportantes puedan votar en dicho acto, aunque de igual manera se someterá a la aprobación de la Superintendencia de sociedades. Estas modalidades que dispone el Código de comercio para el régimen de la sociedad anónima tienen total importancia respecto a la organización de las SEM, debido a que éstas en su mayoría son organizadas bajo este tipo social.

3.3.c. La emisión de acciones

En cuanto a la emisión de acciones el art. 465 puntualiza que cuando la SEM se organice bajo el tipo social de las anónimas, las acciones serán nominativas y serán emitidas en series distintas para los privados y para las autoridades públicas. En esta parte de la disposición existen al menos dos aspectos puntuales que precisan revisión de cuidado; la primera tiene relación a que la SEM puede ser constituida en cualquiera de los tipos sociales que prevé el Código, como ser la comandita por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada y la anónima, puesto que su texto expresa “...cuando se tratare de anónimas...” que prevé esa posibilidad señalada anteriormente que la SEM se pueda constituir en otros tipos sociales; la segunda que en la emisión de acciones habrán series distintas para los accionistas particulares y para las autoridades públicas, lo cual en caso de aplicar al texto una interpretación literal parece dar a entender que las acciones estatales se emitirán a nombre de las autoridades públicas, aspecto que contradice el hecho de que las acciones pertenecen al Estado u otras entidades estatales y no a las personas que momentáneamente desempeñan funciones dentro la administración nacional, departamental o municipal, e inclusive a entidades descentralizadas. Si los aportes estatales en estas SEM son realizados con fondos estatales, de orden nacional, departamental o municipal de ninguna manera los títulos o certificados que representan las acciones podrían o tendrían que emitirse a nombre de las autoridades que circunstancialmente detentan un cargo público de jerarquía; en todo caso, la interpretación que se asume es que la serie de las acciones del sector público serían emitidas bajo la modalidad de nominativas a nombre de las entidades participantes del sector público.

3.3.d. La cuestión de los porcentajes de participación del Estado

Una particularidad de las SEM en la normativa colombiana es que hace una diferencia entre ellas en función al porcentaje de aporte que el Estado realice en ellas siguiendo la línea trazada en el Decreto 1050 del 1968 y ha

determinado que en caso que el aporte estatal sea del noventa por ciento o más del capital social, la SEM queda sometida a las disposiciones previstas para las Empresas industriales o comerciales del Estado, en cuyo caso concentrará en un mismo órgano las funciones de la asamblea de accionistas y la junta directiva por lo que se entiende que el efecto directo es el incremento del grado de control en la administración y en las actividades de la sociedad por parte del Estado, con una característica dominante, en tanto que la participación de los privados dentro del órgano que los sustituya será aún menos contundente²⁴⁷. Por otra parte, al quedar ambos órganos dentro de un mismo cuerpo orgánico, dentro de lo que constituye el orden social en las S.A. se fractura el equilibrio instituido por la junta que asume funciones diferentes a las de la junta directiva o directorio, puesto que la primera representa la expresión de la voluntad social y la segunda cumple esa voluntad social expresada en sus resoluciones y tiene la competencia de administrar y gestionar las actividades de la sociedad.

No obstante, es necesario tomar en cuenta que la disposición referida a la concentración de los órganos sociales no es categórica, sino más bien parece ser una opción que puede tomarse o no en función a la conveniencia de la estructura societaria y en función de cuan beneficioso podría resultar mantener ambos órganos sociales como mecanismos internos de administración. Lo que sucede además de lo señalado en cuanto a la fractura del equilibrio social, es que se compromete más aún la ya escasa participación de los privados que en minoría deberán asumir casi todo lo dispuesto por la normativa pública que rige

²⁴⁷ Dentro del Código de comercio no se encuentra una disposición que señale la protección de las minorías de accionistas en la sociedad anónima. Esta protección se halla en la Ley 446 de 1998 denominada de descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, que en los art. 141 y 142 que señala que "... Cualquier número de accionistas de una sociedad que participe en el mercado público de valores que represente una cantidad de acciones no superior al diez por ciento (10%) de las acciones en circulación y que no tenga representación dentro de la administración de una sociedad, podrá acudir ante la Superintendencia de Valores cuando considere que sus derechos hayan sido lesionados directa o indirectamente por las decisiones de la Asamblea General de Accionistas o de la Junta Directiva o representantes legales de la sociedad...". Es de tener en cuenta que favorece a los socios minoritarios de sociedades cotizadas, aspecto que deberá tenerse en cuenta al momento de aplicar la norma a una SEM.

a las E.I.C.E. y en realidad quedaría casi anulada cualquier posibilidad de defensa de las minorías.

El código también se refiere a la participación estatal dentro de la SEM cuando sea mayor al cincuenta por ciento del capital social, en cuya situación el texto del art. 466 expresa que: *“...a las autoridades de derecho público que sean accionistas no se les aplicará la restricción del voto y quienes actuaren en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros entes públicos”*, el texto parece estar en la misma dirección que cuando se observó la emisión de acciones nominativas para las autoridades públicas, que creemos que no es la correcta. Nuevamente se presentan dos situaciones a tomar en cuenta y ser analizadas: la primera es que entendamos que las autoridades estatales como personas naturales no pueden ser accionistas por sí mismas; la segunda es que las acciones del Estado, cualquiera sea la entidad que participe, necesariamente deben ser nominativas y emitidas a nombre de las entidades participantes. Eso en cuanto a la forma, pero en cuanto al fondo, se tiene que a la representación de las acciones de las entidades públicas o de derecho público, no se les debe aplicar la restricción del voto²⁴⁸ y, en segundo lugar, el legislador tomando en cuenta que la SEM puede estar constituida por varias entidades públicas y el aporte privado, dispone que quien represente a una entidad, puede también representar a los otros entes públicos que participen en la sociedad. La figura que podría presentarse sería que una persona natural siendo accionista por sí misma, tome la calidad de autoridad pública y sea designada como representante de las acciones del Estado, situación que sería objeto de tratamiento y resolución por el derecho administrativo sobre las incompatibilidades.

²⁴⁸ El levantamiento expreso de la restricción de derecho al voto, se refiere a que el Art. 428 del mismo Código de Comercio, dispone que en las Asambleas ningún accionista puede emitir, por sí o por interpuesta persona, más del veinticinco por ciento de los votos que correspondan a acciones presentes en las asambleas en el momento de la votación.

El artículo en análisis tiene directa relación con el art. 428²⁴⁹, que más que referirse a la calidad del accionista, se refiere a la emisión del voto y la restricción cuando esta supere el veinticinco por ciento, restricción que el artículo en cuestión levanta para cuando el Estado tenga una participación mayor al cincuenta por ciento, la cual inclusive puede no ser de una sola entidad del Estado sino ser acumulativa de varias entidades estatales que representan a la participación del Estado de manera genérica. La redacción del artículo 466 es un tanto confusa y da lugar a diferentes interpretaciones respecto a la restricción del voto y la representación de las acciones del sector público.

3.3.e. La diferencia entre aporte estatal y aporte público

El código hace una distinción entre aporte estatal y aporte de capital público, términos que en determinados momentos parecían ser similares, pero se aclara, que el aporte estatal es el que realiza la Nación o las entidades territoriales u organismos descentralizados de las mismas personas, a dichos efectos debemos entender que se refiere a aquellas entidades que tienen características geográficas comunes o comparten las referidas al ecosistema y administran de manera descentralizada bienes y recursos del Estado; en tanto que en relación a los aportes de capital público el legislador ha señalado en forma concreta que son aquellos realizados por una SEM, que al participar en otra SEM, en que ese aporte debe corresponderse con el porcentaje de capital público que tiene la primera; es decir se entiende que si una SEM tiene un porcentaje de capital estatal de setenta por ciento, al participar en otra SEM, en

²⁴⁹ El texto del art. 428 del Código de Comercio señala: Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales o en los estatutos, en las decisiones de la asamblea se observarán las siguientes reglas: 1a) Ningún *accionista podrá emitir, por sí o por interpuesta persona, más del veinticinco por ciento de los votos que correspondan a las acciones presentes en la asamblea en el momento de hacerse la votación. Este límite no se tendrá en cuenta para establecer el quórum deliberativo,*
2a) *Cuando la ley o los estatutos exijan para la aprobación de ciertos actos determinada mayoría de acciones suscritas, se requerirá que la decisión obtenga la mayoría de votos, previa la restricción consagrada en el ordinal anterior, si hubiere lugar, y que esa mayoría represente un número de acciones suscritas no inferior al exigido.*

esa misma proporción de su capital puede aportar a la nueva SEM en la que participa.

3.4. La SEM en el Decreto 130 de 26 de enero de 1976

Después de las disposiciones que el Código de Comercio del 1971 contiene en relación a la SEM, este Decreto 130 es promulgado después de cinco años de vigencia de la primera norma que en forma específica determinaba el régimen regulatorio de las sociedades de economía mixta, ésta se superpone a todo lo establecido en las anteriores disposiciones, puesto que deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, de lo cual se entiende que las normas que no le son contrarias son subsistentes dentro del sistema normativo de la SEM.

Se preveía las diferentes formas de autorización y especialidades en el orden nacional, departamental y municipal; así, si la SEM fuera calificada como nacional, necesariamente en el acto de constitución y estatutos entre sus socios debía figurar la nación o una entidad descentralizada de orden nacional²⁵⁰; en tanto, si eran de orden departamental o municipal sea por su naturaleza o por el ámbito de los servicios que presta, debía señalarse la proporción de las participación e incluso la intención de sus creadores, con la finalidad de ejercer el control de actividades y la coordinación con la política institucional y general del gobierno. Se regulaban en esta norma, aspectos puntuales que tienen relación con el derecho privado como la suscripción de acciones, el derecho preferente, compra y enajenación de acciones, expropiación de las acciones privadas, transformación y la constitución de asociaciones o sociedades.

²⁵⁰ Además, el art. 5° dispone que debe especificarse el sector administrativo a que pertenece, su objeto social y establecer los mecanismos para controlar sus actividades y asegurar la coordinación con la política general del gobierno.

3.4.a. Características de la SEM nacional

Respecto a la definición específica de la SEM nacional, el Decreto sostenía que la participación del Estado debía ser representada por una entidad de orden nacional o una entidad descentralizada, y esta participación habría de ser concurrente desde el acto de constitución y en sus estatutos; es decir que debía tener esa visión desde el acto de constitución y estar inserto en los estatutos que reglamenten el funcionamiento de la SEM. En la anterior norma la Ley 410 de 1971 – Código de comercio, se hacía referencia a que cuando el aporte estatal al capital social es del noventa por ciento o más la SEM debe adoptar el régimen jurídico de las E.I.C.E., en el Decreto 130 se ratificó tal previsión, pero además expresamente se señalaba que cuando el aporte de la Nación o sus entidades descentralizadas fueran menor al noventa por ciento del capital social se someten a las reglas de derecho privado, regulación válida para todas las SEM, sean nacionales, departamentales o municipales.

El Decreto en forma expresa, en los art. 1, 2 y 3 se ocupaba de las SEM con aportes de orden nacional, primero porque la calificación de SEM nacional estaba apartada del contexto de las SEM que podían pertenecer a las entidades públicas departamentales o municipales; segundo porque regulaba la separación entre la SEM nacionales con una participación porcentual en el capital social menos al noventa por ciento, de las que tengan participación igual o mayor del noventa por ciento. En este entendido, aquellas SEM en las que las entidades de la administración nacional realizaran un aporte inferior al noventa por ciento del capital, se sometían a las reglas del derecho privado, salvando las excepciones que consagra la ley, precaución normativa que parece tomar el legislador en forma general para estas SEM preservando la calidad de accionista estatal y, que por las características de su participación de alguna manera podría controlar y hasta cierto punto someterla a las normas del derecho público, cuando así excepcionalmente prevea la ley.

A tiempo de ratificar en sentido que las SEM con aporte igual o mayor al noventa por ciento debían adoptar el régimen de las E.I.C.E.; señalaba también

la diferencia que podría presentarse por la participación exclusiva de las entidades descentralizadas, caso en el cual el contrato social o escritura de constitución debían expresar puntualmente quien tenía la facultad de elegir o designar al gerente, así como determinar la composición y presidencia de la Junta directiva. Cabe recordar que similar texto se encuentra prescrito el art. 464 del Código de comercio, respecto a que las SEM con aporte nacional igual o superior del noventa por ciento del capital social quedan sujetas a las normas que rigen las actividades de las E.I.C.E., con la diferencia que el código no dispone en forma expresa la unificación de la Asamblea de accionistas o Junta de socios con la Junta Directiva, y tampoco se expresaba sobre la facultad de incluir la elección o designación del gerente y presidente de la Junta Directiva como señala el decreto en análisis.

Lo relevante de este decreto es que estaba desarticulando a las SEM nacionales de las departamentales y las municipales, esta desarticulación tendría efecto en sentido que para las SEM departamentales y municipales sigue vigente el régimen normativo del Código de Comercio del 1971; además señala que en caso de tratarse la participación estatal exclusiva de entidades descentralizadas, el contrato social debe señalar quién elige o designa al gerente y determina la composición de la presidencia de las juntas directivas. La disposición así expuesta nos conduce a resaltar la debilidad de la aplicación de las reglas del derecho privado en la SEM, pues si el aporte del Estado fuere inferior al noventa por ciento, aún podía el Estado en la ley de autorización establecer excepciones que la hagan susceptibles de regirse en su funcionamiento por las normas de las E.I.C.E. Por otra parte, si el Estado había tenido una participación mayor al noventa por ciento, la intervención administrativa del Estado es obligatoria en las condiciones establecidas para las E.I.C.E., lo cual hasta parece totalmente lógico que se encuentre tan reforzada la intervención estatal porque guarda relación con el ejercicio de poder social que tiene el accionista mayoritario en las sociedades netamente privadas; de manera que de no especificar la aplicación de la normativa de las E.I.C.E., y las consiguientes modificaciones en la fusión de la junta de

accionistas y la junta directiva por un lado y por otro el nombramiento de los gerentes y la presidencia de la directiva, la SEM podría haberse desempeñado de acuerdo a lo dispuesto en el Código de comercio y al tener una proporción mayoritaria en la composición del capital social, habría tenido el dominio de la sociedad y es probable que en la misma se incorporarían desde la junta de accionistas y la directiva los lineamientos de la planificación estatal; sin embargo lo que no se podría es fusionar los órganos.

Este Decreto al igual que el Decreto Ley 3130, circunscribía la existencia de la SEM con las características de aplicación del derecho privado en muy pocas ocasiones, porque ya sea por la composición del capital o por el tipo de actividad que desarrolle, la SEM se encuentra obligada a someterse a las normas administrativas de la Empresa industrial o comercial del Estado, las mismas que se encuentran reguladas en los decretos que se analizaron anteriormente, es decir el Decreto Ley N°1051 y el Decreto Ley 3031. En la primera, se determina que estas empresas tienen como característica su personería jurídica propia, autonomía administrativa y capital independiente, además desarrollan sus actividades conforme al derecho privado, pero la tuición del Estado estaba fuertemente asegurada. De manera que la diferencia más importante entre la Empresa industrial y comercial del Estado y la SEM además del capital totalmente estatal de la primera, se refiere a las facultades de administración, de control, de dirección de las actividades y la coordinación con la política general del gobierno, a la que están sometidas y que eran ejercidas por las entidades estatales vinculadas y el propio Estado; de no mediar tales disposiciones, es probable que la SEM podría desenvolver sus actividades de manera más cercana al derecho privado.

3.4.b. Sociedades entre entidades públicas y la tutela estatal

La mayoría de las disposiciones legales se habían referido a la SEM como la sociedad en la que participan capitales privados y aportes estatales al capital social, en el decreto de análisis el art. 4° disponía la constitución de sociedades

entre entidades públicas, las cuales de la interpretación del texto se colige que no se trata de sociedades de economía mixta, sino de sociedades estatales que con aportes propios de índole estatal, constituyen sociedades formadas por entidades todas estatales cuya actividad dedicada la industria o comercio, debe someterse a las normas previstas para las Empresas industriales o comerciales del Estado; al parecer el legislador incluyó este tipo de sociedad en esta norma porque vio necesario regular esta probabilidad de asociación entre entidades del Estado, pero creemos que no se trataba de la SEM propiamente dicha que venimos estudiando, sino de una sociedad mixta pública o una sociedad pública mixta, que no es lo mismo que una sociedad de economía mixta.

De la calidad de sociedad que desean adoptar estas uniones entre entidades públicas se infiere que el objetivo es salir o dejar de lado la aplicación del marco jurídico administrativo público en el desempeño de estas sociedades, creemos que esa sería la mayor diferencia, puesto que al adoptar el régimen legal de las E.I.C.E., se encuentran regidas por las normas de derecho privado, guardando idénticas formalidades para el nombramiento de sus gerentes y presidentes de las juntas directivas, pero además podrían también fusionar en un mismo órgano la asamblea de accionistas y la junta directiva.

En resumen, se trataba de sociedades estatales que tenían la calidad de mixtas por su composición entre varias entidades estatales y que por disposición de ésta norma toman para sí la regulación de una sociedad comercial, en su caso de la anónima que parece ser la que mejor se adapta para estas sociedades, aprovechando la posibilidad de regular su funcionamiento con las normas de derecho privado, sin desprenderse en forma total de su calidad de entidades de derecho público.

Volviendo a la tutela nacional, departamental o municipal, ésta debía estar calificada en los estatutos, conforme se estableció anteriormente señalando el sector y los mecanismos de control que ejercerá el Estado, disposición que parece en todo su texto más apropiada para la sociedad mixta pública, y no

tanto para la SEM. Asimismo, la Corte Constitucional²⁵¹ ha entendido respecto a la vigilancia fiscal del Estado, que ésta es diferente en las SEM y las sociedades públicas que categorizamos como mixtas y también diferente de las SEM que participan dentro de otra SEM.

En una tarea de simple ejercicio se podría advertir que estas sociedades mixtas públicas por el tipo de su objeto pueden estar compuestas entre entidades de orden nacional, departamental y municipal , en cuyo caso la tutela y los consiguientes nombramientos de gerentes y presidente de la junta directiva recaerán en la entidad que tenga mayores aportes, es decir que inclusive teniendo participación en la sociedad entes nacionales, departamentales y municipales, bien la tuición podía ser ejercida por la entidad municipal en caso de tener el mayor porcentaje de participación dentro del capital público de la sociedad.

3.4.c. El régimen de suscripción, adquisición y enajenación de acciones o cuotas sociales

Si bien el Código de Comercio del 1971, en el art. 465 da a entender que la SEM podría constituirse en otros tipos sociales diferentes a la S.A. ya que señala “... cuando se trate de anónimas...” respecto a la emisión de acciones, expresión que se interpreta como una opción, de manera que la SEM podría también ser constituida como sociedad de responsabilidad limitada, en comandita u otros tipos sociales, este aspecto se corrobora pues el decreto 130 hace referencia a las cuotas sociales para la suscripción, adquisición y enajenación cuotas sociales²⁵²; de igual manera para la aplicación del derecho

²⁵¹ La Sentencia de la Corte Constitucional C-065/97, ha diferenciado las formas en que las entidades estatales pudieran configurar uniones, entendiendo que son diferentes las sociedades constituidas entre entidades públicas, que nosotros determinamos como sociedades mixtas públicas; las asociaciones formadas entre entidades públicas, que podrían no perseguir fines de lucro y las corporaciones y fundaciones, las que reguladas por el art. 6 del Decreto 130 de 1976, el mismo que fue declarado inconstitucional por sentencia C-372 de 1994.

²⁵² En análisis del Código de Comercio 1971, se puede colegir que el término de acciones y cuotas no es indistinto, ya que la sociedad anónima por excelencia utiliza el denominativo de acciones, en tanto que la regulación general de las sociedades se refiere a las cuotas, acciones y participaciones. El término de cuota en la mayoría de las codificaciones es propio de las

de preferencia, la compra de cuotas, expropiación de cuotas privadas y otras modificaciones, en la que también se refiere a las acciones. Así, respecto a las acciones ordinarias no suscritas en el acto de constitución y las posteriores emisiones de acciones se previó que serían colocadas de acuerdo a un reglamento que para tal fin habría aprobado la junta directiva, documento que debía sujetarse a las normas del Código de comercio y en su caso a la aprobación de la Superintendencia del sector que corresponda.

Nada obsta señalar respecto a las acciones no suscritas y las siguientes que pudiera emitir la SEM, que en el reglamento de la junta directiva se inserte la regulación que disponga la aplicación del derecho de preferencia dispuesto por el Código de comercio en el art. 388, como un derecho de los accionistas, en la que quedara establecida la libre negociación de acciones o concertarse dentro del reglamento la condición del derecho de preferencia a favor de los accionistas²⁵³.

El derecho de preferencia al momento de la suscripción de acciones puede o no estar establecido en los estatutos que serán aprobados por la junta o asamblea de accionistas; pero el decreto hace referencia y establece de manera categórica un procedimiento para la enajenación de acciones, en el cual se produce una primera situación cuando los accionistas privados “quieran” enajenar sus cuotas o acciones; la segunda cuando el sector público

sociedades de responsabilidad limitada; en el Código de Comercio colombiano, el art. 354 se refiere que el capital estará dividido en cuotas de igual valor.

²⁵³ El Art. 388 del Código de Comercio establece en la sección de suscripción de acciones, el Derecho de preferencia en la emisión de acciones, debiendo esta ser proporcional a las que posean en la fecha en que se haya aprobado el reglamento, que además deberá ser aprobado por la Superintendencia. En concreto el texto señala: Derecho de preferencia en la emisión de acciones. Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento. En éste se indicará el plazo para suscribir, que no será inferior a quince días contados desde la fecha de la oferta. Aprobado el reglamento por la Superintendencia, dentro de los quince días siguientes, el representante legal de la sociedad ofrecerá las acciones por los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria. Por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, pero de esta facultad no se hará uso sin que ante la Superintendencia se haya acreditado el cumplimiento del reglamento.

“desea adquirir” las acciones o cuotas de los particulares y la tercera es la expropiación de las acciones privadas.

En la primera opción el sector privado voluntariamente quiere enajenar sus acciones o aportes que tienen en la SEM y debe ofertarlas a través del representante legal a las entidades públicas consocias, si estas aceptaren, podrán adquirirlas a prorrata en relación a los porcentajes de participación que posean en la sociedad; aquí surgen dos consideraciones: la primera es que se prevé la oferta de acciones o cuotas solo a los socios del sector público aunque existan otros socios privados que estuvieran interesados en adquirir acciones o cuotas; así en aplicación del Decreto 130, esos otros socios privados tendrían restringido el ejercicio de su derecho preferente.

La segunda cuestión es que el derecho de preferencia si bien es la técnica societaria que limita el libre ingreso de terceros en la sociedad y, por tanto obliga al socio a ofrecerlas previamente a los otros accionistas que gozan de este privilegio, tampoco significa que necesariamente deban adoptar este como un mandato imperativo; es más, el propio Código de comercio en el art. 403 señala que las acciones serán libremente negociables y establece las excepciones a esa libertad, entre las que se encuentran las acciones privilegiadas, las comunes sobre las que se haya pactado el derecho de preferencia, las acciones de industria no liberadas y las acciones gravadas con prenda; es decir que todas las acciones que no se encuentren en estas situaciones pueden ser libremente negociadas.

Por lo que, lo preceptuado en el Código como derecho de preferencia, ante la aplicación preferente de esta Ley específica, muestra una derogación a ella, puesto que se privilegia a las acciones del sector público en desmedro del mismo derecho que debieran tener los accionistas del sector privado.

En resumen, esta modalidad de enajenación de acciones o aportes de los privados, por la obligatoriedad de ofrecerlas en primer lugar y de manera

exclusiva a los accionistas del sector públicos, hace uso de este derecho de preferencia²⁵⁴, derogando la norma general del Código de Comercio.

En cuanto al precio y plazo de la enajenación, en caso de no concordar entre las partes se acudirá a la calificación mediante peritos sin recurso ulterior, puesto que el dictamen que emitan será de cumplimiento obligatorio. De no aceptar los términos de la oferta de acciones o no estar interesadas las entidades públicas, solo entonces se procederá a ofrecerlas a los demás socios privados y en caso de que éstos tampoco se encuentren interesados, recién se procederá a la oferta libre.

Como segunda opción el decreto prescribe, que cuando la Nación o sus entidades descentralizadas deseen adquirir las acciones de los particulares y éstos así lo aceptaren, se procederá con el mismo procedimiento que se realiza para la oferta por parte de los socios privados en cuanto a precio y plazos; lo que llama la atención es que la voluntad de la enajenación no nace de los enajenantes sino de los adquirentes. En este caso el sector público ofertará la adquisición de las acciones o cuotas, procedimiento usual en el sector comercial privado, por lo que tampoco significa una derogatoria de lo establecido en el régimen general del Código de comercio, con las salvedades establecidas para la libre negociación de acciones prescritas en el art. 403 del mismo cuerpo legal.

3.4.d. Expropiación de acciones y transformación de la SEM

El tercer aspecto señalado anteriormente se trata de la expropiación de acciones privadas que se inserta en el decreto como una tercera modalidad de transmisión de acciones. En esta se dispone que procederá cuando los

²⁵⁴ El Art. 379 del Código de Comercio del 1971, respecto al Derecho de los accionistas, señala: Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos: ... 3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos; de igual manera el art. 403 se refiere a las excepciones a la libre negociabilidad de las acciones, entre las que se menciona la restricción en caso que se haya pactado el derecho de preferencia.

particulares no se avinieren a la venta de sus acciones, es decir que si los accionistas públicos ofertan la adquisición de las acciones de los privados y estos no aceptan la misma, no concuerdan con precio y plazo, se abstienen de formalizarla, no cumplen o dilatan de manera injustificada el cumplimiento de la enajenación de sus acciones, entonces el gobierno mediante resolución ejecutiva ordenará la expropiación de las acciones privadas a favor de la Nación²⁵⁵.

Es necesario señalar que el justiprecio de las acciones no podrá ser mayor al valor en libros, al valor en bolsa o al de la declaración de rentas de sus titulares, dejando a elección de los particulares la aplicación de cualquiera de los parámetros señalados.

Dentro de la modalidad de expropiación además del anterior procedimiento, se dispone que cuando el Estado en forma separada o conjunta con otras entidades públicas tenga el cincuenta por ciento o más de las acciones, podrá ordenar la expropiación en función a la actividad que desarrolle la sociedad, específicamente si los productos o servicios que presta son indispensables para la defensa y seguridad del Estado; también podrá hacerlo si el objeto de la sociedad es la explotación de recursos naturales a cualquier título; si la sociedad desarrolla actividades de interés público o de beneficio social; si la sociedad requiere un aumento de capital y los privados no aceptan hacer nuevos aportes o en caso que la actividad deba ser integrada con otras entidades públicas.

Las causales señaladas tienen una lógica indiscutible por las connotaciones referidas al tipo de servicios o producción que sean de interés público; entre ellas, la única que pudiera tener algún tipo de salvedad es la que se refiere al aumento de capital y que los socios particulares no acepten hacer nuevos aportes, en tal situación ¿acaso no será posible hacer una oferta pública de

²⁵⁵ La Constitución Política de Colombia, en el Art. 58 regula que por motivos de utilidad pública o interés social se podrá proceder a la expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso-administrativa, incluso respecto del precio.

acciones? o que haciendo uso del derecho de suscripción preferente, las entidades estatales aumenten sus proporciones de participación del capital social?, parece que no existe un equilibrio al respecto.

De todos los requisitos establecidos para la expropiación de participaciones privadas, la mayoría de ellos parecen totalmente ajustados a las proyecciones de desarrollo de las actividades y planes estatales, pero llama la atención el hecho de que se expropian las participaciones de los privados cuando estos no acepten hacer nuevos aportes, de lo cual parece evidente el desequilibrio en la aplicación del principio de igualdad establecido por el derecho preferente regulado a favor de las entidades estatales, ya que conforme se vio anteriormente, queda totalmente establecidas las formas de aplicación de este derecho en caso de la enajenación de acciones de las participaciones del sector privado; pero en caso de un aumento de capital que no puede ser sostenido por los privados se procede en forma directa a la expropiación, sin dar lugar a la aplicación del derecho de adquisición preferente de acciones o participaciones que daría lugar al aumento del capital social del sector público y la consiguiente disminución de porcentaje de capital de los privados²⁵⁶, sin que sea necesaria su categórica exclusión.

En los artículos examinados hasta el momento sobre la enajenación de acciones, la aplicación del derecho preferente es favorable a las entidades del Estado. De igual manera en el tema de la valoración de las participaciones, sean en cuotas o acciones, estas deben ser sometidas a peritaje; respecto a la regulación de la expropiación, el decreto da una respuesta más ágil en cuanto a la valoración de participaciones, puesto que da opciones que pueden no precisar de los peritajes, orientando una solución a través del procedimiento civil. La consecuencia indiscutible de la expropiación de las acciones de los privados o de otra manera la adquisición por parte de las entidades públicas en

²⁵⁶ El Código de comercio, en el art. 388 establece el derecho de preferencia en la emisión de acciones, como el derecho de todo accionista a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones en proporción a las que posee en la fecha que se apruebe el reglamento de la nueva emisión.

cualquiera de las modalidades expuestas, darán como resultado que las entidades estatales se hagan con el total de las acciones de la SEM, en cuyo caso la transformación de la SEM es insalvable, de manera que, por disposición del decreto queda convertida, sin liquidación previa, en empresa industrial o comercial del Estado o en sociedad entre entidades públicas, después de lo cual deberán modificarse los estatutos por parte de los órganos directivos y, también operaran los cambios ya abundantemente desarrollados en relación a la conjunción de las juntas o asambleas de socios con la junta directiva.

3.4.e. La oferta de las acciones del Estado

El caso inverso a la enajenación de las acciones privadas sería que las entidades públicas ofrezcan la enajenación de sus participaciones en la SEM, para tal operación debe mediar autorización en decreto ejecutivo o acto de la junta directiva, debiendo inicialmente ofertarlas a otras entidades públicas socias o no, sólo en caso que éstas no aceptaren se pondrán a la venta a personas de derecho privado. En cuanto a las condiciones y forma de pago de las acciones públicas, también deben estar establecidas en el acto ejecutivo o de la junta directiva.

El artículo en análisis al disponer la forma de ofertar las acciones o participaciones de las entidades estatales quebranta también el derecho preferente, ya que en forma excluyente el socio público, debe ofertarlas en forma inicial a las entidades públicas que participan en la SEM, luego a otras entidades públicas nuevas y en tercer lugar a personas de derecho privado, se supondría que éstas personas de derecho privado son los accionistas privados, pero el decreto no señala el derecho preferente de los socios privados que ya participan en la SEM²⁵⁷, lo cual parece abrir la posibilidad de libre venta a

²⁵⁷ En desarrollo del Art. 60 de la Constitución Política se trata la enajenación de las participaciones o acciones del Estado en una empresa, que las ofrecerá a sus trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores en condiciones especiales para acceder a la propiedad de esos títulos. La Corte Constitucional en Sentencia C-332 de 1996, ha establecido

personas de derecho privado en general, entre las cuales se supondría se encontrarían los socios privados.

En parecidas condiciones a las que había dispuesto el Código de comercio en el art. 467, el Decreto 130 regula la participación en las sociedades a las que se refiere, es decir las SEM y las sociedades mixtas entre entidades públicas que participen en la constitución de una SEM, señalando que la proporción de su participación en el capital público será la que la participante tenga por parte del Estado en sí misma.

En la definición que hace el decreto respecto a lo que debe entenderse como entidades públicas, señala que son entidades públicas la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas del Estado; queda sobreentendido que las entidades territoriales son las entidades departamentales o municipales²⁵⁸. Por lo que se ratifica en el decreto la existencia de dos tipos de SEM, las que por la participación en el capital social del Estado superan el noventa por ciento y que deben considerarse entidades públicas, pero que funcionan bajo el régimen jurídico del derecho privado y las SEM que tienen participación del Estado por menos del noventa por ciento y que son sociedades con participación pública totalmente reguladas en su funcionamiento y estructura por el Código de Comercio, claro está con las salvedades generales que ello implica en relación a las disposiciones de derecho público que deben observar en función al aporte estatal; por todo lo cual se puede afirmar que la SEM en

que esas condiciones especiales tienen que ver con la valoración que determina la Ley 226 de 1995 que regula los procedimientos a seguir para la enajenación de participaciones del Estado en las sociedades de economía mixta.

²⁵⁸ En tres artículos que no se relacionan con la SEM, han sido incorporados en este decreto la regulación normativa respecto a las corporaciones y fundaciones, así como las asociaciones entre entidades públicas, las cuales han sido objeto de declaraciones expresas por la Corte Constitucional que las ha declarado inexecutable, en la Sentencia C-372 de 1994.

Colombia nunca podrá adoptar totalmente en el desenvolvimiento de su objeto el derecho privado.

El régimen privado del Código de comercio para las sociedades anónimas aplicada a las SEM, debe permitir algunas modificaciones derogatorias, como ser la del nombramiento del director o gerente y el presidente de la junta directiva por parte del gobierno, en forma independiente a las decisiones que pudiera tomar al respecto la junta o asamblea de accionistas; por lo que se identifica el control de tutela estatal inmerso justamente en esos nombramientos; además otro aspecto que modifica el régimen societario del código de comercio es la diferencia en el tratamiento del derecho de preferencia en la adquisición de acciones privadas y las ofertas de las acciones públicas entre otras.

En lo referente al tipo de actividades que pudieran desarrollar ambas, no existe una diferenciación dentro de la norma, pero está inmerso y subyacente el direccionamiento porcentual de los aportes del Estado en las SEM dependiendo del tipo de actividad que realice, sea esta industrial, comercial o la prestación de servicios; también el grado de aportación estará en función a la cobertura geográfica que alcance la SEM y en algunos casos al cumplimiento del encargo social que debe cumplir el Estado para cubrir necesidades básicas de la población.

3.5. La SEM en la Ley 222 de 20 de diciembre de 1995, modificatoria del Libro II del Código de Comercio

Los puntos de importancia de esta Ley a efectos del presente trabajo son las modificaciones que introduce en el Libro II del Código de comercio del año 1971, las cuales se encuentran relacionadas con el régimen de las sociedades en especial a la sociedad anónima que es el tipo social más utilizado en el funcionamiento de la SEM. Además, están las complementaciones necesarias como el régimen de la escisión, efectos y requisitos, el derecho de retiro,

algunas modificaciones y complementaciones en la regulación de la representación y los administradores, así como las sociedades matrices y subordinadas. Esta norma incluye en sus disposiciones la normativa y los procedimientos a seguir en los procesos concursales como el concordato o el concurso liquidador; también introduce la regulación de la existencia legal de la empresa unipersonal y señala las atribuciones, responsabilidades de vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Sociedades en los procedimientos que trata la ley.

El primer artículo de la Ley modifica el art. 100 del código de comercio, que conforme se ha venido sosteniendo, desde la Ley 57 del 1887, Código Civil, regulaba de manera indistinta a las sociedades comerciales y civiles²⁵⁹, distinguiendo someramente sus particularidades.

Es importante resaltar que el Código de comercio cuando regula a la sociedad anónima, no establecía los modos o formas en que podría constituirse la misma, señalando solamente que estará formado por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas y delimita la responsabilidad hasta el monto de los aportes; también estableció que el mínimo de participantes para constituir la es de cinco accionistas²⁶⁰. Con lo dispuesto en la Ley 222 se complementan las modalidades de constitución que prescribe que pueden ser de dos formas o modos, por acto único o suscripción sucesiva, cualquiera de ellas puede ser la utilizada por la SEM al momento de su constitución; asimismo lo dispuesto para el régimen de las sociedades anónimas es de total validez para el funcionamiento de la SEM.

En ninguna norma referida a las SEM se ha mencionado nada respecto al número de socios, visto que una entidad sea nacional, departamental o municipal es una persona jurídica y de igual manera el sector privado puede estar constituido por personas naturales o jurídicas que entre ambos sectores

²⁵⁹ El art. 238 de la Ley 222 dispone que las sociedades civiles deben ajustarse a las normas de las sociedades comerciales en un plazo perentorio.

²⁶⁰ El art. 374 del Código de Comercio, señala que la sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.

para constituir la SEM, tendrían que ser mínimamente cinco accionistas en caso de estar organizada como sociedad anónima, de conformidad al art. 374 del Código de comercio; dos si se trata de los otros tipos sociales de conformidad a lo estipulado por el art. 98 del mismo cuerpo normativo²⁶¹.

La sociedad de economía mixta sea que por el porcentaje de aportes del Estado adopte el régimen de las E.I.C.E., o se encuentre impelida de adoptar la normativa del Código de comercio, de acuerdo a esta Ley, en principio, parece estar excluida del régimen concursal, puesto que el art. 210 señala que se excluyen del régimen concursal las sociedades sujetas al régimen de liquidación forzosa administrativa; pero luego el legislador aparta de dichas sociedades a las E.I.C.E., y a las SEM disponiendo que podrán antes de su liquidación administrativa, tramitar un concordato de acuerdo a lo prescrito en la ley. De donde es necesario tomar en cuenta que el concordato como modalidad del trámite concursal, está entendido como un acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, debiendo mediar la intervención institucional de la Superintendencia de Sociedades que asume función jurisdiccional administrativa para tramitar estos procedimientos para todas las sociedades y en su caso para la SEM. Este procedimiento tiende a recuperar a la sociedad como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, sin abstracción de la adecuada protección del crédito.

La legislación especializada de las SEM nada ha dicho respecto al régimen aplicable en caso de insolvencia y quiebra de las sociedades del Estado, por lo que el régimen legal aplicable para afrontar estas situaciones se encontraría en el Código de comercio y en el procedimiento del concordato establecido en la presente Ley 222, norma totalmente factible de ser aplicada con el cumplimiento de los requisitos generales previstos en la misma. En todo caso habrá de tomarse en cuenta que el momento para establecer cualquier restricción o adoptar el régimen administrativo de liquidación forzosa de la

²⁶¹ La sociedad de responsabilidad limitada no menciona un mínimo de socios, sino el máximo que deben ser veinticinco según el art. 356 del Código de comercio; de manera que podrían ser de conformidad con el art. 98 del Código, no menos de dos socios.

SEM, es al momento de promulgarse la ley que autoriza su creación o en los estatutos; pero en caso que no se haya establecido ningún régimen de liquidación forzosa u otro procedimiento administrativo especial para casos de insolvencia, bien se puede llevar adelante el procedimiento del concordato con el cumplimiento de los requisitos previos como ser la autorización del órgano social de máxima jerarquía, que será la Junta o Asamblea de socios o en el caso de las SEM con el noventa por ciento o más de participación del Estado, que la Junta directiva autorice el procedimiento concursal del concordato.

Es probable que el concordato como forma de afrontar la insolvencia en una SEM se aplique con el propósito de no cesarla por constituir una unidad económica empresarial, así como por ser fuente generadora de empleo, máxime si la SEM ha sido constituida en áreas geográficas deprimidas o que cubran la provisión de servicios públicos esenciales.

La Ley 222 de 1995 en forma posterior ha complementado el régimen del tratamiento legal de la insolvencia empresarial, con la Ley 1116 de 27 de diciembre del año 2006, que también ha derogado algunos artículos de la primera, regulando con mayor especificidad las facultades y atribuciones de las autoridades jurisdiccionales, así como el proceso de reorganización empresarial²⁶². Dentro del ámbito de aplicación de esta norma se incluyen a todas las personas naturales y jurídicas que realicen negocios permanentes en el territorio colombiano, las cuales pueden ser de índole privada o mixta, como también las sociedades extranjeras; de lo cual se puede deducir que al contenerse en la norma a las personas jurídicas que realizan negocios permanentes que corresponden a la inversión mixta, es decir constituida con aportes del Estado y de particulares, se puede afirmar que las SEM se encuentran incluidas en su aplicación, salvando las precisiones legales

²⁶² Se hace énfasis en la Ley 1116 en los procedimientos y requisitos para llevar adelante el procedimiento concursal desde su inicio hasta su culminación, atribuyendo las facultades de las entidades y personas que deben intervenir, así como las responsabilidades de cada actor. La insolvencia transfronteriza es también un tema que especialmente se toca en la Ley, determinando los procedimientos de acceso de y a los representantes y acreedores extranjeros, así como el régimen de cooperación de los tribunales.

determinadas como contradictorias que se han ido modulando en la existencia de las sociedades de economía mixta.

En la referencia que la Ley 1116 hace respecto a la exclusión expresa de su aplicación sobre personas jurídicas se señalan a las entidades de derecho público, las E.S.P. de servicios públicos domiciliarios, las sociedades de capital público y las E.I.C.E., en general, pero no se incluyen a las SEM; inclusive habría que precisar que estarían excluidas las SEM que han adoptado para su funcionamiento el régimen legal de las E.I.C.E., debido al porcentaje mayor al noventa por ciento por parte del Estado en su capital, ya que siendo así no han dejado el estatus jurídico de sociedad de economía mixta.

3.6. La SEM en la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998

La entrada en vigor de la Ley 489 en el año 1998, deroga en forma específica a los Decretos Ley 1050 y 3031 de 1968, así como la Ley 130 de 1976²⁶³ revisados precedentemente. Esta nueva disposición denominada Ley de organización y funcionamiento de las entidades del Orden Nacional porque en ella se definen la estructura, organización y funcionamiento de la administración pública, establece las distintas modalidades de la acción administrativa, se define la naturaleza jurídica de las empresas del Estado y de las sociedades de economía mixta, la publicidad de los actos administrativos, las condiciones para el ejercicio de las funciones administrativas por parte de los funcionarios públicos y las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por los particulares.

²⁶³ El art. 121 expresa que: "La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Decretos-leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976.

3.6.a. Aspectos generales de la SEM comprendidos en la Ley 489

Esta ley a tiempo de definir la estructura, los principios y reglas de organización y funcionamiento de la administración pública, además establece la naturaleza jurídica de entidades como la Empresa industrial y comercial del Estado y reglamenta condiciones puntuales de la SEM. Al tratarse de una norma general regula la organización y funcionamiento de las entidades comprendidas en la administración pública y por ende se refiere a la SEM, ya que a ésta la ha comprendido dentro del Sector descentralizado por servicios²⁶⁴. También clasifica por su orden a las entidades públicas de acuerdo a las diferentes formas que adoptan para la realización de la participación económica del Estado, formando la siguiente estructura: los establecimientos públicos, las E.I.C.E. las empresas sociales del Estado, las E.S.P. de servicios públicos domiciliarios, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; puntualmente esa clasificación se encuentra en el art. 38, 2. inc. f) ²⁶⁵.

Dispersos artículos de la ley se refieren y regulan aspectos relacionados a las SEM, pero de manera puntual en el Capítulo XIV, en los art. 97 al 102 dispone el régimen normativo de la SEM. En primer lugar, la define, limita las condiciones de participación de las entidades públicas, la forma de representación de la participación pública, la naturaleza de los aportes estatales, la transformación de las SEM y las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a sus representantes, remitiendo en su caso a otras normas que complementarían todo el régimen de las SEM. Si bien la disposición no es exclusivamente referida a la SEM como en su momento no lo fueron los arts. 461 al 468 del Decreto 410 de 1971 – Código de Comercio a excepción de la Ley 130 de 1976 que tenía un alto contenido referido a la SEM, se puede ver

²⁶⁴ En el art. 38, núm. 2, inc. f), referida a la Estructura y organización de la Administración Pública, cuando se refiere a la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.

²⁶⁵ Este artículo está complementado y sistematizado con el art. 68 en el que se establece que entre las entidades descentralizadas de orden nacional se encuentran las sociedades de economía mixta estableciendo que, aunque gocen de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la dirección del órgano de administración.

que después de 22 años vigencia, la Ley 498 establece en un capítulo especial el régimen jurídico al que se deberán atener en su funcionamiento las SEM.

Del texto de esta ley entendemos que se define a la SEM con un mayor margen de precisión respecto a aquella primera definición que señalamos en párrafos anteriores, cuando revisábamos lo dispuesto por la Ley 1050 de 1968, así como la definición del art. 461 del Código de comercio, porque en la primera parte del art. 97 se dispone que las SEM son organismos autorizados por la ley, ya no expresa como la ley 1050 de 1968 que son creados por la ley. Cuando se refiere a la ley, se entiende que es en su sentido general, pues será una ley formal cuando se trate de las SEM nacionales, mientras que la creación de las SEM departamentales y municipales, obedecen a otro tipo de disposición legal como son las ordenanzas y resoluciones de autorización. En el tema de la creación de las SEM el art. 49²⁶⁶ no es claro cuando señala que las SEM serán constituidas en virtud de autorización legal, puesto que esa autorización legal como sostuvimos antes bien puede ser una ley o un decreto, una ordenanza; es más ambigua que el caso de la creación de las E.I.C.E., en que señala podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma. La directriz para poder cerrar esta formalidad se encuentra en la nota del Parágrafo del art. 49, que señala que las filiales de las SEM se constituirán previa autorización del Gobierno nacional, Gobernador o Alcalde de acuerdo al orden que les corresponda, de donde se deduce que, si la filial tiene que tener en forma previa una autorización, entonces la constitución de la SEM, tendría que observar mínimamente los mismos requisitos. En conclusión, se entiende que la constitución de la SEM será autorizada mediante Ley en lo nacional, autorización u ordenanza del Gobernador y del Alcalde cuando sean entidades departamentales o municipales respectivamente.

²⁶⁶ El artículo 49, señala: Creación de organismos y entidades administrativas. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales. Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma. Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal.

Se conserva la disposición en sentido que se constituyen bajo la forma de sociedades comerciales y que pueden desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, siempre salvando las excepciones que consagre la ley. También se corroboran las diferencias entre las SEM en que el Estado tiene una participación del noventa por ciento o más del capital social y en las que tienen una participación menor, en idénticas condiciones que regula el Código de comercio; la diferencia concreta está cuando en el art. 97 señala otro parámetro más para determinar a una sociedad como SEM.

Esta Ley 489 de 1998 dispone, que en la SEM el aporte estatal no debería ser menor al cincuenta por ciento del capital social, porcentaje que ha tenido el debido tratamiento por parte de la Corte Constitucional conforme se verá posteriormente. Se verifica también que entre los actos de creación debe cumplir con los requisitos propios de toda sociedad, es decir señalar la denominación, la naturaleza jurídica, la sede, la integración de su patrimonio, determinar los órganos de dirección y administración, la forma de integración y designación de los miembros titulares; la parte especial que significa una derogación al régimen de Derecho privado es cuando dispone que para la representación de las acciones se debe establecer el Ministerio o Departamento administrativo al cual se encuentra vinculada la sociedad. Además, en forma específica se dispone que el Presidente de la República es la autoridad que puede autorizar la escisión de la SEM cuando sea más conveniente para el desarrollo de su objeto, aplicando las normas que rigen para las sociedades comerciales. La misma norma es categórica cuando señala que la SEM es una entidad descentralizada y aunque goce de autonomía administrativa, estará sujeta al control político y la dirección del órgano de administración correspondiente, a lo cual nos referimos anteriormente denominando tutela estatal.

Regula las modalidades de fusión, supresión o escisión de las entidades u organismos estatales, de manera que en forma posterior el gobierno no pueda crear ninguna nueva entidad del mismo orden nacional. Señala las razones

para la supresión, disolución y liquidación de entidades de orden nacional; en cuanto a la SEM por lo dispuesto en el art. 52, párrafo segundo se entiende que cuando se refiera a la liquidación de entidades sometidas al régimen societario, su procedimiento se regirá por lo establecido en el Código de Comercio, en todo cuanto fuera compatible con la naturaleza de la entidad que se liquida.

En cuanto a la escisión de las SEM la Ley 489 en el art. 53 ha dispuesto que el Presidente de la República es la autoridad facultada para escindir las SEM cuando sea conveniente para el mejor desarrollo de su objeto; no obstante, esta facultad del Presidente ha sido impugnada y la Corte Constitucional ha debido pronunciarse al respecto declarando como inexecutable la facultad del Presidente de la República para escindir las SEM mediante Sentencia C- 702 de 1999²⁶⁷.

Para el desarrollo de las actividades la SEM hay que diferenciar si ésta se encuentra adscrita o vinculada a determinadas entidades estatales, la Ley 489 aclara dicha situación señalando que la relación de la SEM con las entidades del Estado sería de vinculación, debido a que en ésta el Estado solo ejerce el control tutelar con la finalidad de coordinación; es decir, que siendo la SEM parte de la estructura del Estado en la rama ejecutiva, dentro de ésta existe una estructura jerárquica en la cual hay un inmediato superior que ejerce dicho

²⁶⁷ En la sentencia de la Corte Constitucional C – 702 de 1999, varios artículos de la Ley 489 fueron declarados inconstitucionales, entre los fundamentos que interesan a nuestro análisis es conveniente mencionar el tratamiento de cada uno de los artículos que se relacionan con la sociedad de economía mixta. Entre ellos el de mayor importancia es el art. 58 que se acusa de inconstitucional porque desconocen las facultades que la Constitución Política confiere al Congreso en el Art. 150, numeral 7°, ya que es atribución del Congreso la creación y autorización de constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta; en tanto que la atribución del Presidente de la República solo alcanza a disponer la fusión y liquidación de entidades y organismos del Estado, por lo que a entendimiento de la Corte Constitucional el artículo 53 de la Ley 489 fue declarado inexecutable. El art. 120 de la Ley que otorga facultades extraordinarias temporales al Poder Ejecutivo en cuyo numeral 2 se faculta al Presidente de la República de facultades extraordinarias temporales para suprimir, fusionar, reestructurar o transformar entidades, organismos y dependencias de la Rama Ejecutiva, y respecto a la SEM, el numeral 2. le faculta disponer la fusión, escisión o disolución y liquidación de las SEM y otras; esta disposición del artículo 120 en el numeral 2 está intrínsecamente relacionado con el art. 53 por lo que en concordancia fue declarado inexecutable.

control sobre ella. Así se entiende del análisis de lo dispuesto por el Art. 50 de la Ley 489 de 1998 que en concordancia con el Art. 98 de la misma, se requiere que en el acto de constitución de las SEM que se concreta en el contrato de sociedad se deben señalar las condiciones para la participación del Estado, así como señalar en forma específica cuál es la entidad o dependencia administrativa a la que se encuentra vinculada la misma²⁶⁸. Asimismo, cabe establecer su condición de carácter nacional, departamental o municipal para definir también el ejercicio del control y tutela sobre estas sociedades.

3.6.b. Afinidades de la SEM con las empresas y sociedades del Estado

En la norma de análisis son varios artículos en los que se relaciona a la SEM con las E.I.C.E., y esto es así porque ambas desarrollan actividades industriales y comerciales a nombre del Estado, es evidente que en la SEM cuando el porcentaje de participación del Estado en el Capital social supere el noventa por ciento debe adoptar el régimen de las E.I.C.E., régimen que se encuentra contenido en muchas disposiciones que incluyen a la SEM y que hacen remisión a lo que establece la Ley 142 de 11 de julio de 1994²⁶⁹, norma que se refiere al régimen de los servicios públicos domiciliarios, expresamente el art. 85 referido a la definición de las E.I.C.E., en su último párrafo que señala que: *“A las empresas industriales y comerciales del Estado, y a las sociedades de economía mixta, se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley*

²⁶⁸ El art. 50 de la Ley 489 señala: ... Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación. Asimismo, el art. 98 dispone: Condiciones de participación de las entidades públicas. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalaran las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella.

²⁶⁹ La Ley 142 de 1994, tiene como ámbito de aplicación a los servicios públicos domiciliarios como ser alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas, telefonía fija, telefonía local y móvil y otros servicios que pueden ser prestados por sociedades de economía mixta, bajo estrictas normas de regulación y vigilancia por parte del Estado.

142 de 1994.”, en dichos artículos se definen aspectos puntuales como el régimen jurídico a adoptar y las reglas de participación de las entidades públicas, la capitalización y el tratamiento de los pasivos, entre otros.

Dentro de la estructura de la rama ejecutiva que define esta ley, se encuentra comprendida la SEM como una entidad descentralizada junto a las E.I.C.E., las Empresas Sociales del Estado y las E.S.P. empresas de servicios públicos, conforme nos referimos anteriormente citando el art. 38 num.2. La revisión de la normativa que aprueba la constitución de estas entidades, además de la estudiada SEM y la revisión comparativa con las E.I.C.E.; nos conduce a no dejar de mencionar a las Empresas Sociales del Estado, las que son creadas por la Ley 100 de 1993 y las Leyes 344 de 1996, y se encuentran definidas también en la misma Ley 489 de 1998. Se entiende que la particularidad de estas Empresas sociales del Estado está en la actividad que desarrollan, ya que están dedicadas a la prestación de servicios de salud en forma directa, es decir cumpliendo un servicio público y vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Por otro lado tenemos a las Empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, autorizados por la Ley 142 de 1994 y la Ley 489 de 1998, sobre los que ya se realizaron precisiones en cuanto a la diferencia que se establece con las SEM, pues la Empresa de servicios públicos mixta resulta del aporte al Capital por parte de la Nación igual o mayor al cincuenta por ciento, así como las entidades territoriales como ser Gobiernos departamentales o Municipios e inclusive entidades descentralizadas; aspectos que han sido objeto de revisión y declaración por parte de la Corte Constitucional en Sentencia C – 736 del 2007, que las define como entidades de naturaleza especial por el tipo de actividad que desarrollan, entendiendo que se trata de entidades que prestan servicios de orden esencialmente social, las que para enfrentar ese tipo de actividades y en algún caso en competencia con empresas privadas dedicadas al mismo rubro, necesariamente deben adoptar el régimen jurídico de derecho privado que ofrece el Código de comercio.

3.6.c. Naturaleza y conformación del capital de la SEM

Al tratarse de una norma referida a la ordenación de la estructura y organización de la administración pública que incluye a la SEM entre las entidades del sector descentralizado, dedica en forma específica a la SEM seis artículos, del 97 al 102 conforme ya se ha expresado, en los que se desarrolla el régimen de la sociedad de economía mixta. El art. 97²⁷⁰ redefine a la SEM, pues de alguna manera repite en varios aspectos la definición que se encuentra en el Código de Comercio de 1971 con la diferencia de que no menciona lo que el art. 461 del código señalaba respecto a la sujeción de la SEM a la jurisdicción ordinaria, esta exclusión a nuestro entender acarrea un cambio sustancial para la SEM, puesto que el efecto directo es que si antes el Código de comercio como norma de Derecho privado aclaraba la jurisdicción a que sería sometida cualquier controversia de la SEM, ahora la Ley 489 al tratarse de una norma de orden administrativo y de Derecho público con todas las disposiciones que contiene, conduce a pensar que para la resolución de conflictos se acudirá a los procedimientos de orden administrativo. No obstante, el art. 94 de la Ley establece para las Empresas y Sociedades que se creen con participación exclusiva de una o varias E.I.C.E., o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se deben regir por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio; de manera que queda abierta la posibilidad que al

²⁷⁰ El texto del art. 97 expresa que: Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado. Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen. **Parágrafo.-** Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

aplicarse las normas de Derecho privado se acuda por esta a la jurisdicción ordinaria en la resolución de controversias en la SEM.

La segunda parte del art. 97 está dedicada a imponer un requisito para la calificación de una sociedad comercial como SEM, expresando que es será calificada como tal, cuando el aporte estatal a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales o comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

En este punto del análisis caben dos consideraciones; el primero consiste en entender que si bien esta ley señala como aporte mínimo el porcentaje del cincuenta por ciento del total del capital social, es necesario tomar en cuenta primero que la Corte Constitucional respecto al parágrafo segundo del art. 97 de la Ley 489, la ha declarado inexecutable en Sentencia C-953 de 1999, en el entendido que la Constitución Política en el art. 300 numeral 7° y 313 numeral 6° no señala porcentajes mínimos de participación de las entidades estatales en la composición del capital de las SEM, requiriendo sólo que el capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares y será el Congreso de acuerdo a la atribución que le confiere la Constitución en el art. 150 numeral 7° el ente facultado para autorizar y constituir las SEM y por tanto establecer el régimen jurídico de éstas. Partiendo de esta disposición, la Corte Constitucional entendió que no existe facultad legal alguna para desconocer la naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta cuando la proporción porcentual de aporte estatal sea menor al cincuenta por ciento, el legislador no puede llegar hasta la modificación de la concepción de la SEM, ya que la Corte Constitucional reconoció que la característica esencial de las SEM es la participación mixta del capital estatal y el capital privado en un mismo emprendimiento comercial o industrial. Por lo que la participación porcentual no debe tomarse como esencial para determinar la naturaleza jurídica de la

SEM²⁷¹. De manera que el porcentaje de participación estatal en el capital social de la SEM no es determinante de su estatus jurídico.

Entre las consideraciones vertidas en dicha sentencia se sostiene que si se acatara lo preceptuado por dicha disposición, las sociedades en las que el Estado tenga una participación menor al cincuenta por ciento en el capital social, *“no serían ni estatales ni particulares, ni mixtas, sino de una naturaleza diferente no contemplada por la Constitución”*.

El segundo análisis del párrafo en cuestión es la aplicación de la norma en cuanto a las SEM preexistentes, ya que debemos tomar en cuenta que en el Decreto 1050 de 1968 no se dispuso ningún parámetro porcentual para que la sociedad fuera determinada como sociedad de economía mixta; tampoco las disposiciones posteriores lo hicieron, así el Código de Comercio tampoco se pronunció en ese sentido, sino sólo se refirió a la participación porcentual del noventa por ciento en el capital social por parte del Estado que determinaba que adopte el régimen jurídico de las E.I.C.E., pero esas SEM no varían en su denominación ni en la aplicación de la normas de derecho privado. Cuando el código se refirió a la participación en el capital social mayor al cincuenta por ciento por parte del Estado, era en sentido de la no aplicación de la restricción al voto, asunto sobre el cual ya nos referimos. Por lo que en el hipotético caso de su aplicación, tal restricción porcentual generaría que las SEM preexistentes a la Ley 489 con participación menor al cincuenta por ciento por parte del Estado en el capital social quedarían en la situación de no ser estatales, ni mixtas, y al no poder aplicárseles ningún régimen jurídico de los nombrados, generarían la opción de que tengan que transformar su estatus jurídico en la de simples sociedades comerciales en las cuales el Estado tendría una

²⁷¹ Respecto a la Sentencia C – 953/99 se realizó un salvamento de voto por parte de dos magistrados de la Corte Constitucional cuya posición cabe considerar en sentido que entendieron respecto al párrafo segundo del art. 97 de la Ley 489 que es perfectamente constitucional porque el constituyente ha dejado estas facultades al legislador para proyectar la libertad de conformación de las SEM, definir los elementos estructurales y la precisión de sus características y que en el artículo en cuestión el legislador ha querido que ciertas SSEM se sujeten a las mismas reglas de las sociedades comerciales con las particularidades que se fijen en el contrato social.

participación accionaria o en cuotas, con las consecuencias de transformar los estatutos y las estructuras del directorio reguladas anteriormente²⁷²; hipótesis que no se produjo porque la Corte Constitucional la declaró inexecutable.

La tercera parte del artículo señala que las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen; de manera que cualquier apoyo financiero que reciba la SEM por parte del Estado, siempre que sea temporal, no deviene en un aumento de capital que como efecto inmediato haga variar los porcentajes del capital social, lo cual además podría determinar también la variación de su naturaleza jurídica o su régimen jurídico, tomando en cuenta que cuando el aporte estatal es superior al noventa por ciento, el régimen jurídico es el de las E.I.C.E..

El artículo 97 se encuentra adicionada por un Parágrafo²⁷³ que regula el régimen laboral aplicable a las actividades de los servidores de las SEM, en las que la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas hayan realizado un aporte igual o superior al noventa por ciento del capital social, señalando que ese régimen es el de las E.I.C.E.; ésta condición no se encuentra regulada antes en las disposiciones del art. 464 del Código de Comercio, ni en ninguna de las normas que se referían a la SEM.

3.6.d. Representación y naturaleza del aporte estatal

Respeto a la representación de las acciones del Estado, sean de la Nación o de las entidades públicas, el art. 99 que dispone que la representación corresponde al Ministro o Jefe de departamento administrativo a cuyo

²⁷² El Decreto 529 de 1999 resulta ser la reglamentación parcial del Art. 97 de la Ley 489 en la cual se dispone que las entidades financieras en las que la Nación o el Fogafin (Fondo de Garantía de Instituciones Financieras) participen en su capital y por ello se transformen en SEM, quedarán vinculadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, razón por la que los órganos directivos deberán modificar los estatutos internos para ajustarlos a la naturaleza de la entidad y a la ley. Importante señalar que en caso de tener que modificar la estructura orgánica, el órgano directivo debe proponer la reforma al Gobierno nacional que deberá emitir el respectivo decreto que la autorice.

²⁷³ En la mayoría de las leyes colombianas, algunos artículos incluyen el Parágrafo que resulta ser un apéndice explicativo o aclarativo sobre el artículo en cuestión.

despacho se halle vinculada la SEM y, en caso de las acciones de otros establecimientos públicos o una empresa industrial o comercial del Estado, la representación recae en el representante legal o en los funcionarios que indiquen los estatutos internos; con esta precisión que hace la ley, si bien no queda aclarada aquella observación que se realizó al art. 465 del Código de comercio que señala que las acciones de la SEM, cuando sean anónimas, serán nominativas y se emitirán en series distintas para los accionistas particulares y para las autoridades públicas, debiendo decir que se emitirán a nombre de las entidades públicas que sean accionistas de la SEM, al menos señala quienes representarán a las acciones públicas y qué funcionarios podrán hacerlo en caso de tratarse de un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado. Recalca el artículo que la representación indicada no se aplica cuando se trate de inversiones temporales de carácter financiero en el mercado bursátil en concordancia con el art. 97 que se refería a la naturaleza jurídica y régimen de la SEM.

Los aportes estatales a la SEM podrían consistir, entre otros, obviando que pueden ser en dinero efectivo, podrían ser también ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que emita la misma SEM regulados ya en el art. 463 del Código de comercio, la innovación está en que incluye aportes en títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado; cabe tomar en cuenta que la Ley 489 de 1998 es posterior a la promulgación de la nueva Constitución Política del año 1991²⁷⁴ que dispone la participación por parte de los privados en la explotación de los recursos naturales no renovables, en este caso de la minería.

El art. 100 incluye otra regulación que aclara el momento del cómputo del aporte estatal al capital social, indicando que se deben computar a partir del momento en que se realicen de manera efectiva o se contabilicen en los

²⁷⁴ Los arts. 334 referido a la dirección de la economía a cargo del Estado, la explotación de los recursos naturales, y el 360 sobre la determinación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

balances los ingresos representativos. La definición de la naturaleza del aporte estatal al capital social plantea en principio dos problemas a saber; el primero, que partiendo del hecho que estos deben computarse a partir de hacerse efectivos o cuando sean contabilizados nos detenemos en el momento de la constitución de la sociedad y la aprobación de la ley que crea la SEM, momento que se va a definir el aporte de capital del Estado y de los particulares, que es cuando se debe cuantificar en montos a contabilizar y por tanto si se tratasen de ventajas financieras o fiscales, ingresamos en el segundo problema, que se trata de ¿cómo cuantificar en forma previa las ventajas a fin de anotarlas como aporte de capital?. Siendo la ventaja una cualidad que diferencia a algo sobre la generalidad, en el caso de ventajas financieras es posible que de alguna manera se pueda proyectar su proporción, de igual forma las ventajas impositivas, puesto que ambas tienen parámetros de cuantificación; sin embargo, es necesario tener en cuenta que atentan contra principios del mercado que regulan la competencia entre iguales en un mercado de libre competencia. También cabe considerar el hecho de ofrecer como aporte al capital la garantía de las obligaciones de la sociedad, en tal caso partiendo de que la garantía es una protección o salvaguarda a favor de los acreedores, al momento de la constitución o creación por ley de la SEM, un primer supuesto es que la sociedad se ha constituido con una serie de cargas obligacionales, un segundo supuesto es que garanticen las obligaciones que asuma la sociedad, en forma posterior y en ambos casos en caso de insolvencia y por ende el incumplimiento, el Estado que asumió la posición de garante esté obligado a honrarlas.

Respecto a la suscripción de bonos, el aporte de títulos y aportes para la explotación de recursos naturales no renovables, estos son menos complejos en su cuantificación y por tanto en su anotación dentro de la contabilidad como señala la ley.

3.6.e. Transformación, responsabilidad e incompatibilidades

Respecto a la transformación de las SEM en empresas del Estado²⁷⁵, señala que cuando las acciones o cuotas sociales de los particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas la sociedad sin liquidación previa se transforma en una Empresa industrial o comercial o sociedad entre entidades públicas, con la correspondiente modificación de estatutos internos; la precisión que hacía el art. 17 de la Ley 130 era que “todas” las acciones o cuotas en poder de particulares sean transferidas al sector público, quizás a objeto de que no haya ninguna duda respecto a la transferencia total de las acciones y no solo de una parte, era necesaria tal aclaración; no obstante queda sobreentendido que la transformación de la SEM al ser una modificación estructural puede determinar el cambio a otro tipo social, puesto que en su esencia está alterar la configuración de la misma y es evidente que involucra la necesaria modificación estatutaria.

En la Ley 489 esa transformación no se trata de modificarla o alterarla para convertirla en otro tipo social, se trata más bien de modificarla a la estructura de la empresa industrial y comercial del Estado o a la Sociedad entre entidades públicas con la consecuente modificación de estatutos por parte de los órganos de dirección que queden subsistentes de acuerdo a las modalidades efectuadas.

Lo demás del texto del artículo en revisión, en realidad obedece al mismo tenor del artículo ya referido de la Ley 130, de manera que se deduce que la transferencia de las acciones o cuotas deben ser en su totalidad para proceder a la transformación a empresa industrial o comercial del Estado o Sociedad entre entidades públicas, procediendo en consecuencia a la modificación de los estatutos internos de la SEM.

En cuanto a las inhabilidades e incompatibilidades de los representantes legales y miembros de consejos o juntas directivas en las SEM, donde el

²⁷⁵ La Ley 130 de 1976 derogada expresamente por el art. 121 de la ley en análisis, en el art. 17 ya señalaba la transformación de la SEM en empresa industrial o comercial del Estado.

Estado tenga el noventa por ciento o más de su capital social se encuentra prevista en el Decreto 128 de 1976²⁷⁶, el mismo que en su primer artículo se refiere al campo de aplicación del mismo y en forma expresa señala que es aplicable a los miembros de las juntas o consejos directivos de las SEM en las que el Estado participe con el noventa por ciento o más de su capital social, de igual forma comprende a sus gerentes, directores o presidentes. En esta ley se regulan los deberes de los miembros de las juntas, gerentes, directores; entre los que se resalta el deber de cumplir y hacer cumplir la constitución, la ley, los estatutos de la entidad, así como desempeñar sus funciones con eficiencia e imparcialidad, la obligación de reserva, así como las condiciones de impedimentos, incompatibilidades e inhabilitaciones para optar tales cargos.

El porcentaje de participación del noventa por ciento o más por parte del sector público que determina la aplicación de las inhabilitaciones, incompatibilidades y responsabilidades del Decreto 128 de 1976 ha sido cuestionado y sometido a control de constitucionalidad, habiendo sido declarado exequible por la Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007, en la que la Corte Constitucional ha entendido que aunque el criterio de esta norma dispuesta tanto en el art. 102 de la Ley 489 como en el art. 1º del Decreto 128, implica una participación porcentual del Estado muy alta, resulta constitucionalmente justificada y válida, porque el legislador ordinario posee atribuciones para determinar el régimen jurídico y de responsabilidades de los servidores públicos en las entidades descentralizadas y puede establecer diferencias fundadas en el porcentaje del capital público en esas entidades que comprenden a la SEM. El efecto de la interpretación de la Corte Constitucional es que deja fuera de la aplicación del mencionado Decreto a las SEM en las que el Estado tenga una participación menor al noventa por ciento y, libera a los directivos, gerentes y representantes permitiendo que en tales sociedades se pueda administrar conforme las normas del derecho privado lo cual redundará

²⁷⁶ El Decreto 128 de 1976 regula el estatuto de inhabilitaciones, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas directivas de las entidades descentralizadas y los representantes legales.

en que los particulares se sientan atraídos a asociarse al Estado para desarrollar actividades comerciales o industriales.

3.6.f. Control administrativo y financiero del Estado

Se ratifica el control administrativo por parte del Estado en las SEM, el cual debe cumplirse en función a los convenios, planes o programas que periódicamente se celebran con el Estado. Asimismo la ley regula el control sobre el desempeño financiero de las SEM en función al cumplimiento eficiente y eficaz de su objeto; los mecanismos de control administrativo sobre las actividades de las SEM se realizan mediante la intervención de representantes legales en los órganos internos de deliberación y dirección de las sociedades, lo cual se entiende que afecta en forma directa a lo establecido en la ley en su primera parte cuando señala que la SEM desarrollará sus actividades conforme a las reglas de Derecho privado, aunque es evidente que se trataría de la excepción que señala la ley. En el entendido que esta ley sería la norma general, es decir la Ley 489 y no la ley de autorización de creación de las SEM que para cada caso se entiende será específica y en ella se delimitaran los mecanismos de control administrativo, financiero y de cumplimiento de objetivos.

4. ESPAÑA: LA POSIBILIDAD DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

En anteriores capítulos se hizo una exposición de la intervención del Estado en la economía refiriéndonos a sus manifestaciones en una y otra época marcadas por las grandes necesidades de la población, así como por el influjo de la política-económica que determinó un vaivén entre el liberalismo, el capitalismo, el socialismo hasta que después de la segunda guerra mundial el intervencionismo del Estado se implanta como política económica y social en

casi la totalidad de los Estados²⁷⁷. En este periodo el Estado gestiona y se responsabiliza de la economía tratando de solucionar la grave crisis social y económica en la que se encontraba la mayoría de la población, tarea que se impone para reparar los grandes males emergentes de la guerra procurando llegar al estado de bienestar, bajo un régimen de emergencia económica con el auxilio de una nueva normativa que se denominó constitución económica, que también fue tratada en anteriores capítulos.

Dentro de las técnicas jurídicas que se emplearon como parte de esa intervención del Estado en la economía, están aquellas denominadas de intervención directa y, de intervención indirecta que serán revisadas en el presente capítulo. De igual manera el Estado ha debido valerse tanto del régimen jurídico público, como de la regulación jurídico-privada a fin de organizar el funcionamiento del sistema económico en el que intervino integrando ambas técnicas de organización y dar nacimiento a empresas públicas que asumen en su organización y funcionamiento tipos societarios regulados bajo el régimen jurídico privado, de manera que se combinan con peculiares matices los órdenes público y privado.

En ese orden de cosas, es necesario recordar que en la Constitución Española, art. 128, ha dejado de lado la aplicación del principio de subsidiariedad del Estado en la economía, vigente hasta antes de la Constitución de 1978, lo cual se traduce en que el Estado puede intervenir en la economía, independiente a que el sector privado se encuentre o no presente en la producción de bienes o de servicios a favor de la población; el modelo económico de mercado exige la paridad o igualdad en el desarrollo de las actividades productivas de ambos sectores, debiendo respetarse ambos sin que se produzca una prevalencia del uno sobre el otro, o que uno se encuentre subordinado al otro; de esta manera se habría inaugurado el sistema de economía mixta en la que no solo coexisten la iniciativa económica privada y pública, sino que comparten de manera asociada actividades productivas o de prestación de servicios públicos.

²⁷⁷ García Ruiz, Encarnación, *La nueva sociedad anónima...*, Op. cit., pág. 24, cuando se refiere a la intervención directa del Estado en la Economía.

Existen diferentes posiciones desde la visión constitucional en sentido de revisar la restricción o amplitud con que debe desplegar el Estado su participación económica; en sentido de su restricción se habla de las contenidas en el texto constitucional que limita el intervencionismo directo, las que limitan el tamaño del sector público y las de carácter tributario²⁷⁸, todas las cuales tienen relación con las actividades que están reservadas para el sector público, las limitaciones al gasto público como fuente de financiamiento y las tributarias que tienen relación con la no confiscación por parte del Estado; no obstante las normas internas que regulan las actividades del Estado y que deberán observar las entidades, léase Administración pública ejecutora de la actuación del Estado en materia económica, deben guardar coordinación y armonización con las normas comunitarias que descienden del Tratado de la Unión Europea.

El Estado en el ejercicio de su iniciativa económica, en la constitución de empresas y sociedades en las que participa se ha apoyado en la normativa y sistema de organización privada, pues resulta ser que las técnicas jurídicas privadas se han implantado e implementado en el sector público con la finalidad de dar viabilidad y eficiencia práctica a su actuación económica, con la peculiaridad de no renunciar a sus facultades de control, fiscalización y vigilancia que obedecen al ordenamiento del Derecho público, propiamente al Derecho administrativo.

Otro aspecto que tiene peso para apoyar su desempeño en el Derecho privado y sus técnicas de organización es que si debe actuar en un mercado libre y sometido a la competencia en igualdad de condiciones con el sector económico privado, sería una desventaja que rompa la igualdad de condiciones en el mercado, que sus emprendimientos económicos se encuentren sometidos a los procedimientos de organización públicos, ya que estos obedecen a un diseño y sistematización organizativa diferentes que se caracterizan por no tener la

²⁷⁸ Puchades Navarro, Miguel, *“La Constitución Económica”*, AAVV. Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya, Tomo II, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000, pág. 927 y sgtes. En el que se refiere al contenido de los arts. 33, 38 y 128.2 de la CE., y la dimensión constitucional de la hacienda pública.

agilidad que se precisa en la toma de decisiones y la operativa productiva para competir.

Es que el requisito de que la actuación económica del sector público debe garantizar y confirmar la libre competencia, significa que debe actuar en el mercado bajo las mismas condiciones del sector privado; además, debe estar sometido a las mismas cargas y riesgos, sin gozar de privilegios que restrinjan o falseen la libre competencia del mercado. Como contrapeso a estos requisitos, el Estado en pro de la eficiencia ha tomado para sí las formas de organización privada a través del uso de los tipos societarios regulados por la legislación de orden privado, en especial y principalmente la sociedad anónima, cuyo régimen le ha servido de soporte normativo a la hora de organizar tanto las empresas públicas como las sociedades mercantiles en las que participa el Estado.

Se puede aventurar un criterio en relación al predominio de las técnicas jurídico-privadas en la presencia económica del Estado, pero su sostenimiento tiene un contenido saturado de altibajos, excepciones y derogatorias al régimen privado general, debido a que el Estado en el ejercicio de su rol económico debe privilegiar el cumplimiento de su encargo social que le obliga a que en su actuación económica mantenga como prioridad el interés social; en tanto que la regulación privada se conduce por el sendero de la actuación autónoma y el logro de la rentabilidad de sus inversiones, es decir lucro.

Por lo dicho anteriormente, si bien la tendencia del Estado es de abordar su desempeño económico con criterio social, se revela la aplicación de su facultad de control y fiscalización, más aún en los ámbitos financieros o de inversión de los fondos públicos y de gestión cuando desarrolla actividades junto a los privados; es así que en la integración de los intereses de ambos sectores y los nexos entre el Derecho público y Derecho privado se han producido mediante modificaciones, derogaciones específicas y adecuaciones ineludibles con el objeto de vislumbrar la posibilidad de afrontar con éxito empresas y sociedades

públicas o sociedades de economía mixta que persigan fines sociales, industriales y comerciales que tengan contenido de interés público²⁷⁹.

Puntualmente la sociedad de economía mixta (SEM) como forma de gestión ha tenido variaciones en función al momento histórico-económico y también del político; si bien su evolución no se ha realizado bajo el exacto denominativo de Sociedad de Economía Mixta, pero sí como empresa mixta con diferentes porcentajes de participación por parte del Estado y los particulares²⁸⁰. En los años 60 y 80, la participación conjunta de los sectores públicos y privados en la actividad empresarial española había abarcado la mayoría de los sectores productivos y de servicios, así la SEM como forma de gestión pública cobra mayor preponderancia en los servicios públicos locales²⁸¹.

4.1. La evolución normativa

En Europa la SEM nace como resultado de una serie de motivos de índole económica y política social en pro de satisfacer las urgentes necesidades de la población, así sucede en el periodo de la Primera Guerra Mundial y la Revolución Industrial que además de sus propios efectos producen una fuerte expansión demográfica, la cual demanda la provisión de servicios básicos como agua, energía, transporte y otros que activaron la intervención del Estado en la gestión de los mismos y, que los realizó en forma directa o indirecta. El

²⁷⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989, se refería en sus fundamentos a la coexistencia de los sectores privado y público en la producción de bienes y servicios, así como la necesidad de que el desarrollo del Sector público en la economía se justifique a través de una ejecución y administración eficiente, pero preponderantemente concorra el interés público.

²⁸⁰ Vid. Fernández Farreres, Germán, *“En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad”*, Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, abril de 1976, en el que expone en forma detallada la participación porcentual del Estado en las empresas en el periodo 1963 al 1974, empresas que se encontraban vinculadas al INI, así como la tendencia a aumentar o disminuir el aporte de capital por parte del Estado. Las actividades productivas abarcan a la minería, petróleo, electricidad, gas, astilleros, aeronáutica, fertilizantes, construcciones, químicas, telecomunicaciones, hidroeléctricas, aviación y servicios como turismo, estudios de proyectos técnicos, frigoríficos, artesanía, telecomunicaciones y otras.

²⁸¹ Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Lustel, Madrid, 2010, pág. 34, señala ámbitos de servicios como la producción y distribución de energía eléctrica, de agua, radiodifusión, servicios mortuorios, mercados de abastos, servicios funerarios etc.

ejercicio a veces deficiente de estas actividades por parte del Estado trajo consigo la insatisfacción de la ciudadanía y aquello derivó en que se vea la necesidad de integrarse con el sector privado, en principio, a través de las concesiones que derivaron en la constitución de las SEM como técnica intermedia entre la concesión y prestación directa. La SEM le ofrecía al Estado la posibilidad de compartir los beneficios y a la vez mantener un buen grado de control sobre los servicios y sobre estas sociedades. Un segundo aspecto no menos importante que determinó la integración con el sector privado era la significativa inversión económica que requería la prestación de algunos servicios, sin que el Estado por sí mismo como entidad autónoma o local²⁸² pueda realizar dicho esfuerzo, de manera que era conveniente buscar el apoyo privado conformando las SEM que se afianzaron tempranamente en las entidades locales.

Después de la Segunda guerra mundial conforme se repasó en anteriores capítulos, los Estados debieron replantear su política económica y hacerse cargo de la producción y prestación de servicios públicos; por su parte, la población por efecto de la fuerte activación de los derechos sociales requería mayor cantidad y calidad en la prestación de los servicios públicos, lo que ocasionó que las técnicas o formas de organización jurídica usadas por el Estado de manera más frecuentes, fueron la empresa pública y las SEM, ambas más cercanas en su estructura y organización al Derecho privado como solución para lograr eficiencia y eficacia en sus actividades productivas.

La normativa española que regula la configuración de la SEM dentro de las actividades económicas del Estado junto a los privados tuvo una evolución desigual entre las del estrato estatal, autonómico y el local, que a decir de Alonso Ureba, la normativa local es más uniforme y sistematizada²⁸³, conforme se puede ver en la siguiente relación:

²⁸² Cabe señalar que el Estado es considerado Administración central para el desempeño y ejercicio de sus facultades económicas, otro estrato del Estado constituyen las Comunidades autónomas y los Municipios en su calidad de entes locales.

²⁸³ Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de Empresa Pública Local*, Univ. Complutense – Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1988, pág. 68.

4.1.a. *El Estatuto Municipal Calvo Sotelo de 1929*²⁸⁴

Sin mencionar en forma precisa a la sociedad de economía mixta, permitía que la gestión de un servicio público sea atribuida a la responsabilidad de una empresa particular; pero además en aplicación de los arts. 158 y 315 del Estatuto, el Ayuntamiento podía conformar una empresa mixta junto a los privados y gestionar un servicio público.

4.1.b. *Ley Municipal Catalana de 1933*²⁸⁵

Norma de rango local que en forma expresa hace referencia a la sociedad de economía mixta como posible gestora de servicios públicos locales.

4.1.c. *Ley de Bases Municipal de 1935*²⁸⁶

Norma de rango estatal que señala en forma específica a la sociedad de economía mixta como fórmula en la gestión de servicios públicos, aunque no determina con claridad aspectos importantes como el régimen de aportaciones, es decir porcentajes, en cambio sí determina el objeto bajo la forma de concesión.

4.1.d. *Ley de Administración Local de 1950*

Norma que desarrolla la Ley de Bases del Régimen Local de 1945²⁸⁷, en la que se reguló en forma más completa el régimen de las SEM, pero no contenía aspectos de importancia de esta forma de gestión de los servicios públicos.

²⁸⁴ Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit., pág. 32. Vid. Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit. pág. 28.

²⁸⁵ *Ibidem*, Op. cit., pág. 33. Vid. Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit. pág. 29, 30.

²⁸⁶ *Ibidem*, Op. cit., pág. 33. Vid. Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit. pág. 29.

²⁸⁷ Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit. pág. 29.

4.1.e. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955²⁸⁸

Entre los diversos modos de gestión se refiere a las sociedades de economía mixta, señalando también la integración y cooperación por parte de las Provincias a los servicios públicos municipales, por lo que la gestión por empresa mixta alcanza los ámbitos provinciales y municipales. En esta norma se señalan aspectos relativos a los tipos sociales en los que puede organizarse la SEM, el artículo 103 señala a las sociedades comanditaria, anónima y de responsabilidad limitada. Asimismo, se disponen como procedimientos para la conformación de la empresa mixta la adquisición de acciones en empresas ya constituidas o la constitución por suscripción pública de acciones. Se ha referido a la constitución o Estatutos en sentido que puede ocurrir que el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración sea inferior a la proporción del capital con que participare en la Empresa, con la salvedad de que en los cinco años anteriores al término de la misma deberá ser igual o superior. También dispone que los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos, con la especificación de que se establezca una mayoría de tres cuartas partes del número estatutario de votos en el tratamiento de la modificación de la escritura de constitución o de los Estatutos; aprobación y modificación de los planos y proyectos generales de los servicios; operaciones de crédito; y aprobación de los balances.

La referencia a Estatutos, Juntas, votos, quórum, mayorías para asuntos específicos esta complementada con la determinación de que la proporción de representantes del sector público que señala en cincuenta por ciento, la fijación del valor de las aportaciones en la escritura de constitución, el desembolso total del capital desde la constitución y la limitación de la responsabilidad económica de las corporaciones. La disposición en análisis señala también que el plazo

²⁸⁸ Se trata del Reglamento de 17 de junio de 1955, el cual tiene relación con el Texto Refundido de la Ley del Régimen Local de 24 de junio de 1955; en ésta última se dispone entre las atribuciones de los Ayuntamientos, Art. 121 autorizar la constitución de empresas mixtas para la prestación de servicios municipales, fijando también una serie de requisitos en cuanto al término que lo fija en cincuenta años, determinación de tarifas, garantías y otros específicos. Se limita también la responsabilidad económica del Municipio. Alonso Ureba en la *Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit. pág. 68, expresa que ambas normas se encontraban vigentes hasta la Ley de Bases de 1985, con parciales modificaciones al procedimiento.

máximo de duración de estas sociedades es de cincuenta años y de manera expresa se dispone que al cumplimiento del plazo procedería la reversión de instalaciones, bienes y materiales a la entidad pública, debiendo preverse en los Estatutos la forma de amortización del capital privado. Cuando los servicios gestionados sean en régimen de monopolio la transformación a la libre concurrencia deben tener el consentimiento del capital privado.

Si bien esta disposición tiene un contenido más amplio respecto a la regulación de la sociedad de economía mixta SEM, no se pronuncia en relación a los porcentajes máximos o mínimos del capital público y privado, si se corresponden o no con el nombramiento de los representantes en la Junta, y respecto a la gestión se refiere en concreto a la gerencia, pero no se refiere a cuestiones importantes como las facultades y responsabilidades. Esta norma no hace expresa referencia al tipo social de la sociedad anónima, lo cual creemos que se debe a que no es el tipo social exclusivo, puesto que señala también a la sociedad en comandita y la de responsabilidad limitada como tipos sociales en los que puede constituirse; de los cuales el que más llama la atención es la sociedad comanditaria como forma de SEM, respecto a la cual la norma quedaría muy limitada y habrían muchos aspectos específicos que resolver mediante la remisión a la normativa societaria por entonces inserta en el Código de comercio. Alonso Ureba se refería a las deficiencias que soportaba el régimen legal de estas sociedades, que adoptando el régimen de las sociedades mercantiles no hacían precisiones respecto a asuntos importantes como las modificaciones estructurales, entre ellos el cambio de objeto social, aumento de capital; tampoco la creación de filiales entre otros²⁸⁹.

4.1.f. Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

Guarda estricta relación con el Real Decreto Legislativo 781/1986 Texto Refundido de 18 de abril, aprueba en forma consolidada las disposiciones legales vigentes del Régimen Local, en la cual además de la organización

²⁸⁹ Alonso Ureba en la *Sociedad Mercantil de Capital...*, pág. 69.

administrativa y la autonomía de los entes locales, las Comunidades Autónomas y la del Estado en relación a sus competencias y el ejercicio de la actividad pública dentro de un régimen de descentralización las vincula con el marco de la Constitución. Las facultades que se asigna a los estratos territoriales señalados deben obedecer a una técnica de coordinación, eficacia administrativa que evite duplicidades y tenga sostenibilidad financiera principalmente. Distingue la norma en examen a los servicios públicos locales, los cuales serán prestados por las entidades locales, bajo las modalidades de Gestión Directa y Gestión indirecta; entre las primeras se encuentra a la Sociedad mercantil local cuya titularidad es totalmente pública que no es objeto de este estudio, pero entre la de Gestión Indirecta se encuentra vía contratos de gestión de servicios públicos la SEM²⁹⁰, la que se abordará más adelante. Cabe rescatar para acotaciones posteriores que en el Art. 85 ter., se dispone el régimen legal de las sociedades mercantiles locales específicamente, las cuales independientemente de las formas jurídicas que adopte²⁹¹ se registrará por el Derecho privado, salvo en lo que corresponde aplicar al orden presupuestario, contable, control financiero y otros del orden administrativo. En cuanto a las comunidades autónomas en ésta Ley de bases del Régimen Local del 1985, se dispone la integración con los municipios respecto al régimen económico, lo que implica la posibilidad que en la prestación de servicios públicos de gestión indirecta las comunidades puedan conformar sociedades de economía mixta.

²⁹⁰ El Reglamento en el Art. 85, B) nos remite a la norma en actual vigencia que es la Ley 3/2011 Ley de Contratos del Sector Público. Se encuentra como antecedente la Ley 2/2000 de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que señala la diferencia entre los contratos de gestión directa y gestión indirecta, art. 154 y siguientes.

²⁹¹ La forma jurídica a adoptar será la que dispone el Real Decreto Legislativo 2/2010 de 2 de julio, Ley de Sociedades de Capital.

4.1.g. Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio.

Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas²⁹² que regula la actividad contractual del Estado, entendiendo como Administración Pública, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y la Administración Local; además de todo Organismo autónomo, con personalidad jurídica propia cuando se encuentre vinculado o sea dependiente de las Administraciones públicas, abarcando a las que fueran creadas para cubrir necesidades de interés general y que no tengan carácter industrial o mercantil.

Además de la descripción de facultades, requisitos y procedimientos en la operativa contractual pública²⁹³, prescribe que el régimen jurídico de los contratos administrativos se rige por ésta norma específica y las de desarrollo, disponiendo que supletoriamente se aplicarán las generales del derecho administrativo y en defecto de éstas las normas de derecho privado, se encuentran descritos en sus requisitos y especial operativa los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministros y los de consultoría y asistencia.

En concordancia con estas diferenciaciones en los contratos de gestión de los servicios públicos separa a los de gestión directa²⁹⁴ de los de gestión indirecta. Es que uno de los requisitos de los contratos de gestión indirecta, es que deben implicar un contenido económico que los haga susceptibles de explotación económica por parte de empresarios privados, entre cuyas modalidades encontramos a la sociedad de economía mixta SEM, el Art. 156

²⁹² Tuvo como predecesoras a la Ley 13/1995 de 18 de mayo y la Ley 53/1999 de 28 de diciembre que se referían a la contratación de las administraciones públicas. Importante destacar que en esta disposición se incluyen aspectos relacionados con el Espacio Económico Europeo que deben ser aplicadas por el influjo de las Directivas comunitarias.

²⁹³ Juárez Chicote, José Ignacio, "La Contratación administrativa (II): El contenido de los contratos administrativos", AA.VV. *Manual de Derecho Administrativo (I)*, Ed. COLEX, Madrid, 1997, pág. 379; en la que se analizan las prerrogativas de la Administración referidas a los poderes de dirección, de control e inspección en la ejecución del contrato, el *ius variandi*, así como la interpretación y su resolución.

²⁹⁴ Los contratos de gestión directa están referidos a aquellos en que la gestión del servicio público esté a cargo de entidades de derecho público cuyo capital sea de exclusiva participación del Estado en cualquiera de las categorías de la Administración.

inc. d) indica que en esta modalidad de contratos la Administración puede participar en la gestión de servicios públicos, por sí misma o por medio de cualquier entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Lo específico a cumplir será que las Administraciones públicas podrán encomendar a través de contratos con personas naturales o jurídicas la gestión de servicios públicos, reservándose para sí aquellos servicios que impliquen ejercicio de autoridad del poder público; además deberá previamente determinar el régimen jurídico básico del servicio, las prestaciones a favor de los administrados, el ámbito de la gestión, el orden funcional y el territorial dejando establecida también, la conservación de los poderes de policía que aseguren el buen funcionamiento de los servicios como atribución o facultad de la Administración.

Esta norma no contiene una regulación del régimen jurídico de la SEM, sólo habilita la aptitud de esta forma de asociación público-privada dentro de las formas contractuales del Estado para la gestión de servicios públicos, lo que si hace es regular las condiciones de su actuación dentro de la ejecución del contrato; entre las que son de nuestro interés señalar: el régimen jurídico de la sociedad, el tiempo de duración contractual, la capacidad económica, el tipo de servicios, la extinción, la resolución y subcontratación de estos contratos, aspectos que tienen efecto directo en las condiciones necesarias a observar por parte de la SEM al momento de su constitución, debiendo en su caso, realizar las modificaciones necesarias para poder operar dentro de estos contratos. De ahí que se debe tener en cuenta la fijación del tipo societario, el tiempo de duración de la sociedad, el capital social mínimo que debe tener a los fines contractuales, el objeto social, las formas de disolución y otras que tendrán efectos en relación a la configuración societaria del Estado y los particulares, sean estos personas particulares o jurídicas.

4.1.h. Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre

Se trata del Reglamento general de la Ley de Contratos de la Administración Pública; ésta disposición de desarrollo aclara algunos preceptos o los concreta en correspondencia con el texto refundido de la Ley de contratos de la Administración Pública del 2000. Aspectos como la capacidad y solvencia de las empresas, no solo referida a la solvencia económica que es obvia, sino a la solvencia jurídica-legal como capacidad de obrar²⁹⁵, la de solvencia tributaria y de seguridad social.

La clasificación de empresas contratistas de servicios, en grupos y subgrupos y categorías, resulta de utilidad para la SEM a la hora de la revisión de sus capacidades legales, técnicas, financieras y otras que debe cumplir o como opciones para su desempeño como ser las uniones temporales de empresas. En lo concreto respecto a la SEM dentro de los preceptos del contrato de gestión de servicios públicos, en el Art. 182 señala que la SEM, figurará como contratante con los derechos y obligaciones del concesionario de los servicios públicos; lo cual aclara respecto a la Ley del 2000, el régimen al que deberá atenerse la SEM al momento de la contratación.

4.1.i. Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público

Cuyo propósito mayor es la adecuar la legislación contractual pública española a los requerimientos de las directivas comunitarias²⁹⁶, en la cual aparte de esa importante tarea se introducen modificaciones que en función al interés de nuestro trabajo, se refieren a la clasificación de las entidades que están comprendidas en el sector público, entre las que además de las ya nombradas en anteriores leyes como las Administración General del Estado, las

²⁹⁵ Tiene que ver con la capacidad de obrar de las empresas no españolas signatarias del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y los requisitos que deben cumplir para su participación en este tipo de contratos; de igual manera de otras empresas extranjeras no comprendidas en el Acuerdo.

²⁹⁶ En concreto se refiere a la adaptación de la normativa española a las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993; 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades de la Administración Local, encontramos que distingue en el inc. d) del Art. 3 a las sociedades mercantiles en las que la Administración en sus diferentes categorías, tenga una participación directa o indirecta que sea superior al cincuenta por ciento; por otra parte en la tarea de adecuación a la normativa comunitaria introduce la tipificación legal del contrato de colaboración entre el sector público y privado CPP.

En cuanto a la SEM, no existe cambios respecto a lo ya establecido por la Ley 2/2000 de 16 de junio, salvo la inclusión de la ampliación de la duración de la sociedad a cincuenta a sesenta años, cuando se trate de la SEM municipal que participe en la ejecución de obra y explotación de servicios públicos de actividades como mercado o lonja central mayorista.

En relación al desarrollo normativo del contrato de colaboración público-privado CPP, el art. 11 núm. 1, de la Ley 30, define dicho contrato como aquel en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado la realización de obras o suministros para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general que abarcan mayores prestaciones, las que pueden ser cumplidas bajo esta modalidad de contratación pública, y que por la misma naturaleza de su conformación público-privada pueden ser realizadas por una SEM²⁹⁷.

Dicho lo cual necesariamente debemos remitirnos a al Libro Verde sobre la colaboración público-privada²⁹⁸ encontrando en el mismo, que la colaboración público-privada (CPP) se entiende como las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, con el objetivo de garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o mantenimiento

²⁹⁷ Las prestaciones incluidas en el art. 11, sobre los contratos de colaboración entre el sector público y sector privado incluyen: la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; prestación de servicios ligados al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

²⁹⁸ Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004.

de una infraestructura o la prestación de un servicio²⁹⁹. Diferentes analistas jurídicos han vertido posiciones al respecto de la CPP, mostrando que este modo de acuerdos de trabajo puede plasmarse en diferentes formas asociativas como las joint-ventures, asociaciones informales, empresas mixtas, consorcios y otras³⁰⁰; dentro de este tipo de formas asociativas se encuentra la SEM. Cabe advertir que la CPP ha sido categorizada en dos formas: la colaboración público-privada puramente contractual y la del tipo institucionalizado³⁰¹ que implica dos formas de desarrollo; la primera consiste en la creación de una entidad *ad hoc* en la que participan de manera conjunta el socio público y el privado y, la segunda a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte de un operador del sector privado; en éstas dos forma de CPP se encuentran como posibles a constituir las sociedades de economía mixta³⁰², con las peculiaridades que deben observar respecto a la aplicación del Derecho comunitario en cuanto a que en algunos casos el origen o constitución de la SEM puede devenir de la ejecución de un contrato con algún organismo público³⁰³.

Entre las particularidades de la SEM como forma de CPP en forma institucionalizada está la de permitir que el socio público conserve para sí el

²⁹⁹ Borja Colón de Carbajal Fibla, "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa", Artículos Doctrinales; Derecho Administrativo, Noticias Jurídicas, Octubre 2009. En <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho-Administrativo/200910-43829474723947563.html>, martes, 17 de marzo de 2015

³⁰⁰ Teniendo en cuenta que es una forma asociativa comunitaria podría generarse una distinción entre los modos asociativos en cada Estado componente de la UE, donde en cada país se pone énfasis en un aspecto diferente.

³⁰¹ http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_es.htm, de igual manera se diferencia el contrato de colaboración público-privado en la "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a Asociaciones público-privadas y Derecho comunitario sobre contratación pública y concesiones" [COM (2005) 569 final - no publicado en el Diario Oficial]. Última modificación: 02.01.2006, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004DC0327>.

³⁰² Noguera de la Muela, Belén, "Las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración pública-privada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público", Observatorio de Contratación Pública, 9/04/2012; <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.50/relcategoria.121/relmenu.3/chk.d38367a4231a7ec12e8af66e915269c1>

³⁰³ El análisis in extenso respecto a las peculiaridades de esta forma de contratación, en los términos de la CPP, se encuentran en el punto 3., del Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones.

control relativamente elevado en el desarrollo de las operaciones, control que puede ir adaptando en función a su presencia en el accionariado, así como tener un alto nivel de control a través de los órganos de decisión de la sociedad que ejecuta el contrato en el modo de CPP bajo el paraguas de la normativa comunitaria en primer lugar y la adaptación de la normativa particular española a ella en segundo lugar, la cual habrá de tomarse en cuenta de manera subsidiaria en lo que corresponda aplicar proveniente del régimen jurídico societario.

Se ha puesto especial atención en esta forma institucionalizada de la CPP, a aspectos como ser: la selección del socio privado, la claridad en los objetivos que permitan dicha selección los cuales deben estar compatibilizados con el Derecho comunitario teniendo en cuenta que las condiciones que se impongan para la participación del socio privado no impliquen discriminación³⁰⁴, ni obstáculos injustificados a la libre prestación de un servicio, a la libertad de establecimiento o que se fijen obligaciones desproporcionadas en relación al objetivo, que afecte a la transparencia o igualdad de trato. Se establece también que las autoridades públicas que tomen la posición de accionistas en estas sociedades provenientes de la CPP, no tendrían que obtener por su calidad de accionistas privilegios exorbitantes que no procedan de la aplicación normal del Derecho de sociedades.

En resumen, la esencia de esta CPP institucionalizada parece encontrarse en la creación de un ente entre el sector público y privado que pasando por el cumplimiento de todos los principios y decisiones de la UE, debe observar las de cada Estado miembro, pero particularmente debe tomar en cuenta que su razón de ser se encuentra en el cumplimiento de un contrato público, de manera que previamente se tendrán que cumplir dichos procedimientos.

Cuando se trate de la segunda forma de CPP institucionalizada, es decir la toma de control de una entidad pública por parte de un operador privado, se trataría de la privatización de una empresa pública que entra en el ámbito de política económica de cada Estado miembro y que sólo habrán de observarse

³⁰⁴ Principalmente se refiere a que en la creación de estas entidades se debe respetar el principio de no discriminación en razón a la nacionalidad y la libre circulación de capitales.

la normativa referida a la libre circulación de capitales que señala el Tratado. En esta forma de aplicación de la CPP, si bien el resultado sería la transformación en una SEM, el tema es que previamente el poder público ya ejercía dichas prestaciones que luego mediante una operación de capital comparte con un tercero, en tal caso también debe observar los principios y disposiciones del Derecho comunitario a los que ya se hizo referencia. En este tipo de operación de capital, la recomendación importante es que en esta operación de capital no se esté ocultando la adjudicación de contratos calificados como públicos o concesiones a un socio privado³⁰⁵.

4.1.j. *La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*³⁰⁶

Esta disposición legal modifica lo establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Ley de Contratos del Sector Público en específico respecto al art. 11 en la que se encuentra regulada el contrato de colaboración entre el sector público y privado, incluyendo como entes contratantes no solo a los entes de la Administración pública, sino también a entidades públicas empresariales, esto es empresas públicas, y entidades similares de las Comunidades Autónomas. En ésta ley se incluye un articulado que se refiere al impulso a la eficiencia en la contratación pública y financiación de la colaboración público-privada, en la cual se regulan aspectos específicos de esa colaboración bajo la mencionada distinción que hace la normativa comunitaria en relación a la forma institucionalizada, y que en específico esta disposición legal señala atribuciones concretas para las SEM que se constituyan para la ejecución de un contrato público, como ser la posibilidad de realizar aumentos de capital y

³⁰⁵ Borja Colón de Carbajal Fibla, "El contrato de colaboración entre el sector público...", Op. cit., se refiere a que en el ordenamiento jurídico comunitario no se ha llegado a una definición del CPP, ni a un consenso en relación a su denominación, desarrolla también una cronología comparativa respecto al germen de ésta colaboración público-privada en la legislación española, hasta llegar a la Ley de Contratos del Sector Público de 2007.

³⁰⁶ Esta ley no solo ha modificado el régimen de los contratos públicos, sino que su contenido tiene directa relación con los paliativos a la crisis económica y financiera española, además de la adecuación de las estrategias económica-política-financiera para tratar de superarla, a cuyo objeto se ha diseñado toda una serie de reformas entre las cuales como soporte legal se encuentra la presente ley.

titulizar derechos de cobro, siempre bajo el cumplimiento de determinadas condiciones.

En la disposición adicional trigésima quinta, referida a la adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y sector privado, se dispone que las SEM podrán adjudicarse directamente contratos públicos y concesiones, bajo condición de que la elección del socio privado se haya realizado en las condiciones establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, además que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta al momento de la selección del socio privado. También se incluyen en la disposición final décimo séptima que modifica los arts. 114 y 115 de la Ley 47/2003 General de Presupuestos, que se refieren a aspectos de competencias en el otorgamiento de avales³⁰⁷ y los límites presupuestarios, advierte en principio que se requiere de una ley para el otorgamiento de avales; pero realiza una excepción en sentido que el Consejo de Ministros previa declaración del interés público podrá autorizar avales en garantía de operaciones concertadas por diferentes entidades expresamente señaladas, entre las que contempla a las SEM creadas para la ejecución de un contrato de colaboración entre el sector público y sector privado; señalando como límite a la excepción otorgada, que el importe de los avales no podría superar el límite que señale el Presupuesto anual del Estado.

4.1.k. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre

Que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; que contiene, integra y armoniza a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con las disposiciones con rango de ley que contengan normas para la ejecución de contratos públicos, incluye a las que se refieren a la captación de la financiación privada, entre las que se toman a la Ley 2/2011 de Economía Sostenible además de otras normas que se dirigen a dar impulso

³⁰⁷ Se refiere a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, modificando el Art. 114, 2. Inc. b) y el Art. 115, 1.

a la recuperación económica, el empleo, procedimientos de contratación en sectores como el agua, energía eléctrica, transportes y otros servicios.

Se encuentra también lo referido a los contratos de colaboración público-privada bajo la modalidad institucional que se traduce en la existencia de la SEM³⁰⁸. Se especifica en la norma en análisis los contratos sujetos a regulación armonizada que se refieren a los CPP, a los que se hizo referencia en cuanto a la remisión de lo señalado en el Libro verde sobre la Colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación pública y concesiones³⁰⁹; también se señala en forma expresa a los que no se consideran sujetos a la misma.

Este texto refundido conserva la redacción de la Ley de Contratos del Sector Público del 2007, en la que se dispone como modalidad de contratación a la sociedad de economía mixta SEM en la contratación de gestión de servicios públicos, aunque es de observar que parece haberse ampliado a la ejecución de todo tipo de contratos, es decir de obras, suministros, de servicios, de concesión de obras públicas y de colaboración público-privada.

Se observa también que las SEM no podrán tener carácter perpetuo o indefinido, de manera que los efectos de esta disposición recaen sobre las SEM que al momento de su constitución deben fijar el tiempo de su duración en los plazos que establece el art. 278, inc. a).

Cabe acotar que viene de la Ley de Contratos del Sector Público la tipificación de los contratos de colaboración entre el sector público y sector privado como una nueva figura a ser aplicada cuando se trate de la realización de prestaciones complejas en las que la participación privada se puede realizar a través de la constitución de una SEM, pero con el cumplimiento previo de

³⁰⁸ Se regula en el Art. 277, referido a las Modalidades de la contratación y en especial para el ámbito municipal determina la ampliación hasta sesenta años de duración del contrato en determinados casos y cincuenta años para otras actividades. De manera específica en la Disposición adicional vigésima novena, referida a las fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado se dispone que podrán adjudicarse en forma directa los contratos públicos y concesiones a una SEM, siempre que en la elección del socio privado se han cumplido los requisitos que dispone esta misma norma.

³⁰⁹ El Libro Verde es un texto presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas, el 30.4.2004, COM (2004) 327 final.

ciertas formalidades que en forma paralela o simultánea a la formación del contrato deben observar las de la normativa europea y subsidiariamente las de la regulación societaria.

Entre las reguladas por la Ley de Contratos del Sector Público, están las de evaluación previa en que se ponga de manifiesto la complejidad del contrato, que la Administración no está en condiciones de establecer una serie de aspectos relacionados con los medios técnicos, mecanismos jurídicos y financieros para llevar adelante el contrato y otros que justifiquen la adopción de esta forma de contratación. Se debe realizar además un programa funcional como documento descriptivo de la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, la elaboración de las cláusulas del contrato que en forma inicial deben cumplir, las básicas que dispone la Ley y que además al tratarse de la participación privada se encuentran definidas en forma general; pero que en la práctica ante la observancia que se debe tener de la normativa comunitaria este tipo de contrato se caracteriza por la duración de la relación entre los socios, el modo de financiación del proyecto, el papel de cada socio en la realización, aplicación y financiación, así como en la distribución de los riesgos, aspectos propios de la CPP del tipo puramente contractual, pero que de alguna forma se comparten con la CPP institucionalizada que conduce a la creación de una entidad diferente en la que participan en calidad de socios el sector público y el sector privado, con el objeto de realizar en unión la entrega de una obra o la prestación de un servicio de interés público.

En esta forma de CPP se consolida la SEM, en la cual ambos sectores fijarán sus condiciones ajustadas a la ley de contratos por una parte y a la normativa del derecho de sociedades por otra, aunque en la constitución de la sociedad, el socio público reserve para sí un nivel de control en el desarrollo de las operaciones a través de su porcentaje de participación en la sociedad y por ende en los órganos de decisión de la sociedad. Lo que se resalta es que el hecho de que ambos sectores público y privado integren una sociedad, no

implica que deban sustraerse del cumplimiento de los procedimientos de licitación y adjudicación de un contrato público o una concesión³¹⁰.

4.2. Configuración de la participación económica del Estado

La referencia evolutiva realizada da pie para tomar en cuenta que la Constitución del año 1978 al modificar la actuación económica del Estado, abre la posibilidad de que el Estado actúe en todas las actividades económicas y no solo en aquellos sectores y actividades que el sector privado no podía abastecer o que por tratarse de servicios públicos no eran atractivos para el desarrollo de la inversión privada; de igual forma cuando se trate de monopolios estatales, o se trate de producción de alto interés nacional. El Estado participaba a través de las Empresas públicas nacionales constituidas bajo su dependencia, las mismas que tenían personalidad jurídica de Derecho privado y por ende actuaban con la normativa de Derecho privado; en específico tomaban como régimen rector de sus actividades empresariales a la sociedad anónima; luego dio lugar a la participación conjunta con el sector privado conformando las sociedades de economía mixta, que no responde a un tipo social, sino a la configuración de una forma de gestión económica. En esta participación junto a los privados, el tipo social preferente ha sido la sociedad anónima por su elasticidad, porque además del régimen de organización societaria y el funcionamiento integral permitía que el Estado pueda optar por una participación mayoritaria, minoritaria o igualitaria en el capital conformado junto a los privados.

El criterio de delimitación entre la empresa pública nacional y la sociedad mixta no estaba claro puesto que en ambas participaba como titular el Estado, y también en que ambas se constituyen como sociedades anónimas acatando el régimen jurídico de Derecho Privado; sin embargo respecto a lo primero ya se

³¹⁰ Se han elaborado análisis en relación a la excepción al cumplimiento de estos procedimientos, señalando la jurisprudencia el caso Teckal, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha formado doctrina en la cual se expresa que la excepción vale cuando la entidad responda a las características de una entidad *in house* y el cumplimiento del control análogo al de sus propios servicios. (STJUE de 18 de noviembre de 1999. Vid.

discutía en el ámbito doctrinal cuestionando cuando se definía la empresa como pública nacional, y si la participación porcentual superior al cincuenta por ciento era suficiente para que se considere empresa nacional, o si una participación superior al setenta y cinco por ciento activa la facultad del Estado para el control de sus actividades³¹¹.

La Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 organizadora de las entidades de la Administración pública distingue en los art. 91 y 92 y a las sociedades mercantiles con capital mayoritario aportado por la Administración del Estado o sus Organismos autónomos y otras entidades estatales de Derecho público y dispone que serán constituidas como sociedades anónimas de constitución simultánea, en las cuales la participación del Estado debería ser siempre mayoritaria, salva disposición contraria de la ley; luego la Ley 6/1997 de 14 de abril, Ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, distingue a las Entidades Públicas Empresariales cuya actividad es la prestación de servicios o producción de bienes, regidos por el Derecho privado, a los que se aplica el régimen de Derecho público en cuanto realice ejercicio de potestades públicas y a las sociedades mercantiles estatales.

La Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, se refiere a que son sociedades mercantiles estatales las que contienen una participación directa o indirecta del sector público estatal mayor al cincuenta por ciento; respecto a esta definición que hace la Ley 33/2003, García Ruiz³¹² encuentra que esta sociedad está definida como parte del sector público pero además que no solo prevé a la sociedad mercantil estatal³¹³, sino a las sociedades mercantiles que no tienen participación mayoritaria del sector

³¹¹ Fernández Farreres, Germán, *“En torno al procedimiento...”*, Op. cit., Pag. 154.

³¹² García Ruiz, Encarnación, *La nueva sociedad anónima...*, Op. cit., pág. 44 y 45.

³¹³ Las sociedades mercantiles estatales de acuerdo a la Ley 33/2003, pueden tener un capital que en su totalidad es de titularidad directa o indirecta del Estado o sus organismos públicos sobre los que recae la tutela de un ministerio que guarde relación con las actividades de la sociedad, de donde García Ruiz, encuentra que nacen las sociedades anónimas tuteladas. Art. 176 y 177 de la Ley.

público, que las denomina sociedades mercantiles controladas³¹⁴. Luego la Ley 47/2003 General Presupuestaria ratifica que esta sociedad mercantil estatal integra el sector público empresarial, sobre lo cual conviene especificar que por un lado está el hecho de que estas sociedades mercantiles estatales y sociedades mercantiles, se diferencian por el aporte mayor o menor al cincuenta por ciento del capital en poder del sector público, a los efectos del tema que se está tratando, desde el punto de vista de la configuración del capital, ambas son sociedades de economía mixta porque la esencia de esta forma de sociedad es que integren capitales del sector público y del sector privado.

El hecho que sean parte del sector público o no lo sean, tendrá un significado en relación a los mecanismos jurídicos de control y fiscalización que le puedan corresponder a la Administración estatal, mayormente en relación a cuestiones presupuestarias y contables; por lo demás el régimen jurídico que adoptan estas sociedades es el de Derecho privado y en su mayoría el tipo social de la sociedad anónima, como venimos reiterando, lo cual tendrá efectos en la organización, administración y gestión de la sociedad.

4.2.a. Empresa pública y sociedades mercantiles del Estado

La empresa pública española³¹⁵ como entidad creada directamente por el Estado para la realización de actividades mercantiles, industriales, de transporte y otras netamente económicas³¹⁶ se ha desarrollado en base a la

³¹⁴ Son las sociedades previstas en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores.

³¹⁵ López López, María Teresa, Utrilla de la Hoz, Alfonso, *Introducción al Sector Público Español*, Tercera Ed. Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 316 y 317, en la que se revisa una definición de empresa pública, basada en la posición del Estado de que en el emprendimiento económico adopte la forma de empresa y como segundo componente el control a su cargo; además de un recuento por periodos en relación al desarrollo evolutivo de la empresa pública en España.

³¹⁶ El sector público empresarial del Estado español ha desarrollado un complejo entramado normativo como marco legal para la existencia de las empresas públicas, un predecesor se encuentra en la Ley de 25 de septiembre de 1941 que crea el holding empresarial del Estado denominado INI, entidad que sufrió una serie de modificaciones y derogaciones; posteriormente por el Real Decreto-ley 8/1981 y la Ley 45/1981 se constituye el Instituto

normativa de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958; la Ley de Patrimonio del Estado y su Reglamento de 1964³¹⁷ que en el art. 195 y siguientes se refería a la adquisición por parte del Estado de títulos representativos de capital de Empresas Mercantiles, en el art. 204 hace la diferencia entre los Organismos autónomos y las empresas nacionales o no nacionales, dedicadas a la actividad industrial y comercial. Asimismo, la Ley general presupuestaria que diferencia a los entes públicos de carácter administrativo y los de carácter industrial, comercial o financiero.

Las empresas públicas pueden diferenciarse por aquellas que son entes netamente públicos, porque estas tienen personalidad jurídica propia, se constituyen como organismos autónomos; las leyes sustantivas que han regulado las formas jurídicas adoptadas por las empresas públicas se encuentran desde el 1941, pero la legislación más específica se puede establecer desde la Ley de entidades estatales autónomas de 26 de diciembre de 1958, derogada por posteriores leyes, hasta llegar a la Ley General Presupuestaria Ley 47/2003 de 26 de noviembre que las clasifica como Entidades públicas empresariales y Sociedades mercantiles estatales³¹⁸.

Por otra parte, conforme venimos sosteniendo están las sociedades mercantiles estatales que adoptan las formas del Derecho privado y por la configuración de su capital social compuesto por el sector público y sector privado son las que genéricamente se han denominado sociedades de economía mixta SEM, a través de las cuales el sector público gestiona actividades productivas o de servicios y que han sido identificadas anteriormente en las distintas leyes y disposiciones legales complementarias o reglamentarias³¹⁹.

Nacional de Hidrocarburos INH, holding público que ya ajustaba su funcionamiento al ordenamiento jurídico privado, Vid. García Ruiz, Encarnación, *La nueva sociedad anónima...*, Op. cit., pág. 33 y sgtes.

³¹⁷ Se trata del Decreto 3588/1964 de 5 de noviembre, que reglamenta a la Ley del Patrimonio del Estado, Decreto 1022/1964 de 15 de abril.

³¹⁸ Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit., pág. 39 al 47, donde se encuentra una explicación detallada de la evolución normativa y de organización de las empresas públicas.

³¹⁹ Se hace referencia a la Ley de Entidades Estatales Autónomas del 1958, Ley de Patrimonio del Estado de 1964, Ley de Bases del Régimen Local de 1985 y Reglamento de Obras y

Se han identificado dentro de la problemática de la empresa pública al menos cuatro aspectos jurídicos de importancia que se refieren a la atribución de la personalidad jurídica, a la propiedad del capital, el de la actividad económica y el de la forma; en cuanto a la personalidad jurídica el hecho que la empresa pública tome formas jurídicas privadas como la sociedad anónima que parecen apartarla del sustrato público, pero la posición que ha tomado la doctrina, es que ese no puede ser un elemento diferenciador entre la naturaleza pública o privada de la empresa. Respecto a la propiedad del capital, el criterio de participación mayoritaria o minoritaria de los entes estatales tampoco es un indicador de su determinación como pública, ya que la presencia económica del Estado en ellas puede ser mínima y, aun así, su influencia y control determinan mediante normativa jurídico-administrativa modificaciones al régimen general de las sociedades anónimas, por ejemplo. En cuanto a la actividad económica es claro que esta se despliega desde el art. 128.2 y 38 de la CE, por tanto, las actividades que puede realizar no se encuentran solo en la prestación de servicios calificados de monopolios, sino que abarcan todos los sectores comerciales e industriales. La forma que ha tomado la empresa pública es la de las sociedades mercantiles, puesto que se trata de una actividad mercantil a realizar, aunque persiga una finalidad pública, por lo que ha de organizarse de esa manera. Es evidente que habrá excepciones en relación a los temas de índole presupuestaria, de contratación, contables y de control financiero lo cual redundará en que no haya una correspondencia perfecta entre el régimen jurídico y la forma jurídica adoptada que en su generalidad es la de la sociedad anónima.

Asimismo, parte de la doctrina ha vinculado al calificativo de empresa pública con la persona jurídica titular, de manera que está haría la diferencia entre el sujeto público frente al sujeto privado, posición que ha sido firmemente rebatida

Servicios del Régimen Local de 1986; Ley General de Presupuestos 1988, LOFAGE 1997, la Ley 33/2003 de Patrimonio de la Administración Pública y la Ley 47/2003 General de Presupuestos. Vid. Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit. pág. 207 y sgtes. en las cuales se encuentra un desarrollo detallado de las empresas y sociedades estatales más importantes.

por Alonso Ureba³²⁰, en sentido que el carácter público de la persona jurídica titular de la empresa, no es el criterio que diferencia a las personas jurídicas públicas de las privadas, refiriéndose al control público de la actividad como elemento conector determinante entre el órgano administrativo y la empresa. Lo que se sostiene también es que ese elemento de control debería realizarse a través del Derecho de sociedades en forma idéntica entre el socio privado y el socio público; situación que al no producirse da lugar a excepciones y especialidades dentro del Derecho de sociedades.

En el tema de la empresa pública como persona jurídica, cabe destacar que al ser un ente diferente del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, goza de autonomía patrimonial de organización y de gestión; pero esa autonomía no es tan diáfana ni lineal, y por otra parte tampoco está garantizada a decir de Alonso Ureba, puesto que cada entidad pública obedece a una línea jerárquica o de tutela, ya que las funciones que realizan son a nombre del Estado; de donde concluimos que el calificativo de público no se refiere a la relación de titularidad y en cuanto a la autonomía es meramente formal cuando se trata de empresas públicas.

Por otra parte, la autonomía debe ser coordinada mediante el entramado legal que sostiene la facultad del mismo Estado para crear entidades como las empresas públicas y las sociedades del Estado, cuestión que no es singular del sector público, puesto que en el sector privado también se produce cuando se establecen grupos empresariales.

Cabe observar también, que cuando se trata de sociedades mercantiles con participación pública a veces los mecanismos administrativos de control, se encuentran atenuados o ausentes frente a las técnicas jurídico-privadas que permiten el control eficaz en el desempeño de la gestión y mayor autonomía patrimonial cuando se trata de realizar actividades de índole comercial o industrial, en régimen de competencia.

³²⁰ Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit. pág. 51.

Respecto al control público que el Estado realiza en las empresas públicas y las sociedades estatales o con participación estatal y privada como la SEM, vemos que aunque se trata de una persona jurídica privada no se sustrae de la fiscalización que se despliega por parte del ente público socio, amparado en primer lugar en las disposiciones que regulan su creación que devienen del Derecho Administrativo y en segundo lugar bien puede estar reforzada por su posición accionaria mayoritaria, en cuyo caso el control estaría totalmente justificado también desde la normativa societaria. El planteamiento de esta situación puede conducir a revisar si ese control público resulta ser un mecanismo que distorsiona el Derecho de Sociedades, produciendo excepciones y/o derogaciones sobre esta norma.

4.2.b. Las sociedades de economía mixta en España

Los entes públicos estatales especializados en actividades de contenido económico fueron clasificados en diferentes leyes regulatorias de funcionamiento de la Administración de Servicios, Organismos Autónomos y Empresas Nacionales, además de otras formas de clasificación que se reajustaron en el tiempo³²¹. El sector público sostiene una estructura empresarial bajo un régimen de Derecho privado en forma de Sociedades de capital público para realizar actividades de interés general e industriales que

³²¹ En la Ley presupuestaria de 1977, se clasificaron como Organismos autónomos con dos formas: los Administrativos y los de carácter comercial, industrial, financiero. Por otra parte se denominaron sociedades estatales a las Sociedades mercantiles con capital mayoritario estatal, Entidades de Derecho público que se desarrollan con el ordenamiento jurídico privado y otros Entes del Sector Público; luego en la Ley 6/1997 denominada LOFAGE, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, se llega a formular otra clasificación en la cual se distinguen Organismos autónomos y Entidades Públicas Empresariales y Organismos Públicos en las que se encuentran entidades que desarrollan sus actividades bajo el Derecho Público y que se son vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado. Si bien en principio estas sociedades públicas mercantiles eran de orden estatal, posteriormente la legislación las desarrolló con mayor amplitud para el ámbito local; es que en principio se realizaron bajo esta forma jurídica actividades industriales en régimen de monopolio bajo control estatal, en lo posterior el régimen local utilizó en forma mayoritaria como opción ágil en la gestión de actividades de servicios públicos y de obras públicas.

puede realizarla a través de sociedades públicas unipersonales³²² y sociedades de economía mixta. Las primeras no son objeto de estudio ahora; en tanto que las SEM son aquellas que pueden dedicarse a actividades de gestión indirecta en los entes locales como son la prestación de servicios públicos; pero creemos que esas actividades de gestión de servicios públicos posteriormente se han visto fortalecidas por la normativa desplegada en la Ley de Contratos del Sector Público del 2007 y 2011, que ha armonizado la legislación española con la legislación comunitaria, de manera que se deberá observar la normativa comunitaria dando lugar a que sociedades de economía mixta SEM, puedan participar en la ejecución de contratos públicos en el marco de una colaboración público-privada de carácter institucional.

No obstante la regulación a la que nos referimos, las sociedades así conformadas aunque deban regir el desarrollo de sus actividades con el Derecho Comunitario, Civil, Mercantil o Laboral, nunca se eximen totalmente de cumplir algunas regulaciones del Derecho Administrativo, de esta manera la sociedad al exterior y hacia terceros muestra su faz a la luz del Derecho privado, en tanto que al interior en algunos aspectos y de alguna manera deben cumplir normas de Derecho público, aunque para hacerlas efectivas deben proceder por la vía jurídico-privada. En este sentido existen posiciones doctrinales que ven aflorar la instrumentalización de las sociedades públicas, que personificadas bajo el Derecho Privado funcionan bajo normativa privada, aunque la titularidad o la tuición sobre ella esté a cargo o es de propiedad de

³²² La doctrina española se ha referido a la sociedad unipersonal configurada por las sociedades estatales en los que el único socio es el Estado, pero debatido que ha sido se concluye que esta forma de sociedad presente en el sector estatal, en la actualidad tiene asidero legal en el Art. 17 de la Ley de Sociedades de capital, Ley 1, de 2 de julio del 2010³²²; por lo que la unipersonalidad de la sociedad pública está dentro del régimen privado y esta puede ser fundacional o sea al momento de su constitución o puede ser sobrevenida. Respecto a la primera forma el ente público que constituya esta forma de sociedad, asume desde inicio el estricto sometimiento al derecho privado y por ende no debería producirse una publicación de su régimen jurídico³²². Al respecto de esta forma de sociedad constituida por el sector público, en forma de sociedad unipersonal pública se puede afirmar que da lugar al carácter instrumental de la sociedad, puesto que el poder público a través de ella instrumentaliza el cumplimiento de sus objetivos, valiéndose del Derecho privado para soslayar la normativa pública del Derecho Administrativo.

una entidad pública; lo cual da lugar a que Alonso Ureba haya calificado esta situación como una disociación entre la personalidad y el régimen jurídico; asimismo respecto a las sociedades públicas en general expresa que no se trata ya de una actuación de la Administración a través del derecho privado, sino que es la creación de una persona jurídica de Derecho privado, por parte del Estado.

En cuanto a la instrumentalización, tuición o control por parte de la Administración estatal y los efectos sobre las sociedades mixtas en la ejecución de contratos de colaboración público-privada, la jurisprudencia comunitaria ha debido resolver asuntos que han tenido una significación orientadora y la doctrina también se ha referido a ella, así especialmente el TJCE ha marcado un antes y un después con la sentencia del caso Teckal³²³, a partir del cual entendió que para que una sociedad sea considerada medio instrumental de la Administración, deben cumplirse requisitos específicos como el control análogo que el ente territorial ejerza sobre sus propios servicios y la sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan; por lo que la determinación de que si una sociedad es un medio instrumental de la Administración, no puede generalizarse, sino más bien debe revisarse respecto al caso en concreto.

En cuanto al porcentaje de participación pública en el capital de la sociedad, la importancia radica en que aunque la participación privada sea minoritaria quedaría excluida la posibilidad de que el ente público pueda ejercer ese control análogo al que se refirió la sentencia Teckal, de lo cual podemos colegir que la normativa comunitaria de preferente aplicación tiene una influencia gravitante en la organización de las SEM institucionalizadas dispuestas a cumplir un CPP, aspecto que ha sido incorporado que el Derecho interno español en la Ley 3/2011 de Contratos del Sector Público.

³²³ Sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, en que Teckal SRL y Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Vid. Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta...*, Op. cit., pág.71 y sgtes. Vid. Noguera de la Muela, Belén, "Las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración pública-privada... Op. cit.

Por otra parte la Disposición adicional vigésima novena de la misma norma, referida a las Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, dispone que los contratos públicos y concesiones podrán ser adjudicados en forma directa a una SEM en la que concurren tanto el capital público y el capital privado, la norma no especifica ningún porcentaje mínimo o máximo de participación para ninguno de los asociados; pero las condiciones que exige esta forma de contrato es que en la elección del socio privado se haya cumplido con las normas que establece la propia Ley de Contratos para la adjudicación y que la ejecución del mismo constituya su objeto, además no se introduzcan modificaciones en el objeto ni en las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta al momento de la selección del socio privado.

4.3. Las SEM prestadoras de servicios públicos y de mercado

Con relación a estas sociedades, al tratarse su objeto social de prestación de servicios públicos, vimos que conforme a una anterior clasificación éstas son las de gestión indirecta, y han sido también denominadas de servicio público *strictu sensu*³²⁴ por su vinculación a un servicio público, explotación de un monopolio o una actividad de especial relevancia pública, cuyo mayor desarrollo se ha presentado en la prestación de servicios públicos locales configuradas al amparo de lo dispuesto por el art. 104.1 del Texto refundido de disposiciones del Régimen Local³²⁵.

Lo dicho no excluye que puedan constituirse SEM cuyo objeto social son actividades de mercado o sociedades industriales o comerciales, totalmente amparadas en el art. 128.2 de la CE y que se encuentran reguladas por la Ley de Bases del Régimen Local³²⁶ art. 86.1 y el Texto refundido de las disposiciones del Régimen Local, su art. 96. Estas SEM también han sido

³²⁴ Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit. pág. 125.

³²⁵ Se trata del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, cuyo Texto Consolidado ha tenido la última modificación el 30 de diciembre de 2013. "BOE" núm. 96, de 22 de abril de 1986, referencia a BOE-A- 1986-9865.

³²⁶ Es la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuyo Texto Consolidado ha tenido una última modificación el 30 de diciembre de 2013. "BOE" núm. 80, de 3 de abril de 1985, referencia: BOE-A-1985-5392.

denominadas de categoría residual³²⁷, y no existe una restricción respecto a las actividades que pueda realizar la SEM de mercado, por lo que interpretando las anteriores disposiciones solo deberán cumplir con lo dispuesto por la Ley de Sociedades de Capital³²⁸ (LSC) art. 2 y 23 y el Reglamento de Registro Mercantil (RRM), que en su art. 117 concordante con las precitadas normas se refieren al carácter mercantil del objeto y que sean de lícito comercio³²⁹. Por lo que el régimen jurídico de las SEM gestoras de servicios públicos locales será diferente de las SEM de mercado, en las primeras la disposición rectora del objeto estará regida por la relación entre los art. 8 y 251 de la Ley de contratos del sector público; observando lo dispuesto por los arts. 25.1 y 2; 26 y 27 relacionados con el art. 85 de la Ley de Bases del Régimen Local; debiendo tomar en cuenta también lo dispuesto en el art. 86.2 de la misma norma, que se refiere a la reserva exclusiva de ciertas actividades para el régimen local.

Dos diferencias importantes son las que tienen que ver con la forma de constitución y con las potestades que ostentan los entes públicos; en las SEM que prestan servicios públicos la forma de constitución tiene estricta relación

³²⁷Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit., pág. 67. García Ruiz, Encarnación, *La nueva sociedad anónima...*, Op. cit., pág. 166.

³²⁸ La Ley de Sociedades de Capital (LSC) es la Ley de Sociedades de Capital, promulgada en el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, como el Texto refundido y que en forma posterior ha tenido como última modificación en fecha 21 de julio de 2015, con la designación de Texto Consolidado. Este Texto refunde la Sección 4.a del título I del libro II del Código de Comercio del 1885, de 22 de diciembre, referida a las sociedades comanditarias por acciones; el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; la Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el contenido del Título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, relativo a las sociedades anónimas cotizadas. Si bien el Texto Consolidado de la Ley de Sociedades de Capital es de última data, al tratarse de una consolidación, para el uso del presente trabajo en caso de haber variado la numeración del artículo o el texto, se hará notar en su oportunidad.

³²⁹ Las denominaciones de servicios públicos y mercado deben ser concordadas entre la legislación, la doctrina, la jurisprudencia y la realidad, ya que hay una dispersión en cuanto a lo que comprenden exactamente los servicios públicos que a veces parecen asimilarse con los servicios económicos de interés general o servicios esenciales; de igual manera en la denominación mercado, en el que se habla de mercados regulados, mercados estratégicos y mercados de interés general. En la legislación también se encuentra acepción de sector para referirse a estos, con sus diferencias entre sectores estratégicos, sectores de interés general, sectores regulados y sectores liberalizados. Vid. González-Varas Ibáñez, Santiago, “¿Réquiem por los servicios públicos?”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas del Régimen Local, Estudios en homenaje al Profesor José Ma. Boquera Oliver*, Coord. Baño León, José María, Climent Barberá, Juan, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 1346 y sgtes.

con la Ley de Contratos del Sector Público, al establecerse que está comprendida entre una de las formas de contrato, de manera que esto conlleva que han de observarse todos los requisitos que determina dicha ley, por ejemplo, los requisitos para la selección del socio privado; en cambio en las SEM de mercado la constitución está regulada por el Derecho privado de sociedades, donde el socio público se encuentra en igualdad de condiciones que el socio privado.

En cuanto a las potestades que pueda ostentar el socio público en la SEM gestora de servicios públicos estas si bien están atenuadas por la aplicación de la normativa comunitaria, no obstante el socio público tendrá prerrogativas en función a que el objeto social de servicio público se encuentra vinculado a una finalidad de interés general e incluso se puede tratar de algún ejercicio de poder en algunos casos; mientras que en la SEM de mercado las potestades que pudiera conservar el ente público socio son casi nulas por su sometimiento al régimen jurídico privado, y que se encuentra en igualdad de condiciones con el socio privado; sin embargo, se vislumbran dos formas de que el ente público retenga algún tipo de potestad, que sería a través de su posición mayoritaria en el porcentaje de capital social y a través de la Ley aprobatoria de la participación pública en la SEM, la cual contenga en principio prerrogativas con las que el socio privado está de acuerdo.

4.3.a. Especialidades en la SEM de mercado

Las sociedades de economía mixta pudiendo optar por la comanditaria y la de responsabilidad limitada, han optado por lo general el régimen de las sociedades anónimas, una de las razones parecen ser las actividades de su objeto social, que en caso de ser actividades de carácter competitivo o de mercado, se decantan por las normas del Derecho de las Sociedades de Capital del derecho privado; sometiendo su estructura societaria, su organización administrativa y su funcionamiento a dicho régimen jurídico,

aunque se producen algunas excepciones o derogaciones que no modifican en sobremanera el régimen jurídico de la sociedad anónima.

i. Excepción en la transferencia de acciones

Las principales excepciones a revisar en estas sociedades se refieren a temas como la transferencia o transmisión de acciones que puede dar lugar a la adquisición o pérdida de la condición de la posición mayoritaria del socio público en la sociedad; esta situación estaba regida por la Ley de Patrimonio del Estado y su Reglamento que en el art. 195 se refiere a la adquisición de títulos representativos de capital y en el art. 199 a la enajenación de los mismos, por lo que de manera previa se debían cumplir con las autorizaciones por parte del Estado³³⁰. En la actualidad la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas define como bienes y derechos de dominio privado, o patrimoniales a los títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles, y prevé la adquisición, administración y enajenación de los mismos.

Entonces cuando se trate de adquisición o enajenación de títulos representativos de acciones, deberá procederse de acuerdo a esta ley de Derecho administrativo³³¹, conforme señala la propia Ley 33/2003 respecto a los procedimientos correspondientes; en tanto que las de Derecho privado se aplican a los restantes aspectos de su régimen jurídico. En cuanto a las autorizaciones para la adquisición o enajenación de títulos representativos de acciones, el Consejo de Ministros puede avocar la autorización a otros entes estatales, que deberán proponerlos al Ministro de Hacienda para que sea

³³⁰ El art. 195 del Reglamento Decreto 3588/1964, expresa que la adquisición será acordada por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Hacienda, previo informe de la Dirección General del Patrimonio del Estado y la Intervención General; en tanto que para la enajenación se requiere el Acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda, determinando valores relacionados con el cuidado de no enajenar acciones que vayan a ocasionar la pérdida de la posición de socio mayoritario, caso en que deberá ser autorizada por una Ley. La Ley 33 de 2003, de Patrimonio de la Administración Pública también se refiere en el art. 7.2, respecto a los títulos representativos de acciones y en relación a la adquisición o enajenación de los mismos debe realizarse a través del Consejo de Ministros.

³³¹ En ese sentido Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit., pág. 318.

elevado a consideración del Consejo de Ministros; después de conferidas las autorizaciones de manera interna se seguirá el régimen de transmisión de las acciones establecida en la Ley de Sociedades de Capital, observando previamente el derecho preferente, las prestaciones accesorias y otras cualidades que el socio público haya adquirido durante su presencia en la sociedad. En ocasiones se ha establecido su intransmisibilidad³³².

ii. Excepción en las aportaciones

En cuanto a las aportaciones al capital social por parte del Estado, cabe advertir que puede realizarse en dos momentos; primero al momento de la constitución o segundo en forma posterior con la adquisición de títulos representativos del capital. Las aportaciones al capital bien pueden tratarse entre otros, de bienes patrimoniales o de bienes de dominio público; lo que se debe tomar en cuenta es que el bien pasará a formar parte de una entidad de derecho privado. En el primer caso no existen mayores consideraciones, puesto que los bienes patrimoniales pueden ser aportados con las autorizaciones administrativas que correspondan. En cambio, de tratarse de bienes de dominio público pueden plantearse alguna problemática, puesto que para la transmisión de esta clase de bienes los procedimientos de conversión a un bien disponible, son bastante complejas.

iii. Facultades especiales al sector público en los órganos de la sociedad

La especialidad se produce en materia de organización y funcionamiento de la Junta General y en algunos casos del Consejo, pero como se ha referido Alonso Ureba³³³ en casos concretos se ha producido la prerrogativa del Gobierno a través del Ministerio que corresponda, respecto a la designación y revocación de los consejeros sin observar lo establecido en el régimen

³³² Alonso Ureba, A., *La Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit., pág. 210.

³³³ *Ibidem*, Op. cit. pág., 207 y 208.

societario que señala deben ser elegidos en la Junta General y en algunos casos la designación del Presidente del Consejo, atribuyéndole facultades especiales. De igual forma se han presentado casos en que se ha nombrado un Delegado del Gobierno al que se le atribuyen una serie de facultades especiales de representar al sector público, como la del derecho de veto sobre los acuerdos del Consejo de Administración y la Junta General.

4.3.b. Peculiaridades en la SEM prestadora de servicios públicos

Algunas particularidades de las SEM prestadoras de servicios públicos o *strictu sensu*, se encuentran amparadas legalmente en lo establecido en el Texto refundido de disposiciones del Régimen Local del 1986 en el art. 104.2³³⁴, señala que pueden establecerse dentro de SEM excepciones a la legislación societaria aplicable, complementando el mismo art. 104.3 en el segundo párrafo en que se dispone que en la escritura de constitución se podrán consignar facultades reservadas a quienes representen a la Entidad local, de igual manera se así como los casos en que proceda la disolución; con lo cual se establecen facultades extraordinarias que exceptúan el régimen común de sociedades, lo que significa que en estas SEM se produzcan desigualdades legales en cuanto a los socios, favoreciendo a los socios del sector público en detrimento de los socios privados; lo que quedaría en estos casos es que los socios privados en conocimiento inicial de estas facultades privilegiadas definan las mismas en consenso y en caso de tornarse abusivas hacer uso de su derecho de separación.

En la actualidad, esta normativa si bien no ha sido superada sin embargo el hecho de que la legislación española haya tenido que armonizarse con la normativa comunitaria, ha significado que algunas facultades extraordinarias y privilegios del sector público se vean atenuadas o anuladas por efecto de las

³³⁴ El art. 104. 2. Señala que: 2. En el acuerdo constitutivo podrán establecerse las especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo.

mismas³³⁵. Por otra parte, la identificación de estos privilegios del sector público será en forma concreta, ya que no podría generalizarse como una práctica constante y continua.

i. La gestión necesariamente compartida

Por efecto de la regulación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, el derecho interno español debe asumir que las SEM institucionalizadas, corresponden al régimen de colaboración público-privada, la cual vinculada a la normativa comunitaria requiere que el socio privado de la SEM necesariamente participe en la gestión de la sociedad³³⁶, constituyendo un elemento esencial en esta forma de asociación, de manera que aunque la participación porcentual del socio privado en el capital social sea minoritaria, por efecto de la normativa comunitaria transpuesta a la legislación española, debe participar en la gestión. Si bien esta disposición no significa una derogación a la Ley de sociedades de capital (LSC) en relación con la participación minoritaria, más bien es una modificación de refuerzo a la participación del socio privado sin que su posición minoritaria sea un obstáculo para su participación en la gestión.

ii. La selección del socio privado

Es evidente también que la aplicación de la normativa de contratos del sector público trae consigo otros aspectos que tienen que ver por ejemplo con la libertad contractual del Derecho privado, así en la constitución de una SEM institucionalizada, no se aplica la autonomía de la voluntad propia del Derecho privado, sino el principio de legalidad, al respecto Alonso Ureba³³⁷ se refería a

³³⁵ Leyes como la 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas; la misma que ha sido derogada por la Ley 13/2006, de 26 de mayo, por tener que adecuarse al derecho comunitario europeo, en cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 13 de mayo de 2003 (asunto C-463/00), en la que el régimen de enajenación de participaciones públicas fue declarada contraria al derecho comunitario.

³³⁶ Así expresa la Comunicación interpretativa de la Comisión (2008/C91/02).

³³⁷ Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital...*, Op. cit. pág. 22 y sgtes.

la potestad legal de habilitación de los entes públicos para crear, modificar o extinguir relaciones de derecho privado, amparada en el art. 128.2 de la CE; así en la Ley de Contratos del Sector Público en la constitución de la SEM institucionalizada, la elección del socio privado debe cumplir con los parámetros legales establecidos en la normativa comunitaria, debiendo observar además los principios de transparencia e igualdad de trato del derecho comunitario y en concreto lo prescrito en la disposición adicional vigésima novena, referida a las Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, cuando para adjudicar directamente a una SEM la elección del socio privado se deberá efectuar de acuerdo con las normas establecidas en la misma Ley; es decir mediante licitación pública que incluya el pliego de condiciones en la cual se definirá tanto la selección del socio privado y la constitución de la SEM, además la relación contractual, bajo un solo procedimiento transparente y equitativo³³⁸.

iii. El servicio público como objeto social

Un aspecto que debe quedar claro es lo que debe entenderse por servicio público, para lo cual nos remitimos a lo prescrito por los arts. 25.1 y 2; los arts. 26 y 27 relacionados con el art. 85 de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985, que se refieren a que los servicios públicos son los que contribuyen a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, detallando en el numeral 2, las materias o actividades de prerrogativa del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre las que ejercerán los entes locales como competencias propias; además enumera en forma detallada en el art. 26 las que le corresponden a los municipios determinando las coordinaciones cuando

³³⁸ Se han producido situaciones en las cuales el procedimiento ha dado lugar al uso de mecanismos jurídicos que sirvieron para favorecer con la adjudicación de contratos públicos a determinadas SEM, al respecto el Derecho comunitario ha dado una respuesta, en la Comunicación interpretativa (2008/C91/02). La normativa también dio lugar a que se interprete que podrían realizarse dos licitaciones, la primera con la finalidad de seleccionar al socio privado y la segunda para la adjudicación del contrato. Vid. Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit., pág. 189.

se trate de servicios compartidos y en el art. 27 la delegación de servicios por parte del Estado y las Comunidades Autónomas a los Municipios en función a evitar duplicidades, así como las condiciones de esa delegación. Complementan este marco de disposiciones referidas a la gestión de servicios públicos los arts. 85 y 86.2 de la misma norma, que se refiere a la reserva exclusiva de ciertas actividades para el régimen local.

Se hace necesario también advertir lo dispuesto por el art. 8 de la Ley de Contratos del Sector Público del 2011 que se refiere a que la gestión de servicios públicos es asumida por la Administración pública como propia de su competencia; pero es importante relacionarla con los art. 275 y 277 del mismo cuerpo legal, en el primero se faculta a la Administración a gestionar en forma indirecta los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares; estableciendo como excepción que no pueden prestarse bajo ese régimen los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos y en el segundo establece como modalidad de contratación de los servicios públicos a la sociedad de economía mixta. De todo lo cual se puede colegir de acuerdo a lo establecido por las normas precitadas, que el objeto social de las SEM constituidas en el régimen local será cualquiera de los señalados como categoría de servicios públicos.

iv. Restricción a la modificación del objeto social

Las actividades de una SEM dedicada a la prestación de servicios públicos necesariamente perseguirán un fin social, ya descritas anteriormente y que se encuentran enumeradas en los art. 25.2, 26 y 27 de la Ley de Bases del Régimen Local del 1985; el cuestionamiento que surge es si estas SEM dentro su objeto social tienen uno concreto en actividades que le habilitan a participar en los servicios públicos, y si ¿estas sociedades podrán modificar libremente su objeto social?, en esta situación se debe acudir a las normas del derecho comunitario en las que existe restricción al respecto, y en la legislación española armonizada en la Ley 30/2007, de 30 de octubre a la cual nos

referimos anteriormente, se encuentra la disposición adicional trigésima quinta sobre adjudicación de contratos públicos ejecutados en base a fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y sector privado, en las que está presente la SEM, la cual podrá adjudicarse directamente contratos públicos y concesiones, bajo condición de que no se introduzcan modificaciones en el objeto social y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta al momento de su selección como socio privado.

Es evidente que, si la SEM no se encuentra vinculada por este tipo de contratos de colaboración, podría modificar y ampliar su objeto social, lo cual resulta remoto desde el punto de vista del respeto a la normativa comunitaria y la conveniencia de la participación de los estados miembros de la Comunidad para enfrentar los servicios en mayor cantidad y calidad.

III. RECAPITULACIÓN

Si se ponen en la balanza la motivación que anima al capital privado a buscar asociarse con el Estado para realizar una actividad económica, una de las razones es porque por sí solo no podría concretar el objeto social que persigue, sea por tratarse de un servicio público o sea porque la actividad está vinculada al ejercicio del poder del Estado, ya que el empresario particular está en la constante búsqueda de inversión para lograr lucro o utilidades en su provecho; en tanto que para el Estado la obtención de ganancias no es en sí mismo el factor determinante para la asociarse junto al capital privado, sino desarrollar actividades económicas a fin de cumplir el encargo social que tiene de manera más efectiva aplicando normas de Derecho privado, que le dan mayor prontitud y eficiencia frente a la normativa pública que entrabaría la gestión de las actividades comerciales o industriales que precisan una dinámica ágil.

Administrativistas como Bielsa ven una especie de incompatibilidad en los fines, organización y funciones de la SEM, y critican que el Estado claudique en beneficio de los privados sean nacionales o extranjeros que a su entender se

trata de la inconfesable incapacidad del Estado para realizar por sí mismo la explotación de recursos o la gestión de servicios públicos o industrias; en tanto que Marienhoof se decanta porque la SEM es el estímulo que el Estado realiza a favor de los particulares en actividades económicamente riesgosas y que son convenientes para el interés general del país, generalmente de algunas regiones o zonas.

En la normativa argentina revisada encontramos que la SEM puede tomar su posición jurídica como persona de derecho público o privado. Tal como el legislador argentino ha diseñado esta forma de organización social, la única razón para que en la SEM se tome el estatus de persona de derecho privado o público, sería para establecer la estructura y la forma interna de funcionamiento de los órganos con muchas derogatorias importantes, de lo cual se establece que las normas de derecho público o derecho privado sobre esta sociedad tendrán una aplicación variable, ya que en ningún momento gozarán de la aplicación exclusiva de la normativa de derecho privado o de derecho público. La ley señala como objetivo de la SEM, la satisfacción de necesidades de interés general o el fomento y desarrollo de actividades económicas; en lo cual la doctrina ha encontrado que el Estado propugna esta sociedad con los privados para aprovechar el empuje propio de los privados en sus emprendimientos económicos³³⁹, y en la consideración de la motivación de los privados para asociarse con el Estado se ha encontrado que se trata del aprovechamiento de los privilegios o prerrogativas de poder público que junto al Estado puede ejercer el privado en el desarrollo de actividades lucrativas económico-comerciales.

La Ley 15.349 de 1946 define el régimen jurídico de la SEM, la tendencia que se subsume de la misma tiene que ver con la preponderancia del Estado sobre el sector privado, en forma independiente de las proporciones de aporte del capital, aun se determine su estatus jurídico como persona de derecho privado, el régimen que dispone la Ley 19.550 de 1972 es de aplicación subsidiaria, no

³³⁹ Vanasco Carlos Augusto, *Manual de Sociedades...*, Op. cit., pág. 569.

obstante, orienta la definición de la SEM hacia una persona de derecho privado.

Cabe considerar la posición del administrativista Cassagne³⁴⁰ que concluye que estas sociedades son privadas porque adoptan la forma societaria que es netamente privada, se rigen por la normativa de las sociedades anónimas y además no constituyen parte de la Administración pública; de manera diferente Dromi³⁴¹ tomo posición en sentido que se trata de una persona de derecho público en todos los casos en que el Estado tenga o no participación mayoritaria y por las prerrogativas públicas que se le haya conferido a la sociedad; en tanto Vanasco³⁴² desde la doctrina mercantil afirma que la SEM es una sociedad por acciones y conforme a esto realiza su objeto en concordancia con su estructura y sus órganos, aunque se encuentren sujetas a algunas condiciones especiales, corresponden a la aplicación del derecho privado.

Existen otros elementos dentro de la misma norma que guían la posición a tomar en relación a este tema, después de los cuales se puede llegar a inferir que existen mayores elementos para determinarla como una persona de derecho privado, aunque la intervención accionaria del Estado sea mayoritaria.

En la cronología histórica de la SEM en Argentina son emblemáticas las entidades de este tipo de sociedad, como el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Banco Central de la Provincia de Córdoba, Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina (SOMISA) Atanor Sociedad Anónima Mixta³⁴³ y otras. Tan fuerte fue esta forma de organización, que en el año 1946 se dictó la Ley 15.349 que regulaba específicamente a las sociedades de economía mixta; sin embargo, a pesar que en la actualidad Cassagne señala que esta forma de organización societaria carece de aplicación, ésta afirmación no es totalmente acertada, ya que si en el tiempo de la promulgación de la Ley 15.349 este tipo social ha debido tener la importancia que llevó al legislador a dedicarle una ley

³⁴⁰ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, Op. cit. Pág. 342.

³⁴¹ Dromi Roberto, *Empresas públicas de estatales a privadas...*, Op. cit., pág. 20 y Dromi Roberto, *Derecho Administrativo...*, Op. cit., pág. 754.

³⁴² Vanasco Carlos Augusto, *Manual de Sociedades...*, Op. cit., pág. 571.

³⁴³ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, Op. cit. Pág. 340.

específica, vemos que hoy esta norma no ha sido derogada y en el ámbito provincial se siguen desarrollando actividades bajo este tipo social.

Se ha visto que la participación económica del Estado argentino no solo está en la SEM, sino que se ha incluido preceptos específicos en la Ley 19.550 respecto a la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, en el Decreto 1278 respecto a la participación minoritaria, así como a las Sociedades del Estado como forma exclusiva del Estado, sin contar ésta última, las dos formas anteriores genéricamente son Sociedades de Economía Mixta, sólo que se ha querido o debido mantenerlas separadas de la SEM, porque éstas devienen de las privatizaciones o nacionalizaciones que ha decretado el gobierno argentino.

La SEM en la República de Colombia tiene una demostrada importancia puesto que el Estado le ha prestado la debida atención legislativa constante en función a su trascendencia; la Constitución Política anterior del 1886 y la vigente del año 1991 incluyen preceptos sobre su forma de organización y sus características, a partir del texto constitucional grande y constante ha sido el desarrollo normativo de la SEM, su importancia ha determinado en muchas ocasiones acudir a la Corte Constitucional con la finalidad de solucionar la problemática que esa normativa ha ocasionado en su aplicación. El elemento determinante de la SEM en Colombia es el porcentaje de participación del sector público en el capital social, a partir de ese parámetro puede quedar como una E.I.C.E, o puede permanecer como una SEM con todas las características que ha dispuesto la Ley 410 que contiene el Código de Comercio para las sociedades comerciales en general, tomando en cuenta que se ha promulgado una ley específica para regular la SEM; así la Ley 489 de 1998 es la que finalmente está vigente hasta la fecha. La normativa colombiana tiene un contenido que muestra ese camino recorrido entre las relaciones económicas compartidas entre el sector público y privado, en las cuales se puede identificar también que la SEM como sociedad comercial genérica ha tenido su gravitación en las E.S.P. mixtas.

Revisada en detalle la legislación que promulga el régimen jurídico de estas sociedades se ha verificado cómo el Estado ha venido perfilando el estatus jurídico de la SEM, tratando de encuadrarla en su justa dimensión al cumplimiento de su rol de desempeño económico, en forma conjunta con los particulares sin abandonar su posición de dominio en estas sociedades. Frecuentemente para su constitución dependen de la iniciativa del poder público sobre una actividad de interés general, la cual es reconducida a la SEM para aplicar en su funcionamiento y gestión las normas de derecho privado que son más ágiles y dan respuesta eficaz en la formación de la estructura de las sociedades y en el desarrollo de las actividades referidas a su objeto, aunque si los mecanismos de fiscalización y control de la normativa administrativa son muy intensos pueden llegar a desvirtuar la dinámica operativa en la dirección, administración y funcionamiento general de las SEM.

Ambos sectores asociados, tanto el público como privado se responsabilizan por sus aportes, lo cual en función a la preponderancia del sector público en la administración puede crear algunos desequilibrios, ya que al ser la SEM una sociedad que persigue fines de lucro, puede distribuir las utilidades y también esta responsabilizada de asumir las pérdidas que genere. Estos parámetros nos conducen a tomar atención en la dirección y administración de la sociedad, que de acuerdo al modelo colombiano de la SEM tiene dos vertientes diáfananamente divididas por el aporte porcentual al capital social por parte del Estado; entonces el riesgo de los privados es que sometan sus aportes a una mala administración de los directores nombrados por las entidades públicas y carguen con las consecuencias, y a la inversa es que el Estado deba asumir en su integridad los riesgos del negocio y los privados se vinculen a estas sociedades al Estado solo para facilitar su enriquecimiento en actividades industriales, comerciales o de servicios que por ser de interés público tienen cualidades que los privados por si mismos no pueden realizar, por razones no solo económicas sino por el que la actividad entraña a veces detentar cierto poder ante el ciudadano.

Entre las razones para que el legislador colombiano haya tomado la decisión de que la SEM se encuentre sujeta al régimen de derecho privado, está el tipo de actividades que realizan, es decir industriales, comerciales y de servicios, lo cual tiene directa relación con el hecho de que, en sus actividades junto a los privados, deben disputarse un mercado al que deben concurrir en igualdad de condiciones y en el que opera la libre competencia. De atar fuertemente a la SEM a los procedimientos administrativos resultaría ponerlas en desventaja por las razones ya expuestas.

En la normativa española no se ha encontrado una ley especial dedicada a la SEM, sus características, esta forma de organización se menciona en la normativa de la administración pública y se asume en principio desde la participación pública y privada en el emprendimiento de obras y la prestación de servicios locales, en específico de la normativa de contratación pública. Se presta atención en sentido que el ordenamiento político español diferencia las competencias del Estado, de las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos y en éstos últimos es donde se encuentran con mayor participación las SEM en la prestación de servicios locales.

La legislación española cuando se refiere en algunos aspectos puntuales a la SEM, vemos que comprende a la totalidad de las entidades españolas de orden público, las que de acuerdo a sus características propias, han ajustado la gestión de sus actividades en diferentes tipos de órganos operativos, algunos con mayor o menor independencia en la gestión económica y jurídica, entre los que de acuerdo a las normas detalladas anteriormente, se han constituido sociedades mercantiles cuyo capital es totalmente público, unos mayoritariamente públicos y otros de carácter mixto mediante los cuales se atienden finalidades de interés general.

En la composición empresarial del Estado Español, se encuentran datos referidos a la creación de empresas mixtas de orden estatal³⁴⁴, sean productivas como prestadoras de servicios; también la SEM está presente en la

³⁴⁴ CAMPSA, TELEFÓNICA, TABACALERA que se hicieron cargo de la gestión de servicios públicos.

municipalización de los servicios bajo la forma de sociedades mercantiles de orden privado con participación única de las municipalidades. En una serie de disposiciones de orden local y las de contratación pública, abordan entre las formas de gestión o de contratación a la SEM, de manera que salvo las especificaciones del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 a las que se hizo ya referencia, la SEM no tiene un tratamiento legislativo propio.

En la Ley de Bases del Régimen Local de 1985 la SEM se encuentra entre los modos de gestión indirecta de servicios públicos; posteriormente en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del 2000, que contempla a la SEM como una modalidad en los contratos de gestión de servicios públicos, entre sus características está que no impone un porcentaje o cuota mínima o máxima para el aporte o capital público.

En las leyes de contratos públicos del 2007 y el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, se realiza un expreso desarrollo de la contratación pública en la que se habilita a la SEM para la realización de estos contratos bajo la armonización con la normativa comunitaria que dio lugar a un tratamiento más concreto en las CPP institucionalizadas. Por lo que en la normativa de última data que da lugar a la presencia de la SEM a través de los contratos públicos, se advierte que las sociedades mercantiles estando reguladas por la legislación estatal, en estos casos de la CPP tienen el influjo de la normativa comunitaria de manera obligatoria y este hecho produce la importancia de observar tales normas al momento de constituir las SEM dedicadas a cumplir un contrato dentro de la denominada CPP; es decir, observar las normas del Derecho Comunitario referidas a la publicidad, la libre competencia, la libertad de establecimiento y de concurrencia en el mercado.

Anterior a la sanción de la Ley 30/2007, se habían producido dentro de esta forma de afrontar la gestión pública, circunstancias que en la asociación entre el sector público y privado se produjeron simulaciones que aparentaban la creación de entes privados, pero que en realidad estaban totalmente controlados por la Administración, situación que denotaba que el propósito era

someter los contratos al derecho privado y de esta manera eludir la normativa comunitaria³⁴⁵. De manera que con la normativa actual, la SEM continúa con la posibilidad de su desarrollo bajo normas que si bien se encuentran con fuerte influencia, en cuanto a procedimientos, del sector público, en su desenvolvimiento y operativa empresarial deben observar las normas del derecho comunitario en correlación con las normas españolas, que propenden de manera específica a la gestión necesariamente compartida entre el sector público y privado sin que las proporciones de participación en el capital tengan el valor de determinar el control, sino más bien regidas por factores de compromiso de cumplimiento del objeto de la SEM.

³⁴⁵ Rey Vázquez, L.E., “La organización administrativa descentralizada: El caso de las empresas y sociedades estatales”, AFUC, 16, 2012, ISSN:1138-039X, pág. 977-992;

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

CONCEPTOS Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SEM

La sociedad de economía mixta es una entidad que puede ser calificada como un medio camino entre lo privado y lo público, donde en un extremo se encuentra la sociedad comercial privada en sus diferentes tipos, frente al otro extremo en el que está la empresa pública como una iniciativa económica del Estado; la sociedad de economía mixta también ha sido considerada una tercera opción después de lo público y lo privado en el que éstas dos se sitúan de manera preponderante en un orden indistinto, que más depende del momento político-económico. En ocasiones se potencia y estimula a la iniciativa económica privada para cubrir la producción y comercialización de bienes y servicios, y en el que las sociedades de capital son la expresión más intensa del prototipo societario privado, quedando como una segunda forma de organización la empresa pública; en tanto que en otras es favorecido el modelo económico con alta intervención estatal en la economía, donde el Estado expande sus actividades en la mayoría de los rubros productivos y comerciales y en el que el Estado toma para sí el rol principal en las tareas de producción y comercialización de bienes y servicios. En ambos casos la sociedad de economía mixta como esa tercera opción ecléctica en la que lo público y lo privado aportan entre ambos sus mejores caracteres y se asocian para que juntos sin dejar de perseguir el lucro o beneficio al capital logren desarrollar y fomentar actividades productivas y de servicios de interés general o interés público.

Se puede calificar también a la sociedad de economía mixta como un *mix* entre lo público y lo privado en el que se cohesionan los intereses del sector

económico privado con los del sector público, el primero siempre buscando la generación de ganancias a su inversión de capital para lo cual aporta su empuje y dinámica haciendo uso de normas de derecho privado que le permiten avanzar en forma ágil y continua, lo cual se combina con las prerrogativas que el Estado puede disponer para el desarrollo industrial, comercial o de prestación de servicios públicos y que en esa integración con los privados, ambos se benefician, el privado con la incursión en actividades que por sí solo o por el rubro de la actividad no podía hacerlo y el estatal o público por el logro efectivo y eficaz de su encargo económico-social y que aprovechando los caracteres normativos de la sociedad de economía mixta habilita su posibilidad de huir de la aplicación de las normas de derecho público que tornarían el desarrollo de tales actividades en lentas y hasta a veces ineficaces.

Revisar el régimen jurídico de la SEM en Bolivia es uno de los puntos importantes del presente trabajo desde la perspectiva de poder mostrar cómo ésta forma de organización económica ha dado lugar a consolidar la intervención económica del Estado a fin de dar en algunas oportunidades, soluciones de política económico-social a demandas no cubiertas por el sector privado, más que todo en actividades en las que el lucro es escaso, se lo obtenía a muy largo plazo o que necesariamente debía intervenir el Estado como son los servicios públicos.

En la realidad latinoamericana se ha elegido la revisión del régimen legal de la SEM en Colombia y en Argentina por distintas razones; Colombia porque es uno de los países que de manera sostenida en el tiempo ha realizado el desarrollo normativo de la SEM, lo cual muestra la importancia que se ha dado a esta forma de organización societaria a lo largo del recuento normativo realizado, puesto que desde la Constitución Política de 1886 ha estado presente en el desarrollo empresarial colombiano; en la actualidad, esta forma de organización por la indiscutible evolución del comercio, la industria, las nuevas tecnologías y por ende las necesidades de sus habitantes que han ido en aumento de cantidad, pero también incrementándose respecto a los

requerimientos de mayor calidad, han dado lugar a que dentro de esa espiral evolutiva que envuelve lo social y económico, el Estado colombiano haya conservado la organización de este tipo de sociedades con buenos resultados.

En la República de la Argentina, esta forma de organización ha estado presente desde el 1946 con la Ley 15.349 y ratificada en el año 1995 con la Ley 12.692, lo cual muestra también la subsistencia de la SEM en el desarrollo económico argentino; sin embargo su impulso como forma social no ha sido aplicada en forma constante, vale decir que no ha tenido un desempeño relevante, sino más bien parece haber servido para que en algunos momentos políticos de tendencia intervencionista se haya echado mano de la SEM, más aun tomando en cuenta que el legislador argentino alternativamente a la SEM, desarrolló otro tipo de sociedades en las que el Estado podía intervenir de manera más efectiva, así marcó su presencia en las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades del Estado y las sociedades con participación estatal minoritaria, situación diferente en Colombia donde la categoría de SEM estuvo determinada por los porcentajes de participación estatal en el capital social, de manera que la mayor participación porcentual del Estado en las SEM deriva en que se transforme en Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Señalar además que la legislación comercial boliviana tiene un fuerte vínculo de fuentes con la legislación argentina, encontrándose similitud en el tratamiento normativo de la SEM en ambos países, evidentemente cada una con sus particularidades.

Por otra parte, la mirada realizada en búsqueda de la SEM en la normativa de sociedades comerciales española ha conducido a revisar, aunque muy tangencialmente la norma comunitaria europea, descubriendo las diferencias adoptadas en la norma europea para el tratamiento de la existencia y comportamiento de la SEM, en la que la aplicación de la normativa administrativa sobre las SEM está ligada a una serie de razones que determinan un desarrollo menos conflictivo que en nuestros ámbitos normativos.

En Bolivia, el régimen jurídico de la SEM se ha sostenido en el tiempo, la Constitución Política del Estado del año 1961³⁴⁶, textualmente la incluye, a partir de entonces las siguientes reformas también la incluyeron ampliando su desempeño; aunque en la Constitución del año 2009 se encuentra con menos fuerza que en los anteriores textos normativos. En cambio, en la norma ordinaria el Código de comercio del 1884 ya regulaba esta forma de organización y en el Código de Comercio del año 1975 se encuentra normativizada en forma específica, pero sin incluirla en los tipos sociales, y otorgándole la aplicación del régimen de la S.A. de manera subsidiaria, de ahí que algunos autores bolivianos la hayan calificado como un subtipo de la sociedad anónima. En la actualidad después de la aprobación de la Ley de la empresa pública, en diciembre del 2013, la SEM ha sido incluida como un tipo social en el Código de Comercio.

En cuanto a su presencia dentro del mercado societario boliviano, la constitución de sociedades de economía mixta ha sido escasa, el Estado Boliviano dependiendo del momento político y económico, el modelo político adoptado y la fuerza de las circunstancias, ha desplegado su atención sobre ésta forma societaria en algunos momentos, más que todo para fomentar algún tipo de actividades industriales y de servicios en áreas geográficas de precario desarrollo industrial y económico. El cometido más importante que tuvo esta forma societaria es haber servido de puente momentáneo en el periodo de aplicación de la Ley de Capitalización, cuando las empresas del Estado fueron convertidas en Sociedades de Economía Mixta para luego dar paso a su definitiva conversión en Sociedades Anónimas³⁴⁷.

³⁴⁶ En el art. 141 referido a la exploración, explotación, comercialización y transporte del petróleo y sus derivados se prevé que el Estado puede realizar tales actividades a través de concesiones y contratos a sociedades mixtas; en el art. 145 dispone que el Poder Ejecutivo formule el Plan general de desarrollo económico y social del país, en el cual comprende al sector estatal, mixto y privado de la economía nacional.

³⁴⁷ Paredes Villalba, Wilma, De la Capitalización a la Nacionalización..., op. cit., pág. 156 y sgtes., en que se hace referencia de todo el proceso de transformación de las empresas públicas en sociedades de economía mixta.

A lo largo del texto de esta segunda parte, en aquellos aspectos que redundan importancia se ha realizado la comparación de la legislación boliviana con la legislación argentina, colombiana y española para mostrar el desempeño de la SEM en diferentes ámbitos geográficos, normativos y sociales.

I. NECESARIA CONCEPTUALIZACIÓN DE TÉRMINOS

La peculiaridad del tema en estudio hace que se deba entender con precisión los conceptos respecto a lo que se entiende doctrinal y legalmente por empresa y sociedad comercial, visto que la condición interventora del Estado en la economía ha implicado y aun implica en muchos países, que se haya configurado una estructura de desarrollo económico estatal conformada por empresas públicas, sociedades del Estado, sociedades anónimas con Participación Estatal Mayoritaria y Minoritaria y sociedades de economía mixta como se ha podido verificar en la revisión de la normativa argentina. De igual manera en la estructura económico-estatal de Colombia se encuentran identificadas las empresas públicas, empresas industriales y comerciales del Estado, empresas de servicios públicos oficial, empresas de servicios públicos mixtas, empresas sociales del Estado, sociedades del Estado y las sociedades de economía mixta. En España de manera similar la estructura de las empresas del Estado, aunque reducida y debiendo observar la normativa de la Comunidad Económica Europea (CEE) tiene una estructura formada por la empresa pública, las sociedades mercantiles del Estado y la sociedad de economía mixta en sus formas de prestadoras de servicios y de mercado que se vieron en el capítulo anterior; así como la SEM institucionalizada que deviene de la aplicación de las Directivas de la CEE, dentro del régimen de CPP.

Estas formas de organización para la producción y prestación de servicios como emprendimiento económico estatal se encuentran contenidos en diferentes disposiciones legales en las que se regula su creación,

funcionamiento, disolución y/o liquidación, es decir todo el ciclo de funcionamiento de estas entidades. La regla general es que el Estado desde la creación y constitución de ellas, debe emitir normas legales especiales que aprueben dicha creación, sea que se trate de leyes generales o especiales, decretos, ordenanzas o resoluciones de orden nacional, departamental, provincial, local o municipal y que además como se vio, en la mayoría de las disposiciones normativas, tanto a las empresas como a las sociedades en las que participa el Estado se le asigna la categoría de persona de derecho privado. Remisión a la normativa privada que tiene por finalidad que en su funcionamiento se aplique dicho régimen jurídico y de esta manera salvar a estas entidades de los entramados burocráticos estatales propios de la legislación administrativa y que no son compatibles con la dinámica de cualquier empresa que compita en el mercado junto a los privados.

No obstante aquello, las disposiciones que crean y constituyen las SEM, en algunos casos contienen regulaciones derogatorias a la legislación privada, más propiamente respecto al Derecho Societario y Mercantil o Comercial que se encuentra en la codificación mercantil o comercial, lo cual tiene diferentes efectos según se trate del ente organizado como empresa, como sociedad estatal o como sociedad de economía mixta; ya que algunos son más cercanos a la administración estatal y otros más cercanos a la estructura mercantil privada.

Uno de los primeros aspectos a señalar es el referido a la aplicación diferenciada de medidas de control y fiscalización por parte del Estado, otro es el relativo a los efectos de tuición o injerencias por el Estado sobre la gestión, administración y funcionamiento de estas entidades; aunque la mayor o menor intensidad de estos efectos dependen de si se trata de sociedades con aporte porcentual mayoritario o con aporte minoritario por parte del sector público; pues aunque los aportes estatales sean mínimos en estas sociedades o empresas, no pueden ser inexistentes por su calidad de mixtas, de manera que complementario a ello está la participación privada que da lugar a la aplicación de la dinámica y normativa privada a la que estas sociedades se atienen para

soslayar o repeler la normativa pública, que en definitiva es la que no deja que se desarrolle de manera autónoma, aspecto al que en tantas ocasiones ya nos hemos referido.

Los efectos señalados como aspectos diferenciadores también están relacionados con el tipo de organización jurídica que adopten, es decir sean como empresa pública o sociedad con participación estatal, por lo que en principio se hace necesario tratar de establecer las diferencias entre lo que se entiende y conceptualiza como empresa y como sociedad.

1. EMPRESA, SOCIEDAD Y SEM

El C.Com. boliviano contiene en su articulado disposiciones referidas a la empresa y también a la sociedad comercial, que van desde definiciones generales hasta conceptos específicos; así de manera general esta norma se ha referido en el art. 10 a las empresas estatales, señalando que: *“Las empresas estatales, municipales u otras fiscales, no son empresas comerciales, pero pueden efectuar actos de comercio con los particulares y, en cuanto a estos actos, quedan sujetos a este Código y leyes especiales sobre la materia”*, es de notar que el artículo se refiere en concreto a las empresas estatales, a las que para su relacionamiento comercial el legislador le asignó la aplicación y sujeción al Código de comercio y las leyes que complementan al mismo, por lo que cabe tomar cuidado que no se refiere a las sociedades comerciales con participación estatal como son las sociedades de economía mixta, las que se encuentran específicamente regladas en este cuerpo legal; de ahí la importancia de ponderar la diferencia entre el concepto de empresa y de sociedad y poder transponerlos en su justo entendimiento y acepción para su aplicación respecto a las empresas, sociedades estatales, sociedades mixtas y en especial sobre la sociedad de economía mixta. Además de estas y otras disposiciones complementarias contenidas en el C.Com., en forma reciente en diciembre de 2013, se ha promulgado la Ley 466 de la Empresa Pública (LEP), norma sin precedente anterior, que establece el régimen jurídico,

características y reglas de desempeño de las empresas públicas del nivel central del Estado³⁴⁸ en el marco de lo dispuesto por el art. 298, I. núm. 12 y II. núm. 28 de la Constitución Política del Estado; en la que se modifica al C.Com., en lo referido a la tipicidad de las sociedades comerciales, cuyos efectos alcanzan en especial a la SEM.

1.1. El concepto doctrinal de empresa

En el ámbito jurídico mercantil se ha examinado con cuidado el concepto de empresa debido a las connotaciones provenientes de la ciencia económica³⁴⁹ que subyacen en esta unidad operativa de producción, es así que se han vertido más conceptos sobre la empresa desde el área económica que de la jurídica. Broseta Pont³⁵⁰ ha señalado que en el concepto de empresa el Derecho se vale del que vierte la Economía y, que al ser mencionada tanto en el Código de Comercio español como en distintos preceptos legales se hace necesario definirla. Rescata el concepto de empresa en la economía como “*un conjunto organizado de capital y de trabajo destinado a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado*”, concepto que a decir de éste autor debe coincidir necesariamente con el concepto jurídico, puesto que al referirse a un fenómeno de la realidad social debe ser válido y aplicable a todas disciplinas jurídicas, por lo que vierte su concepto jurídico de empresa señalando que es: “*aquella organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado, planificada con arreglo a un criterio de economicidad*”.

³⁴⁸ Esta Ley 466 de 26 de diciembre de 2013, de la Empresa Pública, solo regula el régimen legal de las empresas del nivel central del Estado; en la CPE, se establece también la existencia de las empresas públicas departamentales – art. 301, I. 29, y las empresas públicas municipales en el art. 302. I. 26.

³⁴⁹ Martorell, Ernesto Eduardo, “*Los directores de las Sociedades Anónimas*”, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 61. Donde sostiene la incapacidad de alcanzar un concepto jurídico unitario.

³⁵⁰ Broseta Pont. Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 11ª. Ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 133. En el mismo sentido De Chazal Palomo, José A., *Manual de Derecho Empresarial*, Ed. UPSA, Santa Cruz, 2002, pág. 69 y ss., además toma criterios de tipo económico, jurídico y organizacional.

De manera diferente a lo anterior, Font Galan³⁵¹ señala que una misión del Derecho es prestar a la Economía instrumentos normativos y mecanismos técnico-jurídicos para regular ese sistema de organización productiva que es la empresa, menciona también que las normas que regulan los diferentes elementos del Derecho constitutivos de esta unidad económica son los que dificultan una concepción unificada de la misma, señalando entre ellos las dimensiones subjetiva, patrimonial, funcional, institucional o pública y laboral; menciona que en el Derecho mercantil se encuentran contenidas la mayor parte de la regulación jurídica de este sistema organizado llamado empresa, puesto que en ella se define el estatuto jurídico del empresario, el orden contractual con el que se desenvuelve en sus actividades externas y la de sus relaciones internas en su caso; de manera que cualifica y delimita las relaciones, actos, intereses y funciones dentro de la empresa. Se refiere también a la empresa como un concepto normativo del sistema constitucional basado en el reconocimiento de la libertad de empresa e iniciativa económica contenidos en los art. 38 y 128.2 de la CE., a las que en primer orden la empresa habrá de sujetar su desempeño; además como organización socioeconómica y productiva, puede ser dirigida por un sujeto jurídico sea este público o privado.

En suma, expresa que la unidad socioeconómica empresa desde la visión jurídica se considera como un objeto patrimonial organizado que constituye un bien o valor de explotación en el cual el empresario es el organizador, el establecimiento es el objeto organizado y la organización como ente puede ser objeto de tráfico dentro de un sistema de economía de mercado.

Estas dos visiones, donde la primera muestra que el derecho puede ser complementario a la ciencia económica y el segundo a la inversa manifiesta que en el derecho se encuentran contenidas las normas que propugnan y facilitan el funcionamiento de la empresa como unidad económica, en la actualidad están superadas en razón a la perspectiva multidisciplinaria en la

³⁵¹ Font Galan, Juan I., "La empresa", en Jiménez Sánchez, Guillermo J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 5ta. Ed., Tecnos, Madrid, 1999, pág. 66.

que se mueven las actividades económicas de producción, por lo que los conceptos más completos estarán en base a elementos que tienen que ver con todas las ciencias que participan de su estructura; de ahí en adelante el predominio del uno u otro quizás más depende del momento histórico y la realidad socioeconómica en la que desenvuelven sus actividades las mismas.

Así en la historia han estado presentes otros elementos que tienen relación con el concepto de empresa como los que se refieren a la posición ideológica que toma el capitalismo, en sentido de que la empresa a través del trabajo ajeno persigue el lucro; la posición contraria sostiene que no siempre las empresas persiguen fines de lucro, por ejemplo las empresas públicas y también está la posición ideológica contraria señalando que la empresa a través de la explotación del hombre genera plusvalía.

Desde la óptica del derecho, el análisis se ha decantado por mostrar que en esa actividad organizada que es la empresa, intervienen distintas áreas del derecho, como el Derecho Laboral y el régimen jurídico de la Seguridad Social, ambos necesarios para la regulación laboral del trabajo ajeno; el Derecho Civil en lo que se refiere al derecho de propiedad inmueble y muebles sujetos a registro, arrendamientos y otros de naturaleza contractual civil; el Derecho mercantil cuando de propiedad industrial, patentes y otros elementos de naturaleza mercantil que se encuentran presentes en la empresa. Dependiendo del tipo de actividad productiva, sea de servicios, de comercialización o de producción se hace necesaria la intervención de otras áreas del derecho, de manera que esa unidad organizada denominada empresa es compleja en cuanto a las áreas del derecho que configuran su universo, y no solo abarca las del derecho sino las de otras áreas del conocimiento para su desarrollo e intervención exitosa en el mercado.

Vicent Chuliá encuentra que en realidad son cuatro conceptos distintos entre sí los que hacen referencia a la empresa; empresa-sujeto, empresa-establecimiento, empresa-patrimonio y empresa-actividad; el primero como sujeto de la actividad empresarial sobre el que recaen normas legales desde

las constitucionales hasta normas ordinarias; el segundo como establecimiento organización socioeconómica susceptible de transmisión unitaria y/o garantía real; el tercero como organización integral de activos y pasivos que constituyen el establecimiento del sujeto-empresa y finalmente como actividad que desarrolla con la cual concurre al mercado³⁵². Denota que la mayoría de los autores se han referido a los conceptos de empresas-sujeto, empresa-establecimiento y empresa-actividad y considera que la más importante es la que se refiere a empresa-sujeto como destinatario de normas; puesto que como sujeto puede ser una persona natural o jurídica, en este último caso podría tomar la forma de organización corporativa o financiera, pero en ambos casos el patrimonio está circunscrito al riesgo de pérdidas, de ahí que el concepto económico como organización de capital y trabajo para la producción de bienes y servicios conduce a revisar la noción jurídica y económica de patrimonio como inversión organizada para la producción.

De igual forma el patrimonio puede ser de naturaleza individual o naturaleza colectiva; pero cuando se trata de una persona jurídica, necesariamente se adoptará un estatus jurídico sea de sociedad, fundación, cooperativa u otras.

El profesor Vicent Chuliá señala que el Derecho estudia a la empresa en su aspecto corporativo u orgánico y financiero, además contribuye en la adopción de decisiones respecto a la administración de ese patrimonio dinámico que es la empresa. Señala que cuando el empresario es una persona física el régimen de decisiones se confunde con el régimen jurídico civil y mercantil, en tanto que cuando la empresa adopta la forma de persona jurídica el Derecho facilita formas jurídicas de organización corporativa. En cuanto a la propiedad o titularidad de estas organizaciones de igual manera pueden ser ciudadanos personas particulares o los poderes públicos, esta diferencia hace que la legislación haga una distinción entre empresa pública y empresa privada, a

³⁵² Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 15ª. Edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002, pág. 187 y sgtes., en parecido sentido Durán Ortiz, Limberg, *Manual de Derecho Comercial, Parte general*, Ed. El País, Santa Cruz de la Sierra, 2002, pág. 211 y sgtes. Cuando se refiere a empresa como persona jurídica, como patrimonio separado o de afectación, como unidad de derechos y como Organización espiritual.

veces no tanto en función de la propiedad formal sino de quien es el titular del control o influencia dominante en la gestión.

En lo jurídico se ha llegado a plantear la revisión de la naturaleza jurídica de esta entidad desde la visión de la doctrina y jurisprudencia con la finalidad de concretar si se trata de una categoría jurídica, revisando tres causas que tienen que ver, primero con que la empresa posee un valor económico superior en función al conjunto y no a sus partes; segundo que está formada por varios elementos a su interior, pero al exterior aparece como un ente unitario; y tercero que habrá que resolver variados problemas jurídicos al momento de su transmisión, tomando en cuenta aspectos como la composición subjetiva y patrimonial de la empresa³⁵³. Entonces hay que ver si detrás está una persona natural o una jurídica; si es jurídica es privada o pública; el tipo de actividad que desarrolla si es de producción, de comercialización o de prestación de servicios, aspectos que tienen connotación respecto a la propiedad del patrimonio en el momento de la transmisión de la empresa, puesto que tendrá que revisarse la composición subjetiva, patrimonial y de actividades, ya que no es lo mismo transmitir una empresa unipersonal que una pluripersonal, y tampoco una empresa particular o privada que una pública.

En la doctrina boliviana se han ensayado diferentes enfoques para lograr un concepto unánime de empresa, entre ellos De Chazal Palomo menciona que dicho concepto debe obedecer a la nueva realidad socio-económica que toma atención por los elementos personales, patrimoniales y obligacionales; en especial señala el elemento persona, como empresario y como trabajadores, luego señala que: *“la empresa evoca la idea de una totalidad, en la que se conjugan recursos humanos y materiales, elementos tangibles e intangibles, patrimonio y valores... se considera empresa como una individualidad de derecho, cuya actividad se desarrolla en un marco normativo económico, financiero y social. Esencialmente es una persona calificada como sujeto de*

³⁵³ Broseta Pont. Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 136.

*derecho con facultades, atribuciones y obligaciones determinadas por el ordenamiento jurídico*³⁵⁴.

De manera más concreta se ha descrito a la empresa como: “*un conjunto coordinado de dirección y de trabajo, de elementos materiales y valores incorpóreos para ofrecer al público bienes o servicios*”, Cabezas Caballero³⁵⁵ luego detalla los elementos refiriéndose a la conjunción y coordinación de elementos en un todo orgánico, dirección a cargo de un órgano, trabajo ajeno, patrimonio cuyo contenido son los activos y pasivos, valores como patrimonio, como propiedad inmaterial sujeto a ser negociable, habitualidad y el lucro como finalidad opcional son descripciones que tienen alguna relación con el art. 449 del C.Com.

De todos los conceptos revisados, creemos que la visión orientadora es tomar en cuenta tanto los elementos conceptuales que provienen de la Economía y otras ciencias, como los del Derecho, ya que todas las ellas contribuyen a su conceptualización; aunque parece evidente e innegable que su concepto primigenio proviene de la ciencia económica; sin embargo en su evolución se puede apreciar que ha sido necesario el aporte de otras ciencias, concluyendo en que cada una aporta a la clarificación conceptual del otro, así de entre todos ellos se rescatan los elementos trabajo, capital y mercado de la economía, y en lo jurídico se pueden tomar los elementos corpóreos e incorpóreos, así como el trabajo de personas que constituyen una unidad patrimonial que de manera organizada sirven para producir bienes y servicios; el capital como contribución o inversión individual o colectiva sobre la cual el derecho regula las formas de organización válidamente legales, y en relación al mercado en función al modelo económico en el que se desarrolle la empresa, el derecho contiene la normativa que regula la competencia, la competencia desleal y las prácticas empresariales que se deben observar dentro del mercado.

³⁵⁴ De Chazal Palomo José Antonio, *Manual de Derecho...*, Op. cit., pág. 69.

³⁵⁵ Cabezas Caballero David, *Compendio de Derecho Comercial*, 3ra. Edición, Ed. Tupac Katari, Sucre-Bolivia, 2002, pág. 93., en el mismo sentido Cabezas Caballero David, *Nociones de Derecho Comercial*, 1ra. Edición, Ed. Tupac Katari, Sucre-Bolivia, 1995, pág. 161, 163.

Esta unidad patrimonial denominada empresa clasificada desde el punto de vista de la propiedad del capital, puede provenir de fuente privada o particular o pública o del Estado, en cuyo caso nos encontramos con la empresa privada y empresa pública respectivamente; también la titularidad del capital puede estar compartida entre los órganos públicos y las personas particulares, que es cuando llegamos a la constitución de la empresa o sociedad de economía mixta. Otro factor a mencionar es la clasificación por el tamaño del capital y el volumen de sus operaciones, que es cuando se categoriza a la gran empresa, mediana y pequeña empresa e incluso micro empresa; así otro elemento diferenciador es el tipo de actividad entre productoras de bienes, comercializadoras y prestadoras de servicios. También está la que las clasifica como empresas mercantiles porque persiguen fines de lucro y no mercantiles porque no tienen finalidad de lucro.

En conclusión, es la forma jurídica de organización la que da lugar a la empresa individual y la empresa social determinada por la titularidad del capital; de esta manera se llega a la sociedad como forma de organización empresarial, y que para su organización cuando participan dos o más personas adopta la forma jurídica de sociedad.

1.2. El concepto de empresa en la codificación comercial

En el Código de Comercio de 1977 el art. 448 y siguientes establecen el régimen jurídico de la empresa mercantil, iniciando el Capítulo I del Libro Segundo se conjugan el Concepto de empresa y establecimiento en los siguientes términos: *“Se entiende por empresa mercantil a la organización de elementos materiales e inmateriales para la producción e intercambio de bienes o servicios. Una empresa podrá realizar su actividad a través de uno o más establecimientos de comercio. Se entiende por establecimiento el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa.”*, en los siguientes artículos del código se desarrollan los elementos que componen la empresa, así como los actos emergentes de esta organización; no está

demás reconocer que en forma transversal el código de comercio como norma de especialidad, contiene y regula en sus diferentes partes los diferentes actos comerciales a través de los cuales la empresa desarrolla su accionar en el mercado. En forma reciente, después de la promulgación de la Constitución del año 2009, se ha puesto en circulación el Proyecto de Código de Comercio (PCC) adecuado a la Constitución Política del Estado³⁵⁶, en el cual ya no se habla de concepto de empresa, sino de noción³⁵⁷; de la lectura del texto completo del Capítulo primero, en el Título cuarto se puede entender el sentido de los cambios insertos en el PCC en los que se encuentra una intención de precisar además las formas de titularidad de la empresa y las exclusiones al régimen de la empresa.

El Código de Comercio de la Argentina, Ley 2.637 de 9 de octubre de 1889 no contiene un concepto de empresa, sino que en el art. 8° hace una declaración sobre las actividades y actos que se consideran de comercio, entre los que hace referencia puntual a algunos tipos de actividades de empresa que se consideran de comercio. Este listado no es limitativo sino solo referencial ya que están comprendidos como comerciales todos los actos que se regulen en el código, así se ha descrito la actividad de las empresas de transportes por ferrocarril, art. 162, 163, 204 y otras relativas a actos generales de comercio en los que participa la empresa³⁵⁸.

El Código de Comercio de Colombia en el art. 20 cuando se refiere a los actos, operaciones y empresas mercantiles a manera de concepto hace una

³⁵⁶ En forma anterior, el año 2003, se difundió un Anteproyecto de Ley de reforma y actualización del Código de Comercio, versión que tenía la activa participación de la Cámara de industria, comercio y servicios de Santa Cruz (CAINCO) y la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo ASDI; así como el Ministerio de la Presidencia y el Viceministerio de Justicia

³⁵⁷ Artículo 107 (*Noción*) I. Se entiende por empresa comercial a toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios.

II. Se presume que existe empresa comercial cuando se tenga un establecimiento de comercio abierto al público, se anuncie como tal por cualquier medio o sea evidente la organización comercial.

³⁵⁸ En fecha 01 de octubre de 2014 se ha promulgado el Código Civil y Comercial de la Nación, según Ley 26994, codificación que unifica el Código Civil y el Código de Comercio.

generalización inicial respecto a las actividades que son consideradas comerciales para todo efecto legal; en tal descripción incluye todo tipo de actividades consideradas mercantiles, pero también de manera específica señala entre ellos un listado de tipos de actividad empresarial, se entiende como generadores de actos de comercio, así se encuentran las empresas de seguros, transportes, fábricas, depósitos, de obras en general, editoriales, de construcciones y otras actividades que señala como no limitativas sino solo declarativas. Luego en el art. 25 incluye la definición de empresa en los siguientes términos: *“Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”*, sin pretender incidir en el tema, vemos que la noción de empresa que vierte el PCC boliviano, contiene en el párrafo primero el mismo texto que el artículo citado del Código de comercio colombiano.

En cuanto a la codificación comercial española, vemos que se hace referencia al comerciante individual, el empresario y las compañías mercantiles, pero no ofrece un concepto ni noción concreta y exclusiva de empresa; de los art. 16, 22, 25 y 26 del Código de comercio en forma inicial se puede colegir la existencia jurídica del empresario individual y del empresario colectivo asociado, cuando se refiere a aspectos registrales y de los libros de contabilidad de los empresarios; así en toda la extensión de este cuerpo normativo. En diversas normas se encuentran referencias a la empresa y cuando se trata del empresario asociado, en ocasiones se los trata de manera indistinta con el denominativo de empresa o de sociedad mercantil.

Entre los elementos de la empresa que de manera reiterativa o específica se encuentran en los conceptos, definiciones doctrinales y las codificaciones revisadas están: la organización del capital como unidad patrimonial, el trabajo como valor laboral de explotación y la producción de bienes y servicios; Vicent Chuliá ha incluido que la unidad patrimonial puede provenir de fuente privada o

pública, de todo lo cual podemos ensayar una aproximación al concepto de empresa expresando que se trata de la organización de elementos patrimoniales provenientes de fuente privada o pública, así como la fuerza de trabajo físico e intelectual dedicado a la producción de bienes o prestación de servicios.

1.3. El concepto de sociedad mercantil

La doctrina ha planteado muchos conceptos referidos a la sociedad mercantil, también las codificaciones comerciales en algunos casos incluyen en su articulado conceptos, definiciones o caracteres definitorios. Así Uría³⁵⁹, plantea que sociedad en su sentido amplio es: *“una asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan.”*. Sánchez Calero³⁶⁰ por su parte ha expresado dos tipos de concepto, uno tradicional cuyas características esenciales están asentadas en cuatro aspectos a saber: primero en que se trata de un contrato en el que pueden participar dos o más personas; segundo que los que participan denominados socios, se obligan a realizar aportes en bienes o servicios para formar un fondo común; tercero que las partes contratantes colaboran en el ejercicio de la actividad social, y cuarto que los socios van a tender a obtener una ganancia o lucro. En el concepto amplio desaparece el ánimo de lucro, y solo queda la asociación de personas que persiguen la consecución de una finalidad común, organizada de acuerdo a uno de los tipos sociales previstos por ley.

Por su parte Vicent Chuliá resalta que sociedad puede ser una forma legal típica de agrupación voluntaria de personas y una técnica de organización de empresa; se refiere al ánimo de lucro como característica esencial del contrato

³⁵⁹ Uría, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Vigésimo octava Ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 164.

³⁶⁰ Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones del Derecho Mercantil I, (Introducción, Empresa y Sociedades)*, Vigésima primera Ed., Mac Graw Hill, Madrid, 1998, pág. 216 y 217.

de sociedad, identificando a la sociedad en sentido estricto como la sociedad lucrativa, en tanto que en sentido amplio se encuentran otras sociedades que no persiguen ese fin de lucro sino de ahorro u otros fines comunes. El ánimo de lucro como esencia de la sociedad mercantil busca la maximización de resultados y el incremento ilimitado del patrimonio social, pero además los resultados están destinados a ser distribuidos entre los socios; es el principio configurador del contrato y de la institución de la sociedad³⁶¹.

El criterio de sentido amplio y sentido estricto también ha sido sostenido por Broseta Pont³⁶², cuando señala que en el primero basta el acuerdo de los socios y la existencia de un fin común, sea o no lucrativo; en tanto que en las de sentido estricto se encuentran sólo las que persiguen el lucro, concepto que se compatibiliza con el concepto clásico de sociedad en el que resalta que se trata de un “*contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria para realizar una actividad con el fin de repartir entre sí las ganancias que de ella se obtengan*”.

Fernández de la Gándara³⁶³ ha identificado cuatro rasgos esenciales que hacen al concepto de sociedad, así se propone primero, la concurrencia de una pluralidad de intervinientes; segundo la existencia de una organización patrimonial autónoma; tercero, la finalidad lucrativa y cuarto, el carácter estable o permanente de la actividad en común.

En el ámbito latinoamericano, Vanasco³⁶⁴ se refiere a que hay sociedad cuando dos o más personas ponen algo en común, ya sea capital (dinero, cosas, bienes) o trabajo, desarrollan una actividad económicamente lícita y con fines de ganar dinero con ello, para repartírselo entre todas ellas, pero en caso de que el emprendimiento fracase, todos contribuirán a soportar las pérdidas. Gagliardo³⁶⁵ hace referencia al art. 1° de la Ley 19.550 que atribuye como

³⁶¹ Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil...*, Op. cit., pág. 225 y sgtes.

³⁶² Broseta Pont. Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 263.

³⁶³ Fernández de la Gándara, Luis; Gallego Sánchez, Esperanza, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, 2da. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 358.

³⁶⁴ Vanasco, Carlos Augusto, *Manual de sociedades...*, Op. cit., pág. 86.

³⁶⁵ Gagliardo Mariano, *Cuestiones societarias*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 81 y sgtes. Se refiere al fallo de la C. Nac.Com. Sala B, 19/5/1998, “Pombo, Ernesto J. v. Mercado

esencial y definitoria la obtención y distribución de beneficios, pero se aparta de esta atribución legal y plantea que es posible que ciertas sociedades se aparten de la finalidad de obtener ganancias, sin desnaturalizar el carácter ni la vinculación societaria, diferencia el lucro objetivo como el logro de ganancias del lucro subjetivo distribución de ganancias, y habla de un criterio funcional del lucro como un elemento que hace al tipo legal que no afecta al criterio formal que es el fin común

Por su parte Reyes Villamizar³⁶⁶ identifica a la sociedad desde la teoría del nexo contractual como un centro de imputación de derechos y obligaciones, sin dejarla en la tradicional del ente jurídico, de manera que dentro de la sociedad se abarca a todos los involucrados entre los que señala a los asociados, los administradores y los terceros que tengan intereses en relación con la sociedad, constituyendo un nodo al que confluyen contratos explícitos e implícitos mediante los cuales se establecen derechos y obligaciones entre todos los participantes; sería incompleto no decir que de esta teoría del nexo contractual emerge según el autor, que la sociedad más que un objeto es una entramado de relaciones contractuales, con la interesante conclusión de que ninguno de los participantes puede ser considerado desde el punto de vista económico el propietario pleno de la sociedad.

Concluyendo cabe citar a Ghersi³⁶⁷ que sostiene que la finalidad de la sociedad es incorporarse al mercado productivo mediante la conjunción de capitales para

de Valores”, LL 1999-E-44., en el cual un agente de bolsa impugna las decisiones de la asamblea ordinaria y extraordinaria referida entre otros a la retención de utilidades; se rechaza la demanda con el fundamento de que la causa asociativa del agente es de carácter asociativo y el ejercicio de ciertas potestades reglamentarias y disciplinarias sobre el mercado de valores. El autor valora el fallo por ser novedoso en su ámbito que valora nuevos hechos, pero también que de manera implícita destaca la función institucional de una entidad privada.

³⁶⁶ Reyes Villamizar, Francisco, *Análisis económico del Derecho Societario*, Segunda Ed. Actualizada, Legis, Colombia, 2013, pág. 27. Es evidente la influencia del derecho societario norteamericano en la posición del autor, sin embargo cabe sentar lo propuesto respecto a la utilidad de la sociedad, así también considerar que se han encontrado dificultades en la teoría del nexo contractual y que como contrapropuesta se han planteado la teoría contractual incompleta que parte de la dificultad de regular contractualmente las relaciones que serán definidas y concretadas a futuro; esta posición es diferente a la sostenida en la teoría de la personalidad como como criterio de caracterización de la sociedad.

³⁶⁷ Ghersi, Carlos Alberto, *Cuantificación Económica-Daños por Gestión Empresarial*, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2001, pág. 13.

el logro de un beneficio mayor al que una persona podría acceder de manera particular.

1.4. El concepto de sociedad en la codificación comercial

El art. 125 del C.Com., boliviano expresa un concepto de sociedad en el cual señala: *“Por el contrato de sociedad comercial dos o más personas se obligan a efectuar aportes para aplicarlos al logro del fin común y repartirse entre sí los beneficios o soportar las pérdidas.”*

El Código de comercio de la Argentina de 1889, en todo lo referido a las sociedades comerciales ha trasladado a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, que en el art. 1, señala: *“Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en el Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.*

El Código de comercio de Colombia, Ley 410 de 27 de marzo de 1971, en el art. 100³⁶⁸ contiene el Concepto de sociedad comercial y la legislación aplicable, de la siguiente manera: *“Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles. Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil.”*, además complementa el mismo en el art. 98 cuando define el Contrato de sociedad, en el cual expresa que: *“Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables*

³⁶⁸ El art. 100 ha sido modificado por la Ley 222 de 1995, denominada Modificatoria del Libro II del Código de Comercio y de Procesos Concursales, la que en el art. 1 se refiere en forma expresa a la sociedad comercial y el ámbito aplicable de la Ley.

en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”

En el Código de Comercio español de 1885, el art.116 se refiere al contrato de compañía en la cual se encuentra un concepto asimilable al de sociedad, el cual señala: *“El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.*

De la revisión de los conceptos de sociedad elaborados por la doctrina y las codificaciones se pueden extraer elementos esenciales y comunes contenidos en ellas que son: la cohesión de dos o más personas³⁶⁹, los aportes en dinero, trabajo u otros bienes apreciables en dinero, organizados bajo una forma contractual³⁷⁰, la realización de una actividad de producción y la generación de lucro o beneficio, incluido el nodo de derechos y obligaciones de Villamizar. Broseta Pont y las codificaciones de Argentina y Bolivia incluyen la posibilidad de soportar pérdidas, de todo lo cual se puede expresar a manera de un ensayo de concepto de sociedad que es el contrato por el cual dos o más personas, organizan bienes con valor económico apreciable en dinero de acuerdo a una forma tipificada por ley para realizar una actividad productiva de manera continua, lo cual da lugar a derechos y obligaciones implícitas y explícitas al interior y exterior de la sociedad y cuya finalidad es la obtención y distribución de las ganancias obtenidas o en su caso afrontar las pérdidas.

³⁶⁹ Salvando que en algunas codificaciones está presente la sociedad unipersonal; como la de España, Colombia, Argentina y en Bolivia se encuentra regulada en el Proyecto de Código de Comercio.

³⁷⁰ Sánchez Calero, Broseta Pont, Reyes Villamizar, así como los códigos de Colombia, España y Bolivia sostienen que la sociedad es un contrato. En Broseta Pont. Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, pág. 229; Vicent Chulia, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil...*, pág. 231.

A manera de concluir se puede expresar que, de los conceptos de empresa y sociedad analizados, sobre la relación entre empresa y sociedad, es que en ambos casos se trata de formas de organizar elementos de orden patrimonial para producir bienes o servicios, pero caben las siguientes consideraciones para encontrar el nexo entre la empresa y sociedad. Uría³⁷¹ hace referencia a que la actividad mercantil se encontraba a cargo del empresario individual, pero el tipo y volumen de los emprendimientos mostró que para el ejercicio de estas actividades en gran escala era necesaria la asociación de las fuerzas individuales, lo cual dio lugar al nacimiento de las sociedades mercantiles, concluye señalando que el objeto de la sociedad da lugar a la empresa; Sánchez Calero³⁷² señala a éstos como al empresario social que constituye la sociedad; por su parte Jiménez Sánchez³⁷³ distingue a los empresarios colectivos y la asociación de estos que adoptan la forma legal de sociedad mercantil en cualquiera de los tipos de sociedad codificados. Por su parte Gagliardo³⁷⁴ señala, que la sociedad como titular de la empresa es la forma jurídica que adopta la misma y que la empresa es el fin reconocido de obrar de la sociedad, reconoce que la sociedad es una organización caracterizada como una modalidad de empresa. Después de todo lo cual podemos concluir que la sociedad es el sujeto titular o la forma de organización jurídica de la empresa, o también que la sociedad es la estructura organizativa de la empresa.

1.5. Concepto de Sociedad de Economía Mixta (SEM)

Pocos autores dedicados al derecho comercial boliviano han dedicado esfuerzos para elaborar un concepto de sociedad de economía mixta, se han referido a muchos aspectos característicos como expresa Morales Guillén³⁷⁵ cuando sostiene que: “*se trata de una combinación entre los sectores público y*

³⁷¹ Uría, Rodrigo, *Derecho Mercantil...*, Op. cit., pág. 163 y 169.

³⁷² Sánchez Calero, Fernando, *Principios del Derecho Mercantil*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998. pág.106.

³⁷³ Jiménez Sánchez, G.J., *Lecciones de Derecho Mercantil...*, Op. cit., pág. 88.

³⁷⁴ Gagliardo Mariano, *Cuestiones societarias...*, Op. cit., pág. 226 y 227.

³⁷⁵ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, op. cit., 1999, pág. 476.

privado, donde la entidad pública utiliza como mecanismo técnico- jurídico privatístico con fines publicísticos”; se refiere también al carácter esencial de la participación pública en el capital y en la gestión ya que la participación estatal no se puede limitar a conceder subvenciones, otorgar ventajas para la explotación o sólo participar de los beneficios; es decir que no puede ser un simple accionista, más aun cuando se trata de la prestación de servicios públicos en los que no renuncia, ni puede hacerlo a la prerrogativa de poder o potestad administrativa y las facultades especiales de control.

Se ha tomado también como punto de partida que existe en la SEM una interpenetración entre el derecho público y el derecho privado, para la realización de actividades productivas y comerciales bajo el régimen jurídico de las sociedades comerciales que se encuentran reguladas por el C.Com., o en su caso se organizan bajo el régimen jurídico del derecho administrativo como empresas públicas, en tal situación no adoptan la forma jurídica de sociedad comercial; tales análisis muestran que un concepto completo de la SEM tendrá un contenido de derecho público y también de derecho privado.

Ovando³⁷⁶ no ha elaborado un concepto de la SEM, sólo se ha referido a la definición que el C.Com., señala en el art. 424; en tanto que Duran³⁷⁷ expresa: *“es una variación de las sociedades anónimas, que están conformadas por capitales públicos que pueden ser de alguna dependencia del Gobierno Central, de las prefecturas, de las municipalidades, corporaciones, empresas públicas u otras dependientes del Estado, y al mismo tiempo por capitales privados, destinados a la explotación de empresas que por lo general tienen por finalidad la satisfacción de necesidades de orden colectivo, o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios.”*; por su parte De Chazal Palomo³⁷⁸, se sustenta en el concepto vertido por Broseta Pont, cuando expresa que la SEM es aquella en la que: *“el capital de origen público coexiste con el de origen privado, bien desde el momento fundacional, bien desde un momento posterior. En ella existen*

³⁷⁶ Ovando Jaime, *Sociedades Comerciales...*, Op. cit., pág. 583.

³⁷⁷ Durán Ortiz, Limberg, *Manual de Derecho Comercial...*, Op. cit., pág. 187-188.

³⁷⁸ De Chazal Palomo José Antonio, *Manual de Derecho...*, op. cit., pág.104.

inversionistas privados al lado de uno o de varios accionistas públicos que participan en el capital social, normalmente en virtud de un acto de imperio, manifestado externamente por medio de una disposición normativa en la que se establecen las líneas generales de la participación pública. En ocasiones, esta última participación está motivada por razones de interés económico general.”.

De los anteriores conceptos se distinguen la participación de capitales privados y públicos, el desarrollo de actividades de interés colectivo que vinculan a esta forma de organización con disposiciones normativas de carácter administrativo, aunque en el fondo se pretenda aplicar la normativa privada.

Marienhoff³⁷⁹ para expresar un concepto de la SEM se apoya en el art. 2º de la Ley 15.349 de 1946, indicando que: *“tales sociedades pueden ser personas de derecho público o de derecho privado, según sea la "finalidad" que se proponga en su constitución, señala que la SEM es la que se forma por el Estado y particulares o administrados para la explotación de actividades industriales o comerciales, servicios públicos de esa naturaleza, u otra actividad de interés general, y cuya administración se realiza mediante un organismo en el que están representadas las dos categorías de socios”*; luego en su análisis encuentra que existen muchas discrepancias que conducen a una incertidumbre conceptual para encontrar cual será el criterio a adoptarse para establecer el carácter público o privado de las SEM, no acepta que el predominio de participación en el capital social sea el factor determinante para que se constituya como persona de derecho público o de derecho privado y se decanta por la división de persona jurídica pública y persona jurídica privada, en cuyo caso se aplicarían las normas regulatorias del Derecho administrativo o del régimen jurídico común del Código de comercio respectivamente.

Cassagne³⁸⁰ no elabora un concepto, pero realiza consideraciones en relación a la definición del art. 2º de la Ley 15.349, sosteniendo que la SEM es una persona de derecho privado por revestir la forma de sociedad, porque se le

³⁷⁹ Marienhoof, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 221- 225.

³⁸⁰ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, Op. cit., pág. 415.

aplican las reglas de la sociedad anónima y porque las sociedades comerciales son personas jurídicas privadas. Gordillo³⁸¹ sin elaborar un concepto sostiene que el elemento de distinción más importante de la SEM es que la participación estatal debe ser estatutaria y permanente, donde el Estado al momento de su creación puede determinar el porcentaje de su participación, la cual solo puede modificarse mediante una disposición igual a la que lo haya creado.

La doctrina española se había pronunciado en sentido del reconocimiento de formas de derecho público y formas de derecho privado, en éstas últimas están las sociedades de capital, distinguiendo las sociedades de participación pública exclusiva y las sociedades de economía mixta que pueden realizar actividades de gestión indirecta vía contratos de prestación de servicios públicos. Se ha expresado un concepto simple y general que señala que las SEM son: *“aquellas entidades mercantiles que cuentan con un capital social de composición híbrida, en parte público y en parte privado”*³⁸²; pero también se han expuesto diferentes posiciones que han tomado definiciones como la que consideró que la SEM: *“una fórmula de coparticipación financiera entre el sector público y privado en cuya gestión interviene el Estado”*.

Al respecto Forsthoff identifica dos elementos esenciales formados por el capital, que ha de ser público-privado y la voluntad de la Administración en participar de la gestión; otra definición se decanta señalando que la SEM es: *“una fórmula de gestión de servicios públicos en cuya organización y financiación participan el sector público y el privado”* y que se gestiona bajo normas especiales y excepcionales además de perseguir una finalidad económica³⁸³. Una tercera posición señala que la SEM es: *“una entidad mercantil cuyo capital social es en parte público y en parte privado y cuyo*

³⁸¹ Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, Op. cit., pág. XIV-18.

³⁸² Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit., pág. 49 y sgtes.

³⁸³ Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit., pág. 52 a 54, en la que se expone la posición de Gascón y Marín que compartían el sentido con Emilio Langle y Rubio, a cuyas definiciones García Trevijano agregó que en la participación de la Administración en el capital social y la gestión debían realizarse bajo normas especiales y excepcionales. Por su parte Albi añadió que estas sociedades tuviesen finalidad económica. Posición compartida por Sosa Wagner y Santa María Pastor.

objeto es la gestión de un servicio público o la realización de una actividad económica”.

Santiago Iglesias ensaya su concepto de SEM señalando que son: *“sociedades mercantiles cuya financiación y gestión tienen carácter mixto, es decir, público-privado, y que tiene por objeto social la gestión de un servicio público”.*

Como se ha visto, para llegar a un concepto de la sociedad de economía mixta, se han ido incorporando diferentes elementos considerados esenciales, de manera que en el mismo se pueda contener a todos y así lograr un concepto general en el que encuentren comprendidos; además de poder ser aplicada a todas las modalidades posibles para la configuración de la sociedad de economía mixta.

En la legislación de la República Argentina encontramos a la definición SEM contenida en la Ley 15.349 de 1946, ratificada por la Ley 12.962 denominada de Sociedades de Economía Mixta, como ley específica, en la que el art. 1° señala que: *“Se denominan sociedades de economía mixta las que forma el Estado Nacional, los Estados provinciales, las municipalidades o las entidades administrativas autárquicas dentro de sus facultades legales por una parte, y los capitales privados por la otra para la explotación de empresas que tengan por finalidad la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades económicas.”*, valdría agregar a esta definición lo expuesto en el art. 2°, que señala: *“La sociedad de economía mixta puede ser persona de derecho público o de derecho privado, según sea la finalidad que se proponga su constitución”* y el art. 3° que expresa: *“Salvo las disposiciones especiales que en el presente título se establezcan, regirán para las sociedades de economía mixta, las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, relativas a las sociedades anónimas.”*, de tales disposiciones podemos colegir que la SEM esencialmente tiene los siguientes elementos, la cohesión de capitales públicos y privados, la finalidad pública que determina el tipo de persona a definir, y la aplicación de las reglas de la sociedad anónima contenida en el C.Com.

La legislación colombiana en la Ley 489 de 1998, de Organización y funcionamiento de las entidades de orden nacional, en el art. 97 expresa que: *“Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado. Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.”*. Se observa en primer lugar que la legislación que contiene la definición de la SEM es de naturaleza pública y no privada como la norma boliviana o la especial argentina; en segundo lugar se destaca que son sociedades comerciales con aporte estatal y privado, en tercer lugar que en el desarrollo de sus actividades se atienden a las reglas del Derecho privado y en cuarto lugar cabe reiterar que la regulación del art. 97 sobre el porcentaje de participación estatal en sentido que no debe ser inferior al cincuenta por ciento del capital, ha sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-953 de 1999 y por tanto no aplicable.

España tiene contenida una definición de la SEM en el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 16 de noviembre que aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, con cuyos artículos se puede construir la misma, cuando en el art. 277, d) señala que: *“Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*, la cual debe ser complementada con lo dispuesto en la Disposición adicional vigésima novena, referida a las Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, en el numeral 1. señala que: *“Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía*

mixta <en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado>.”.

Los elementos constitutivos de la SEM son igualmente la concurrencia de capitales del sector público o Administración, el sector privado integrado por personas naturales o jurídicas y la condición como premisa contractual de que en la elección del socio privado se haya cumplido el procedimiento legal para la adjudicación del contrato y una muy específica en sentido que no se produzcan modificaciones en el objeto social. Del análisis ya efectuado en anteriores capítulos se desprende que es notable la influencia de la normativa comunitaria europea para definir a la SEM y, que se hace necesario complementar a la definición expuesta que el socio privado necesariamente debe cumplir actividades de gestión dentro de la sociedad³⁸⁴. Así la Comisión³⁸⁵, en relación a la SEM la ha puntualizado como la Colaboración Público-Privada Institucionalizada (CPPI) señalando que es: *“la cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones”*, donde es de importancia la participación activa en la ejecución de tareas por parte del sector privado. La simple aportación por parte del sector privado no constituye una CPPI.

En la legislación boliviana es singular el hecho de que la definición de la SEM se encuentra contenida en el Código de Comercio, Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, norma de Derecho privado en la que se regula esta forma de sociedad comercial, en el art. 424 bajo los siguientes términos: *“Son sociedades de economía mixta las formadas entre el Estado, prefecturas, municipalidades, corporaciones, empresas públicas u otras entidades*

³⁸⁴ Disposición emanada de la Comunicación interpretativa de la Comisión (2008/C91/02).

³⁸⁵ Se refiere a la Comisión de aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)

dependientes del Estado y el capital privado, para la explotación de empresas que tengan por finalidad el interés colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios.”, conviene complementar este artículo con lo dispuesto en el art. 425, que señala: *“Las sociedades de economía mixta son personas de derecho privado y, salvo las disposiciones especiales establecidas en el presente Capítulo, estarán sujetas a las normas que rigen la constitución y el desenvolvimiento de las sociedades anónimas.”*. Además de la peculiaridad ya señalada en relación a que el régimen jurídico de la SEM se encuentra en una norma de Derecho privado; cabe distinguir primero que los elementos esenciales son la participación del capital público y capital privado, segundo el tipo de actividad netamente pública, tercero que son personas de derecho privado que sujetan su desenvolvimiento a las reglas de las sociedades anónimas. Cabe acotar, quizás de manera reiterativa, que desde la promulgación de la Ley 466 de la Empresa Pública, la sociedad de economía mixta se constituye en un tipo social de las sociedades comerciales que regula el C.Com.

1.6. Aproximación al concepto de Sociedad de Economía Mixta

Los diferentes conceptos y definiciones elaboradas por la doctrina y la legislación expuesta nos proporcionan elementos para poder ensayar una aproximación al concepto de la SEM, tomamos en primer lugar el ineludible y esencial elemento referido al criterio de la personalidad jurídica a ser aplicada a la SEM; una segunda relacionada con la inexcusable participación del sector público y privado, pero no una participación de naturaleza solo relacionada con el aspecto económico-financiero que obedece al criterio de propiedad del capital, sino principalmente también con la gestión; una tercera que obedece al criterio del tipo de actividad económica a realizar y una cuarta que se relaciona con el régimen jurídico a aplicar en la gestión y administración.

La primera tiene directa relación con el reconocimiento de la personalidad de la SEM como persona de Derecho privado, independientemente de la

participación estatal en cualquiera de sus estratos o categorías institucionales, implica la separación formal de patrimonios y de responsabilidad entre los socios y la sociedad por el hecho de conformar una persona jurídica diferente. Este criterio en el caso de la SEM está relacionado inevitablemente con la aplicación del régimen legal del Derecho privado, es decir el derecho comercial o mercantil. Desde esa circunstancia el régimen aplicable a la forma jurídica de la SEM es la societaria comercial y entre estas preferentemente las reglas de la sociedad anónima, por concurrir en ellas características reconocidas en la mayoría de los ámbitos jurídico-legales, respecto a sus cualidades referidas a organización, gestión y fiscalización societaria que han sido adoptadas con éxito por las entidades de desarrollo económico público sean empresas y sociedades públicas; en el caso boliviano aplicado en conformidad con la doctrina y la legislación a las SEM.

Con referencia a la propiedad del capital la generalidad de las legislaciones e incluso la jurisprudencia en el caso colombiano se ha pronunciado en sentido de no exigir en forma expresa la participación mayoritaria por parte del sector público en el capital social de las SEM. No obstante, como excepción es necesario puntualizar lo dispuesto en forma expresa por la CPEP boliviana que en el art. 363 establece que cuando YPFB conforme sociedades de economía mixta para ejecutar actividades propias de su rubro, obligatoriamente debe contar con una participación accionaria no menor del cincuenta y uno por ciento del total del capital social, mandato constitucional que es de aplicación forzosa en la realización de las actividades señaladas. Por lo demás las SEM pueden estar participadas en su capital social por el sector público y privado en cualquier porcentaje; es evidente que al aplicar en la SEM el régimen jurídico de la sociedad anónima, la participación mayoritaria en el capital por cualquiera de los dos sectores le otorgaría la posibilidad de un mayor margen de representación y predominio en los órganos sociales y por ende en la gestión; sin embargo, una de las peculiaridades de la SEM es justamente que el elemento participación en el capital social no resulta ser determinante en el ejercicio de predominio, es más creemos que la importancia o el interés que el

Estado tenga sobre la actividad será uno de los factores que llegue a concretar el control y en su caso el predominio en la estructura de organización y gestión de la SEM.

El C.Com., señala como actividades económicas a realizar por parte de la SEM las categorías de industrial, comercial o de prestación de servicios; ahora si estas se encuentran caracterizadas por el interés colectivo o el fomento, mayor será la intervención por parte del Estado tanto en la gestión como en la administración y representación, incluso de manera independiente al porcentaje de capital social aportado.

En la mayoría de la normativa constitucional revisada previamente se ha verificado el reconocimiento a la libertad de iniciativa económica estatal y del sector privado, pues es de observar la salvedad que impone sobre las actividades que puedan constituir monopolio³⁸⁶, ya que éstas están expresamente reservadas para ser desarrolladas por el Estado o al menos la mayoría las reserva para sí. También es evidente que el Estado, si bien en algunos casos no aplica el monopolio estricto a su favor, al menos ejerce el control sobre actividades de producción de bienes de interés general, así como la prestación de servicios públicos declarados monopolios.

No podemos sustraernos de estimar la disminución al ejercicio del control por parte del poder público introducida por la normativa comunitaria europea en la

³⁸⁶ La CPEP en el Art. 314, prohíbe el monopolio u oligopolio privado y cualquier tipo de asociación que pretenda el control y exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios; asimismo en el art. 316 núm. 8., determina el monopolio estatal en actividades comerciales y productivas que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública. El art. 42 de la Constitución de la Nación Argentina, en ley 24.430 de 15 de diciembre de 1994 dispone la protección de los intereses económicos de los consumidores y la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, así como la calidad y eficiencia de los servicios públicos, previendo la necesaria participación de asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control. La Constitución Política de Colombia de 1991, señala en el art. 336 que no se establecerá ningún monopolio sino con una finalidad de interés público y serán sometidos a un régimen propio fijado por la ley de iniciativa gubernamental, además que el gobierno está facultado para otorgar a terceros el desarrollo de actividades monopolísticas. La Constitución española en el art. 128. núm. 2. Prescribe que la ley podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, de manera que el Estado tiene reserva sobre la disposición de actividades que signifiquen monopolio.

legislación española, puesto que se ha disminuido la intervención estatal como un mecanismo para influir en aspectos esenciales del desempeño de la SEM; así anteriormente el Estado emitía directrices en resoluciones aplicables en las decisiones de los órganos de su estructura social, como ser la junta o el directorio, sea a través de sus representantes o por medio de disposiciones legales que imponían mecanismos de fiscalización pública. Así en algunos casos la intervención pública sobre las resoluciones que determinaban la reducción de la participación social pública prescribía la exigencia de una autorización administrativa previa para la transmisión de acciones³⁸⁷, lo cual significaba una limitación legal sobre la conformación del capital social, sin dejar de mencionar que permitía al Estado ejercer un control directo.

En cuanto a la participación pública o privada, al Derecho comunitario no le ha sido tan relevante tratar el tema en sí, sino más bien dio mayor importancia al respeto y conservación de la libre competencia³⁸⁸.

Del análisis y razonamientos elaborados y expuestos en párrafos anteriores se puede concretar una aproximación al concepto de la sociedad de economía mixta, señalando que se trata de una sociedad comercial sometida al Derecho privado, en la que el capital social se encuentra participado por aportes del sector público y sector privado y que podrá desarrollar actividades productivas o de prestación de servicios bajo el régimen jurídico de la sociedad anónima, en la que el Estado podrá ejercer un control limitado y temporal en casos de interés o necesidad pública.

En la mayoría de los caracteres expuestos en el concepto se encuentran los elementos analizados en párrafos anteriores, asimismo éstos han sido tradicionalmente estudiados, sin embargo cabe fundamentar el que se refiere al

³⁸⁷ La ley 5/1995 de 23 de marzo, denominada de Régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, preveía la exigencia de autorización previa para la transmisión o adquisición de acciones en empresas públicas. Al respecto se refirió al procedimiento empleado en algunas empresas privatizadas Gómez Porrúa Juan Manuel, *El Control Público de las Empresas Privatizadas*, Cuadernos Mercantiles, Madrid, 2003.

³⁸⁸ El art. 295 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea contiene el principio de neutralidad, que se entiende es indiferente en el régimen de propiedad de los Estados miembros.

control por parte del Estado, sobre lo cual creemos que es y será inevitable el despliegue de algún tipo de control por parte del Estado en las SEM, pero también sostenemos que con la finalidad que esta forma de organización societaria sea atractiva al sector privado, estos mecanismos o técnicas de control deberían ser limitados a determinados asuntos y más que todo deberían ser temporales, pues el control continuo o constante por parte del Estado además de desvirtuar la razón de que el Estado someta este tipo de organización social al Derecho privado hace poco atractiva a la SEM, pese a su calidad de desarrollo comercial y el sometimiento que se impone a la aplicación del Derecho privado.

Esas peculiaridades de la SEM en sentido que aun constituyéndose como una sociedad comercial sometida al Derecho privado, regulada por el Derecho comercial, pero sin poder sustraerse totalmente de la influencia del poder estatal a través del Derecho público, han tenido la atención de la doctrina española que la ha denominado como un "*tertium genus*"³⁸⁹, para referirse a ese quedarse entre dos formas jurídicas en el desarrollo de su actividad económica; es decir, se trata de un punto intermedio que en este caso es quedarse en medio de la aplicación entre el Derecho público y el Derecho privado.

Desde el lado del derecho privado, propiamente del derecho societario, por los evidentes mecanismos de control que el Estado ha desplegado sobre la función de los directores de las sociedades anónimas, Martorell³⁹⁰ ha hecho referencia a la penetración del derecho administrativo en el derecho privado comercial, y basándose en teorías desarrolladas respecto a la función cuasi pública de los directores por administrar bienes no solo de los accionistas sino de la comunidad³⁹¹, se puede llegar a un punto extremo en que el Estado intervenga en forma directa en la empresa privada, basado en que la administración de las

³⁸⁹ Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit., pág. 52.

³⁹⁰ Martorell, Ernesto Eduardo, "*Los directores de las Sociedades...*", op. cit., pág. 22.

³⁹¹ Más propiamente se dirige a los directores de las grandes sociedades anónimas, no solo las cotizadas, sino las que prestan servicios o se dedican a la producción de productos considerados de consumo indispensable para la población en general.

empresas privadas es una tarea cuasi pública. Interesa a estos efectos la posición vertida por el mismo autor³⁹², en sentido de que el origen de la S.A., se encuentra en el derecho público en aplicación de los principios de la *universitas personarum*, que ha sido desarrollada como un derecho intermedio ante un efectivo poder estatal.

II. ANTECEDENTES, NATURALEZA Y MARCO NORMATIVO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DOCTRINALES Y NORMATIVOS

La normativa mercantil en Bolivia se encontraba anteriormente contenida en el Código Mercantil de 13 de noviembre de 1834, que a decir de Morales Guillén³⁹³ se trata de una reproducción casi completa del Código de Comercio Español de 1829. El código de 1834 después de 143 años de vigencia fue abrogado por el Art. 4 del Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, que promulga como Ley de la República el Código de Comercio y ratifica la abrogatoria en el art. 1693. Este cuerpo legal contiene un Título preliminar, cuatro libros y 1693 artículos³⁹⁴; codificación que con algunas derogaciones y complementaciones se encuentra vigente hasta nuestros días³⁹⁵.

³⁹² Martorell, Ernesto Eduardo, *“Los directores de las Sociedades...”,* op. cit., pág. 27.

³⁹³ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...,* op. cit., pág. XVI. El Código de Comercio español de 1829 en forma posterior fue sustituido por el Código de Comercio de 1885 que se encuentra vigente hasta nuestros días.

³⁹⁴ Los libros son: Primero - De los Comerciantes y sus obligaciones; Segundo – De los bienes mercantiles, mercados de valores y otros; Tercero – De los Contratos y Obligaciones comerciales y el Cuarto – Procedimientos Especiales; en el Título III, se encuentra la normativa De las Sociedades Comerciales y en el Capítulo XIII del mismo título se encuentra la Sociedad de Economía Mixta.

³⁹⁵ El año 2003 se ha difundido el Anteproyecto de Ley de Reforma y actualización del Código de Comercio bajo el auspicio del Ministerio de la Presidencia, el Viceministerio de Justicia, la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Santa Cruz – CAINCO mediante el Programa para el Desarrollo Empresarial Boliviano y el apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo; en la gestión 2011 se ha difundido un nuevo Anteproyecto de Actualización del Código de Comercio por parte del Ministerio de Justicia en el cual se expresa que se encuentra concordado con la Constitución Política del Estado del año 2009.

El Código de 1834 tuvo modificaciones y complementaciones, como las Ley del Cheque de 1.902, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1.941 y otras; de igual manera el Código de 1977 ha sido afectado con modificaciones y derogación de algunos artículos y complementación por medio de otras Leyes³⁹⁶.

El tema que se aborda en el presente trabajo se encuentra desarrollado en el Código de Comercio de 1977 (C.Com.), Libro Primero, Título III, Capítulo XIII, específicamente en los arts. 424 al 442 que regulan el régimen normativo de la Sociedad de Economía Mixta. No obstante esta puntualización, cabe tomar en cuenta que en forma inicial dentro de la regulación de los tipos sociales establecidos en el art. 126, no se encontraba mencionada la Sociedad de Economía Mixta (SEM); es más, dicho artículo en su forma original es excluyente pues expresa que: “*Las sociedades comerciales cualquiera sea su objeto, solo podrán constituirse, en alguno de los siguientes tipos:...*”, señalando a la sociedad colectiva, en comandita simple, de responsabilidad limitada, anónima, en comandita por acciones y la asociación accidental o de cuentas en participación como los tipos sociales comerciales. Esta clasificación impone una tipificación societaria de modelo cerrado o de *numerus clausus*³⁹⁷, ya que realiza una enumeración concreta y limitativa de la tipificación de las sociedades comerciales³⁹⁸.

³⁹⁶ Se halla complementado y modificado especialmente por las Leyes 1654 de 28 de julio de 1995, de Descentralización Administrativa; Ley 1770 de 10 de marzo de 1997, Ley de Conciliación y Arbitraje; Ley 1834 de 31 de marzo de 1998, Ley de Mercado de Valores; Ley 1883 de 25 de junio de 1998, Ley de Seguros; Ley 2495 de 4 de agosto de 2003; asimismo por los D.S. 15191 de 15 de diciembre de 1977, Reglamento del Registro de Comercio; D.L. 16833 de 19 de julio de 1979, Reglamento de la Dirección General de Registro de Comercio y Sociedades por acciones; D.S. 25160 de 4 de septiembre de 1998, Organización y funcionamiento del Servicio Nacional de Registro de Comercio; D.S. 26150 de 12 de abril de 2001, Transferencia del SENAREC al sector privado; D.S. 26215 de 15 de junio de 2001, Reglamento de organización, funcionamiento y concesión temporal del 15 de junio de 2001; D.S. 26335 de 29 de septiembre de 2001, Concesión a Consorcio privado el Registro Mercantil.

³⁹⁷ Broseta Pont. Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 269, cuando se refiere a la atipicidad de las sociedades comerciales y la voluntad de las partes para crear sociedades la cual no puede ser tan amplia como para ir más lejos de la voluntad del legislador y que el principio del *numerus clausus* tiene base en el orden público y la protección de terceros.

³⁹⁸ Paz-Ares, Cándido; “Las Sociedades Mercantiles”, Lecciones de Derecho Mercantil, Aurelio Menéndez (Dir.), Cuarta Ed., Thomson – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 270. Se refiere a que si las codificaciones adoptaran el *numerus apertus* de alguna manera podría

En tal clasificación de la codificación del año 1977 se constata que la sociedad de economía mixta no se encuentra listada como una sociedad típica³⁹⁹, pero la Ley 466 de la Empresa Pública, de fecha 26 de diciembre de 2013, modifica el art. 126 del Código de Comercio de 1977, cuando en la Disposición final octava referida a la “tipicidad” dispone que: “Las sociedades comerciales, cualquiera sea su objeto, sólo podrán constituirse en alguno de los siguientes tipos: 1. Sociedad Colectiva; 2. Sociedad en Comandita simple; 3. Sociedad de responsabilidad limitada; 4. Sociedad Anónima; 5. Sociedad en comandita por acciones; 6. Asociación accidental o de cuentas en participación; 7. Sociedad de Economía Mixta; 8. Empresa Mixta; 9. Empresa estatal mixta; y 10. Empresa estatal intergubernamental.” Agregando, además: “La empresa estatal mixta, la empresa mixta y la empresa estatal intergubernamental sujetarán su actividad comercial a las disposiciones a del presente Código, considerando las regulaciones que se establecen en la Ley de la Empresa Pública que es de preferente aplicación.”. Esta modificación del art. 126 del C.Com., se introduce después de 36 años de vigencia y a efectos del tema aquí tratado vemos que la SEM queda incluida en la tipificación de las sociedades comerciales⁴⁰⁰. En principio cabe revisar si como nuevo tipo societario tiene características peculiares propias que la diferencien de las demás sociedades; no sin antes aclarar que la tipificación de las sociedades en tipos concretos, tiene el objeto de no dejarlos al libre arbitrio de los sujetos que apoyados en la libertad contractual podrían tratar de configurar otros. La norma imperativa del *numerus clausus* tiene directa relación con la seguridad jurídica, tanto a favor

producirse una proliferación de figuras societarias que solo generaría confusión en el tráfico societario.

³⁹⁹ En derecho societario se habla de tipicidad para predeterminar el modelo o estándar normativo esencial a cumplir cuando se quiere constituir una sociedad, de manera que el tipo diferencia a la una de la otra y que constituye obligación de cumplir a los sujetos interesados en constituirlos; diferente a la tipicidad del Derecho Penal que califica y sanciona las conductas que se preestablecieron como delitos.

⁴⁰⁰ No hacemos mayores referencias a las Empresas Estatales Mixtas, las Empresas Mixtas y las Empresas estatales Intergubernamentales que también fueron incorporadas al C.Com. como tipos de sociedad comercial por no relacionarse en forma directa con el tema aquí tratado, cabe tomar en cuenta que su análisis y estudio sería tarea que de por sí significaría un trabajo especial, tanto por su magnitud como por su contenido que en los temas de formación, constitución, desarrollo y funcionamiento de estas empresas estatales abarca más al Derecho público que al Derecho privado.

de los mismos actores como de terceros; entonces, la SEM para ser individualizada y reconocida como un tipo social a nuestro entender debía ser complementada y cumplir ciertas cualidades como un régimen jurídico propio, dado que la LEP además de haberla incorporado al art. 126 del C.Com., no ha modificado ni complementado de manera concreta los artículos contenidos en los art. 424 al 442, por lo que se hace evidente que este tipo social incorporado adolece de un esquema normativo propio. Sin embargo, cabe señalar que los tipos societarios del Código de Comercio tampoco son independientes unos de los otros, más bien comparten un régimen jurídico sucesivo y supletorio en el que se puede apreciar la primacía de lo especial sobre lo general.

Es que las sociedades comerciales tipificadas en el C.Com., deben ajustar su constitución a una de las formas caracterizadas por la ley, puesto que si no lo hicieren darían lugar a una sociedad atípica, lo cual puede ser causal de nulidad, el art. 137 del C.Com., señala: *“Es nula la constitución de sociedades comerciales cuando éstas tengan una estructura diferente a los tipos autorizados por este Código. Los requisitos esenciales no tipificantes hacen anulable el contrato; no obstante, podrán ser subsanados mientras no medie acción judicial.”* Así inclusive en los casos que una sociedad haya sido constituida en el extranjero bajo un tipo social no previsto con uno del país receptor de la sociedad, el art. 418 del C.Com., se debe pedir al Juez que señale el tipo al que más se asimila.

Algunos autores nacionales habían desarrollado posiciones respecto al hecho de que la SEM no se encontraba tipificada como sociedad dentro del C.Com., así Durán⁴⁰¹ la denomina como una variedad de sociedad anónima, en tanto que Ovando⁴⁰² señalaba que la sociedad anónima y la de economía mixta son semejantes o mejor gemelas; por su parte De Chazal⁴⁰³ señalaba que sus características generales son muy similares a las de las sociedades anónimas;

⁴⁰¹ Durán Ortiz, L., *Manual de Derecho Comercial...*, Op. cit., pág. 184 y 187.

⁴⁰² Ovando Ovando, Jaime, *Sociedades Comerciales...*, Op. cit., pág. 561 y 562. En forma posterior Ovando se refiere a esta sociedad y parece dar a entender que se trata de un tipo de sociedad, vid. Pág. 53 y 583.

⁴⁰³ De Chazal Palomo José Antonio, *Manual de Derecho...*, op. cit., pág. 104 y ss.

se podía ejercitar también su calificación como un subtipo de la sociedad anónima, en razón a la especial mención que en algunos artículos se hace respecto a la aplicación supletoria de la normativa que rige para la sociedad anónima.

Tomando en cuenta que se ha modificado el art. 126 del C.Com., en el cual se ha incluido la tipificación de la SEM como sociedad comercial, cabe señalar primero, que han quedado firmes las demás disposiciones que regulan todo lo inherente al desempeño de las sociedades comerciales, en todo caso igual ha quedado firme el art. 425 del C.Com., que dispone que la SEM para su constitución y desenvolvimiento debe sujetarse a la normativa que rige para la sociedad anónima; segundo, el uso obligatorio de los términos “sociedad anónima” o sus iniciales S.A. seguida de la palabra “mixta”, o sea S.A.M. como dispone el art. 426; tercero, que las participaciones sociales deben estar divididas en acciones; cuarto, que debe cumplir al momento de su constitución los requisitos generales establecidos en el art. 127 para las sociedades comerciales en general y debe regir su ordenamiento interno por un estatuto; por último, y no menos importante es que en la organización interna debe poner en funcionamiento la Junta General y conformar un Directorio, para los cuales en su desempeño debe adoptar la normativa de la sociedad anónima como régimen jurídico aplicable al funcionamiento de estos órganos y también debe adoptar el régimen de fiscalización a través del nombramiento de Síndicos. En suma, la SEM debe aplicar supletoriamente en todo lo que no se encuentre señalado de manera contraria en otras disposiciones como la Ley 466, el régimen que el C.Com., prescribe para la sociedad anónima, conforme se verá en lo posterior.

Respecto a la fusión de capitales e intereses públicos y privados que se concreta con la constitución de la SEM, De Chazal⁴⁰⁴ señala que en esta forma de organización social se observa la combinación de los factores jurídico

⁴⁰⁴ De Chazal Palomo J. A., *Manual de Derecho...*, Op. cit., pág. 105.

privados con fines públicos; Cabezas Caballero⁴⁰⁵ por su parte señala que existe una tendencia de los organismos del Estado en acercarse a la legislación del sector privado sometiendo a su regulación normativa con la finalidad de alejarse de los moldes burocráticos y políticos perniciosos del Derecho Administrativo.

Morales Guillén⁴⁰⁶ cuando se ha referido a la Sociedad de Economía Mixta (SEM) han puesto de relieve que coexisten entre la empresa privada y pública como una especie de transacción entre dos órdenes económicos y dos concepciones jurídicas diferentes; en tanto que Ovando⁴⁰⁷ señala que a través de acuerdos estratégicos de política económica se formaron empresas extraordinarias que no hubieran logrado cumplirse si no se fusionaban estos dos tipos de capitales. Durán⁴⁰⁸ señala que en estas sociedades el Estado en su afán de encarar proyectos de cierta envergadura y de interés colectivo se asocia con particulares, para formar sociedades donde manifiesta su doble personalidad, actuando como persona de derecho privado, con idénticas responsabilidades que cualquier accionista de una sociedad anónima.

Del análisis general de lo señalado por los autores bolivianos se puede colegir, que en este tipo de sociedad se combinan factores jurídicos, económicos y políticos y que una característica determinante de la SEM es el reconocimiento legal como persona de derecho privado, posición asumida por el legislador boliviano que conlleva algunos beneficios como por ejemplo la atenuación de la burocratización en el funcionamiento de la SEM emergente de la participación estatal; aunque es evidente que la autoridad del Estado en muchos aspectos sentará presencia con la aplicación de disposiciones administrativas.

Es que la participación del sector público mediante acciones de tipo administrativo se inicia desde el mismo momento de la constitución de la SEM, luego tiene una importancia gravitante en la determinación del objeto social puesto que necesariamente debe realizar actividades de interés y fomento al

⁴⁰⁵ Cabezas Caballero D., *Nociones de Derecho Comercial...*, Op. cit., pág. 147 y ss.

⁴⁰⁶ Morales Guillén Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 476.

⁴⁰⁷ Ovando Ovando, Jaime, *Sociedades Comerciales...*, Op. cit., pág. 561.

⁴⁰⁸ Durán Ortíz, Limberg., *Manual de Derecho Comercial...*, Op. cit., pág. 184.

desarrollo económico y social que contienen un inevitable aditamento político, considerado a nuestro entender como el aspecto más vulnerable del funcionamiento y existencia de la Sociedad de Economía Mixta como persona de derecho privado⁴⁰⁹.

Por otra parte, la participación del sector público se manifiesta en las derogaciones al régimen privado del derecho societario conforme se verá en lo posterior, identificando el grado o fuerza del control estatal que es más típico en las entidades de derecho público.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SEM

La sociedad de economía mixta regulada por el C.Com., aunque en principio no se encontraba comprendida entre los tipos de sociedad comercial que establece el art. 126, en la actualidad, desde la promulgación de la Ley 466 de la Empresa Pública en diciembre de 2013, como se tiene sentado, ha sido incorporada como un tipo de sociedad comercial, de manera que ha variado en su estatus jurídico; no obstante ello, al no haberse modificado ningún otro artículo del C.Com., que la afecte, continúa regulada conforme se encuentra en la versión original del C.Com., en los artículos 424 al 442; por lo que así expuesto, vemos que queda incólume la aplicación supletoria del régimen regulatorio de la sociedad anónima.

Ante este panorama y en la tarea de establecer la naturaleza jurídica de la SEM, tomamos en cuenta que se trata de un tipo calificado en el Código de Comercio boliviano; segundo al encontrarse presente el Estado participando

⁴⁰⁹Tratándose de actividades económicas que el Estado toma a su cargo en su rol interventor, cabe referirse a que lo hace normalmente a través del derecho administrativo creando personas jurídicas de derecho público, que normalmente están alejadas de buscar con sus actividades el lucro y más bien pretenden el cumplimiento del encargo social que es la prestación de servicios públicos o producción de utilidad pública, diferenciándose de las personas de derecho privado también por las prerrogativas de autoridad que gozan o aplican en el desarrollo de sus actividades, salvando las excepciones que pueden presentarse cuando las personas privadas son concesionarias de algún servicio público. En ese sentido Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, Op. cit. Pág. 193 y sgtes., en el mismo sentido Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1980, pág. 361; Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 368.

como sector público resalta en su finalidad la diferencia frente al sector privado, pues éste último se asocia sin renunciar a la finalidad de lucro como rasgo esencial de las sociedades privadas; en tanto que el sector público por su propia naturaleza no persigue fines lucrativos⁴¹⁰, sino los de servicio y cumplimiento de su encargo social. Un tercer aspecto es que las condiciones jurídicas de ambos sectores que se cohesionan económicamente como socios en la SEM, no guardan correspondencia entre sí, puesto que ambos devienen de regímenes legales diferentes.

La SEM al momento de su creación o constitución aplicando la normativa comercial, que corresponde al orden privado, debe recurrir a procedimientos legales que corresponden al ámbito legal público, ya que será necesaria la tramitación y promulgación de leyes y decretos supremos propios del sector administrativo, con motivo de lograr la autorización de creación y la entrega de los aportes de capital a la SEM, conforme a los art. 428 inc. 3), 429 inc. 2 y 430; pero también debe realizar actos y elaborar documentos propios del Derecho privado regulados en el C.Com., sin los cuales su estructura legal estaría incompleta.

En la constitución y desempeño de la SEM, es un imperativo cumplir la normativa general de los artículos 125 y 127, que son de cumplimiento por todas las sociedades comerciales, también todo lo que corresponda y no contradiga a las específicas que se encuentra en los art. 217 al 342 como regulación específica de la S.A.; de lo cual se deduce la aplicación combinada de ambas normativas, pero que en definitiva concretan la naturaleza jurídica de la SEM como contractual, puesto que el acto jurídico que da origen a ella y que la mantiene en el tiempo es el contrato de sociedad.

⁴¹⁰ El lucro como aspecto esencial de las organizaciones societarias del sector privado, ha sido incorporado a las actividades empresariales del sector público en el art. 5 de la Ley 466, en la cual se expresa que las empresas públicas de carácter estratégico identificadas por el COSEEP en el marco de la CPEP, tienen por finalidad producir excedentes económicos para potenciar el desarrollo económico productivo y financiar la atención de políticas sociales del país.

Existe la probabilidad de que desde una posición administrativista, se persista en afirmar que la naturaleza de la SEM es de origen administrativo por los actos preliminares que anteceden la existencia legal de la SEM, como son la propuesta de los promotores al Ministerio del ramo, el convenio entre ambos sectores, el Decreto Supremo que autoriza la formación de la sociedad, la ley que autoriza el aporte de capital por parte del Estado, y porque el aporte de capital proviene de fuente estatal; pero estos actos en su dimensión correcta deben ser categorizados como actos preliminares o preparatorios, ya que para su consolidación como sociedad comercial, los actos que dan lugar a la efectiva constitución de la SEM como persona jurídica de Derecho privado, son de orden privado, como el contrato de constitución de la sociedad, la inscripción en el Registro de Comercio, la elaboración de los estatutos, la conformación de los órganos sociales como son la Junta de accionistas, el Directorio y los Síndicos.

Después de la constitución, los actos específicos posteriores que definen la estructura organizativa de la SEM, si bien pueden tener relación con la realización de algunos actos de tipo administrativo, sin embargo, el nacimiento y la existencia legal de esta persona jurídica denominada Sociedad de Economía Mixta o Sociedad Anónima Mixta (S.A.M.) como señala el art. 426 del C.Com., son de naturaleza contractual de derecho privado.

La naturaleza contractual de las sociedades en general ha sido debatida por la doctrina en sentido de que, si verdaderamente se trata de un contrato, por el hecho de que en el momento de la constitución, pueden participar desde dos hasta una pluralidad de personas, como cuando se trata de la constitución por acto único, o cuando se realice por suscripción pública en la que no se encuentra determinado un límite máximo de socios, deviniendo entonces en un contrato plurilateral. El cuestionamiento a su naturaleza contractual surge después de la suscripción del contrato de constitución, puesto que los socios ya no mantienen relaciones jurídicas entre ellos, sino todos quedan frente a la

persona jurídica sociedad⁴¹¹; siendo así, que el contrato queda en vigor y orienta la organización y estructura de la sociedad.

Al respecto Gagliardo⁴¹² sostiene que la sociedad tiene naturaleza de orden contractual y sus efectos se traducen en el carácter asociativo, organizativo y plurilateral del mismo, aspecto asimilado también por nuestra legislación, ya que el C.Com., adoptó la corriente contractual en la definición de la sociedad comercial en el art. 125 y otros del mismo cuerpo legal; así también la SEM está encuadrada dentro de la posición contractualista porque debe cumplir al momento de su constitución los requisitos generales establecidos para tal propósito.

Santiago Iglesias abre la interrogante respecto a que si la SEM tiene naturaleza de ente público o de ente privado, además si son entes instrumentales de las Administraciones⁴¹³; respecto a lo primero, llega a concluir que las SEM⁴¹⁴, *“tienen naturaleza jurídica privada, pero un régimen jurídico mixto, público-privado: esencialmente de Derecho privado, aunque con importantes peculiaridades de Derecho público”*; con lo cual deja a la SEM en el mismo lugar intermedio que considera la aplicación tanto de derecho público como de derecho privado, de lo cual se interpreta que sigue en ese *tertium genus* al que se hizo referencia como un camino intermedio o la tercera vía o un tercer género mixto. Respecto a lo segundo señala después de analizar las disposiciones comunitarias y las españolas en relación a los requisitos que una sociedad mercantil debe cumplir para ser considerada un medio propio de la Administración, concluye que las SEM no pueden ser consideradas como medios instrumentales de la Administración, para lo cual ha tomado en cuenta

⁴¹¹ Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones del Derecho Mercantil I (Introducción...*, Op. cit., pág. 215. Señala que en la actualidad se pueden constituir sociedades con una sola persona, sea natural o jurídica, sin embargo esa característica tratándose de un acto jurídico unilateral no deja de ser contractual.

⁴¹² Gagliardo Mariano, *Cuestiones societarias...*, Op. cit., pág. 26. En la que se refiere a los contratos de sociedad, con sus características de obligatorio, de organización y como una técnica para la organización de empresas.

⁴¹³ Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit. Pág. 71.

⁴¹⁴ Se refiere más en concreto a las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos, pero totalmente válidas a los fines de estudios y fijación de posiciones. Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma...*, Op. cit. Pág. 85.

la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴¹⁵, que ha entendido que cuando en la adjudicación de contratos públicos o concesiones participa una sociedad, en la que participan la entidad adjudicadora y aunque de manera minoritaria exista contribución de capital privado, la entidad no puede ejercer sobre la sociedad ningún control análogo al que realiza sobre sus propios servicios; pero además debe cumplir el requisito de que la sociedad realice la parte esencial de su actividad con la Administración que la controla; pese a lo cual se ha determinado que estos elementos no son suficientes para que una sociedad sea considerada un medio instrumental de la Administración.

Bajo los argumentos expuestos por Santiago Iglesias analizamos sí podrían ser transpuestos a la realidad jurídica boliviana, y encontramos que las SEM son de naturaleza jurídica privada como ya venimos sosteniendo, en cuanto al régimen jurídico también se puede afirmar que tiene un carácter mixto público-privado aunque con aplicaciones específicas de Derecho público; ahora en relación a que si las SEM pueden ser consideradas entes instrumentales de la Administración, al no tener Bolivia una regulación comunitaria o interna similar a la de la Comunidad Europea y que inclusive desde la CPEP se dispone cuales actividades pueden ser realizadas por una SEM, además de los precedentes históricos sobre esta forma de organización⁴¹⁶, podemos sostener

⁴¹⁵ Sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto Teckal. Sentencia del TJCE de 11 de enero de 2005; asunto Stadt Halle(as.c-26/03) en la cual se determina la imposibilidad de considerar las empresas de economía mixta como medios propios de la Administración.

⁴¹⁶ Ovando Ovando Jaime, *Sociedades Comerciales...*, Op. cit. pág. 565 y sgtes., en las que hace referencia a la ELFEC S.A.M. - Empresa de luz y fuerza eléctrica Cochabamba; LAB S.A., Lloyd Aéreo Boliviano de transporte aéreo, en 1950 la composición accionaria esta de 55.48% del Estado y el 44.51% de los accionistas privados; SEMAPA creada en 1967 como sociedad de economía mixta cuya actividad era el servicio de agua potable, alcantarillado y desagües pluviales en la ciudad de Cochabamba; SEFO SAM., con la participación accionaria de la Universidad de San Simón de Cochabamba en 51% y los agricultores y productores de semillas el 49%, dedicada a la investigación de semillas forrajeras; FANEXA SAM., la Fábrica Nacional de Explosivos y accesorios, creada por COFADENA (Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional) en la que después de varias transferencias de acciones por D.S. 25404 de 1 de junio de 1999 se adjudica a favor de la Unión Española de Explosivos SA. El 51% de las acciones; SERGAS SAM. y EMCOGAS SAM., ambas dedicadas a la instalación, operación, administración y comercialización de redes de gas domiciliario, la primera en Santa Cruz de la Sierra y la segunda en Cochabamba; NAFIBO SAM., la Nacional financiera boliviana creada por D.S. 23896 de 22 de noviembre de 1994 con una composición

que en la mayoría de los casos las SEM bolivianas son entes instrumentales del Estado, ya que la creación y constitución de estas sociedades junto a particulares o privados más ha obedecido a finalidades estatales que a las de orden privado. La SEM ha jugado su rol de mayor relevancia en calidad de ente instrumental del Estado durante el proceso de capitalización de las empresas del Estado; por disposición de la Ley 1544 de 21 de marzo de 1994, cuando se dispone la conversión de las empresas estratégicas del Estado en sociedades de economía mixta, con la composición del capital integrada por la transferencia a título gratuito en beneficio de los ciudadanos bolivianos que al 31 de diciembre de 1995 hayan alcanzado la mayoría de edad y las sociedades capitalizadoras que hayan participado mediante procedimientos administrativos de licitación pública internacional. En forma posterior mediante D.S. 24076 de 24 de julio de 1995 el Estado dispone el fideicomiso de las acciones de los bolivianos y convierte a partir de ese momento a las SEM en sociedades anónimas⁴¹⁷.

Para concluir se expresa que la naturaleza jurídica de la SEM dentro del ámbito normativo boliviano, es de naturaleza contractual, obedece para el desenvolvimiento de sus actividades a un orden jurídico mixto entre en Derecho público y Derecho privado y que en la mayoría de las ocasiones en que ha sido constituida ha servido de ente instrumental del Estado.

3. MARCO NORMATIVO DE LA SEM

El orden normativo a ser aplicado en la sociedad de economía mixta obedece a una sucesión de normas consecutivas y supletorias de cuatro niveles, encabezadas por el régimen especial de los arts. 424 al 442 del Código de

accionaria del 80% a la República de Bolivia y el 20% a la Corporación Andina de Fomento (CAF). La mayoría de las SEM mencionadas, aun siendo reguladas por el Derecho privado y la participación del sector privado, han tenido un rol instrumental por parte del Estado, ya que a través de disposiciones de orden administrativo se han realizado transferencias accionarias e inclusive se han regulado tarifas aprobadas por entidades públicas.

⁴¹⁷ Vid. Paredes Villalba, Wilma, *De la Capitalización a la Nacionalización...*, Op. cit., pág. 156 y sgtes.

comercio, la Ley 466 de la Empresa Pública, el régimen de la sociedad anónima y el régimen general de las sociedades comerciales, ambos del Código de Comercio.

No obstante, lo señalado, es necesario tomar en cuenta que esta forma de organización empresarial, hoy tipo societario, se encuentra protegida por la CPEP, cuando entre los Derechos fundamentales y garantías establece en el art. 21.4. la libertad de asociación en forma pública o privada con fines lícitos; en el art. 52 se reconoce y garantiza la libre asociación empresarial, el art. 56 en el que se garantiza el derecho a la propiedad privada individual o colectiva con la condición de que cumpla una función social; en el art. 308 reconoce, respeta y protege la iniciativa privada y garantiza la libertad de empresa; artículos de la CPEP que ya fueron analizados en el Capítulo II de la primera parte, cuando se hizo referencia al rol y política de intervención en la economía por parte del Estado que dan el marco constitucional a las finalidades y objetivos del presente trabajo.

Mencionar que la SEM se encuentra señalada en forma expresa en el art. 363.II., de la CPEP⁴¹⁸, como una forma de asociación para la ejecución de actividades de YPF. De entre estas disposiciones constitucionales, cabe resaltar que necesariamente el régimen de la SEM ha de ajustarse a lo dispuesto por el art. 410 d la CPEP, referido al bloque de constitucionalidad y la jerarquía normativa que establece el mismo en función a las competencias de las entidades territoriales, dentro de las cuales se encuentran las normas que señalamos en el régimen normativo específico de la SEM.

⁴¹⁸ La CPE del 2004, en el art. 139 establecía una parecida regulación sobre la exploración, explotación, comercialización y transporte de los hidrocarburos facultando la contratación con sociedades de economía mixta para estas actividades; asimismo en el art. 145 señalaba que las explotaciones a cargo del Estado preferentemente se ejecuten por entidades autónomas, autárquicas o sociedades de economía mixta, en realidad a la SEM no solo se le atribuía la exclusiva participación en el sector de hidrocarburos, sino en todas las explotaciones a cargo del Estado. La actual CPEP del 2009, tampoco es limitativa respecto a la participación de la SEM en la economía, pero como de manera general la participación privada en la economía no está restringida, el sector privado puede participar junto al sector público en sociedades de economía mixta en otros rubros de la economía conforme a lo dispuesto por la Disposición final sexta de la Ley 466 que se refiere a la actividad financiera del Banco de Desarrollo Productivo - BDP SAM, y especialmente la Disposición Décima primera en que faculta al COSEEP la constitución de SEM para el desarrollo de actividades económicas, sin restringir las áreas de actividad.

3.1. Los art. 424 al 442 del Código de comercio

El Libro primero, Título III, Capítulo XIII del Código de Comercio se denomina Sociedad de Economía Mixta, abarca desde el art. 424 al 442, en diecinueve artículos establece la regulación normativa de especial y preliminar aplicación para la creación, constitución, algunos aspectos referidos a su organización y funcionamiento, los que serán desarrollados en forma detallada y concreta en siguientes párrafos.

3.2. La Ley 466 de la empresa pública

Esta Ley de la Empresa Pública, vigente desde el 26 de diciembre de 2013, además de lo señalado respecto a la modificación del art. 126 del Código de comercio, en la que califica a la SEM como un tipo de sociedad comercial, dispone en forma expresa la modificación del estatus jurídico de varias sociedades de economía mixta a los nuevos tipos societarios definidos en el modificado art. 126 del C.Com., y se incluyen como tipos sociales a la Empresa Estatal Mixta (EEM), Empresa Mixta (EM) y la Empresa Estatal Intergubernamental (EEI), que se encuentran detalladas con sus diferencias en el art. 6 de la Ley 466 de la Empresa Pública.

El efecto directo y específico de la Ley 466 sobre las SEM, es que sociedades de economía mixta existentes, como las señaladas en la Disposición transitoria Segunda, inc. r) debe proceder a la conversión de la Empresa de Distribución Eléctrica Larecaja - EDEL S.A.M. a EEM en razón a los porcentajes accionarios de participación del sector público, bajo un procedimiento señalado en la misma disposición. De igual manera en la Disposición transitoria Tercera II., se dispone que las sociedades comerciales ENDE Andina S.A.M. y Gas Trans Boliviano S.A.M., deben convertirse en EM; en la misma disposición transitoria, señala que YPFB Andina S.A. debe adoptar la tipología de S.A.M., bajo el imperativo de que debe obtener al menos el cincuenta y uno por ciento del

paquete accionario a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 363. II. de la CPEP.

Las Disposiciones transitorias de la LEP en relación a las conversiones de empresas públicas y empresas públicas nacionales estratégicas a EE, y las que corresponden a las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada en las que el Estado participa como accionista o a través de cuotas del capital social, si bien aparentemente parece un reordenamiento del sector empresarial público en razón a los porcentajes de participación, sin embargo estas modificaciones o conversiones preceptuadas, concordadas con lo dispuesto por el art. 6 de la LEP, tienen un significado y efecto sobre la SEM conforme al siguiente análisis.

Resulta que los porcentajes para determinar un emprendimiento empresarial del Estado se definen en el cien por ciento del patrimonio de propiedad del nivel central del Estado igual a EE o empresa estatal; cuando el porcentaje de propiedad del nivel central del Estado es igual más del setenta por ciento y menor al cien por ciento es EEM o empresa estatal mixta, y cuando el porcentaje de participación del nivel central del Estado es del cincuenta y uno por ciento al setenta por ciento, se determina en EM o empresa mixta, los porcentajes residuales a cada tipo son participación del sector privado; entonces cabe plantearse: ¿cuáles serían los porcentajes que determinan la constitución de la SEM?. Por un lado, se ha de tomar lo dispuesto para el sector hidrocarburos en el art. 363 de la CPEP que señala como porcentaje de participación mínimo el cincuenta y uno por ciento para el Estado, pero este es un sector concreto y determinado por la CPEP, como venimos reiterando. Luego está lo dispuesto por la misma LEP cuando señala en la Disposición final Décima primera que la decisión de constituir las SEM corresponde al COSEEP, además de definir los sectores de actividad, sin señalar ningún parámetro de propiedad patrimonial ni accionaria por parte del nivel central del Estado; de manera que la SEM no se encuentra restringida por porcentajes de participación del sector público ni del sector privado, pudiendo de manera autónoma ser fijados por el órgano estatal que en este caso es el COSEEP.

Cuando el Estado mediante aportes del nivel central pretenda realizar emprendimientos empresariales en el rubro comercial, industrial o de prestación de servicios junto a la participación del sector privado, puede tomar cualquiera de los tipos societarios como ser: EEM, EM o SEM, en los cuales tiene un efecto gravitante el porcentaje de participación de ambos sectores, ya que están delimitados en el art. 6 de la LEP; solo en caso de decidirse por la SEM, los porcentajes de participación en el capital social no tienen ningún efecto directo para su constitución. Donde sí tienen efecto es en la aplicación normativa, que en el caso de elegir sea la EEM, EM o la EEI, es de aplicación principal o especial la LEP conforme dispone el art. 7.I. a), y el actual 126 del C.Com., que determinan la aplicación supletoria del régimen del C.Com.; en tanto que para la SEM es de principal aplicación la norma específica del código de comercio y de manera supletoria el régimen normativo de la Sociedad Anónima (S.A.), por efecto de la sistematización o integración normativa la general para las sociedades comerciales del Código de Comercio, quedando de manera casi tangencial la aplicación de la LEP, para casos específicos.

Entonces la pirámide normativa de aplicación para las empresas estatales sean EEM o EM⁴¹⁹, y las SEM es diferente, ya que ésta última tiene una menor regulación referida a los mecanismos de control y fiscalización en la administración y funcionamiento de la actividad. También es de advertir que el objeto social en las SEM es amplio dentro de las actividades comerciales, industriales o de servicios; en tanto que las EEM y EM, de la lectura del art. 5 de la LEP y el contenido integral de la misma, se puede colegir que son de orden estratégico y social. Aunque es evidente que este aspecto determinaría en ocasiones la constitución de la SEM o de las EEM y EM, ya que los sectores de la actividad de hidrocarburos, minería, energía, telecomunicaciones y transporte, en principio han sido definidos como actividades estratégicas; salvando las actividades señaladas por el art. 363 de la CPEP, las demás actividades para que sean constituidas como SEM, tendrían que ser definidas

⁴¹⁹ No se ha hecho referencia dentro del análisis a la EEI porque en ella no participa el sector económico privado.

por el COSEEP conforme señala la Disposición final Decima primera y ajustarse al procedimiento establecido en la Disposición final Decima, lo cual constituye una derogación a lo establecido por el Código de Comercio para las SEM.

3.3. El porcentaje del 51% del art. 363 de la CPEP

El art. 363. II. de la CPEP, dispone expresamente: *“YPFB podrá conformar asociaciones o sociedades de economía mixta para la ejecución de las actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos. En estas asociaciones o sociedades, YPFB contará obligatoriamente con una participación accionaria no menor al cincuenta y uno por ciento del total del capital social.”*, la disposición constitucional es clara cuando señala que la participación accionaria de YPFB no será menor al cincuenta y uno por ciento, pero la LEP en la Disposición final Primera ha limitado el porcentaje de participación de YPFB Corporación SAM, del cincuenta y uno por ciento hasta el setenta por ciento, de manera que la participación del sector privado en las SEM de actividades de hidrocarburos, nunca serán menores al treinta por ciento ni mayores al cuarenta y nueve por ciento. De alguna manera el parámetro establecido por la LEP para ese sector, podría ser aplicado por analogía en las SEM constituidas en otras actividades que no sean hidrocarburos.

3.4. La supletoriedad normativa de la sociedad anónima

El C.Com., en el art. 425 como norma especial de la SEM, señala que, salvando las disposiciones especiales del capítulo en cuestión, para su constitución y desenvolvimiento rigen las normas de las sociedades anónimas; es decir que en todo lo que no alcance la norma especial o específica del Capítulo de la SEM, se tendrá el auxilio normativo del régimen de la S.A. La sociedad anónima se encuentra regulada en el C.Com., desde el art. 217 al art.

335, contiene de entre las sociedades comerciales el régimen más completo, pues esta es norma supletoria de la sociedad de responsabilidad limitada, de la comandita por acciones y también en este caso de la SEM. A efectos de todo lo que el régimen de la S.A. supla en la constitución y desenvolvimiento de la SEM, que no es poco conforme se verá posteriormente, solo queda decir que la estructura organizativa de la S.A. típica sociedad capitalista ha sido desarrollada en el ámbito mercantil boliviano para emprendimientos de tipo financiero, de seguros, grandes industrias o comercios, que es la estructura normativa más acorde a los emprendimientos que se pretenden con la constitución de las SEM. En este régimen se pueden aplicar las formas de constitución por acto único y por suscripción pública, el tratamiento de las acciones, el establecimiento de derechos y deberes de los accionistas, la estructura de órganos como la Junta de accionistas, el Directorio, la regulación interna por los estatutos para la administración de la sociedad, así como el órgano de fiscalización interna que es parte de toda esta forma de organización social. En el desglose del estudio de la SEM se verán en forma detallada los elementos propios de la S.A. que serán incorporados en la constitución y el desenvolvimiento de la sociedad de economía mixta.

3.5. El régimen general de las sociedades comerciales

El C.Com., en el Título III desde el art. 125 al 172 contiene un bloque de normas comunes a los distintos tipos de sociedad que constituye una especie de estructura de fuentes de normas generales aplicables y de cumplimiento obligatorio por todos los tipos sociales. En esta se formalizan los diferentes tipos sociales, el contenido básico del instrumento constitutivo, los procedimientos a seguir hasta la obtención del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad por parte de los organismos públicos como el Registro de Comercio, el régimen básico de las responsabilidades de los administradores, los diferentes eventos que pueden sucederse durante la constitución y desarrollo de las sociedades, así como los diferentes tipos de

aportes que pueden ser realizados por los socios y otras caracterizaciones especiales de las sociedades comerciales. La SEM no es ajena al cumplimiento de esta normativa, debiendo observarla como norma general básica en el momento de su constitución de manera armonizada y anteponiendo la específica de la SEM, que es de aplicación preferente; asimismo durante su desenvolvimiento o existencia legal en el tiempo, después del régimen de la SA, serán aplicables estas normas básicas cuando se encuentren ante un vacío o se presente una laguna normativa.

Por lo que se puede concluir, que la estructura del régimen normativo de la SEM obedece a la aplicación principal de lo dispuesto en el código de comercio como regulación propia de la SEM; desde la promulgación de la LEP – diciembre de 2013 - lo que corresponda a la SEM; luego la del régimen de la S.A. que es supletoria o de auxilio para completar a las anteriores y el régimen general de las sociedades comerciales en todo lo que no contradiga a la propia o sea necesaria para llenar los vacíos normativos de la especial.

4. OBLIGATORIA REFERENCIA A LA LEY DE LA EMPRESA PÚBLICA

La Ley 466 de 26 de diciembre de 2013 de la Empresa Pública (LEP), contiene el régimen legal que adoptarán las empresas del Estado, también regula aspectos de importancia referidas a su desenvolvimiento que guardan líneas de similitud con lo dispuesto en el C.Com., para la constitución legal de las sociedades de economía mixta (SEM) y las sociedades anónimas (S.A.), que serán revisados y analizados de manera comparativa.

Uno de los primeros aspectos a tomar en cuenta es que según la LEP se entiende que Empresa Pública es una denominación genérica que incluye a la empresa estatal, la empresa estatal mixta, la empresa mixta y la empresa estatal intergubernamental, como tipos concretos descritos en esta ley, los cuales podrán tener carácter estratégico o social. Un segundo aspecto de importancia es que esta ley se refiere solo a las empresas públicas del nivel

central del Estado⁴²⁰, lo cual significa que en estas empresas participa el Estado con su prerrogativa de ente ejecutor de las competencias máximas dentro de la estructura organizacional del Estado, tanto en la emisión de normas generales como en la jurisdicción geográfica por su cobertura nacional, diferente de las entidades autónomas departamentales y las municipales autónomas.

Un tercer aspecto es que ubica a las empresas del Estado en una posición jurídica de carácter público-privado para la realización de actividades de producción de bienes y/o prestación de servicios, ya que anteriormente las empresas públicas estaban sometidas a las regulaciones del Derecho administrativo. Asimismo, contiene normas que atingen al ámbito laboral, de transparencia y de control público y social, de manera que se han producido con la LEP cambios fundamentales a ser aplicados en la existencia legal de las empresas públicas, pero que también de alguna manera cobran relevancia en la SEM.

4.1. Las empresas públicas departamentales y municipales

El Estado para la creación de las empresas públicas se ampara en la Constitución Política del Estado, art. 298, I, núm. 12 y II. núm. 28., en los que se encuentra descrito el marco de sus competencias privativas y exclusivas. La primera atribuye como competencia privativa del nivel central del Estado la creación, control y administración de las empresas públicas estratégicas del nivel central del Estado, lo que significa que emitirá la legislación, reglamentación y ejecución en forma privativa sin transferir ni delegar dicha prerrogativa; la segunda disposición señala como competencia exclusiva del

⁴²⁰ La referencia al nivel central del Estado parte de la Constitución Política del Estado cuando se refiere a los órganos legislativos constitucionalmente habilitados para sancionar leyes, ya que de acuerdo a los art. 297, 298, 299, 300, 301 y 302 se definen las competencias del nivel central del Estado, las de las entidades territoriales autónomas y los gobiernos departamentales autónomos, en la que cada cual tiene una determinada competencia sea privativa, exclusiva, compartida y concurrente delimitada por materias sobre las que pueden sancionar leyes, así la legislación básica es de competencia del nivel central del Estado y las de desarrollo por materias el nivel departamental y municipal, sin exceder el ámbito que le corresponde a cada una de ellas.

nivel central del Estado las empresas públicas del nivel central del Estado pero tiene facultad legislativa, reglamentaria y ejecutiva para crearlas pudiendo transferir y delegar las facultades reglamentaria y ejecutiva.

También están las competencias exclusivas de los gobiernos departamentales autónomos, pues en ejercicio de ellas podrán crear mediante leyes departamentales empresas públicas dentro de su jurisdicción territorial, así se encuentra expresado en el art. 300.I, núm. 29 de la CPEP; de igual manera los gobiernos municipales autónomos podrán crear mediante ordenanzas, empresas públicas municipales, puesto que tienen facultad exclusiva señalada en el art. 302.I, núm. 26 de la CPEP.

Del análisis de la normativa constitucional y lo dispuesto en el art. 2 de la LEP se concluye que ésta disposición legal es sólo aplicable a las empresas públicas constituidas por el nivel central del Estado, es decir, se trata de empresas con aportes de capital por parte del Estado mediante recursos del Tesoro General de la Nación, pero en su desempeño estas empresas públicas tendrían presencia en todo el territorio nacional. Como se ha visto, las empresas públicas pueden ser no solo las del Nivel Central del Estado sino también departamentales y municipales en aplicación a lo dispuesto por la CPEP en los arts. 300 y 302, y pueden ser creadas con la facultad exclusiva de los gobiernos departamental o municipal que dictaran las disposiciones legales para tal efecto dentro su jurisdicción; de igual manera sucederá con la reglamentación y ejecución aplicable a estas empresas públicas. No obstante, no se debe dejar de mencionar que se establece en el art. 3 de la LEP como precepto orientador de la gestión empresarial pública, la posibilidad de articular y complementar los emprendimientos empresariales en forma conjunta entre el nivel central del Estado y los gobiernos autónomos departamentales y municipales, como otra opción de participación por estas entidades autónomas.

4.2. El carácter público-privado de las empresas del Estado

Las características de la naturaleza jurídica pública-privada de la empresa pública se encuentran dispersas en todo el desarrollo de la Ley 466, sin embargo al tratarse de una norma de orden administrativo que regula la creación, administración, supervisión, fiscalización y control, así como la reorganización, disolución y liquidación de las empresas públicas, además también se tomarán en observación las normas reglamentarias que corresponden al orden jurídico de Derecho Público; sólo en defecto de ellas se aplica lo dispuesto por el Código de Comercio que corresponde al orden jurídico de Derecho Privado.

Como regulación complementaria están las resoluciones del órgano máximo de las empresas públicas que es el Consejo Superior Estratégico de la Empresa Pública (COSEEP), como instancia de definición de políticas, estrategias y lineamientos generales de gestión de las empresas públicas; la LEP ha desarrollado una normativa específica para las empresas públicas dependiendo de la tipología que adopten éstas, así ha regulado aspectos concretos como el contenido mínimo de los estatutos, la estructura organizativa interna y las atribuciones de los administradores, también se refiere a los mecanismos de control interno y externo de las empresas públicas y otras formalidades bajo regulación que contiene características idénticas o parecidas a las que regulan el funcionamiento de las sociedades anónimas en el C.Com., como se verá en adelante.

Vemos que en el art. 7. I, a) de la LEP se establece el régimen legal aplicable a la empresa estatal mixta, la empresa mixta y la empresa estatal intergubernamental, señalando que además de lo establecido en la Ley de la empresa pública aplicarán supletoriamente lo dispuesto por el C.Com para las SEM; de manera que en el desempeño de sus actividades deben acatar esta normativa de carácter público combinando para determinados actos la aplicación del régimen jurídico de Derecho privado contenido en el C.Com., entre los que destacan la aplicación de la estructura orgánica que corresponde

con pequeñas variaciones a la que rige la organización de la SA. En las empresas publicas constituidas a partir de la promulgación de la LEP rigen los órganos sociales como ser la Junta de Accionistas, el Directorio y la de control con los Síndicos, a los que se ha añadido la Gerencia Ejecutiva, Área Gerencial y Área operativa, de éstos tres últimos la ley sólo ha desarrollado los caracteres generales de la gerencia ejecutiva, dejando los otros sin ninguna mención específica respecto a atribuciones y funciones y otras. Así la junta de accionistas se constituye como la máxima instancia de decisión con dos tipos de juntas, la ordinaria y extraordinaria con sus respectivas atribuciones; el Directorio como órgano de administración con sus atribuciones y requisitos para su conformación, de igual manera la Gerencia ejecutiva como la máxima autoridad ejecutiva, y la institución de los Síndicos⁴²¹ como órgano de fiscalización interna que en relación a sus funciones se remite a las disposiciones contenidas en el C.Com., de igual manera el régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada de los directores de conformidad al art. 61. III, que dispone la aplicación de las disposiciones del C.Com., en todo lo que no contravengan a la CPE y la Ley 466.

En la estructura que la LEP dispone para las empresas publicas existe una marcada similitud en la estructura organizativa que el C.Com., adopta para la sociedad anónima, combinados con los requisitos legales que se exigen para la constitución de la SEM; así según lo dispuesto en el art. 7 de la LEP se establece el régimen legal señalando como norma de principal aplicación la LEP y sus normas reglamentarias, el Código de Comercio y las resoluciones del COSEEP. El art. 4, referido a la naturaleza jurídica de las empresas públicas se expresa puntualmente que se desenvuelve en un ámbito jurídico de carácter público-privado; de lo cual se puede anotar que pese a esa naturaleza público-privada debe cumplir formalidades como la inscripción en el Registro de Comercio, lo cual con certeza obedece a que esta ley ha modificado el art. 126 del C.Com. La similitud con la SEM está en la participación del Estado que apartando a la Empresa Estatal en la que el capital es aportado en un cien por

⁴²¹ Art. 59 de la Ley 466.

ciento por el Estado, las demás formas de organización reciben aportes parciales por parte del Estado, a partir de las que el legislador ha creado una estructura tipológica en función a los porcentajes de participación entre el socio Estado y los aportes privados o de las Entidades Territoriales Autónomas.

En lo referido al objeto social o actividad, tanto la SEM del C.Com., como las empresas públicas de la LEP se constituyen en unidades económicas dedicadas a la producción de bienes y la prestación de servicios y su comercialización; ambas formas de organización tienen la característica de atender al interés colectivo y el fomento; así para la empresa estatal de la LEP se ha definido con mayor detalle el tipo de actividades que puede desarrollar y las ha clasificado en las de carácter estratégico y las de carácter social, aspectos que no están específicamente definidos en el C.Com., para la SEM, pero que se subsumen cuando se refiere a la explotación de empresas dedicadas a desarrollar actividades de interés colectivo o de fomento y el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios.

La LEP ha incorporado a la SEM, la empresa mixta, la empresa estatal mixta y la empresa estatal intergubernamental como tipos de sociedad comercial, debiendo por tanto sujetar la mayoría de sus actividades de constitución y desarrollo comercial a las formalidades establecidas en el C.Com.; pero reiteramos que pese a ello, las empresas públicas de la LEP deben considerar las disposiciones de la Ley 466 como de preferente aplicación, de manera que visiblemente se produce esa fusión derecho público-privado sobre estas empresas estatales. Será importante conocer la reglamentación de la LEP, ya que la Disposición Adicional Décima Segunda señala que la ley sería reglamentada mediante decreto supremo para su correcta interpretación y aplicación⁴²².

Por último se puede mencionar que en el desarrollo de la actividad empresarial, el Estado revela en el art. 5 de la LEP, la búsqueda u obtención de ganancias o

⁴²² A la fecha de elaboración del presente trabajo, la reglamentación a la LEP no ha sido promulgada, han pasado ya más de un año y medio.

utilidades, denominada lucro como característica típica de los emprendimientos empresariales del sector privado; así la LEP las que denomina: “*finalidad de la producción de excedentes económicos*”; asimismo en el art. 31 y 32 en forma similar al C.Com.⁴²³, la LEP prescribe la constitución de la Reserva legal como una previsión destinada a cubrir eventuales pérdidas y en cuanto a las utilidades es ya textual y patente que la actividad empresarial estatal busca el lucro para la distribución de las utilidades, aunque con la diferencia que en las sociedades comerciales del C.Com., es la Junta de accionistas la que resuelve la distribución de las utilidades, en tanto que en las empresas públicas es el COSEEP el ente que define los lineamientos a seguir para la distribución de las utilidades.

4.3. Los porcentajes de participación que configuran la tipología

Apartando a la empresa estatal (EE), en el art. 6 la LEP establece una tipología para las empresas públicas estratégicas y sociales, tipología que se encuentra totalmente basada en los porcentajes de participación estatal en el patrimonio de las mismas.

En principio cabe hacer un breve comentario respecto a la diferencia entre patrimonio y capital, debido a que cuando la LEP se refiere a la tipología de las empresas del Estado utiliza como parámetro de diferenciación entre ellos, los porcentajes de variación del patrimonio relacionados con los sujetos que participan en la empresa y no el capital social, por lo que conviene recordar que el capital social es aquella suma que coincide con el total de los aportes de los socios o el porcentaje de acciones de propiedad de cada uno, y además permanece de manera casi invariable, salvo se realicen aumentos o disminuciones al mismo; por lo que el momento de la constitución de la sociedad es el único momento en que el capital y el patrimonio son iguales. Dicho esto, es necesario dejar claro que el patrimonio es el conjunto de activos y pasivos de la sociedad y varía en su cuantía de momento en momento,

⁴²³ El art. 189 del C.Com., establece la constitución de la Reserva Legal de manera idéntica.

porque está sujeto a la fluctuación de las ganancias o pérdidas de la dinámica empresarial realizada por la sociedad, pudiendo llegar a ser mayor o menor que el capital. Broseta Pont se refería al capital como una *cifra de retención*⁴²⁴, pues impide que se distribuyan utilidades en caso de que el patrimonio no supere su cuantía.

Retomando el tema, en la LEP la tipología que establece el art. 6 tiene como elemento base al patrimonio y no al capital, lo cual puede tener mucha significación si se interpretara y aplicara en forma literal, más bien parece haber un *laspus linguae* en función a la diferencia entre el capital y el patrimonio. Así la en la clasificación tenemos a la empresa estatal (EE) en la cual el patrimonio debe pertenecer en un cien por ciento al Estado, con esta conformación del capital puede ser calificada como la empresa estatal por excelencia, es pura sin intervención del aporte privado; en la empresa estatal mixta (EEM), el patrimonio debe contener aportes por parte del nivel central del Estado, que sean mayores al setenta por ciento y menor al cien por ciento, junto a aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras las cuales nunca superarán el treinta por ciento, pudiendo llegar a ser inclusive el uno por ciento. En las empresas mixtas (EM), el patrimonio deben tener aportes por parte del nivel central del Estado en un porcentaje desde cincuenta y uno hasta el setenta por ciento y aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras que podrán alcanzar máximo hasta el cuarenta y nueve por ciento y un mínimo de treinta por ciento; por su parte las empresas estatales intergubernamentales (EEI), en las que el nivel central del Estado tiene aportes al patrimonio mayores al cincuenta y uno por ciento y menos del cien por ciento, los aportes privados no pueden ser desde cuarenta por ciento como máximo y uno por ciento como mínimo. En las tres últimas formas empresariales pueden participar las

⁴²⁴ Broseta Pont Manuel, *Manual de Derecho Mercantil, ...*, op. cit., pág. 341. Hace referencia a la importancia del capital y la función que cumple respecto a la garantía de terceros frente a los aportes de los socios que no soportan las deudas sociales.

Entidades Territoriales Autónomas (ETAs)⁴²⁵, entendidas como gobiernos autónomos departamentales y municipales. De esta disposición se puede colegir que las EE y las EEI pueden ser consideradas con participación estatal en el total de sus aportes y por ende del capital, debido a que la EE está conformada en forma exclusiva por aportes del Estado desde el Nivel Central; por su parte la EEI están conformadas por capital del Estado como Nivel Central y junto a ella participan las ETAs, con lo cual en ambos tipos de organización está ausente el aporte privado.

A partir de la anterior descripción, se hace totalmente necesario referirnos a que la Disposición final octava de la LEP que modifica el art. 126 del C.Com., se refiere a la tipicidad como característica que diferencia a un tipo social de otro y que, desde la promulgación de la LEP se han incluido dentro del Código de Comercio como tipos sociales a la SEM, la EM, la EEM y la EEI⁴²⁶.

Las formalidades exigidas para la constitución del patrimonio público-privado en estas empresas estatales, guarda similitud con la de las sociedades comerciales, en especial con la SEM, con la diferencia que en la SEM no se establece un porcentaje mínimo o máximo de aporte estatal o privado, salvo lo

⁴²⁵ Resulta que tanto en la EEM y la EM se establecen porcentajes de participación del Nivel central del Estado y los aportes privados, pero se adhiere la indicación de que las ETAs pueden participar en estas empresas como otro socio, lo cual significa que en las EE y EM pueden participar tres tipos de socios, entre los que está el Estado Nivel Central, los privados y las ETAs, de manera que en los parámetros porcentuales definidos en el art. 6 de la LEP los privados y las ETAs podrán participar con el porcentaje que no tome el Estado Nivel Central. Por lo que en función a los porcentajes determinados habrá que definir si el aporte de las ETAs es aporte privado o es aporte público para poder categorizar a la empresa como EEM o EM, puesto que la participación de las ETAs como otro socio, no es explícita.

⁴²⁶ Es necesario establecer la diferencia entre la tipología y la tipicidad societaria, la primera se refiere a un esquema legal que individualiza las características generales que configuran al tipo social en tanto que la segunda se refiere a los rasgos indisponibles que sustentan la seguridad jurídica de terceros, de manera que la norma fija un régimen que es inderogable frente a la voluntad de los socios. Así el art. 1 de la Ley 19.550 de Sociedades de la Argentina, se refiere a la tipicidad como la forma de organización prevista en la ley; sancionando con nulidad a las sociedades que no se ajusten al tipo, art. 17; de igual manera el Código de Comercio de Colombia Ley 410 de 1971 se refiere a los tipos sociales regulados sin dar lugar a la libertad contractual para la constitución de otros tipos sociales; en España el Código de Comercio en el art. 122 no utiliza el vocablo tipo, pero establece de manera imperativa cuales son las formas que las sociedades mercantiles pueden adoptar (redactado de acuerdo al art. 14 de la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades; en cambio el Texto refundido de las Sociedades de Capital en su art. 6, hace una indicación expresa a los tipos sociales y encuadra a las sociedades que tienen como característica principal un régimen en función al capital.

dispuesto por la CPEP en el art. 363. II, cuando dispone que YPFB podrá conformar sociedades de economía mixta para las actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos, sociedades en las que YPFB debe tener de manera obligatoria una participación accionaria no menor al cincuenta y uno por ciento del total del capital social; de manera que esta especial disposición sobre el porcentaje alcanza a estas SEM, pero no a la generalidad de ellas.

Como se refirió la EE tiene participación patrimonial exclusivamente del Estado, no hay posibilidad alguna de participación por parte del sector privado, es más el art. 63 de la LEP señala que cuando la totalidad de las acciones de la EEM, EM y EEI se transfieran a favor del Nivel Central del Estado, éstas se transformarán en EE⁴²⁷. En la EEM, el aporte privado puede oscilar entre el veintinueve o uno por ciento, es decir que bien puede tener solo un uno por ciento o puede llegar máximo al treinta por ciento, ya que el aporte estatal solo puede ser mayor del setenta por ciento y nunca el cien por ciento, porque en caso que llegue al cien por cien se transformaría en una EE. En la EM, el aporte privado tiene un rango mayor, puede ser desde el cuarenta y nueve por ciento hasta un mínimo de treinta por ciento, el aporte estatal tiene un tope máximo del setenta por ciento hasta un mínimo del cincuenta y uno por ciento, es evidente que la variación de estos porcentajes daría lugar a la transformación de la empresa, sea en EE, EEM o en EEI. Por último, en la EEI, todos los aportes son estatales, pero unos del nivel central del Estado y los otros de las ETAs, entendidas como las entidades territoriales autónomas; con rangos de aportes para el nivel central del Estado desde el cincuenta y uno por ciento hasta el noventa y nueve por ciento; es decir que las ETAs, pueden tener un aporte mínimo de uno por ciento y un máximo de cuarenta y nueve por ciento. Por lo expuesto vemos que el común denominador en los aportes por parte del nivel central del Estado es el aporte mayoritario, lo cual determina su posición dominante dentro de la gestión y administración de estas empresas.

⁴²⁷ Cabe señalar que la LEP cuando se refiere a la transformación ya no habla de patrimonio, sino de acciones.

Se reitera al respecto de la EEI que aunque en su patrimonio existen dos tipos de aporte, su formación patrimonial es de orden netamente estatal, aunque es necesario precisar que corresponden a diferentes niveles estatales como el central y las entidades territoriales autónomas ETAs, o sea aportes patrimoniales de los gobiernos autónomos departamentales y municipales, no obstante ello el legislador la ha tipificado junto a las empresas mixtas asignándole requisitos y formalidades a cumplir respecto a la creación, las formalidades documentales para su constitución, su estructura y los estatutos que regularán sus actividades de forma similar a aquellas en las que si hay participación privada. Creemos que estas EEI, en el fondo son una forma de empresa estatal EE, con el aditamento que además se la ha tipificado como un tipo de sociedad comercial.

En cuanto a los requisitos y las formalidades a cumplir para su constitución, las EEM, EM y EEI, en primer lugar deben proceder a elaborar el proyecto de la empresa, la minuta de constitución, el proyecto de estatuto, el proyecto de Decreto Supremo como documentos previos para la tramitación del anteproyecto de Ley que autorice el aporte del nivel central del Estado; estos procedimientos tienen cierta analogía con los requisitos y formalidades prescritas en el C.Com. para las SEM, tanto en el fondo como en la forma pues se utilizan inclusive vocablos propios de las sociedades comerciales como el hecho que los aportantes se denominan accionistas, porque el capital de igual manera que en la S.A., obedece a la emisión de acciones y además prescribe las categorías de capital autorizado, suscrito y pagado, con emisión de acciones de igual valor, cuyo valor nominal es de bolivianos cien o múltiplos de cien; dichas acciones deben ser emitidas en series, siendo las acciones del Estado y de las ETAs nominativas e intransferibles, en tanto que las privadas nominativas y transferibles. En lo referente a la estructura orgánica también es similar a la de las S.A., ya que tienen una Junta de accionistas, un directorio, gerencia ejecutiva, y los síndicos habiendo detallado las atribuciones de cada uno de estos órganos en el texto de la Ley.

4.4. La característica estratégica o social de las empresas del Estado

La calificación del carácter estratégico o social de las empresas estatales está facultada al COSEEP, órgano constituido como Consejo Superior Estratégico de las Empresas Públicas que deberá interpretar e identificarlas en función a lo dispuesto por la CPEP, además de las listadas en la Ley como las actividades económicas en los sectores de hidrocarburos, minería, energía, telecomunicaciones, transporte y otros de interés estratégico para el país, lo cual deja abierta la posibilidad de que el COSEEP categorice nuevas actividades como estratégicas⁴²⁸. Una característica importante es que las empresas estratégicas deben cumplir la finalidad de producir excedentes económicos, que servirán para potenciar el desarrollo económico productivo del país, así como financiar la atención de políticas sociales necesarias.

Como se ha señalado anteriormente se identifica el ánimo de lucro por parte del Estado cuando realice estos emprendimientos empresariales, tómesese en cuenta que el lucro o logro de utilidades es elemento esencial de los emprendimientos empresariales privados. Esta posición adoptada en la Ley 466 condiciona la dinámica empresarial estatal, primero a que deben obtener utilidades y segundo a que las empresas estatales deben observar las reglas de la competencia para competir dentro del mercado, de manera que la liberación de la mayoría de los requisitos burocráticos de orden administrativo, nos conducen a justificar la apropiación del régimen privado establecido por el C.Com., en estas empresas estatales.

La calificación de empresa pública de carácter social es la que ofrece algún tipo de cuestionamientos en relación a sus objetivos y finalidades a saber, pues el art. 5. II señala que el carácter social está determinado por el hecho de que contribuya al crecimiento económico y social, “*creando empleos*”, aspecto altamente sensible, puesto que la actividad empresarial de por sí crea empleos pero no como finalidad; en segundo lugar la prestación de servicios y la

⁴²⁸ Marina García-Tuñón, Ángel, Paredes Villalba, Wilma, “Una reflexión (sustantiva) sobre la reciente “Ley de la Empresa Pública”, Revista Boliviana de Derecho, N° 18, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, jul 2014. En la que se hacen mayores puntualizaciones en relación a la Ley 466.

cobertura de demandas insatisfechas parecen coherentes con el carácter social de la empresa pública; en tercer lugar cuando el legislador le asignó la intervención en el mercado para evitar distorsiones, revela de manera expresa el rol interventor del Estado en la economía.

En conclusión, las empresas públicas de carácter estratégico y social al ser parte del desempeño económico del Estado, en la aplicación de la Ley 466 deberán observar al momento de su creación lo dispuesto por la CPEP, con relación a cuáles son las actividades de producción o prestación de servicios que se encuentran atribuidas a cada uno de los niveles estatales y a partir de ahí categorizarlas.

4.5. Los regímenes laboral, presupuestario, financiamiento y otros

La interrelación de disposiciones que corresponden al Derecho público y Derecho privado en las empresas públicas que regula la LEP, tiene un alcance hasta en el régimen laboral determinado para sus trabajadores, ya que dispone aplicar para ellos el régimen dispuesto en la Ley General del Trabajo, calificando sus actividades como de servicios públicos; disposición de orden laboral que aclara un aspecto muy controvertido, ya que los trabajadores que prestan servicios en entidades del Estado han sido considerados funcionarios públicos a los que se les aplican normas del ordenamiento de Derecho Público como el Estatuto del funcionario público⁴²⁹. En lo referente a la administración de bienes y servicios, el régimen presupuestario y contable, de financiamiento interno y externo, de tributos y de importaciones y exportaciones se encuentran regulados por la Ley 466 y facultan a la Empresa corporativa⁴³⁰ la

⁴²⁹ Existe clara contradicción en la aplicación de este artículo sobre la aplicación de la Ley General del Trabajo a los trabajadores de las empresas públicas, ya que, en la Disposición adicional quinta, núm. II, se dispone que los trabajadores que al momento de la publicación de la LEP se encuentren sujetos al Estatuto del Funcionario Público se mantendrán bajo esta regulación, dejando su situación pendiente a una evaluación técnico económica del COSEEP.

⁴³⁰ La Empresa Corporativa se encuentra regulada por el art. 16 de la LEP, en la cual se determina la tipología que puede adoptar entre las opciones de EE o de EEM dependiendo del porcentaje de participación accionaria estatal, en realidad se refiere a una forma de organización que agrupa a varias empresas públicas del sector estratégico que tienen un

estandarización de normas y procedimientos en coordinación con los lineamientos definidos por el COSEEP; sobre los regímenes de planificación empresarial, laboral, financiamiento y administración de bienes y servicios se aparta de la normativa general del régimen público⁴³¹, de manera que la LEP establece en estas materias un régimen especial con la finalidad de compatibilizarlos con la dinámica empresarial privada que obedece a prácticas ágiles, cuidando de no desvincularse de las disposiciones constitucionales.

4.6. Otras formas de organización empresarial del Estado

La Ley 466 también señala en el art. 9 la existencia de las empresas gran nacionales (EG) como modalidad que pueden adoptar el régimen dispuesto para las EEM y EM, dependiendo del porcentaje de participación pública y privada que se aplicará en su definición; su característica especial es que en estas sólo pueden participar con aportes estatales las empresas públicas de los países miembros de ALBA – TPC⁴³², buscando beneficio mutuo. En la configuración de la EG se advierte una contradicción respecto a su tipificación

objetivo común, cuya estructura se define en una empresa matriz que encabeza a empresas filiales y subsidiarias sobre las que ejerce medidas de administración y control a fin de lograr el objetivo común.

⁴³¹ Se aparta de los sistemas generales aplicados a la Administración Pública, determinados en la Ley 1178 de Administración y Control Gubernamental (SAFCO), que han sido aprobados por decretos supremos y resoluciones del Ministerio de Economía (hoy Hacienda) las que se refieren a: Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, Normas Básicas del Sistema de Programación de operaciones, Normas Básicas del Sistema de Contabilidad integrada, Normas Básicas del Sistema de Contabilidad del Sector Público, Normas Básicas del Sistema de Administración de Personal, Normas Básicas del Sistema de Inversión pública.

⁴³² Los países miembros de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América son: Venezuela, Ecuador, Argentina, Dominica, Antigua y Barbuda, Cuba, Nicaragua y San Vicente y Granadinas los cuales suscribieron el Tratado de Comercio de los Pueblos (TCP). Es confusa la redacción del art. 9 de la LEP pues califica a estas empresas grannacionales como una modalidad de EEM O EM según el porcentaje de participación del nivel central del Estado y el sector privado, pero en el párrafo II, dispone que están conformadas por aportes de empresas públicas de los países miembros del ALBA-TPC, sin aclarar si los aportes privados pueden estar participados por personas naturales o jurídicas de los mismos países miembros; en realidad cabe entender que habrían tres tipos de aportes, el del nivel central del Estado, el de las empresas del ALBA – TPC y de los privados, la cuestión está en que los aportes de las empresas públicas de los países miembros se tomarían como aportes privados, ya que está clara la del nivel central del Estado, pero a efectos de cumplir con la categorización tipológica del art. 6 de la LEP se toman estos aportes como privados de origen externo en la condición de empresas públicas.

como EEM o EM, ya que en estos tipos existe participación privada en los porcentajes señalados; pero en las EG no existe participación privada, más aún cuando revisamos el texto del art. 9.II., de la LEP, que es concreto al señalar que las EG están conformadas por los aportes de empresas públicas de los países del ALBA-TPC. Entonces, la participación privada *per se* está ausente; advirtiéndose que la calificación como EEM o EM tendría el sólo objetivo de beneficiar a la misma con la aplicación de la normativa de Derecho pública-privada y así facilitar el desempeño de sus actividades dentro del régimen jurídico con preponderancia privada sobre la pública.

La LEP, también se refiere en el art. 10 y del art. 16 al 23 a la Corporación como forma de organización empresarial en el cual se agrupan varias empresas públicas con la finalidad de un logro común, lideradas por una empresa matriz que dirige y controla a otras consideradas empresas filiales y subsidiarias⁴³³. Estas agrupaciones corporativas se constituyen con las empresas del sector estratégico. Para la constitución de la Corporación la LEP le asigna la tipología de EE o EEM, dependiendo del porcentaje de participación accionaria del nivel central del Estado, también le asigna facultades de control y dirección en las empresas filiales y subsidiarias, en las cuales podrá designar a los miembros del directorio en algunos casos con autorización previa del COSEEP⁴³⁴, por ejemplo cuando los directores representen al nivel central del Estado o cuando se trate de directores de las empresas filiales y subsidiarias⁴³⁵.

⁴³³ Es una especie de holding estatal, a manera de lo que era la Corporación Boliviana de Fomento que agrupó por sectores a más de 170 empresas estatales. Vid. Paredes Villalba, Wilma, *De la Capitalización a la Nacionalización...*, Op. cit., pág. 121.

⁴³⁴ El control y dirección puede ejercerlo de manera directa con la participación accionaria y la indirecta con la participación de otras empresas filiales y de la Corporación en la subsidiaria.

⁴³⁵ Este mecanismo de autorización previa por parte del organismo central de planificación de las empresas del Estado COSEEP, es uno de los rasgos de injerencia o intervención estatal en el desarrollo de las actividades organizativas de las empresas del Estado, que podría tener una influencia determinante debido a que la estructura organizativa diseñada por la LEP para las EEM, EM y EEI, en el art. 29 señala al Directorio como el ente colegiado de segundo orden después de la Junta de accionistas, pero que a través de los porcentajes que determinan la tipología y las autorizaciones previas para la designación de los directores tornan estas designaciones en mecanismos administrativos de control cerrados, que de alguna manera

La LEP dispone en el art. 2. II. el ámbito de aplicación de la ley, señalando que se establecen regulaciones particulares referidas a las SEM en la cuales participe el nivel central del Estado⁴³⁶; la aplicación práctica inmediata de esta prescripción se encuentra en las Disposiciones transitorias y Disposiciones finales en las que aluden en forma directa a la tipología de la SEM para determinadas sociedades y empresas ya existentes. Asimismo, la Disposición final Décima primera establece que la decisión de constituir sociedades de economía mixta en actividades de sectores definidos por el COSEEP, obligatoriamente deben ser autorizadas por ley emitida por la instancia legislativa máxima que es la Asamblea Legislativa Plurinacional, debiendo adoptar para su creación el procedimiento regulado en el C.Com., en tanto que su funcionamiento debe observar lo regulado en la Disposición final décima.

En cuanto a la inclusión de la Empresa mixta, la Empresa estatal mixta la Empresa estatal intergubernamental dentro de la tipicidad de sociedades comerciales aunque el tema es importante, se hace necesario apartarnos de su estudio y análisis; en cambio sí se revisarán los efectos de la inclusión de la SEM como un tipo de sociedad comercial y las disposiciones incluidas en la Ley 466 de 2013 que tengan efectos sobre la SEM o, de alguna manera signifiquen derogación a lo establecido en el C.Com., como regulación normativa específica de la SEM, y que se encuentran en los arts. 424 al 442 en que se regulan las principales características que la distinguen de las otras formas de organización societaria incluidas en el C.Com.

5. EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN DEL ART. 126 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

La modificación del art. 126 incorporado al Código de Comercio mediante la Ley 466 de Empresas Públicas LEP, además de las cuestiones señaladas tiene

reeditan las prácticas burocráticas que se supone debían evitarse para dar agilidad en la operativa de las empresas públicas.

⁴³⁶ No en aquellas SEM que no tengan participación del nivel central del Estado, que serían las SEM solo con participación pública de los gobiernos autónomos departamental y municipal.

otros efectos de importancia relacionados con la SEM, entre las que enumeramos las siguientes: primero, que pese a la modificación ampliatoria con incorporación de nuevos tipos sociales en el art. 126 del C.Com., en el artículo continúa vigente el modelo cerrado de *numerus clausus* para tipificar las sociedades comerciales con todas las cualidades que conlleva esta posición.

Segundo, de lo anterior que significa ampliar el número de las sociedades comerciales comprendidas en el C.Com., notoriamente la modificación del art. 126 con la inclusión de la SEM y las empresas públicas divide los tipos sociales en dos grupos claramente diferenciados, dejando nuevamente a la sociedad de economía mixta SEM en un *tertium genus*. Esto se explica porque las sociedades colectiva, comandita simple, de responsabilidad limitada, anónima, en comandita por acciones y la asociación accidental o de cuentas en participación continúan incólumes en todas sus características, y con la aplicación del derecho privado en sus actos, de manera que la modificación del art. 126 no las ha afectado en nada; en cambio a la SEM que anteriormente tenía su propia normativa en el C.Com., complementada con el régimen de la S.A., la promulgación de la LEP la ha afectado con aplicaciones derivadas de esa norma de orden administrativo conforme vimos en anteriores párrafos y veremos en lo posterior, acercándola un poco más al cumplimiento de regulaciones de tipo administrativo que son propios de las empresas estatales.

Tercero, así como podemos verificar en la regla imperativa del art. 2. II. de la LEP; divide a las SEM en las de participación del nivel central del Estado y aquellas que no tengan dicha participación, de manera que las primeras deben observar ciertas regulaciones especiales contenidas en la LEP y otras normas que la complementan.

Cuarto, divide también a las sociedades comerciales del art. 126, en aquellas no influidas por ninguna otra norma, como son la sociedad colectiva, comandita simple, de responsabilidad limitada, anónima, en comandita por acciones, la asociación accidental o de cuentas en participación y la SEM y las que son

influidas por otra norma y aplican el C.Com., de manera subsidiaria conforme se ha dispuesto para las EM, EEM y EEI, éstas principalmente deben aplicar la normativa de la LEP.

Por todo lo expuesto, se puede exponer una arriesgada afirmación por la que se sostiene que no existe un sentido concreto y claro para que las EM, EEM y EEI se hayan incorporado al Código de Comercio, ya que ni siquiera en su denominación convergen las EM, EEM y EEI con las sociedades tipificadas antes de la modificación, más aun en la regulación de su desenvolvimiento, pues en la LEP se ha esquematizado toda la estructura organizativa de estas empresas estatales⁴³⁷, desde su creación hasta su disolución o liquidación, de manera que la aplicación supletoria del C.Com., en realidad sería sólo para llenar algunas lagunas que pudieran presentarse, pero vemos que la posibilidad es bastante escasa.

Estas empresas estatales incorporadas como nuevas sociedades comerciales quedarían mejor con la denominación “sociedades públicas”, o “sociedades públicas mixtas”, nos referimos a la Empresa Estatal Mixta EEM, la Empresa

⁴³⁷ El Título III de la Ley 466 de las Empresas Públicas, LEP, contiene en sus cuatro Capítulos en el art. 25 las reglas de creación de estas empresas estatales EM, EEM y EEI, en el art. 26 la minuta de comunicación, en el art. 28 regula el contenido básico; en el art. 29. 2., la estructura orgánica; en el art. 30 el aumento o disminución del capital social, en el art. 31. II. la constitución de la reserva legal – artículo idéntico al art. 189 del C.Com.; en el art. 32 los lineamientos para la distribución de las utilidades. En el Capítulo II, está inserto el régimen de gobierno de estas empresas estatales, así la junta de accionistas se encuentra reglada en el art. 33, en el art. 34 las reuniones ordinarias y extraordinarias, en el núm. II. se ve claramente la misma disposición del art. 286 del C.Com.; luego en el art. 35 se encuentran las atribuciones de la junta de accionistas; en el art. 36.II. la estructura, organización y formas de designación de los directores; en el art. 38 las atribuciones del directorio; en el art. 39 las dietas y fianzas de los directores; en los arts. 40 y 41 la estructura y atribuciones de la gerencia ejecutiva y las atribuciones que le asigna la ley, en los arts. 42 y 43 los requisitos e incompatibilidades del presidente, directores y gerente ejecutivo de las empresas estatales. Todo el capítulo III, se refiere a la gestión empresarial pública que contiene una serie de aspectos relacionados con políticas, estrategias, lineamientos y normativa general de las empresas estatales en general desde la visión de Gobierno corporativo; asimismo el régimen laboral de los trabajadores de las empresas estatales, la administración de bienes y servicios en el art. 48; el régimen presupuestario y de financiamiento interno y externo, tributos y las importaciones y exportaciones. En el capítulo IV se regula el sistema de control y fiscalización y en el art. 59 la formación, requisitos y atribuciones del órgano interno de fiscalización denominado síndico al igual que en el C.Com., por último las normas que regulan la responsabilidad por la gestión de las empresas públicas. En el título IV se regula la reorganización, disolución y liquidación de las empresas públicas. Cabe resaltar que cuando la LEP se refiere de manera general a todas las usa los vocablos empresas públicas o empresas estatales indistintamente.

Mixta EM y la Empresa Estatal Intergubernamental EEI⁴³⁸, es decir, a su denominación puede agregarse Sociedad Pública S.P., o Sociedad Pública Mixta S.P.M., o en su caso, sin haberlas incorporado al C.Com., desde la LEP que es su norma específica, se disponga que adopte supletoriamente las disposiciones del C.Com.

En base a lo planteado, cabe deducir que entre la Empresa Mixta EM, de la Ley 466 y la SEM del C.Com., las diferencias a saber son: que en la EM se fija un porcentaje de participación del sector público que oscila entre el cincuenta y uno y setenta por ciento frente al privado que toma la diferencia; en la SEM no existe limitación en el porcentaje de participación para ninguno de los sectores, salvo el de hidrocarburos, regulado desde la CPEP. Los socios en la EM están constituidos por entidades estatales del Nivel Central y las ETAs como sector público en tanto que el sector privado está constituido por aportes privados de origen interno y aportes de empresas públicas o privadas extranjeras. En la SEM el sector público está compuesto por el Estado, entendido en todas sus entidades que suponemos incluye el Nivel Central del Estado, así como las entidades departamentales y locales que en la EM son las ETAs, pero además pueden participar las empresas públicas. Mientras la EM se ha categorizado como una persona de carácter público-privado la SEM es una persona de derecho privado, el régimen jurídico de la primera es la LEP, sus normas reglamentarias y el C.Com., en tanto que para la SEM está el C.Com., como norma de primer orden y la LEP aplicable en aspectos concretos. En cuanto a las actividades la EM debe adecuar su objeto en coordinación con el COSEEP y la SEM debe observar que la finalidad cumpla con el interés colectivo, fomento o desarrollo en actividades industriales, comerciales o de servicios. Anotar también lo que ya se ha visto

⁴³⁸ Respecto a la EEI mantenemos la posición de que debe estar en la categoría de EE Empresa Estatal porque el capital social se encuentra totalmente constituido por el aporte de entidades estatales, compartidas por aportes del nivel central del Estado y de las ETAs que son las Entidades Territoriales Autónomas que pertenecen a los Gobiernos Autónomos Departamentales y Municipales. Se asemeja a aquellas sociedades existentes en Colombia a las que denominamos Sociedad Pública Mixta, o Sociedad Mixta Pública, porque en realidad son sociedades mixtas, pero de participación de entidades estatales de diferente categoría.

anteriormente, que la estructura de la EM descrita en la LEP es muy similar a la de la SEM en el C.Com.

De todo lo cual cabe señalar que a pesar que se muestra interesante revisar todo el entramado normativo de la LEP para las empresas estatales EM, EEM y EEI, ahora tipificadas como sociedades comerciales, vemos que resultaría estudiar toda una especialidad del Derecho Público digno de un trabajo aparte, por lo que no profundizamos en su examen. No obstante, se reitera que la regulación establecida en la LEP para ellas, es bastante similar en sus caracteres generales a la de las sociedades anónimas y en especial a la de la sociedad de economía mixta.

En conclusión, la modificación del art. 126 del C.Com., se presenta como una modificación de forma, pero no de fondo desde la visión del Derecho privado, puesto que se ha incorporado en dicho artículo a una sociedad comercial ya regulada en el C.Com., y tres empresas públicas las que en diferentes grados están más vinculadas al sector público en forma obligatoria y sobre las que la norma de mayor autoridad es la del Derecho público, la Ley 466. Desde la visión del Derecho público de manera inversa se puede deducir que ésta modificación desarrollada en la norma especial de las empresas públicas, contiene un régimen casi completo y que el predominio del Derecho Público es manifiesto. La vinculación de las EM, EEM y EEI con el Código de Comercio, por efecto de la modificación del art. 126, tiene el propósito de atenerse en sus actos con terceros a las normas del derecho privado y en lo interno llenar los vacíos o lagunas que en su funcionamiento puede adolecer la LEP.

III. ASPECTOS ESPECIALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SEM

Las características generales que la SEM contiene en relación a las sociedades comerciales se refieren en primera instancia a que, desde la promulgación de

la LEP en diciembre de 2013, se ha constituido en una sociedad comercial tipificada por el código de comercio, anteriormente no estaba considerada un tipo social. La segunda característica proviene de la primera y es que su régimen jurídico proviene del código de comercio conforme con las demás sociedades comerciales tipificadas. Una tercera es que debe adoptar una denominación y que el número de socios puede ser de dos o más. La cuarta característica general es que su constitución obedece a la formalización como sociedad a través de un contrato de constitución y la aprobación de estatutos como norma regulatoria de su desenvolvimiento interno. Por último, que adopta como estructura social la típica formación de órganos que obedecen a una composición organizativa basada en la Junta de accionistas, un Directorio y los Síndicos.

De manera general se pueden mencionar que entre las principales características específicas de esta forma de organización social está en primer lugar, la participación económica de dos tipos de aportes que corresponden necesariamente al sector público o estatal, a través de cualquiera de los entes de su estructura, y los capitales del sector privado; en principio ambos aportes, no están vinculados a proporciones de participación máximas o mínimas; salvo la del sector hidrocarburos⁴³⁹. Una segunda característica está referida al objeto social, es decir el tipo de actividad a desarrollar⁴⁴⁰, la misma tiene que estar circunscrita necesariamente al interés colectivo, el fomento o el desarrollo, se entiende como cualidades complementarias a las actividades empresariales de carácter industrial, comercial o de servicios.

Una tercera característica específica se encuentra en la identificación de la SEM como persona de derecho privado, pese al aporte estatal, que bien podría conducirla a su identificación como persona de derecho público; a partir de

⁴³⁹ Desde la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado, febrero de 2009.

⁴⁴⁰ En Bolivia las sociedades de economía mixta se encuentran presentes en el desarrollo de actividades industriales, comerciales, de servicios y financieras. Dentro de las SEM industriales habrá que recordar que el art. 363 de la CPE-2009 en la cual se dispone que YPFB podrá conformar sociedades de economía mixta para la ejecutar exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización con una participación accionaria no menor al cincuenta y uno por ciento del total del capital social. En algunos casos se han constituido SEM por motivos de interés social, de seguridad o de fomento hacia determinadas actividades o sectores geográficos deprimidos.

dicha identificación rigen para esta sociedad las normas de las sociedades anónimas; se encuentra una cuarta característica en que todas las acciones son nominativas; también es característica que la fiscalización de estas sociedades necesariamente será compartida entre el socio público y privado, de manera independiente al porcentaje de aportes, porque se nombrarán síndicos por ambos sectores. La diferencia entre la forma de designación y remoción de los directores de ambos sectores, constituye otra característica específica; de igual manera el régimen de aportes no dinerarios como aportes al capital; finalmente la modalidad de transferencia de acciones entre ambos sectores que participan en la SEM. De manera complementaria cabe destacar, el régimen de autorizaciones legales previas que deben tramitarse antes de la constitución de este tipo de sociedad.

Ya en detalle el Capítulo XII del Libro Primero del Código de Comercio Boliviano prescribe las especiales y específicas reglas que regulan la existencia legal de la sociedad de economía mixta en Bolivia, entre las que señala las características propias de esta sociedad, el tipo de personalidad que asume, la denominación que puede adoptar y el número de socios que pueden constituir la; asimismo lista los requisitos que deben cumplirse antes de la constitución de la SEM; el contenido mínimo especial que deben contener los estatutos; el tipo de aportes al capital que el Estado y los socios privados pueden realizar; las modalidades que pueden adoptar las partes en relación a la transferencia de acciones, así también otras especiales circunstancias que pueden acontecer durante el funcionamiento de la sociedad como la representación del sector estatal en las juntas. El marco legal señalado en los diecinueve artículos del capítulo dedicado a las SEM, no constituyen más que las características y requisitos especiales, puesto que uno de ellos, el art. 425 a nuestro entender considerado el eje jurídico de la SEM dispone dos cuestiones muy importantes como son la determinación de persona de derecho privado y su estricta vinculación en cuanto a su constitución y desenvolvimiento a las reglas establecidas para el funcionamiento de la sociedad anónima. La importancia de esta disposición es tan gravitante, que en realidad se debe

conocer toda la regulación normativa de la sociedad anónima (S.A.), para que a partir de ésta se distingan al momento de su aplicación concreta, las especiales normas diseñadas por el legislador para la SEM o SAM, o a la inversa, conforme se verá en el desarrollo de los siguientes parágrafos.

1. EN CUANTO A LOS SOCIOS Y ACTIVIDADES QUE PUEDE DESARROLLAR

Inicia el art. 424 indicando que las sociedades de economía mixta están formadas entre el Estado, prefecturas, municipalidades⁴⁴¹, corporaciones⁴⁴², empresas públicas⁴⁴³ u otras entidades dependientes del Estado y el capital privado. Si bien algunas entidades nominadas en el artículo han cambiado de denominación como las prefecturas y municipalidades, otras como las corporaciones de los años setenta han sido eliminadas de la estructura de

⁴⁴¹ Después de la promulgación de la Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009 se han modificado la denominación del Estado y las entidades que configuran todo el aparato institucional del Estado; así conforme la Constitución Política del Estado (CPE) se modifican las siguientes: Estado por Estado Plurinacional de Bolivia, el art. 5.II, hace referencia expresa de Gobierno Plurinacional; las prefecturas por los Gobiernos Autónomos Departamentales, en concreto la (CPE) en el art. 277 cuando se refiere al régimen de los gobiernos autónomos departamentales; y respecto a las municipalidades, son denominadas en el art. 283 como Gobierno Autónomo Municipal; todo el régimen autonómico está desarrollado en los art. 285 al 288 con las referencias en otros artículos en lo que les corresponda; en cuanto a las corporaciones que en el año 1977 y hasta los primeros años 90 estuvieron vigentes, como órganos públicos de desarrollo y fomento con presencia en cada departamento y que a la fecha ya no existen.

⁴⁴² En el año 1977 de promulgación del Código de Comercio, las Corporaciones eran las entidades consideradas los holding estatales, puesto que entre ellas la Corporación Boliviana de Fomento (CBF) disuelta en los años 90; pero otras se encuentran vigentes como la Corporación de la Fuerzas Armadas para el desarrollo (COFADENA), la Corporación Minera de Bolivia (COMIBOL) que contienen en su seno a diferentes empresas del Estado, caracterizadas por la afinidad de sus actividades algunas como la COMIBOL, y otras por la afinidad de la propiedad de su patrimonio como fueron las empresas de la CBF, que teniendo diferentes rubros de actividad se encontraban dentro de esta entidad por ser empresas de propiedad del Estado. También se encontraban las Corporaciones Regionales de Desarrollo como entidades autárquicas departamentales, las cuales también habían desarrollado una serie de actividades empresariales en su ámbito geográfico, justamente implementando el fomento de actividades industriales o comerciales en función a aspectos como la creación de polos de desarrollo en áreas sociales deprimidas o aquellas en las que era necesaria la intervención estatal, porque la inversión privada no llegaba por diferentes razones a saber.

⁴⁴³ Cuando el art. 424 se refiere a las empresas públicas, abre la posibilidad de la participación estatal no solo del Estado como tal sino a través de las empresas ya conformadas, las cuales desde su posición de entidades con patrimonio autónomo puedan participar en las SEM.

entidades estatales otras perviven y a la fecha bien podrían ser sustituidas por las corporaciones devenidas de la Ley 466 o LEP⁴⁴⁴.

Respecto a las empresas públicas y otras entidades dependientes del Estado, parece que el legislador hubiera querido contener a todas las formas de organización estatal como parte del sector público, es de tener en cuenta que en el año 1977 el término de empresas públicas comprende a la generalidad de ellas como entes autónomos o autárquicos dedicados a la producción de bienes o servicios, también se tenían las entidades estatales descentralizadas y desconcentradas que en algunos casos tenían la actividad de producción y de prestación de servicios, lo preponderante de estas entidades, primero es su dependencia del Estado y segundo que regían su desempeño con normas de Derecho público. En la actualidad las empresas públicas, como ya se estableció en párrafos anteriores tienen una norma especial que las regula, la Ley 466 de 26 de diciembre de 2013, de manera que las empresas públicas que deseen constituir sociedades de economía mixta reguladas por el C.Com., necesariamente para participar en una SEM deben ajustarse a lo establecido por la Ley 466 o LEP. Las otras entidades dependientes del Estado que menciona el artículo, al ser una referencia general se deduce que comprende a todo ente estatal que entre sus facultades y por el orden de su servicio o actividades tenga la posibilidad de participar en este tipo de sociedad como es la SEM.

El otro aspecto de importancia es la unificación del capital público y capital privado que propugna el artículo a través del aporte de entidades públicas y el capital privado para el desarrollo de actividades comerciales al amparo de un

⁴⁴⁴ La LEP en el art. 10 y del 16 al 23 regula el desenvolvimiento de la Corporación como forma de organización empresarial que agrupa a varias empresas del Estado bajo un objetivo común y el liderazgo de una empresa matriz, de la cual dependen las filiales y subsidiarias. Puede estar conformada como EEM o EM, dependiendo del porcentaje del nivel central del Estado, variando los porcentajes establecidos por el art. 6 para la constitución de la EEM, que determina que el porcentaje de participación estatal está entre el 70% y menos del 100%, en cambio la Empresa Corporativa o Corporación será constituida como EEM cuando el nivel central del Estado posea un porcentaje de participación igual o superior al 97% y menor al 100%, esta es una particularidad de la LEP. La Disposición final Décima I. de la LEP, establece que la Empresa Corporativa YPFB puede conformar SEM para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

régimen societario, el de la sociedad anónima, que es de orden privado. Se entiende que como capital privado pueden participar personas naturales y personas jurídicas sean nacionales o extranjeras, con la única condición de realizar aportes al capital.

De otro lado, si bien el objeto social no está textualmente delimitado, sin embargo, en primer lugar, debe tener una orientación social, ya que debe circunscribirse a la explotación de empresas que conlleven por finalidad el interés colectivo. Ese interés colectivo que a decir de Cassagne⁴⁴⁵ se traduce en una finalidad pública y utilidad general, con lo que podría llegarse a justificar el fin económico del Estado; en segundo lugar, podría estar circunscrito a la implantación, fomento o desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios. Nótese que el artículo, en esta parte, no presenta claridad en cuanto a dos aspectos que contiene, el primero que las SEM pueden realizar actividades industriales, comerciales o de servicios que como actividad constituyen el objeto social de cualquier sociedad comercial; el segundo que se trata del cumplimiento de una finalidad que no atañe del todo al sector privado y que se trata más bien de un interés o misión del Estado, como actividades empresariales de interés colectivo, de implantación, fomento o desarrollo; si bien la propia CPEP en el art. 56, se refiere a la propiedad privada y función social; en el art. 308 a la protección a la iniciativa privada para el desarrollo económico y social y en el art. 311 al respeto a la iniciativa empresarial, los que condicionan de alguna manera la participación del sector privado en la economía por la función social y su aporte al desarrollo económico y social.

El sector privado no tiene como misión social el fomento o la implantación de industrias o la prestación de servicios públicos, de manera que al asociarse con el Estado acepta contribuir de manera activa en el cumplimiento de tareas que son más del Estado que de los particulares o capital privado. La regulación contenida en este artículo nos muestra que junto al capital público se ha de encontrar el capital privado para participar en forma conjunta en el desarrollo

⁴⁴⁵ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, Op. cit., pág. 194.

de una actividad comercial, industrial o de prestación de servicios de interés colectivo y que revista carácter social.

El C.Com., al señalar la participación de capitales da lugar a interpretar que el capital privado puede estar representado por una persona particular como empresario individual, o también tratarse de una sociedad como persona jurídica, tampoco limita si se trata de una persona natural o jurídica extranjera. Cuando se trate de persona jurídica sociedad comercial podrá ser de cualquiera de los tipos sociales que tipifica el actualizado art. 126 del Código de Comercio; cabría pensar que si se tratase de sociedades de tipo personalista como son la colectiva, la comandita simple, la comandita por acciones y la asociación accidental o de cuentas en participación, la asociación junto al capital estatal sería poco menos que probable, primero debido a la responsabilidad ilimitada que conlleva este tipo de sociedades, que entraría en contradicción con la responsabilidad limitada de la sociedad de economía mixta según se regula en el art. 437 del C.Com.; segundo que la asociación accidental o de cuentas en participación carece de personalidad jurídica y denominación; los encargados de las operaciones actúan en su propio nombre, y se aplica la responsabilidad solidaria e ilimitada; aspectos que no son compatibles con las formalidades que se exigen en la constitución de la SEM.

Nada obstaría que el capital del sector privado esté compuesto por sociedades como la de responsabilidad limitada, o la anónima, ésta última quizás la más idónea por el mismo hecho que es el tipo supletorio de la SEM. Como ya se hizo notar el C.Com., nada expresa sobre si la participación de capital privado es exclusivamente nacional o puede ser capital extranjero; caso en que también puede tratarse de una persona natural, una empresa unipersonal o persona jurídica. Del análisis de esta parte se deduce como poco probable, pero no excluyente, la asociación del Estado con una persona particular nacional o extranjera, o con un empresario unipersonal para el emprendimiento de operaciones comerciales, industriales o de prestación de servicios, salvando las excepciones que pudieran existir respecto a grandes capitalistas; sin

embargo es más probable que se asocie con una sociedad nacional o con una extranjera que cumpla los requisitos establecidos en el C.Com., arts. 413 al 423 referidos a la ley aplicable en el desarrollo de sus actividades en suelo boliviano; el desarrollo de su objeto social y otras formalidades.

Es evidente en la SEM un fuerte contenido de interés social o colectivo en el desarrollo de sus actividades, a diferencia del sector privado⁴⁴⁶ que en sus emprendimientos empresariales persigue el lucro, en tanto que el sector público en el desarrollo de las mismas actividades persigue el fomento; de donde lucro y fomento resultan ser cualidades contrapuestas; no obstante, el Estado boliviano en tiempo anterior y presente ha incursionado en la producción de bienes y servicios bajo la modalidad de SEM, en especial en actividades de índole estratégica⁴⁴⁷. Morales Guillén⁴⁴⁸ califica la participación societaria entre el capital privado y público como una fórmula feliz, porque permite al Estado y sus órganos realizar actividades comerciales e industriales con mayor eficacia y amplitud que la empresa privada, además con mejor consideración del interés público que debe predominar sobre el interés privado que calificamos como lucro; pero también se debe considerar que en la SEM al aplicarse la normativa del derecho privado se gana en despojarse del cumplimiento de la normativa administrativa que a decir de Cabezas Caballero⁴⁴⁹, se saca a una actividad ejercitada por el Estado del manoseo burocrático y se lo coloca en uno más idóneo a los fines de productividad y eficiencia; de igual forma Ovando explica que se trata de empresas que cruzaron la frontera del interés puramente privado para incursionar en el campo

⁴⁴⁶ El art. 4 define al comerciante como la persona que habitualmente se dedica a realizar cualquier actividad comercial con fines de lucro; asimismo en el art. 6 enumera los actos y operaciones de comercio entre las cuales se encuentran las de comercio, industria, servicios.

⁴⁴⁷ En los años 60 ya se constituyó la Empresa Nacional de Electricidad ENDE como Sociedad Anónima según Resolución Suprema N° 12742 de 4 de febrero de 1965; también el LAB fue una Sociedad Anónima Mixta; en los ámbitos municipales se han creado sociedades de economía mixta para la distribución de gas domiciliario; en su momento las Corporaciones de Desarrollo de los Departamentos también constituyeron sociedades de economía mixta en diferentes actividades de producción de bienes como ser cerámica CEROSAM, y CEROSAM.

⁴⁴⁸ Morales Guillén Carlos, *Código de Comercio concordado...*, op. cit., pág. 478,

⁴⁴⁹ Cabezas Caballero D., *Nociones de Derecho Comercial...*, Op. cit., pág. 148

del desarrollo económico y social y no persiguen solo el lucro, sino se remiten a la concepción de servicio⁴⁵⁰.

2. PERSONA DE DERECHO PRIVADO Y SU DENOMINACIÓN

El texto del art. 425 señala con claridad que las Sociedades de Economía Mixta (SEM), son personas de derecho privado, y salvando las disposiciones especiales contenidas en su propio régimen se sujetan a las normas que rigen la constitución y desenvolvimiento de las sociedades anónimas; al haber señalado el C.Com., que son personas de derecho privado revalida en primer lugar la especial aplicación del régimen societario en todos los aspectos del funcionamiento de la SEM. En la práctica, siguiendo a Cabezas Caballero⁴⁵¹, vemos que destaca que en la constitución de una sociedad con participación de personas físicas o colectivas del sector privado junto al sector estatal se produce un hecho trascendental, que es la transferencia de una repartición pública al sector privado que anula su naturaleza pública para convertirla en una del sector privado; parece referirse a que una actividad que anteriormente era desarrollada por el Estado es transferida totalmente al sector privado y, por tanto, debe adoptar para la realización de sus actos el derecho privado. Pero habrá que considerar primero, que las actividades comerciales, industriales y de prestación de servicios no son privativas del Estado, más bien el sector privado es el principal operador de estas actividades; segundo, que no necesariamente se podría tratar de la transferencia total de una repartición pública al sector privado, la transferencia de la actividad puede ser parcial, por ejemplo por solo parte de la actividad, por tratarse de la actividad a realizar en un solo Departamento, un Municipio o una Provincia y conservarse como actividad pública en otras áreas geográficas. Lo inminente es que efectuada la transferencia de la actividad al sector privado se aplicará en los actos de este ente el derecho privado, aspecto al que se ha referido el derecho

⁴⁵⁰ Ovando Ovando, Jaime, *Sociedades Comerciales...*, op.cit., pág. 562.

⁴⁵¹ Cabezas Caballero D., *Nociones de Derecho Comercial...*, Op. cit., pág. 148.

administrativo. El hecho concreto es que la SEM es una sociedad comercial y desarrolla actividades de índole comercial, en el que uno de los socios o de una parte del accionariado es titular el Estado o es una repartición de la estructura estatal que adopta el régimen organizativo del derecho mercantil en la realización de sus actos y operaciones, sustrayéndose de la aplicación de las normas de Derecho Administrativo, lo que los administrativistas han denominado "*huida al Derecho privado*", o también la utilización instrumental del Derecho privado, aspectos que no creemos sean calificativos justicieros, sino que se trata de una aplicación lógica del Derecho privado en este tipo de actividades, en este caso del Derecho mercantil como Derecho de la empresa, máxime cuando se trata de actividades no limitadas a este tipo de sociedades comerciales denominadas SEM, puesto que éstas deben competir en todo sentido con los emprendimientos privados que no tienen el tipo de reglamentaciones burocráticas que complican la agilidad con que deben desarrollarse las actividades en un mercado de libre competencia.

El hecho que la SEM sea considerada una persona de derecho privado nos conduce a buscar la diferencia entre lo que es persona de derecho público y persona de derecho privado, y el criterio de persona y personalidad. La persona de derecho público por excelencia es el Estado, de ella se desprenden todas las entidades estatales en todos los órdenes, sean por jerarquía, por el ámbito geográfico que abarcan y por cualquier otro factor que las diferencie, lo esencial es que en estas personas de derecho público se aplican y rigen sus actividades en base al Derecho público, con las reglas del Derecho Administrativo; en tanto que las personas de derecho privado rigen sus actos con las reglas del Derecho privado cuya fuente esencial se encuentra en el Código civil y para el caso de sus actividades mercantiles el Código de Comercio.

La personalidad jurídica de las sociedades comerciales en general conlleva las diferentes teorías desarrolladas como la de la ficción⁴⁵², del patrimonio⁴⁵³, de la realidad⁴⁵⁴; teorías que a decir de Gagliardo han sido superadas por el recurso técnico de la realidad jurídica, limitando la calidad del sujeto de derecho a los alcances fijados por la ley⁴⁵⁵. En sentido parecido se han pronunciado respecto a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles Broseta Pont⁴⁵⁶ cuando señala que la constitución de una sociedad mercantil implica la existencia de una personalidad jurídica distinta e independiente de los socios, que además da lugar a la creación de un patrimonio más o menos separado de los socios, la que crea una unidad de imputación jurídica. Por su parte Sánchez Calero⁴⁵⁷ se expresa respecto al reconocimiento y relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades, señalando que no tiene el mismo alcance en las sociedades de personas que en las sociedades de capital, que además siendo un recurso del ordenamiento jurídico, acarrea consecuencias como la capacidad de contraer derechos y obligaciones, al deber de someterse a su propio estatuto y la adquisición de la autonomía patrimonial frente a los socios, estas consecuencias que señala Sánchez Calero han sido también denominadas atributos de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales.

De todo lo cual a efectos de este trabajo podemos analizar y entender, primero; que el régimen de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales en Bolivia, de manera general, se encuentra dispuesto en el art. 133 del C.Com., cuando expresa que las sociedades adquirirán personalidad jurídica, o sea calidad de sujetos de derecho desde el momento de su inscripción en el

⁴⁵² Teoría fundada en que la capacidad jurídica de la persona física puede ser extendida a sujetos creados por la ficción como un artificio creado por la ley.

⁴⁵³ Teoría en la que el elemento principal es el patrimonio que sustituye al sujeto, al cual se le atribuyen responsabilidades contra ese patrimonio social, refutada porque no pueden existir derechos sin sujeto.

⁴⁵⁴ Que cohesionan las teorías de la ficción y del patrimonio al reconocer que una pluralidad de individuos pueden constituir un sujeto colectivo con personalidad y patrimonio propio, la cual no es una ficción sino que existe y en aplicación de la ley adquiere capacidad.

⁴⁵⁵ Gagliardo Mariano, *Cuestiones societarias...*, Op. cit., pág. 25.

⁴⁵⁶ Broseta Pont. Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, Op. cit. pág. 279.

⁴⁵⁷ Sánchez Calero Fernando, *Principios del Derecho Mercantil...*, Op. cit. pág. 110.

Registro de Comercio⁴⁵⁸, sin necesidad de otro requisito; lo cual significa cumplir una serie de requisitos y procedimientos de orden privado.

Luego cuando el art. 425 del C.Com., indica que las SEM son personas de derecho privado se refiere a la normativa que adoptan para los actos y contratos que realicen en cumplimiento de su objeto social, por lo que se conducirán los mismos mediante el régimen de Derecho privado, que le remite al Derecho mercantil o Derecho Comercial como norma de especial aplicación, con las salvedades que establece la misma en referencia a las sociedades de economía mixta.

2.1. El régimen de la Sociedad Anónima

El art. 425 concluye señalando que, salvo las disposiciones especiales del presente capítulo, las SEM estarán sujetas al régimen de la sociedad anónima tanto para su constitución como en su desenvolvimiento, lo cual nos remite al análisis de varios aspectos importantes respecto a las características de la S.A.

Esta sociedad considerada el prototipo de las sociedades de capital, sobre la que se ha señalado que la sociedad anónima es simplemente un capital dotado de personalidad jurídica⁴⁵⁹; quizás por ello se ha tenido mayor cuidado en el despliegue normativo de esta sociedad, aparejado con el uso preferente de este tipo social para los grandes emprendimientos mercantiles. Si bien no hay una clasificación legal explícita de las S.A., sin embargo hay una implícita que tiene que ver con el tamaño de la S.A., que a decir de Broseta serían tres, la sociedad abierta, la de tamaño medio y la pequeña o cerrada; categorías clasificatorias que tienen relación con la magnitud del capital, a veces el objeto

⁴⁵⁸ El art. 33 de la LSC de España, también se refiere a que la adquisición de la personalidad jurídica se produce con la inscripción en el Registro Mercantil; de igual manera la Ley 19.550 de Sociedades de la Argentina en los arts. 7 y 8 se refieren a la inscripción de las sociedades en general al Registro Público de Comercio y en el caso de sociedades por acciones en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones con los efectos del reconocimiento de la legalidad de su constitución. La Ley 410 de Colombia que contiene el Código de comercio, en los arts. 111 y 117 se refieren a la inscripción en el Registro de la Cámara de Comercio el cual concede la certificación a efectos probatorios de la existencia de la sociedad.

⁴⁵⁹ Broseta Pont. Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, Op. cit. Pág. 316.

y también la libertad o restricción en la transmisión de las acciones⁴⁶⁰; por lo que cabe pensar en base a ello que la SEM al tratarse de una sociedad que debe atender dentro de sus actividades comerciales, industriales o de servicio el interés colectivo, con el componente incorporado del fomento, en el desempeño de estas actividades, además debe competir dentro de un libre mercado. Que las SEM en Bolivia⁴⁶¹ pueden ser constituidas como sociedades abiertas y de tamaño medio en cuanto a la magnitud y cerradas en cuanto a las reglas de transmisión de las acciones. Es que en la actualidad la S.A. se ha polarizado en su categorización pues está la gran sociedad anónima abierta, cuyas acciones se cotizan en las Bolsas de Valores de manera que deben regirse también por la normativa del mercado de valores, en las que la despersonalización del socio es corriente y la *affectio societatis* no existe por la afluencia de miles de accionistas desconocidos entre sí, aspecto contrario a la otra forma de constitución de la S.A. de tamaño medio en las que el pequeño y a veces limitado número de accionistas, imponen restricciones acordadas a la libre transmisión de las acciones, como es el caso de la SEM en Bolivia.

El hecho de constituirse la SEM, siguiendo la normativa de la S.A., como una sociedad abierta o cerrada no limita ni condiciona el cumplimiento del régimen organizativo dispuesto para este tipo de sociedad, lo que quiere decir es que debe regir sus actos por las mismas normas; la diferencia está en que en las grandes sociedades abiertas las regulaciones internas pueden tener mayor desarrollo, como por ejemplo tener reglamentos internos de funcionamiento de comisiones entre otras. La normativa de la S.A. en Bolivia no ha limitado la constitución de ellas por el monto de capital como lo hace la Ley de

⁴⁶⁰ En la sociedad anónima una de sus características es la libre transmisibilidad de las acciones, lo cual no quiere decir que no puedan regularse desde los estatutos restricciones a ella.

⁴⁶¹ Las SEM que se han constituido en Bolivia en su generalidad pueden ser calificadas como medianas, ya que algunas no traspasan el ámbito geográfico departamental y otras se circunscriben al ámbito municipal; sin embargo las SEM que participan en el sector de hidrocarburos, electricidad y financiero se pueden categorizar de acuerdo al tamaño del mercado boliviano como grandes sociedades anónimas en cuanto a su capital, pero mixtas en cuanto a la limitación de la transmisibilidad y circulación de sus acciones. En Colombia se han fundado SEM de categoría abiertas como ISA del sector eléctrico que ha traspasado las fronteras nacionales con un componente de participación abierto y con cotización de sus acciones en Bolsa.

Sociedades de Capital (LSC) en España que dispone en el art. 4.3., un capital no menor a sesenta mil euros. No obstante, en Bolivia las S.A., cuyas actividades son de servicios financieros y de seguros, necesariamente deben constituirse como S.A. con capitales mínimos regulados en las leyes especiales que rigen esos rubros de la actividad.

2.2. La denominación como S.A.M.

Con relación a la denominación de la sociedad de economía mixta que a lo largo del presente trabajo se ha caracterizado como SEM, en función a la abreviación de los vocablos completos de sociedad de economía mixta, se hace imprescindible revisar lo dispuesto por el art. 426 del C.Com, que dispone que en su denominación la SEM debe llevar la abreviatura de la sociedad anónima S.A. seguida de la palabra mixta, es decir que estas sociedades llevarán la denominación seguida de la abreviatura S.A.M. de sociedad anónima mixta. En esta cuestión de la escritura de la denominación parece que el legislador, obedeció a la estrecha conexión normativa de la SEM con la S.A., es decir el hecho de que la SEM tiene como régimen complementario a su normativa específica, el de la S.A., lo cual tiene coherencia con lo dispuesto por el art. 218 en segundo lugar y en tercer lugar el art. 127.3., del C.Com.⁴⁶² Esto significa que la denominación de la SEM debe estar ligada al objeto principal de sus actividades o su giro como señala el art. 218 del código, además que debe ser diferente de cualquier otra ya existente⁴⁶³, de manera que se la individualice y que pueda ser reconocida como persona jurídica diferente, en todos sus actos y contratos.

⁴⁶² El Proyecto del Código de Comercio adecuado a la Constitución Política del Estado del 2009, en cuanto a la denominación de este tipo de sociedad, señala que la misma debe estar seguida de las palabras Sociedad Anónima Mixta o la abreviatura S.A.M., y la ha incluido en el Título Tercero, como Formas Constitutivas Especiales.

⁴⁶³ El Registro de Comercio de Bolivia cuyo concesionario es la fundación FUNDEMPRESA, ha desarrollado un sistema de comprobación para el control de las duplicidades que pudieran presentarse al momento de elegir una denominación por parte de cualquiera de las sociedades; ese mecanismo se denomina "Control de Homonimia", el cual es el filtro efectivo para evitar la repetición de denominaciones que pueden acarrear confusiones a terceros. En el caso de las SEM, aunque no se encuentra especificado en los procedimientos de constitución, de igual manera debe realizarse con la finalidad de evitar la homonimia o duplicidad de denominación.

La denominación en las sociedades comerciales constituye un elemento formal que es obligatorio para su existencia legal; tiene la función de identificar y diferenciar a una sociedad de la otra y guarda concordancia con el tipo social que corresponda, normalmente lleva dos componentes, como ya se ha referido anteriormente, una palabra o frase que en el caso de las SEM, en concordancia con la normativa de la S.A. deben atender al objeto o giro principal de la sociedad; por otra parte, como un segundo componente esta la identificación del tipo de sociedad. La función de ambos componentes, no solo es su reconocimiento individualizado, sino el de advertir a todos quienes mantienen relaciones jurídicas con la sociedad, el tipo social con el cual se están relacionando, específicamente a los terceros acreedores les pondrá en evidencia que, en caso de insolvencia de la sociedad, los socios responderán solo hasta el monto de sus aportes, cuando se trata de S.A. y también de la SEM.

El uso de la terminología SEM en el presente trabajo, aunque parece contradecir a lo que dispone la normativa boliviana, es la denominación mejor adecuada debido a la propiedad de su identificación, puesto que se trata justamente de la participación económica mixta en la persona de una sociedad comercial; el término S.A.M., resulta poner en evidencia la forma de organización que acompaña a esta sociedad, además aprovecha el hecho de que la S.A. es el tipo social de notable uso en la mayoría de las normas societarias.

3. NÚMERO DE SOCIOS

La regla especial de la SEM expresa en el art. 424 a dos partes que conforman el capital, puesto que se refiere a la sociedad formada por el Estado y otras entidades estatales ya referidas y el capital privado, pero la aplicación del art. 425 sobre la sujeción de la SEM a las normas de la S.A. para su constitución y desenvolvimiento nos reenvían a lo prescrito en el C.Com., cuando se refiere a que la S.A. puede constituirse por acto único y por suscripción pública, reglas

totalmente válidas para la constitución de la SEM. En la primera forma el art. 220 del C.Com., establece los requisitos para constituir por acto único o constitución simultánea, entre los que en primer lugar reenvía al art. 127 referida a las normas generales sobre el contenido del instrumento constitutivo. En la segunda forma, por suscripción pública, desde el art. 222 al 237 del C.Com., se estipulan las formalidades y prerrogativas de esta forma de constitución.

La SEM puede constituirse de ambas formas, pero teniendo presente una derogación importante, ya que en la constitución de la S.A., por acto único una de las condiciones es que la integren al menos tres accionistas, en tanto que en la suscripción pública no existe un límite inferior ni uno superior de accionistas, por analogía se puede colegir que no pueden ser menos de tres; pero este requisito se encuentra textualmente derogado para la constitución de la SEM, pues el art. 427 pone como límite inferior el número de dos socios, postura consecuente con lo dispuesto por el art 125 del C.Com., que contiene el concepto de sociedad y señala: *“Por el contrato de sociedad comercial dos o más personas se obligan a efectuar aportes para aplicarlos al logro del fin común y repartirse entre sí los beneficios o soportar las pérdidas”*, a partir de este concepto extraemos que para constituir una SEM se precisan dos o más personas denominadas socios. Del régimen de la S.A. para la constitución por acto único sabemos que al menos requiere tres accionistas; pero para constituir la SEM se precisan sólo dos o más socios conforme lo establece el art. 427 que se sobrepone como norma especial de la SEM, lo que no quiere decir que no pueda constituirse bajo el procedimiento de acto único.

En cuanto a las denominaciones de socio y accionista los doctrinarios han explicado la relación entre la una y la otra, así la posición que Broseta⁴⁶⁴ toma respecto a la relación entre socio y acción es que la acción incorpora la condición de socio, atribuyéndole a partir de ahí, derechos y obligaciones, es

⁴⁶⁴ Broseta Pont. Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, Op. cit. pág. 354.

decir que la tenencia de un título representativo de acciones, además de verificar la participación en el capital social, le incorpora la calidad de socio.

De igual manera Gagliardo⁴⁶⁵, parte de que la acción al representar parte del capital, confiere al titular de una o varias la condición de accionista y sirve de parámetro de la posición accionaria del socio, por su parte García de Enterría⁴⁶⁶ señala que la condición de accionista está unida a la titularidad de la acción y que la condición de socio se vincula a la posesión y exhibición de los títulos⁴⁶⁷.

Así Cabezas Caballero señala que el capital está fraccionado en títulos valores, extendidos a los socios en representación de las acciones con destino a la circulación⁴⁶⁸; en igual sentido Morales Guillén señala que el capital social en las sociedades por acciones, está dividido en aportaciones de igual monto denominadas acción, con todo lo cual se explica que la SEM; primero que puede estar constituida por acto único o constitución simultánea con un mínimo de dos socios que se constituyen en accionistas; segundo, en cuanto a la constitución por acto único es válido que los socios sean dos, los mismos que se ajustarán a los procedimientos señalados en los arts. 428 y 429 del C.Com., lo cual significa una derogación del régimen prescrito para la constitución de la S.A., en favor de las especiales normas ya mencionadas para esta forma de constitución de la SEM. Tercero, como parte inderogable del régimen de la S.A., todo titular de una o varias acciones es considerado socio de la SEM, su grado de participación está relacionado en forma directa con la cantidad de acciones suscritas que tenga pagadas.

⁴⁶⁵ Gagliardo Mariano, *Cuestiones societarias...*, Op. cit., pág. 41.

⁴⁶⁶ García de Enterría, Javier, "La sociedad anónima. Las acciones. Las obligaciones en AA.VV. Menéndez, Aurelio (Dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*", Cuarta Ed., Thompson Civitas, Navarra. 2006., pág. 346.

⁴⁶⁷ El art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital de 2010, se refiere a la atribución de la calidad de socio y es claro cuando refiere que: Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la calidad de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta ley y en los estatutos.

⁴⁶⁸ Cabezas Caballero D., *Nociones de Derecho Comercial...*, Op. cit., pág. 47.

4. REQUISITOS PARA SU CONSTITUCIÓN

El régimen normativo general para la constitución de las sociedades comerciales prescrito en el C.Com., obedece a los arts. 126 al 133 donde se establecen los tipos de sociedad, el contenido del instrumento constitutivo y los procedimientos a seguir hasta el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad comercial.

Por otra parte está la normativa específica de la S.A. que señala los requisitos para su constitución, los que importan las dos modalidades de constitución, el tipo de aportes, los procedimientos y prerrogativas de esta parte inicial de la existencia legal de la S.A., ambas regulaciones se aplican en la SEM como normas supletorias y consecutivas en orden de lo especial a lo general, de manera que en los próximos acápite se podrá ver cuando la norma especial de la SEM es insuficiente para buscar la norma supletoria de la S.A. o la del régimen general de las sociedades comerciales.

4.1. La propuesta de los promotores

El C.Com., se refiere a una tramitación previa o podríamos calificar como actos y documentos preparatorios que en interpretación del mismo puede ser realizada tanto por el sector privado como por iniciativa del sector públicos, puesto que el inc. 1) del art. 428 señala: *“Propuesta de los promotores al Ministerio del ramo o al organismo dependiente del Estado con el cual se desee formar sociedad o de éstos al capital privado;”*.

De manera que la iniciativa de acuerdo a lo prescrito en el C.Com., puede partir de cualquiera de los dos sectores, sea el privado como el público. Al respecto conviene remitirnos a la LEP que en la Disposición final Décima atribuye facultades en ese sentido y también a la Disposición final Décima Primera, que expresa las facultades a favor del COSEEP respecto a la decisión de constituir Sociedades de Economía Mixta (SEM), ya que ésta entidad pública sería la que reciba la propuesta del sector privado o que proponga al sector privado para

luego tomar la decisión de constituir la SEM, tomando en cuenta que se trata de emprendimientos económicos del Nivel Central del Estado.

4.1.a. La Disposición Final Décima de la LEP

Anteriormente se hizo expresa referencia al art. 363. II. de la CPEP⁴⁶⁹, en relación a la facultad de que YPFB pueda conformar sociedades de economía mixta, por lo que vale remitirnos a la Disposición final Décima de la LEP, en la cual se faculta a YPFB Empresa Corporativa a conformar las SEM con el porcentaje al que ya nos referimos. Sin apartarnos del tema, vemos que el mismo difiere en la limitación del porcentaje de participación pública restringiendo el límite superior en forma contraria a lo dispuesto por la CPEP, que dispone la participación accionaria mínima del cincuenta y uno por ciento, sin referirse a un tope máximo que podría entenderse hasta un noventa y nueve por ciento; es decir el rango entre el cincuenta y uno y el noventa y nueve por ciento, sin llegar al cien por ciento. No obstante, la LEP ha limitado el rango superior de la participación accionaria, es decir que YPFB Empresa Corporativa podrá tener en participación accionaria en las SEM no menos del cincuenta y uno por ciento, ni más del setenta por ciento, aspecto que puede conducir a plantear los recursos de inconstitucionalidad respectivos al ser la LEP una norma de jerarquía inferior a la CPEP, que estaría modificando una disposición constitucional.

Llama la atención la especial disposición de la LEP en relación a las SEM del sector hidrocarburos en las actividades de exploración y explotación, ya que el art. 363.II., de la CPEP incluye a las actividades de refinación, industrialización, transporte y comercialización respecto a los cuales, nada dice la LEP, de manera que en cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución, las SEM constituidas para las actividades de refinación, industrialización, transporte y

⁴⁶⁹ El art. 363. II. señala: “YPFB podrá conformar asociaciones o sociedades de economía mixta para la ejecución de las actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos. En estas asociaciones o sociedades, YPFB contará obligatoriamente con una participación accionaria no menor al cincuenta y uno por ciento del total del capital social.”.

comercialización, deberían quedar con el porcentaje que dispone la CPEP, que señala un cincuenta y uno por ciento para el Estado.

Entre otras cuestiones especiales y específicas la Disposición Final Décima formaliza un régimen en el cual se derogan algunas del C.Com., como la del numeral 1., en el cual se determina que la constitución de una SEM debe ser autorizada por Ley emitida por la Asamblea Legislativa Plurinacional, pero el procedimiento es el señalado en el C.Com., lo cual significa que para estas SEM no se precisa la promulgación de un Decreto Supremo, como señala el inc. 3) del art. 428, sino que es necesaria la promulgación de una Ley por parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional que autorice su constitución.

En la Disposición en análisis se regulan también aspectos expresos, como la que dispone que las SEM son parte de la Corporación, que los representantes del sector público en forma previa a la toma de decisiones por parte de los órganos de gobierno, deben poner en conocimiento del COSEEP a través de YPFB Empresa Corporativa los planes de mediano y largo plazo, la distribución de utilidades al sector público, los procesos de reorganización, disolución y liquidación, aumento y disminución de capital y el endeudamiento.

Así también las SEM deben observar que para la designación o remoción de los representantes del sector público en los órganos de gobierno se requiere autorización previa del COSEEP⁴⁷⁰; ésta autorización previa crea un procedimiento burocrático ya que en este caso es YPFB, pero puede ser cualquier entidad pública del Nivel Central que para designar representantes deba solicitar esa autorización previa.

Así también, las SEM a partir de la promulgación de la LEP, están prohibidas de constituir empresas filiales; los ejecutivos, gerentes y todo el personal de la SEM y los representantes del sector público en los órganos de gobierno deben presentar Declaración jurada de Bienes y rentas ante la Contraloría General del Estado; de manera contradictoria a su calidad de persona de derecho privado, ya que la obligación de estas declaraciones juradas, es propio del régimen del Funcionario público.

⁴⁷⁰ La Disposición Final Décima, en el punto I. numeral 4. Dispone de esa manera.

Por su parte YPFB Empresa Corporativa tiene la obligación de remitir información relativa al desempeño de la SEM de oficio o a solicitud al COSEEP. Este cuadro completo de derogaciones a lo establecido por el C.Com., atinge a varios artículos del mismo conforme veremos en lo posterior. Las autorizaciones e informaciones previas que se disponen en la LEP como técnicas de fiscalización y control de alguna manera desvirtúan y se contraponen a la persona jurídica de derecho privado que se pretende constituir en el C.Com.

4.1.b. La Disposición Final Décima Primera de la LEP

Esta disposición de la LEP, inicialmente hace referencia a la decisión de constituir la SEM en el mismo sentido que la anterior, de manera que es la Asamblea Legislativa Plurinacional la que debe emitir una Ley de autorización para su constitución, por lo que ya no se hace necesaria la promulgación del Decreto Supremo que señala el inc. 3. Del art. 428., agravando de alguna manera la posibilidad de constituir una SEM, en razón a la dificultad obvia que resulta de la promulgación de una ley frente a un decreto supremo.

Esto significa una derogatoria general para todas las SEM que se constituyan cualquiera sea el rubro, giro o área de su actividad. También expresa que el procedimiento queda conforme señala el Código de Comercio; en cuanto a la extensión que hace esta Disposición cuando prescribe: *“su funcionamiento deberá sujetarse a lo establecido por la Disposición final precedente”*, nos conduce a afirmar que es una derogatoria a las disposiciones del C.Com., sobre la SEM y que con esta disposición se afecta a la generalidad de las SEM, ya que lo establecido para las del sector hidrocarburos se hace extensivo a las SEM de todos los sectores de la actividad sean comerciales, industriales o de servicios, pero cabe tomar en cuenta que quedan excluidas las SEM que no tengan participación del nivel central del Estado, es decir aquellas SEM constituidas por los gobiernos departamentales y municipales, salvo que su actividad sea del sector hidrocarburos.

En cuanto a la expresión en sentido de la aplicación a su funcionamiento, nos lleva a la reflexión de que se aplicarían solo los numerales del 2 al 6, ya que la 7., y el párrafo II., de esta Disposición son exclusivas para YPF.

Retomando el tema de la propuesta, entonces concluimos que ésta puede nacer de la iniciativa del sector privado o del sector público, en el caso de las actividades de hidrocarburos puede nacer de la aplicación de lo dispuesto por la CPEP, y el sector público puede proponer al sector privado⁴⁷¹; en el fondo la propuesta conlleva que el sector proponente haya realizado los estudios técnicos, económicos y de mercado que sustenten y respalden la propuesta en cuanto a su viabilidad y que sea compatible con la esencia de la SEM. Respecto a la finalidad del interés colectivo, el fomento o desarrollo social del rubro a ser explotado las SEM deben incluir una proyección de los beneficios que incentiven el interés de ambas partes para emprender la constitución de la sociedad. Creemos que la propuesta además debería contener los proyectos preparatorios de la escritura de constitución y los estatutos de la SEM, para dar lugar al segundo paso del procedimiento que es la suscripción del Convenio.

4.2. El convenio

Este documento es elaborado y firmado en forma simultánea cuando el proyecto ya ha sido aprobado, es decir que ambos sectores ya han otorgado su aprobación a la propuesta y han dado el segundo paso para ir construyendo la constitución de la SEM. Este convenio debe ser el resultado de las negociaciones entre ambos sectores, en realidad será el documento guía de la relación entre los aportes público y privado, un punto que será de obligatoria mención es el de las proporciones de participación de ambos sectores, momento en que se deberá tomar en cuenta lo establecido en la Disposición

⁴⁷¹ La decisión de proponer por parte del Estado, creemos que es más una política económica de Estado, en la actualidad está a cargo del COSEEP como órgano superior estratégico de la empresa pública, como máxima instancia de definición de las políticas y estrategias generales de la gestión empresarial pública. Art. 12 de la LEP en concordancia con la Disposición Final Décimo Primera de la misma ley.

Final Décima de la LEP en relación a la participación del sector hidrocarburos; las demás SEM, no se encuentran atadas a los límites porcentuales que establece tal disposición.

Lo que daría lugar que, en las SEM con actividades en otros rubros, podría reconocerse mayor proporción accionaria al sector privado si en el convenio se establece de esa manera. Como lógica consecuencia de la firma del convenio y en cumplimiento de lo establecido, a este documento se acompañarán los proyectos aprobados de la escritura de constitución y de los estatutos.

La escritura de constitución es ese documento público que contiene la declaración de la voluntad de los socios para constituir la sociedad, el contenido mínimo y básico del art. 127 es inderogable y deberán cumplirse con proveer los requisitos establecidos en los artículos de la S.A. y las generales de las sociedades comerciales ya mencionadas; es decir, que ya se habrá decidido sobre la constitución por acto único o por suscripción pública, por lo que nos referiremos a las características generales que en ambos casos deben cumplirse: el capital debe estar suscrito en su totalidad, tomando en cuenta lo dispuesto por el inc. 2) del art. 220 del C.Com., se habrán establecido el capital autorizado, el capital suscrito y el capital pagado, el cual no será menor al veinticinco por ciento de las acciones suscritas, y estas al menos el cincuenta por ciento del capital autorizado; las características de las acciones como la clase, numero, valor nominal, naturaleza de la emisión, la forma y términos en que se pagarán los aportes comprometidos, que de acuerdo al art. 127, inc. 6) no deben exceder dos años; asimismo establecer el régimen de aumento de capital social. El capital pagado debe encontrarse depositado en una entidad Bancaria en cuenta a nombre de la sociedad en formación, conforme a lo dispuesto en el art. 428, inc. 4) concordado con el art. 221 del C.Com.

En caso de realizarse la constitución de la SEM por suscripción pública, se deben regir a los procedimientos señalados en los arts. 222 al 237, que se refieren a toda la hermenéutica a seguir por parte de los promotores junto a la entidad bancaria para poner en ejecución el programa de suscripción pública de acciones.

4.3. La norma con aptitud para la autorización

El C.Com., señala como requisito de aprobación para la formación de la SEM, la promulgación de un Decreto Supremo, pero conforme se ha referido anteriormente, la LEP dispone que deba ser una Ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional, más aún para las SEM en que participe el Nivel Central del Estado. El contenido de esta Ley será de aprobación del proyecto de contrato de constitución, de los estatutos y que ordene la protocolización por autoridad pública, que en este caso será la Notaría de Gobierno⁴⁷².

El C.Com., señala que después de la protocolización se reconozca su personalidad jurídica, señalando capital, porcentaje de participación del sector público y los privilegios que gozará la sociedad si se los otorgaren. En lo que cabe reparar primero, es que el C.Com., en los arts. 133 y 136 señala que la personalidad jurídica de las sociedades es otorgada por el Registro de Comercio, sin necesidad de otro requisito, y que la acción para comprobar la existencia regular de una sociedad es mediante un procedimiento judicial en la vía sumaria que será probada con la inscripción en el Registro de Comercio⁴⁷³; segundo, que corrobora al primero, es la disposición del D.S. 16833 de 19 de julio de 1979 referido al Reglamento de la Dirección General del Registro de Comercio y Sociedades por acciones, que en el art. 2 señala que es esta entidad la que como órgano técnico, legal y administrativo de la Fe Pública, es el encargado de otorgar la personería jurídica a través de la matriculación en el Registro de Comercio, acto y documento que habilita el ejercicio legal de comercio a personas naturales y jurídicas.

⁴⁷² De acuerdo con lo establecido en la Ley 483 del Notariado Plurinacional de fecha 25 de enero de 2014, los Notarios de Gobierno ejercerán servicio notarial sobre los hechos, actos y negocios jurídicos en los que intervengan entidades del nivel central del Estado o las entidades territoriales autónomas de su jurisdicción.

⁴⁷³ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 481, se refiere a la falta de coordinación en la redacción de este artículo cuando se dispone que el Decreto Supremo autoriza la formación de la sociedad y también reconozca su personalidad jurídica, cuando es el Registro de Comercio la entidad del Estado encargada de reconocer la personalidad jurídica de las sociedades comerciales.

De manera que la disposición del inciso 3) del art. 428 es contradictoria con la disposición antes señalada, ya que sustituyendo el D.S. por la Ley según señala la LEP, la Ley tendría que reconocer la personalidad jurídica de la SEM, aspecto que no es propio de una Ley en razón a que existen los órganos técnicos como el Registro de Comercio⁴⁷⁴ que realiza legalmente, como atribución propia, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales mediante la otorgación de la matrícula de comercio. Uno de los requisitos que impone el art. 428 en el inc. 5) es la inscripción en el Registro de Comercio como sociedad de economía mixta, disposición que corrobora la posición tomada en sentido de que la Ley de aprobación de la creación de una SEM no puede incluir el reconocimiento de la personería jurídica, por las razones ya expuestas.

En relación a los porcentajes de participación del sector público como se expresó antes, estarán debidamente acordados al momento de suscribir el convenio entre ambos sectores; en cuanto a los privilegios que pueda gozar la sociedad de igual manera estarán acordados desde el convenio y transpuestos en el proyecto de escritura o contrato de constitución, así como reglamentados en los estatutos que serán aprobados en la Ley de autorización para la constitución de las SEM. Lo que hay que tener en cuenta es que cuando se habla de privilegios de la sociedad no se está refiriendo a los privilegios del sector público, sino a los privilegios del ente social a constituir.

5. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS

El art. 429 del C.Com., hace un listado del contenido mínimo que deben tener los estatutos de la SEM, pero en realidad se ha de aplicar todo lo establecido para el desenvolvimiento de la sociedad anónima conforme el art. 425. El

⁴⁷⁴ El D.S. 26215 de 15 de julio del 2001 ha aprobado otorgar en Concesión las labores del Servicio Nacional de Registro de Comercio, que después de Licitación Pública fue concedido mediante D.S. 26335 de 29 de septiembre de 2001 a la Fundación privada "Fundación para el Desarrollo Empresarial" FUNDEMPRESA quien ahora tiene a su cargo el registro de las personas particulares y colectivas dedicadas al comercio.

contenido de los estatutos de manera general ya se ha descrito en párrafos anteriores como un cuerpo sistematizado de reglas que puntualmente resuelven o están redactadas de manera que traten de resolver los diferentes eventos y particularidades que se puedan presentar en toda la estructura societaria, sea en los derechos y deberes de los socios, las clases, formas y modalidades en la emisión de acciones, la ordenación de los órganos de administración y fiscalización en su composición como en sus facultades y responsabilidades, así como los requisitos mínimos y limitaciones de los socios y órganos en las juntas, el régimen de convocatoria y los quorum mínimos para las juntas y la toma de decisiones, las reglas para el aumento o disminución del capital social, la presentación de balances, reservas y distribución de utilidades; las causales de disolución y/o liquidación hasta la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad y la cláusula compromisoria de sometimiento al arbitraje; el grado de precisión o la forma general del tratamiento de todos estos asuntos serán sometidos a la aprobación de la junta de fundación, las modificaciones que se realicen al estatuto serán sometidas a los procedimientos que se encuentran en el mismo cuerpo de reglas internas.

Los estatutos junto a la escritura de constitución son dos documentos esenciales de la sociedad anónima, ninguno de los tipos sociales del art. 126 del C.Com., tienen una estructura organizativa documental como la de la S.A.⁴⁷⁵.

La escritura de constitución en la forma es un documento público que contiene la declaración de la voluntad de los socios, quienes acuerdan constituir la sociedad anónima, el contenido mínimo de la escritura de constitución que señala el art. 127 del C.Com., es inderogable, de manera que se debe cumplir con ellos en forma indefectible. Por su parte los estatutos llegan a ser la normativa básica interna que contiene la reglamentación esencial para el funcionamiento interno de la sociedad; es imprescindible la elaboración y

⁴⁷⁵ En el art. 203 del C.Com., para la SRL, establece que en caso que la administración estuviere a cargo de un directorio o consejo de administración, este se regularía por las normas que se establecen para el régimen de las S.A., de igual manera en la SRL, en el art. 211 del C.Com., señala que puede constituirse un órgano de control para el cual rigen las normas del síndico en la S.A.

aprobación de esta norma interna por la junta de accionistas en la S.A., y por ende de la SEM. Así mientras el instrumento de constitución contiene datos más generales de la sociedad sobre la voluntad de fundar la sociedad con todas sus características propias como la descripción legal de los socios que la integran, sean personas físicas o jurídicas, la forma y composición del capital social detallando el número de acciones, la estructura organizativa de la sociedad, la mención de la existencia de los estatutos y otros datos de importancia; los estatutos como parte del acuerdo entre los fundadores reglamenta el funcionamiento interno de la sociedad, tienen un contenido descriptivo y detallado de la vida interna de la sociedad, pues en ella se insertan las condiciones y requisitos que deben cumplir los socios, como está integrado el capital y las condiciones para el aumento y disminución del mismo, la estructura, formación y composición de los órganos sociales, los modos de convocar a las juntas y el quorum válido para la toma de decisiones, las facultades de cada órgano, los derechos y obligaciones de los socios, las facultades de los socios, las restricciones o límites de socios y los órganos así como la posible solución de los percances que surjan de la relación entre los socios, de los socios frente a la sociedad y ante terceros. En conclusión, los estatutos son una especie de reglamentación del instrumento de constitución.

5.1. El art. 127 del C.Com.

Es amplia la cantidad de requisitos que señala el art. 127 del C.Com., pero todos se refieren al contenido del instrumento o contrato de constitución y no específicamente a los estatutos⁴⁷⁶; no obstante este artículo contiene los

⁴⁷⁶ El Estatuto de la sociedad anónima puede estar incluido en la escritura de constitución, pero también podría estar instrumentalizado en forma separada, se ha de tener en cuenta que al momento de la Junta de fundación de la S.A., los socios fundadores deben aprobar la constitución y los estatutos. La escritura de constitución contendrá el régimen al que se atiene la sociedad mencionando la forma de organización y la estructura básica de la sociedad, con la indicación expresa de que las reglas puntuales de la administración, funcionamiento, las reservas, los derechos y deberes de los accionistas, las reglas de convocatoria a las juntas de accionistas y las formas de resolver asuntos entre los accionistas, los accionistas con la sociedad y con terceros, la distribución de utilidades, disolución o liquidación de la sociedad se

requisitos mínimos generales a ser cumplidos por toda sociedad comercial, la SEM en el momento de la constitución ha de cumplir además, en forma inicial lo establecido en forma específica para este tipo de sociedad, es decir, la propuesta, el convenio, la Ley que apruebe la participación del sector público y el contrato de constitución. En cuanto a los estatutos y los subsiguientes procedimientos, hasta la inscripción de la SEM en el Registro de Comercio, se procederá en lo que corresponda con la aplicación de lo prescrito para el régimen de la S.A., concordando todo con el régimen general que se ha dispuesto para toda sociedad comercial, conforme al art. 127 del C.Com. Así se referirá a las generales de ley de los socios personas físicas si las hubieren y las características principales de las personas jurídicas sean del sector privado o público; la denominación a adoptar que debe tener relación con el objeto social o giro, el domicilio de la sociedad, la conformación del capital social, el plazo de duración, la forma de organización de la administración, los órganos de administración y fiscalización a establecer dentro de la sociedad, la forma y época de convocar a juntas de accionistas y del directorio, sea en sesiones ordinarias o extraordinarias, así como las del directorio; las reglas de distribución de las utilidades que en el caso de la SEM estarán correlacionadas con lo dispuesto en la LEP, la constitución de reservas que impone el C.Com., los derechos y obligaciones de los socios o accionistas, las causas de disolución, la liquidación y la cláusula compromisoria de someterse a la jurisdicción arbitral.

En la revisión de la doctrina vemos que Broseta⁴⁷⁷ al referirse a la relación entre la escritura de constitución y los estatutos señala que la finalidad de la escritura es la de plasmar la voluntad del contrato de sociedad, creando la relación jurídica entre los socios, mientras que los estatutos tienen como finalidad primordial *“...establecer las reglas imprescindibles para el funcionamiento corporativo de la sociedad...regular la vida interna de la sociedad...”*; otro aspecto que señala es que la escritura para ser modificada

encuentran en el estatuto de la sociedad, el que se encuentra aprobado por los socios fundadores y como documento es parte insoluble del contrato de constitución.

⁴⁷⁷ Broseta Pont. Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, Op. cit. pág. 328.

necesita la renovación del acuerdo contractual de parte de todos los socios, en tanto que el estatuto para ser modificado precisa solo la voluntad de la mayoría del capital social⁴⁷⁸; por su parte Sánchez Calero⁴⁷⁹ señala que la escritura y el estatuto por medio de sus cláusulas integran el ordenamiento jurídico de la sociedad a fundar, además la escritura de constitución contiene a los estatutos de la sociedad anónima.

En la codificación boliviana, la relación entre estos dos documentos es de interrelación obligatoria, pues dentro de la escritura o contrato de constitución se subsume que los estatutos en forma simultánea se encuentran aprobados por la Junta constitutiva y por tanto dicho cuerpo normativo expresa la voluntad social a la que se refiere Broseta Pont, tanto en el contrato de constitución como en los estatutos. Ahora, respecto a la función del uno o del otro, es evidente que el contrato crea la relación jurídica entre los socios, sin el cual los estatutos no tendrían posibilidad de cumplir función alguna.

En relación a la modificación de la escritura de constitución, el C.Com., no señala en forma expresa si se precisa que todos los socios la aprueben en una junta ordinaria o extraordinaria; en tanto que para la modificación de los estatutos, señala en el art. 286, inc. 1) que será a través de una junta extraordinaria con un quórum legal de aprobación de mayoría absoluta de los votos presentes, debiendo realizarse posteriormente los tramites señalados en el art. 129; pero el citado artículo se refiere al trámite que deben realizar otro tipo de sociedades que no incluyen a la S.A., sociedad a la que le corresponde realizar los trámites señalados en los arts. 130, 131 y 132 del C.Com.

Se puede concluir que los estatutos al regir el funcionamiento interno de la sociedad, tienen junto a la escritura de constitución un rol integrador de las disposiciones legales, en el caso de las SEM, ambos documentos son parte

⁴⁷⁸ La Ley de Sociedades de Capital en el art. 285 se dispone que la modificación de los estatutos es facultad de la junta general, para lo cual la propuesta de modificación debe estar a disposición de los socios antes de llevarse a cabo la junta, en los arts. 194, 201 de la misma norma se determina el quorum necesario para aprobar las modificaciones a los estatutos, que es al menos de dos tercios del capital presente o representado según el art. 201.

⁴⁷⁹ Sánchez Calero Fernando, *Principios del Derecho Mercantil...*, Op. cit. pág. 135.

esencial de la existencia de este ente social y son los configuradores de la estructura societaria, la regulación especial de la SEM no deroga lo establecido en la norma general como requisitos para el contenido de la escritura de constitución y tampoco para los estatutos, que en la SEM deben contener además de las señaladas en el art. 127, especialmente el régimen de emisión de las acciones, el número de directores por sector, la participación en el nombramiento del síndico o representante en el órgano de fiscalización interna.

5.2. Las acciones del sector público y su transferencia

El inciso 2) del art. 429 presenta dos particularidades de la SEM, pues señala de manera taxativa que las acciones han de emitirse en series, una de las cuales corresponde al sector público; asimismo que dichas acciones serán nominativas y transferibles solo mediante Decreto Supremo, con lo que de acuerdo a nuestro análisis se realiza la emisión diferenciada de las acciones en series, según correspondan al sector público o privado, aspecto que no marca ninguna diferencia con la S.A., en tanto que del mismo artículo se desprenden los tres aspectos importantes a saber: primero el hecho controvertido en relación a que ya no se trataría de un Decreto Supremo para la transferencia autorizada de acciones, sino por efecto de la aplicación de la LEP, se trataría de una Ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional; segundo las acciones del sector público serán nominativas, así como son las del sector privado, de esta manera se produce otra particularidad de la SEM, pues en la S.A., es totalmente válida la emisión de acciones nominativas y al portador, y por último está el tema del cumplimiento de condiciones en la modalidad y forma de pago, requisitos que deben cumplirse al momento de la transferencia de las acciones del sector público; asimismo la modalidad específica de transferencia cuando la actividad de la SEM es de servicios públicos.

5.2.a. Acciones en series

La condición que impone el artículo en análisis referido a que las acciones necesariamente han de emitirse en series, nos lleva a revisar el hecho de que el capital social en las S.A. regularmente está dividido en acciones ordinarias y preferidas, pero todas deben tener el mismo valor nominal⁴⁸⁰, sin embargo, se emiten acciones en distintas series, las que estén dentro de una misma serie tienen igual valor, pueden tener distintos derechos o limitaciones diferentes unas de otras. El mandato del artículo es que las acciones necesariamente deben emitirse en series⁴⁸¹, de manera que serán tantas series como tipo de accionistas compongan la sociedad, pero unas serán del sector privado y otras del sector público⁴⁸².

El C.Com., se refiere a las series cuando en el art. 247, inc. 5) en relación al contenido de los títulos o certificados provisionales indica que en caso que se optara por esta modalidad, estos documentos deben contener las características esenciales de las acciones como son el valor nominal de cada acción, la serie a la que corresponden, sean ordinarias o preferidas, el número total de acciones en que se divide la serie y los derechos que le correspondan. Por lo que una serie de acciones está caracterizada por agrupar a las acciones que tengan alguna particularidad y serán en un número finito; así la serie de acciones de la SEM, tendrá como mínimo dos series, la serie pública y la serie privada, las que determinaran un número finito de ellas en correspondencia con las suscripciones del Capital social que cada sector realice.

⁴⁸⁰ El art. 238 del C.Com. boliviano señala que el valor nominal es de Bs. 100.- (Cien Bolivianos o múltiplos de cien.; el art. 207 de la Ley 19.550 no impone un monto concreto, sino señala que las acciones tendrán siempre de igual valor, expresado en moneda argentina; el Código de Comercio de Colombia señala en el art. 375 que el capital social en la S.A., se divide en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables, de manera que no hace referencia a un valor concreto como en la legislación comercial boliviana.

⁴⁸¹ El Diccionario expresa que serie es un conjunto de cosas relacionadas entre sí y que se suceden unas con otras. El C.Com., se refiere a las series además en el art. 250, que regula el contenido del Libro de registro de acciones, en el que también deben estar inserta la serie de acciones, además de sus clases y otras particularidades de las acciones.

⁴⁸² En la sociedad Ingenio Azucarero Bermejo S.A.M., SSCC. 1261/01-R de 28 de noviembre de 2001, las acciones estaban distribuidas en tres series, Serie A de la Prefectura de Tarija, Serie B de los trabajadores accionistas y Serie C de la Unión de cañeros.

La importancia de la clasificación de las acciones en series tiene efectos en la identificación específica, correcta y completa de los accionistas, en la identificación del momento de su incorporación a la sociedad, así las acciones de series que fueron emitidas al momento de la fundación de la sociedad, serán de series diferentes a las que se emitan como efecto de los subsiguientes aumentos al capital social.

Al respecto de las series la normativa española en el art. 94 de la Ley de Sociedades de Capital del 2010, referida a la diversidad de derechos, señala que: *“Cuando dentro de una clase se constituyan varias series, todas las que integren una serie tendrán igual valor nominal.”* Esta regulación ha sido interpretada en sentido de que el legislador ha tomado en cuenta que al momento de la constitución el valor de la aportación y el valor nominal deben tener una exacta equivalencia, es lógico que en lo posterior este valor será diferente, así Broseta ha diferenciado el valor nominal, el valor del balance y el valor real que puede ser el de cotización en la Bolsa de Valores. El valor nominal ha de constar y estará inscrito en los estatutos del cual descende a los títulos; el valor del balance es el que se encuentra registrado en este documento a determinada fecha, como un dato estático a un determinado momento, en tanto que el valor real es variable con las fluctuaciones del mercado de valores.

5.2.b. Acciones nominativas y con limitación en su transferencia

El C.Com., clasifica las acciones como ordinarias y preferidas; las ordinarias tienen la característica de que cada acción da derecho a un voto en juntas generales; las preferidas establecen beneficios o privilegios, aunque también cargas⁴⁸³.

⁴⁸³ El C.Com., en el art. 261, regula la clasificación de las acciones en el régimen de la S.A. Los art. 263 al 266 establecen el régimen de las acciones preferidas, en primer lugar que no pueden exceder la mitad del capital suscrito; determinan con los derechos y deberes que les impone tal condición, como su abstención de votar en las juntas ordinarias y asistir a éstas sólo con derecho a voz, observando las causales señaladas por el art. 271; en tanto que podrán votar en las extraordinarias, como derechos están la del pago de dividendos antes que a las acciones ordinarias; en caso de que en un ejercicio no se paguen o sean menores a los fijados,

La mención o clasificación de las acciones en nominativas y al portador obedece a la forma de representación documental de la propiedad de las acciones, así el art. 268 del C.Com., se refiere a la calidad de accionistas indicando: “*Tiene calidad de accionista el inscrito en el registro de accionistas de la sociedad, si las acciones son nominativas, y el tenedor si son al portador.*”. La cualidad de acciones nominativas es la inscripción de los datos que identifican al titular de la misma, tiene relación con las formalidades internas que se deben cumplir dentro de la sociedad, como la llevanza de un libro de registro de acciones con las formalidades de los libros de contabilidad, en el que se escribirán los datos identificativos que requiere según el art. 250 del C.Com., quien se encuentre registrado en este libro sea persona natural o persona jurídica es considerada titular de las acciones nominativas, lo importante es que además se inscribirán las condiciones para la transmisión de las mismas. Este registro no es insubstancial o una mera formalidad, tiene una importancia extraordinaria puesto que quien se halle inscrito en él tiene la legitimación para ejercer los derechos sociales que le corresponden al tipo de acción en el que está registrado y no precisa exhibir la acción conforme deben hacer los titulares de acciones al portador.

En este libro estarán también inscritos los gravámenes a los que se encuentra sometida la acción o acciones, de igual manera la condición de su transmisibilidad sea por los estatutos, *mortis causa*, las prestaciones accesorias en su caso y otras razones importantes relacionadas con la titularidad de las acciones.

De manera que las acciones de la SEM al ser nominativas por imperio de la ley serán inscritas en el Libro de registro de acciones y como cuestión accesoria o condición de las mismas se inscribirá la condición de que son transferibles sólo

la diferencia o el total se cubrirá en las gestiones siguientes, con la prelación antes mencionada. Además en los estatutos se puede pactar que a las acciones preferidas se les fije un dividendo superior a las ordinarias. Así en la liquidación de la S.A., las acciones preferidas serán reembolsadas antes que las ordinarias. En caso que durante tres o más ejercicios sean o no consecutivos, éstas acciones adquirirán derecho a voto hasta que desaparezca el adeudo. En juntas generales, las acciones preferidas pueden oponerse a las resoluciones en aquello que les afecte. Estas acciones son redimibles y podrían transformarse en ordinarias de acuerdo a las condiciones y plazos fijados al momento de su emisión.

mediante Decreto Supremo. Respecto a esto último, habrá que revisar si de manera concordada o por analogía se aplica lo ya expuesto anteriormente en relación al requisito de la tramitación de un Decreto Supremo de autorización para la formación de la SEM, respecto a lo cual la posición actual es que por aplicación de la Disposición final Décima Primera de la LEP debe ser sustituida por la promulgación de una Ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional, de lo cual se puede colegir que para la transferencia de las acciones del sector público será necesaria la tramitación de una Ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o es que en la búsqueda de soluciones análogas aplicables a las empresas del Estado como son las EM, EEM y EEI, nos atenemos a lo dispuesto por el art. 28. Inc. e) de la Ley 466 de Empresas Públicas que dispone que las acciones nominativas del nivel central del Estado serán intransferibles, salvo en los casos de reorganización de empresas o por autorización dispuesta mediante Decreto Supremo⁴⁸⁴, por lo que, en definitiva, para estos casos concretos, no sería necesaria la promulgación de una ley. Para tomar esta posición es necesario recordar que la LEP ha modificado el art. 126 del C.Com., y ha integrado como sociedades comerciales a las SEM, las EM, EEM y EEI, de manera que estos tipos sociales deben sujetar su actividad comercial en forma especial a las disposiciones del C.Com., pero en el mismo artículo se dispone que las regulaciones de la LEP son de preferente aplicación, con lo cual respecto a las condiciones de transferencia de las acciones nominativas del sector público en las SEM, si la disposición del art. 417 inc. 2) impone que la transferencia de las acciones nominativas del sector público sólo son posibles mediante Decreto Supremo, esta regulación converge con lo dispuesto en el art. 28 de la LEP en la cual se regula que la transferencia de las acciones nominativas de las EM, EEM y EEI se pueden realizar por autorización dispuesta por un Decreto Supremo, creemos válida esta posición, quizás con la salvedad de las acciones de las SEM del sector hidrocarburos, emergentes del art. 363. II de la CPEP. Por lo cual, para la transferencia de las

⁴⁸⁴ Las ETAs deben emitir sus propias normas para la transferencia de acciones nominativas en las SEM.

acciones nominativas del sector público será necesaria la autorización expresa por un Decreto Supremo.

5.3. Las acciones del sector privado

El inciso 3) del art. 429 señala que en los estatutos se contendrán las disposiciones respecto a la existencia de otras series de acciones que son las que corresponderán a los aportes de capital privado, éstas también serán nominativas, lo cual implica que en las SEM no se emitirán acciones al portador; esta disposición de la Ley es inderogable por acuerdo de los socios, sea en la escritura de constitución o en los estatutos. La transferencia de las acciones de ambos sectores esta reglada por el art. 434 que veremos posteriormente. Si bien la S.A., por excelencia es la sociedad capitalista donde a decir de García de Enterría⁴⁸⁵, no revisten mayor interés las condiciones personales de los accionistas, sino tan solo los aportes que puedan hacer a la sociedad, donde el capital está dividido en acciones y que en principio son libremente transmisibles, vemos que en la SEM la condición de los accionistas reviste importancia gravitante, puesto que habrá un sector de accionistas públicos y un sector de accionistas privados, de manera que importa la condición intrínseca del socio, cuestión que marca una diferencia entre la S.A., y la SEM.

En cuanto a la transmisión de las acciones, ya se vio que en las SEM deben cumplirse requisitos que, si bien no restringen totalmente la transmisión de las mismas, sin embargo, las limitan; en cambio las acciones de la S.A., por su propia esencia son libremente transmisibles⁴⁸⁶. En el régimen de la S.A., el art. 253 del C.Com., proclama la libre transmisión de acciones, pero también dispone que en la escritura social se pueden imponer condiciones para la

⁴⁸⁵ García de Enterría, Javier, "La sociedad anónima...", Op. cit., pág. 299.

⁴⁸⁶ En la transferencia de acciones, virtualmente se plasma la libertad de transmisión, que es propia de las acciones al portador, y es que la transmisión se consolida en la simple tradición del título, lo cual hace que cambie el titular de la acciones o acciones; el art. 254 del C.Com., señala también la forma diferente como se opera con las acciones nominativas, que se transfieren mediante endoso y producirá efectos ante la sociedad y terceros a partir de la inscripción en el registro de acciones.

transmisión de las acciones nominativas, las que en ningún caso deben significar una limitación absoluta, ya que la intransmisibilidad de acciones en caso de ser absoluta, crearía un tipo de sociedad distinto al de la sociedad anónima; además cualquier condición impuesta debe constar en el título; entonces, de acuerdo al artículo en revisión las condiciones para la transferencia de las acciones del sector privado estarán sujetas al régimen descrito anteriormente para la S.A., es claro que las condiciones de transferencia de acciones se encuentran regladas especialmente en el régimen dispuesto para la SEM en el art. 434⁴⁸⁷.

5.4. Acciones preferidas y bonos

El régimen general para la emisión de acciones preferidas se encuentra regulado en la normativa de la sociedad anónima en los arts. 263, al 266 del C.Com., a los que deberá acudir la SEM con las especiales condiciones que señala el art. 439; es decir, que está permitida la emisión de acciones preferidas, a cuyo efecto los estatutos deben señalar condiciones como plazo, valor y otras características que tendrán estas emisiones, además deben cumplir en forma previa a su emisión con la autorización del Registro de Comercio.

Las acciones preferidas se diferencian de las acciones ordinarias por los derechos especiales que se confieren a sus titulares, así disponen de privilegios, prerrogativas y restricciones de esta clase o serie de acciones; dichas concesiones pueden otorgarse al momento de la fundación o en cualquier nueva emisión de acciones.

Entre otros, se tratan de privilegios y prerrogativas a favor de estas acciones que se refieren por ejemplo a la aplicación del derecho de prelación en el pago de dividendos en caso de producirse la liquidación de la sociedad. La

⁴⁸⁷ Respecto a las condiciones de la restricción a la libre circulación de acciones, vid. Gagliardo Mariano, *Cuestiones societarias...*, Op. cit., pág. 315 y sgtes.; en el mismo sentido García de Enterría, Javier, "La sociedad anónima...", Op. cit., pág. 350 y sgtes. Ovando Ovando, Jaime, *Sociedades Comerciales...*, op.cit., pág. 252 y sgtes.

normativa societaria comprende también a favor de las acciones preferidas la aplicación del derecho de las minorías dispuestas en el C.Com., para oponerse a las resoluciones de la junta ordinaria que afecten a sus derechos.

En cuanto a las restricciones el C.Com., dispone que en la emisión de estas acciones está inserta la prohibición de voto en las juntas ordinarias; de manera que los titulares de tales acciones asistirán solo con derecho a voz; restricción que no se aplica en su asistencia a las juntas extraordinarias en las que asisten con derecho a voz y voto⁴⁸⁸. La importancia de esta restricción redundante en la relevancia que tienen los temas a tratarse en las juntas ordinarias, puesto que el C.Com., dispone que en las juntas ordinarias se consideran y resuelven asuntos de primordial importancia como son la aprobación del balance general y el estado de resultados, la memoria anual y el informe de los síndicos; la distribución de las utilidades o el tratamiento de las pérdidas, el nombramiento y remoción de los directores y síndicos así como su remuneración. También se resuelve y considera, en su caso, la responsabilidad de los directores y síndicos, temas todos de importancia gravitante respecto a la gestión y administración de la sociedad. Lo cual no quiere decir que los asuntos a ser tratados en las juntas extraordinarias carezcan de importancia.

El C.Com., dispone como restricción, que las acciones preferidas no pueden tener dividendos mayores a los que prescriben los estatutos, pero este dividendo sí puede ser mayor al de las acciones ordinarias. Cabe también referirse a la restricción de orden general que determina limitar la emisión de acciones preferidas, las cuales no pueden exceder la mitad del capital suscrito. Entre sus características están que las acciones preferidas son redimibles y pueden transformarse en ordinarias conforme se haya pactado en el convenio y los estatutos de la SEM.

⁴⁸⁸ Se deberá observar también lo dispuesto en el art. 272 del C.Com., cuando establece que por ninguna razón se privará a las acciones preferidas el derecho a voto en las juntas extraordinarias en las que deban tratarse y tengan por finalidad, modificar el plazo de la sociedad, cambiar el objeto, aprobar la fusión o transformación, autorizar la emisión de bonos o debentures, aprobar la reforma de los estatutos sociales y resolver el aumento o disminución del capital social. De igual manera lo dispuesto en los arts. 275 referida a la nulidad de disposiciones que restrinjan el voto, salvo la de las acciones preferidas y el art. 277 sobre la aprobación por mayoría absoluta de votos de las acciones de la clase afectada en junta especial, cuando las proposiciones perjudiquen sus derechos.

En cuanto a la emisión de bonos de obligación por parte de la SEM, es claro que tendrán características diferentes a los bonos de fundador o los bonos de participación laboral; es que se trata de la emisión de títulos-valores por parte de la sociedad, que como parte de una operación financiera a favor de la sociedad, pone en circulación los mismos cuando precisa aumentar su patrimonio, sin recurrir a la emisión de nuevas acciones. En esta operativa, aumenta la liquidez o disponibilidad de fondos en la sociedad, sin que estos formen parte del capital; como contraparte, la sociedad incorpora un crédito colectivo a favor de terceros, ya que la emisión de estos bonos crea una obligación de la sociedad frente a terceros, la cual puede ser a corto, mediano o largo plazo. La exigencia del C.Com., es que se señalen con meridiana claridad las condiciones intrínsecas de estos bonos de obligación, es decir deben estar insertos el valor, los plazos de amortización, los intereses si hubieren y cualquier otra particularidad que tenga el propósito de puntualizar las condiciones de su emisión; puesto que los mismos atan a la sociedad a la creación y reconocimiento de un crédito sobre sí misma. El éxito de la colocación de estos bonos de obligación entre el público, depende de cuánto prestigio y expectativa de crecimiento tenga la sociedad en las actividades que desarrolla, lo cual hace que terceros confíen y entreguen sus capitales como forma de inversión de los mismos, sin correr el riesgo típico del accionista. El C.Com., en los arts. 642 y siguientes regula la emisión de estos títulos-valores que están sujetos a su inscripción en el Registro de Comercio.

5.5. La composición del Directorio y las características del nombramiento

Resulta importante desarrollar en detalle las características de este órgano como su ubicación dentro de la estructura societaria de la SA, sus facultades y responsabilidades para que a partir de ahí se puedan identificar las particularidades de la regulación de la SEM.

En la estructura social de la S.A. boliviana, tres son los órganos que sostienen su desenvolvimiento⁴⁸⁹, ellos son: la Junta General⁴⁹⁰, el Directorio y el Síndico o Comisión Fiscalizadora; la doctrina y la codificación comercial han señalado a la Junta de accionistas como uno de los órganos de mayor importancia en la S.A., es considerado el máximo organismo representativo de la voluntad social, las reglas de organización y funcionamiento sistemático de éste órgano se encuentran estipuladas del art. 283 al 306 del C.Com.. La trascendencia de la relación entre la junta y el directorio radica en que las decisiones que se toman en la junta son de obligatorio cumplimiento y ejecución por parte de los directores, todos los accionistas y aun para los ausentes y disidentes, salvo se proceda a plantear la acción de impugnación señalada en el art. 302 del C.Com.

⁴⁸⁹ La sociedad anónima como persona jurídica para la realización de sus actos necesita de instrumentos u órganos que le faciliten esas labores para lo cual poseen dos componentes, uno objetivo referido a las facultades, funciones y atribuciones que la ley y los estatutos le confieren, y el otro subjetivo compuesto por una o más personas que son el vehículo necesario para realizar y usar esas funciones, facultades o atribuciones que se concretan en las funciones de administrar, gobernar y fiscalizar. En el régimen estructural de la S.A. en Argentina, la Ley 19.550, encuadra la existencia de los órganos de administración y de fiscalización, en los cuales se encuentra la Asamblea de accionistas y el Directorio y en la fiscalización los Síndicos como órgano externo de fiscalización. En la norma colombiana, el Código de Comercio contiene la estructura social de la S.A. que está compuesta por la Asamblea General de accionistas, la Junta directiva y el Revisor Fiscal. En la legislación española son sólo dos clases de órganos; a) la Junta general de accionistas, órgano deliberante que expresa con sus acuerdos la voluntad social; y b) los administradores como órgano ejecutivo encargado de la gestión permanente de la sociedad y de representar a la misma en sus relaciones con terceros. En ese sentido vid. Uría, Rodrigo., *“Derecho Mercantil...”, Op. cit., pág. 309.*

⁴⁹⁰ Las reglas de la constitución, clases, resoluciones, formas de convocar, requisitos para concurrir y las formas de impugnación de la Junta de accionistas está contenida en los arts. 283 al 306. En estos artículos se define las clases de juntas que son ordinarias y extraordinarias, la competencia de cada una de ellas está diseñada en sus líneas generales respecto a los asuntos que pueden ser tratados en cada una de ellas; de igual manera en la junta extraordinaria el C.Com., establece las limitaciones que tiene cada, respecto a las cuales podemos diferenciarlas en que la ordinaria es de obligatoria celebración al menos una vez al año por la consideración que debe realizarse en éste órgano sobre los estados financieros en los que se leen los resultados de la gestión y se determina la distribución de las utilidades o el tratamiento que recibirán las pérdidas, también en esta junta se nombran o remueven directores, síndico o síndicos y la responsabilidad de los directores y síndicos. En la junta extraordinaria se llevan a consideración de los accionistas las modificaciones estructurales de la sociedad y otros que sean de interés de los accionistas, debiendo observar los límites referidos a los derechos no afectables por este órgano. Es importante el procedimiento a seguir para la validez legal de la junta y las resoluciones, los mínimos para establecer el quorum, los mínimos establecidos para la votación y los derechos de los accionistas minoritarios, incluso el que tenga una sola acción.

La actuación del directorio dentro de la sociedad reviste importancia debido a que asume las funciones de administración y representación de la sociedad, preceptivamente adoptará una forma de organización colegiada⁴⁹¹ para hacer frente a las funciones exclusivas que se le han otorgado para el logro del objeto social a través de una serie de actos de diversa índole. Asimismo, está dotado de una serie de facultades y responsabilidades que establecen el marco legal de su desempeño, los que están en directa relación con la dimensión y el objeto social de la sociedad; sus facultades pueden referirse desde la planeación de una estrategia general de la empresa, con objetivos a corto, mediano y largo plazo, hasta la gestión administrativa diaria, los que estarán definidos en detalle en los estatutos⁴⁹².

Si bien la Junta General es el órgano que nombra, ratifica o cesa a los directores, el directorio es considerado un órgano casi independiente, ya que una vez constituido ejerce sus funciones sin interferencias por parte de la Junta de accionistas⁴⁹³, pero no sólo por eso puede considerarse así; sino también

⁴⁹¹ El art. 307 del C.Com., determina que debe estar compuesto mínimo por tres y máximo por doce miembros sean accionistas o no. Vanasco señala que los actos de administración se pueden categorizar en tareas de naturaleza intelectual, material y jurídica, entre los de naturaleza intelectual, están la de planificar para optimizar el uso de los recursos con la finalidad de obtener mayores beneficios, organizar las actividades de la empresa en los procesos de producción, cómo, qué y cuánto se debe producir, elegir personal y asignar responsabilidades dependiendo de la dimensión y naturaleza de la empresa. Con relación a las tareas materiales, realizar la supervisión y control, atención a clientes y proveedores con participación directa y física de su persona; y en cuanto a los actos jurídicos, estos son diversos, como el crear, modificar o extinguir derechos de la sociedad, por medio de todo tipo de contratos como ser de compra, venta, prestación de servicios, de trabajo, seguros, transporte y otros necesarios para las actividades de la empresa; todas estas tareas de manera interrelacionada llevan a concretar el objeto social de la sociedad. Vid. Vanasco, Carlos Alberto, *Manual de sociedades comerciales...*, op. cit. pág. 168 y sgtes. Pero además están las actividades de administración internas a la sociedad, como ser el cumplimiento de formalidades ante la ley y la sociedad; entre ellos, llevar los libros que impone la ley a las sociedades, levantar las actas y emitir resoluciones, en suma, realizar todas las obligaciones que la ley y los estatutos le impongan; lo cual nos lleva a expresar que los administradores, además de tener cualidades y capacidades acordes con la dimensión y actividades de la sociedad, deben conocer el régimen administrativo interno de la sociedad y el directorio. Estas labores normalmente son realizadas en forma plural o colegiada.

⁴⁹² El art. 330 del C.Com., señala que el estatuto puede prever que se organice un comité ejecutivo para la gestión de determinados negocios ordinarios, bajo vigilancia y control del directorio, el hecho de organizar este comité no implica la modificación de obligaciones ni responsabilidades del directorio.

⁴⁹³ Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones del Derecho Mercantil...*, Op. cit., pág. 370.

porque puede impugnar los acuerdos nulos o anulables que en violación a la ley o los estatutos podría haber tomado la Junta general.

Se afirma que debido al poder que reposa en éste órgano puede llegar a ejercer el control total de la sociedad, de ahí la importancia y la necesidad de que sus actos sean sujetos a regulación interna y externa, pues tanto a los socios accionistas, inversores, proveedores, clientes y otros que tengan que ver con la sociedad, les sobrevendrán los efectos de la buena o mala administración y/o representación que efectúe el directorio; como contraparte y en resguardo de estos actos está el régimen de la responsabilidad de los directores o administradores.

5.5.a. La estructura y funcionamiento del Directorio

El art. 307 de C.Com., señala que el Directorio está compuesto mínimo de tres y un máximo de doce miembros, de entre ellos se elegirá un presidente en elección por mayoría absoluta de sus miembros. En los estatutos se determinará el número de directores titulares y suplentes; asimismo establecerá si se organizará un Comité Ejecutivo compuesto por los directores, advirtiendo que esto no significa la existencia de un órgano paralelo, sino más bien una forma de facilitar la gestión y administración de la empresa, lo que quiere decir que dependiendo de la dimensión de la sociedad la estructura del directorio de la S.A. tendrá más o menos miembros. Internamente el directorio exige una organización de carácter corporativo y se elige un presidente por mayoría absoluta de votos de entre sus miembros; los que podrán nominar internamente vicepresidentes, secretario, tesorero, comisiones o comités⁴⁹⁴, que hacen a la forma de funcionamiento de la sociedad. Será en el estatuto donde se establecerá la periodicidad de las reuniones obligatorias, el modo de convocarlas, el quórum y las mayorías para la adopción de resoluciones.

Habiendo expuesto las características generales de la conformación del directorio, al remitirnos a la regulación especial de la SEM en cuanto a este

⁴⁹⁴ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 373

órgano, se presentan dos cuestiones a resolver, la primera el porcentaje de representación para el nombramiento de los directores y la segunda es la diferencia en el nombramiento y remoción de los directores del sector público y los del sector privado. Otro tema a tratar aparte será el régimen de responsabilidad aplicable a los directores de ambos sectores y si existe alguna diferencia entre ellos.

El art. 429, inc. 4) del C.Com., dispone, que el número de directores se nombran por cada una de las series de acciones y que se presume que la representación del directorio es proporcional a los aportes, de lo que se desprende que habrán directores por la serie de accionistas públicos y otros directores por la serie de accionistas privados; de lo cual inferimos en principio respecto al nombramiento de los directores, que en primer lugar, en la SEM necesariamente y en forma independiente a las proporciones de aportes al capital cada una de las series tendría derecho a tener representación en el directorio; en segundo lugar que pese al anterior imperativo, es posible aplicar en esa conformación del directorio la representación proporcional en caso de no haberse optado por la anterior fórmula. En caso de utilizar el método proporcional, corresponde la aplicación de lo dispuesto en el art. 316 referido a la proporción de la minoría, que debe ser al menos el veinte por ciento del capital social, que otorga derecho a designar un tercio de los directores, con lo cual se estaría también observando la aplicación de lo dispuesto por el art. 315 del C.Com., en lo que concierne a las regulaciones que deben contener los estatutos sobre este tema. Todo esto corrobora que en la SEM el derecho de las minorías, inclusive de manera privilegiada por el hecho tener como opción el nombramiento de directores por series, sería un derecho inafectable que de manera ineludible debe estar reglado en los estatutos de la SEM.

5.5.b. *Facultades del Directorio*

Las facultades del directorio se traducen en dos esferas de actuación que son la de representación y de administración general o gestión, ambas dirigidas a cumplir el objeto de la sociedad, encuadrando su actuación en las normas generales y las especiales que contengan los estatutos. Para ello, los directores, pueden tomar decisiones sobre cualquier asunto que no esté reservado a otro órgano, sea por la ley o por los estatutos; sus decisiones se plasmarán en resoluciones, estipula así el art. 325, del C.Com., boliviano; las facultades y desempeño de este órgano son necesarias y permanentes. Necesarias porque se inician desde el momento de su constitución hasta que se determine su liquidación, y permanentes porque sus funciones no pueden ser suspendidas, de manera que se pondera que éste órgano desempeña la más importante función en el seno de la sociedad; en realidad toda la vida social fluye a través del mismo y es su actuación acertada o desacertada la que hace prosperar o la lleva al fracaso o ruina a la sociedad⁴⁹⁵. Por las facultades que detentan los directores y el directorio en general vemos que reviste importancia la proporción en el nombramiento de los directores, ya que las proporciones que se señalen para la formación de las minorías tendrán efecto en el nombramiento del presidente de la SEM, la norma específica señala que el estatuto debe contener la forma de designación del presidente, que no solo se tratará del procedimiento que seguirán los directores en forma interna, sino también las proporciones calificadas para el nombramiento de los directores, que determinarán también el nombramiento del presidente del directorio.

5.5.c. *Funciones de representación*

La representación como instituto jurídico según el cual una persona puede actuar en nombre de otra, atribuye los efectos de los actos jurídicos al representado, que es el titular del interés⁴⁹⁶; en el caso de las sociedades en

⁴⁹⁵ Uría, R., "*Derecho Mercantil*", Op. cit. Pág. 332.

⁴⁹⁶ Vanasco, Carlos Alberto, "*Manual de sociedades comerciales...*", op. cit., pág.171.

general el representante al ejecutar un negocio jurídico lo hace en nombre de un interés ajeno que es el de la sociedad, es decir con su actuación vincula a la sociedad sobre la que recaerán los efectos, de lo que se puede inferir que el representante en general tiene la facultad de obligar a la sociedad, sin quedar personalmente obligado ante terceros. Pero la representación en el régimen de sociedades comerciales no es ilimitada, el límite es el objeto social, que hace de marco legal para que el representante circunscriba sus actos a la hora de realizar los negocios jurídicos en nombre de ella. El C.Com., en el art. 163 además indica, que obligan a la sociedad en los límites del objeto social. También cuando se trata de obligaciones contraídas mediante títulos-valores, contrato entre ausentes o contratos de adhesión que debiendo ser de representación conjunta, se hayan realizado de forma unilateral, salvo que el tercero haya conocido que se actúa en contravención de la representación conjunta. De lo cual, se deduce que los actos notoriamente extraños a su giro no estarán comprendidos en la responsabilidad de la sociedad, con las excepciones mencionadas.

Las limitaciones dispuestas no tienen otro objeto que proteger a la sociedad de los excesos o mala fe de los representantes, y poner en claro ante terceros la prevención de no contratar sobre asuntos que sean extraños a la actividad de la sociedad, sobre los que la sociedad no será responsable; no obstante, anotamos para lo posterior, que dichos actos acarrearán para el administrador o director una responsabilidad interna.

Del análisis del art. 314 del C.Com., se colige que el representante se encuentra autorizado para usar, convenir, contratar y actuar en nombre de la firma social; la representación legal de la S.A. está confiada al presidente del Directorio, no obstante, los estatutos pueden establecer una representación conjunta entre uno o más directores o gerentes, sobre los que éstos pueden delegar sus funciones ejecutivas.

En el caso de los gerentes, éstos pueden ser o no directores, sus facultades y obligaciones estarán expresamente señaladas y conferidas en poderes especiales, son remunerados y tienen un mandato revocable en cualquier

tiempo por el directorio, además responden ante la sociedad y terceros por sus acciones de igual manera que los directores, pero su designación no excluye de responsabilidad a los directores⁴⁹⁷.

5.5.d. Funciones de administración

En el código civil, el concepto de administración está ligado a los actos de conservación del patrimonio ajeno, dentro de esas facultades de administración generalmente no están comprendidos los actos de disposición y gravamen del patrimonio ajeno⁴⁹⁸, en cambio en el régimen de las sociedades en general y las sociedades anónimas en particular, el concepto de administración es más amplio debido a que no existe forma que los propietarios del patrimonio puedan realizar estos actos, por lo cual el administrador de la sociedad necesita contar con amplias facultades, entre ellas la de disposición del patrimonio, aunque no

⁴⁹⁷ Es necesario poner en evidencia una posible contradicción entre lo establecido por el C.Com. en el art. 311, que se refiere al ejercicio personal e indelegable de los directores y el art. 327, en el que expresa que el directorio puede delegar sus funciones ejecutivas de la administración, nombrando gerentes que pueden o no ser directores; el hecho de que sea indelegable el ejercicio de director es la imposibilidad de que otro actúe en su nombre, por lo que el director siempre debe actuar personalmente y en caso de impedimento, se encuentran los suplentes nombrados de acuerdo a lo previsto en los estatutos; art. 308 y 315 del C.Com.. Respecto a esta delegación Morales Guillén citando a Messineo señala que la delegación a gerentes, es una delegación del cuerpo colegiado, es decir de todo el directorio que así como delega, puede sin explicación alguna retirar la misma, ya que el ejercicio de las funciones es delegable, pero la responsabilidad no, lo cual tampoco implica que los actos de los gerentes queden sin responsabilidad, éstos responden ante la sociedad y terceros por el desempeño de su cargo, pues representan a la sociedad de acuerdo a los poderes especialmente conferidos para su actuación en asuntos de la gestión diaria de las actividades de la sociedad, normalmente subordinados a la autoridad y vigilancia de los directores.

Según la Ley de Sociedades de Capital, la administración de la sociedad teóricamente está sometida a la voluntad y control de la Junta general, los arts. 160. b) y 223, pero la realidad ha demostrado que en las grandes sociedades anónimas, el poder personal de los administradores ha sobrepasado el poder de control de la Junta general, al punto que son los administradores los que controlan la Junta, lo que según Broseta Pont en la década de los sesenta se dio en llamar *manager's revolution* vid. Broseta Pont, Manuel, "*Manual de Derecho Mercantil*", op. cit., pág. 405. Esto se debe en primer lugar, a que dependiendo de la complejidad de las operaciones de la empresa, la labor de administración requiera de conocimientos técnicos especializados que posiblemente los miembros de la Junta no posean y en segundo lugar a que los pequeños accionistas e inversores no asisten a las Juntas, lo que redundo en la fortaleza de los grupos mayoritarios que tienen en su poder la explotación económica y administración de la sociedad, ocasionando inclusive que se perpetúen con consecutivas reelecciones.

⁴⁹⁸ Vanasco, Carlos Alberto, "*Manual de sociedades comerciales*"..., op. cit., pág. 164.

de manera ilimitada, sino con ciertas restricciones que deben ser establecidas en la ley y los estatutos como se verá más adelante. De ahí que es necesario dejar en evidencia en primer lugar que existe diferencia entre el mandato del código civil y el mandato de administración del código de comercio y en segundo lugar que no es el régimen del mandato el que opera en las funciones de administración que desempeñan los directores, sino las del órgano de administración como cuerpo colegiado.

Las labores de administración traducidas en facultades que ejercen los directores afectan a la vida interna y externa de la sociedad, puesto que con las operaciones tendientes a la obtención de ganancias sí afectarán y modificarán la estructura económica y financiera de la sociedad; pero esas facultades pueden estar limitadas por la Junta, y también por los estatutos, porque en éstos se pueden establecer parámetros y categorías para que algunos compromisos económicos que involucren la disposición de bienes que puedan afectar a la continuidad y el desenvolvimiento futuro de la sociedad, necesariamente deban ser aprobados por la Junta general.

5.5.e. Nombramiento y Cese de los directores

La otra cuestión importante y diferente en la SEM respecto al régimen de la S.A. es la designación y remoción de los directores, puesto que el mismo inciso 4) del art. 429, señala que los directores del sector privado serán nombrados y removidos conforme a los procedimientos que se señalan para las S.A., es decir en Junta General Ordinaria, en cambio los directores del sector público serán removidos en cualquier momento por sus mandantes. En principio, la forma y requisitos para el nombramiento de los directores que representan al sector público en la SEM no está expresamente señalado en el C.Com., pero se infiere de la parte *in fine* del art. 429 inc. 4), que la entidad pública titular de las acciones designa al director de ese sector.

De manera contraria, la diferencia señalada se podría interpretar de manera literal, entendiendo que los directores del sector público serán nombrados de igual manera que los directores del sector privado en la junta general ordinaria, pero en la remoción está la diferencia, puesto que los directores del sector privado se atienen al régimen dispuesto para las S.A., en tanto que los directores del sector público pueden ser removidos en cualquier momento, por tanto no será necesaria la renuncia ni la obligatoriedad de permanecer en el desempeño hasta una nueva elección conforme regula el art. 317 del C.Com.. Este razonamiento nos lleva a la segunda posición en sentido de interpretar que si la remoción de los directores del sector público puede realizarla la entidad a la que representan en cualquier momento, entonces el nombramiento de un nuevo director también está expuesto al nombramiento por parte de este ente, en el mismo momento de la remoción del anterior, de no ser así se produciría un probable desequilibrio en el directorio lo cual contravendría las proporciones de representación de las dos series de acciones, nos referimos a la pública y la privada. Se puede ensayar una tercera posición en sentido de interpretar que cuando la entidad propietaria de las acciones del sector público determine la remoción del director o directores que lo representan, la designación del que sustituya al anterior será hasta que en junta general ordinaria se designe un nuevo director por ese sector. Vemos que el legislador no ha sido claro en ese sentido, lo cual puede causar una incertidumbre al momento de presentarse esta situación, tómesese en cuenta que en la remoción y cesación de los directores del sector privado debe mediar justa causa, puesto que la junta ha de exigirles judicialmente la probable responsabilidad que haya determinado su remoción o cesación.

Tanto la LSC en el art. 212 de España, la Ley 19.550 de Argentina en el art. 256 y el Código de Comercio de Bolivia en el art. 307, admiten que se puede ser administrador o director sin ser accionista, a menos que los estatutos de la sociedad dispongan lo contrario. Al respecto del nombramiento y cese de los directores de las SEM, además de lo señalado anteriormente en relación al porcentaje necesario para el nombramiento de directores por ambos sectores y

su designación y remoción, cabe puntualizar que además se procede a la tácita derogación de algunas prohibiciones establecidas en el art. 310 del C.Com.⁴⁹⁹, así el inc. 5) se refiere a la prohibición de que los funcionarios públicos que tengan competencia y jurisdicción en asuntos relacionados con el objeto de la sociedad puedan ocupar el cargo de directores; se considera una derogación tácita porque justamente en la SEM la representación de las acciones del sector público tiene una alta probabilidad que funcionarios públicos ejerzan el cargo de representantes y por tanto la de ser directores e incluso llegar a ocupar el cargo de presidente del directorio de la SEM⁵⁰⁰; es también evidente la salvedad de que tales funcionarios públicos no ejerzan sus funciones en actividades relacionadas con el objeto de la SEM, lo cual desplaza la posibilidad hacia funcionarios públicos cuyas actividades no se relacionen con el objeto de la sociedad.

Cabe recordar que en la normativa colombiana, la Ley 489 de 1998, señala en forma expresa que la representación de las acciones de la Nación y las entidades públicas que participan en una SEM, estarán a cargo del Ministro o Jefe del departamento administrativo al que se encuentre vinculada la sociedad. En cambio, en la Ley 19.550 de la Argentina, al igual que en la norma boliviana está expresamente prohibido que los funcionarios de la administración pública cuyo ejercicio se relacione con el objeto de la sociedad puedan ser elegidos como directores, prohibición que alcanza hasta los dos años después de la cesación de sus funciones. La salvedad que se encuentra en la norma argentina es la misma que establece la boliviana, en sentido que un funcionario público cuyo ejercicio no esté relacionado con la actividad de la SEM, puede ser nombrado director de tales sociedades; la LSC en el art. 213.2., establece en igual sentido, que los funcionarios al servicio de la

⁴⁹⁹ De igual manera sucede con lo dispuesto en el art. 213 de la LSC, de España.

⁵⁰⁰ El art. 310 del c.com., y el 213 de la LSC, hacen una enumeración de las causas por las que no se puede ser director; entre ellas, los quebrados sin rehabilitación, los directores, administradores, gerentes o representantes y síndicos de la sociedad declarada en quiebra culpable o fraudulenta, los empleados públicos que tengan vinculación con las actividades de la empresa, los que tengan conflictos de intereses, tengan deudas pendientes con la sociedad, parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, síndicos o personas que ejerzan funciones de fiscalización o estar en situación de incompatibilidad.

administración pública cuya actividad esté relacionada con las propias de la sociedad, no pueden ser administradores. De manera que los funcionarios públicos no pueden ejercer la actividad de administrador, director o consejero en las S.A., con las salvedades comentadas. Cuestión inversa resulta en la SEM, puesto que existe una gran probabilidad que los representantes designados por las entidades estatales sean funcionarios públicos, con las consecuencias consiguientes, hay que tomar en cuenta también lo dispuesto en la LEP, cuando señala que el COSEEP⁵⁰¹ en forma previa deberá autorizar los nombramientos en las SEM que tengan participación del Nivel central del Estado.

Otro aspecto es que la codificación boliviana no ha reglado la posibilidad que el Director pueda tratarse de una persona jurídica, en tanto que el régimen societario español admite la integración del órgano de administración por parte de personas jurídicas en el art. 212 bis de la LSC⁵⁰². El ejercicio de la administración por parte de personas jurídicas es susceptible de plantear delicados problemas en la práctica, básicamente en materia de responsabilidad, precisamente por falta de una adecuada regulación según expreso Broseta Pont⁵⁰³; no obstante, la normativa española LSC, también ha resuelto dicho tema. Parte de los cuestionamientos están en ¿quién responde sobre la actuación de este administrador, el designado personalmente o la persona jurídica que lo ha nombrado?, así existen otros temas que requieren respuestas que el codificador boliviano no ha absuelto, más aún a efectos de la SEM. La normativa española en la reciente Ley 31 de 3 de diciembre de 2014, ha promulgado la Modificación a la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, norma en la cual ofrece respuestas a estos problemas, de igual manera en el Texto Consolidado de la LSC del año 2015,

⁵⁰¹ En el punto I. numeral 4. dispone de esa manera.

⁵⁰² El art. 212. bis señala: Administrador persona jurídica.- 1. En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. 2. La revocación de su representante pro la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215.

⁵⁰³ Broseta Pont, Manuel, *"Manual de Derecho Mercantil"*, op. cit., pág. 407.

los cuales serán revisados en la parte de responsabilidad de los administradores. La Ley 410 de Colombia en el art. 200, prevé que el administrador puede ser una persona jurídica especificando que la responsabilidad será de la persona jurídica y también de quien actúe como su representante legal.

Conforme ya se ha expresado, el C.Com., boliviano nada señala sobre la integración del directorio por personas jurídicas, aspecto que reviste gran trascendencia en relación a la SEM, por lo que valdrá tener en cuenta que el titular de las acciones del sector público, necesariamente será una persona jurídica, en este caso pública. El sector privado también puede estar integrado por una o más personas jurídicas, sean nacionales o extranjeras; de manera que la SEM podría estar integrada por accionistas que en su totalidad sean personas jurídicas, y entre ellas sociedades nacionales o extranjeras; estas personas jurídicas necesariamente tendrán que nombrar personas naturales como representantes. Pero cabe advertir, que estamos ante dos situaciones diferentes en relación al nombramiento de persona jurídica como director o administrador. La primera se refiere a que el accionista – persona jurídica – tenga derecho al nombramiento de un director; la segunda es la que plantea la LSC en el art. 212 bis, que una persona jurídica – sea o no accionista - sea nombrada administradora; esto a su vez puede dar lugar a dos posiciones; primero que una persona jurídica posea acciones en una cantidad tal que lleguen a otorgarle el derecho de nombrar un representante –persona física – para que actúe en su nombre dentro del directorio⁵⁰⁴, y segundo que una persona jurídica por la calificación de su objeto social, se dedique a brindar ese tipo de servicios, es decir provee profesionales que pueden desempeñar el cargo de director⁵⁰⁵. Entonces, en cualquiera de las posibilidades surge la

⁵⁰⁴ En Bolivia, en los años 90 las Administradoras de Fondos de Pensiones, AFP's, han resultado ser accionistas de las empresas capitalizadas, con participación en muchas de ellas en más del veinte por ciento, situación que les ha conferido el derecho a nombrar al director por minoría; ese es un ejemplo de que una persona jurídica pueda nombrar director.

⁵⁰⁵ En la práctica societaria española de las sociedades cotizadas, se ha incorporado la necesidad del director independiente, como un profesional que conoce las complejas operaciones de la empresa, ese profesional puede estar laboralmente vinculado a una persona

opción de que el sector público o el sector privado, independientemente de que el sector privado sea una persona natural o jurídica puede proponer que una persona jurídica sea la que la represente en el directorio.

La Junta General Ordinaria designa a los directores titulares y suplentes, pero el estatuto fija el período de su desempeño que en el caso boliviano, no puede durar más de tres años; al respecto la LSC en el art. 160 inc. b) se refiere a que el nombramiento de los administradores corresponde a la junta general y respecto al plazo el art. 216 señala que el estatuto puede determinar un plazo para el cargo del administrador, pero no debe exceder de los seis años.

En cuanto al régimen de nombramiento de directores en la S.A. el art. 316 del C.Com., ha previsto el sistema de representación proporcional⁵⁰⁶; este sistema consiste en que la minoría necesariamente se encuentre representada en el Directorio para ejercer tutela de sus intereses, para lo cual la legislación boliviana establece que los accionistas minoritarios al menos deben representar el veinte por ciento del capital social con derecho a voto, y tendrán el derecho de nombrar un tercio de los directores⁵⁰⁷, o la proporción inmediatamente inferior a este tercio.

Con relación al cese de las funciones del administrador, este puede producirse por revocación o por dimisión; la primera puede producirse en cualquier momento por parte de la junta general, la revocación puede acordarse según el art. 285, inc. 3) del C.Com., la cesación se produce cuando la junta le exige judicialmente la responsabilidad sobre sus actos y la renuncia como una prerrogativa del propio director que debe ser presentada al directorio, órgano que puede aceptarla o rechazarla si afectara al normal desempeño de la sociedad, en todo caso, el director no puede abandonar su cargo mientras no

jurídica a la que responde del buen servicio que prestará a la sociedad, ese puede ser un ejemplo al caso.

⁵⁰⁶ Broseta Pont, Manuel, *“Manual de Derecho Mercantil”*, op. cit., pág. 412.

⁵⁰⁷ Vid. Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit. pág. 376, éste cita una interesante diferencia que hace Messineo con relación a que en el tema de la representación de las minorías en el Consejo de administración, no opera la representación minoritaria de las asambleas políticas, aquí rige el principio de la *tutela* de los intereses patrimoniales privados de las minorías, que deben ser protegidos contra el súper poder de las mayorías.

se haya nombrado su reemplazante mediante elección, salvo mediare incapacidad, impedimento o prohibición legal que haga inexcusable la atención a la renuncia. Uría⁵⁰⁸ dice respecto a la revocabilidad, que tiene un límite frente a los administradores nombrados por los grupos minoritarios, puesto que, si la mayoría pudiese destituir o separar *ad nutum* a esos administradores, el sistema de representación proporcional se vendría abajo; entonces creemos que sólo cabe esa posibilidad cuando exista justa causa en contra del administrador.

En el caso de los directores de la SEM que correspondan al sector privado, obviando referirnos a su participación proporcional que ya fue explicada, deben observar lo dispuesto en los arts. 317, 318 y 319 que regulan el desempeño obligatorio de sus funciones, hasta el nombramiento del nuevo director. El cese inmediato se produce cuando se les exija judicialmente, responsabilidad por sus actos y el procedimiento que se ha de seguir en caso de renuncia.

El C.Com., en el art. 429, inc. 4) cuando se refiere a la remoción de los directores del sector público dispone que no se les aplique la normativa de la S.A., sino que de manera diferente que a los directores del sector privado, ordena que a los directores del sector público les pueden remover sus mandantes en cualquier momento; vemos que esta regla está relacionada con el hecho que el cargo de director del sector público se ejerce por designación, ahí está la diferencia respecto al nombramiento diverso de los directores en la SEM, pues mientras los directores que representen al sector privado son nombrados en la junta de accionistas cumpliendo las formalidades reguladas para la S.A.; los directores del sector público son designados en forma directa por las entidades titulares de las acciones y pueden ser removidos por sus mandantes en cualquier momento.

La problemática que presentan es importante y debe responder al cuestionamiento del tratamiento diferente de los directores de ambos sectores, así se deberá responder si en la junta en que se eligen los directores del sector

⁵⁰⁸ Uría, Rodrigo, "Derecho Mercantil...", op. cit., pág. 336.

privado participa el sector público; creemos que no debería por un criterio de proporcionalidad, o conforme expresa Ovando⁵⁰⁹, los directores de ese sector se eligen con los votos que representen la mayoría de ese sector. En cuanto a la designación de los directores del sector público y su remoción en cualquier momento, mediante la interpretación literal se puede deducir que pueden ser designados y removidos de manera discrecional por sus mandantes, la explicación casi es obvia debido a las razones de orden institucional y a veces circunstancial de las autoridades públicas que tienen la facultad de nombrar y remover a sus representantes. Sin embargo, será importante revisar la aplicación del régimen de responsabilidad de éstos directores del sector público, puesto que a los directores que representan al sector privado se les aplica el régimen de responsabilidad de la S.A.

En la LEP para las EM, EEM y EEI, el art. 36 II c) y d) determinan que el COSEEP designa a los miembros del directorio y que el presidente del directorio será elegido de entre los representantes de la mayoría accionaria. Haciendo una aplicación analógica de esta norma sobre la designación de los directores del sector público en las SEM, además del nombramiento del presidente, llegamos a concluir que esa desigualdad en el nombramiento de los directores de ambos sectores puede resultar un punto problemático en la toma de decisiones y el desenvolvimiento normal de la SEM.

Otra situación de relieve es el plazo de ejercicio de los directores de ambos sectores, según Ovando el plazo de los directores del sector público no tiene límite de tiempo, en tanto que los del sector privado al estar sujetos a las normas de la S.A., es decir observar los tres años como periodo máximo, pudiendo ser reelegidos, el factor común entre estos directores es que ambos pueden ser removidos en cualquier momento, pero los del sector público sin que medie justa causa inclusive, en tanto que los del sector privado por motivos de responsabilidad exigibles en la vía judicial. Aquí salta otro cuestionamiento, pues podría dar lugar a que un director del sector público al poder ser removido

⁵⁰⁹ Ovando Ovando, Jaime, *Sociedades Comerciales...*, op. cit., pág. 590.

de manera discrecional por su mandante entidad pública, podría quedar liberado de los cargos de responsabilidad sobre su desempeño, pues al haber asumido su cargo por designación y siendo su actuación de representación institucional dentro del directorio, ¿le corresponde la responsabilidad en forma personal o la asume la entidad que lo designó?

5.6. El control sobre el movimiento de los fondos de la SEM

En cuanto al control del movimiento de fondos, el hecho de que deban ser direccionados a cuentas corrientes bancarias es una práctica totalmente indiscutible y un mecanismo de control exigible desde la fundación de la SEM, más aún si se constituye por suscripción pública, el imperativo a cumplir en relación a que para el manejo o movimiento de fondos deben concurrir un representante por cada sector, también constituye una práctica positiva como mecanismo de control.

5.7. El nombramiento de los síndicos

El C.Com., en la disposición del art. 429, inc. 6), cuando señala que ambos sectores, público y privado tienen derecho a nombrar un síndico o representante en el organismo de fiscalización interna, configura una derogación parcial al régimen de los síndicos de la S.A., que se establece en el art. 332, pues dicha norma refiere que los síndicos pueden ser o no accionistas, deben ser designados por la junta de accionistas y que necesariamente debe nombrarse un síndico por minorías, minorías que obedecen a la representación de un mínimo del veinte por ciento del capital social; sin embargo cuando se haya resuelto que los síndicos serán dos, independiente al porcentaje accionario mínimo estipulado se nombrará uno por las minorías.

La regulación especial de la SEM expresa que se nombrará un síndico por cada sector como un derecho propio, sin tomar ningún tipo de parámetros

porcentuales; respecto a la forma de elección por parte de cada sector accionario, la norma específica de la SEM nada dice; aplicando analogía se podría asumir que el síndico nombrado por el sector público tendría el mismo modo que los directores de ese sector accionario, por designación. En correspondencia a lo anterior, el síndico del sector privado sería nombrado en junta ordinaria de accionistas con el voto de la mayoría de su sector.

El código es categórico cuando señala que cada sector nombrará un síndico, de lo cual se colige que en caso de que más de dos entidades públicas participen en la SEM, entre ambas deberán designar un síndico. En cuanto a los requisitos que deben cumplir los síndicos pese a tener una diversa forma de nombramiento, ambos deben cumplir los requisitos, impedimentos, atribuciones, derechos y responsabilidades señaladas para los síndicos de la S.A.; la única diferencia estaría en que al síndico del sector público, al igual que los directores que representan a ese sector, serían removidos en cualquier momento.

El régimen de los Síndicos en la S.A. Argentina, contempla la fiscalización privada a cargo de los síndicos y la fiscalización estatal permanente por la autoridad contralora, la primera es la que nos corresponde desarrollar con la mención de que en las SEM necesariamente debe asumir la fiscalización estatal permanente.

En relación a los requisitos para ser síndico necesariamente debe tratarse de un abogado, contador público o una sociedad civil constituida por este tipo de profesionales, cuya responsabilidad sea solidaria. En la norma colombiana el Código de comercio se refiere al Revisor fiscal como integrante obligado en las sociedades por acciones, por lo cual estará presente en la SEM, no se han prescrito los requisitos para optar a dicho cargo, sino más bien por exclusión se establece un régimen de inhabilitados para desempeñar dicho cargo.

En la legislación española la presencia del síndico no existe, su estructura consiste en la junta de accionistas y el consejo de administración, pero si la LSC contiene el régimen de las cuentas anuales en el cual se imprime un rigor

y exhaustividad en la elaboración de los estados financieros, el informe de gestión que está bajo responsabilidad del consejo de administración, pero se inserta un régimen de verificación de las cuentas anuales a cargo de un Auditor de cuentas, el cual puede ser una o varias personas físicas o jurídicas que pueden actuar inclusive en forma conjunta; los actos y verificaciones que realiza este auditor de cuentas tiene alguna similitud con las funciones de los síndicos, con la salvedad que los síndicos intervienen en la fiscalización de los actos del directorio, pueden convocar a juntas y otras, en tanto que los auditores de cuentas, tienen atribuciones exclusivas sobre las cuentas de la sociedad.

En la norma boliviana, la fiscalización de los síndicos se trataría de una fiscalización interna, puesto que tomando en cuenta el momento de la promulgación del Código de Comercio – 1977, vigente hasta el día de hoy, es necesario acotar que, por imperio dispositivo de la CPE del 2004, el Poder legislativo tenía la atribución de fiscalizar el desempeño de las SEM, a través de comisiones conformadas en sus cámaras, así señalaba el art. 59, inc. 22 del texto constitucional de 2004⁵¹⁰. En cambio, la CPEP del 2009, el art. 158 referida a las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional señala en el núm. 20., que: *Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional además de las que determina esta Constitución y la Ley: 20. Controlar o fiscalizar las empresas públicas, las de capital mixto y toda entidad en la que tenga participación económica el Estado.* De manera que la atribución de fiscalización estatal no ha cambiado en la CPEP y refuerza la fiscalización de los fondos estatales, en este caso en la SEM por tratarse de una empresa de capital mixto. Una primera posición respecto a esa fiscalización sería que la misma, estará a cargo de las Comisiones de la Asamblea, la otra posición sería que se derive a los mecanismos y procedimientos de entidades estatales para que ejecuten la misma, con lo cual se retorna al ámbito administrativo estatal; quedando la fiscalización de los síndicos de la SEM, como un régimen interno

⁵¹⁰ La CPE del año 2004, en el art. 59 señala: Son atribuciones del Poder Legislativo: 22° Ejercer, a través de las Comisiones de ambas Cámaras, la facultad de fiscalización sobre las entidades autónomas, autárquicas, semi autárquicas y sociedades de economía mixta.

porque en caso de producirse hechos o acciones que causen perjuicio a la sociedad, existe la probabilidad cierta que la Contraloría General del Estado como entidad que ejerce el control externo de la administración de las entidades públicas, y aquellas en las que el Estado tenga participación o interés económico, sea la que realice las labores de fiscalización, como es el caso de las SEM.

A manera de establecer comparación entre la SEM y las sociedades de la LEP, habrá que tomar en cuenta que en régimen de fiscalización dispuesto en el art. 59 cuando se refiere al régimen de los síndicos para las EM, EEM y EEI, señala taxativamente que para el nombramiento del síndico, el mismo debe contar con título profesional universitario de auditor y un antigüedad mínima de cinco años de ejercicio profesional; asimismo describe un régimen sancionatorio a seguir en caso que el síndico tenga conocimiento de hechos que generen daño o perjuicio a la empresa; asimismo las responsabilidades por la gestión de las EE, EEI, EM y las SEM.

Los Gobiernos Autónomos Departamental y Municipal tienen en la CPEP competencias exclusivas referidas a la creación de empresas públicas en sus ámbitos geográficos, pero no tienen señaladas competencias de fiscalización, lo cual nos remite a la función de la Contraloría General del Estado en todo el ámbito nacional, puesto que si estas entidades autónomas participan junto al sector privado de la economía en la constitución de SEM, podrán y deberán también ejercitar mecanismos de fiscalización a sus inversiones en las SEM por mandato constitucional, tarea que en el entorno interior de la SEM estará a cargo de los síndicos y desde el exterior a cargo de las Asambleas departamentales o Concejos municipales.

De todo lo que se ha expuesto cabe concluir en que es evidente que los estatutos ordenan al interior el régimen de funcionamiento de la SEM y aunque las especiales reglas que el legislador ha incluido en esta parte del C.Com., no incluyen la totalidad de aspectos que deben estar regulados, por lo que se hace preciso recordar que la SEM supletoriamente debe acudir a los artículos que

regulan la S.A. y, aunque en ellos no hay un artículo propio y preciso que regule el contenido de los estatutos como lo hace la LSC española, que en el art. 23 fijan al menos los elementos básicos generales que debe contener esta norma interna de la S.A.⁵¹¹.

En el código de comercio boliviano el contenido de los estatutos de la S.A. según el art. 130, serán aprobados al momento de la constitución de la sociedad y deben ser presentados con todas las modificaciones que hayan soportado antes de su inscripción en el Registro de Comercio, es que el contenido de esta norma interna se encuentra de manera transversal y dispersa en varios artículos del C.Com.; ahora, para su aplicación en la SEM, se tomarán en primer lugar lo dispuesto en específico en el art. 429 y luego las disposiciones del régimen regulatorio de la S.A., y las generales dispuestas para todas las sociedades comerciales, siempre que no deroguen o entre en contradicción con lo establecido para la SEM en forma específica.

6. EL APORTE ESTATAL

En reiteradas oportunidades se ha mencionado que el régimen general de las sociedades comerciales reguladas por el código de comercio se encuentra del art. 125 al 172, dentro de ellas encontramos las condiciones en que debe constituirse el capital social, que además debe ser preciso al momento de su constitución aunque puede ser aumentado o disminuido observando las disposiciones legales, que como por el tipo de actividad establecen una cantidad mínima o algunas restricciones respecto al tipo de aportes que pueden realizar los socios. Así el código regula las diferentes modalidades de aporte en las que una de ellas se refiere a que además de dinero en efectivo, se puede aceptar los bienes que los socios aporten para constituir la sociedad,

⁵¹¹ El art. 23 de la LSC, no regula el contenido de los estatutos sólo para la S.A., sino que al ser general de todas las sociedades de capital, también incluye los contenidos básicos que deben contener los estatutos de la limitada y de la comandita por acciones.

entre los cuales se refiere al aporte de bienes, bienes gravados, derechos, de créditos, de establecimientos de comercio, de derechos de uso y goce, de trabajo o industria y de títulos valores, los que en función al tipo de sociedad se encuentran insertos en la regulación de cada tipo social.

A las finalidades de la SEM, nos referiremos al aporte de bienes que deben estar específicamente determinados; como primera condición, quien los aportes debe realizar la traslación de dominio, más aún si se tratase de bienes sujetos a registro como son los inmuebles los cuales deben contener las garantías de evicción y saneamiento por los vicios ocultos que pudieran tener. En caso de que los bienes aportados se encuentren gravados se procederá a la deducción del gravamen real; en cuanto al aporte de derechos, estos deben ser susceptibles de ser aportados, además de estar debidamente documentados y no sujetos a litigio.

Los aportes de créditos serán endosados o cedidos a favor de la sociedad y los aportes de títulos-valores cotizables se toman en cuenta hasta el valor de su cotización. Por su lado los aportes de uso y goce de un bien por prescripción del art. 155 del C.Com., no son susceptibles de aportación en las S.A., tampoco procede el aporte en trabajo o industria. En todos los aportes en especie se realizará la valoración de manera correcta, sea por el propio aportante o por medio de precios de plaza o por peritos designados judicialmente. En la regulación de la S.A. el art. 221 del C.Com., se refiere al aporte en dinero, que sería la más común y preferente forma de aportación, la misma deberá cubrir hasta el monto de las acciones suscritas por cada accionista.

En los artículos del C.Com., referidos a la SEM se hace referencia a los aportes estatales que serán inicialmente fijados al momento de las negociaciones para la firma del convenio entre los sectores privado y público, lo cual tiene lógica puesto que al tratarse de aportes estatales de cualquier nivel, sea central, departamental, municipal o de otras entidades de la administración estatal necesariamente deben pasar por la aprobación legal previa a la aportación efectiva al capital social de la SEM. El cuestionamiento surge respecto a dos

aspectos que incluye el art. 430, primero cuando señala que el acuerdo para efectivizar los aportes debe ser autorizado y aprobado por Ley expresa y el segundo respecto a la prevalencia del sector público.

En relación a la autorización y aprobación por Ley expresa, advertimos que en los arts. 428, y 429 se hace referencia a la promulgación de un Decreto Supremo, en el primero para que autorice la formación de la sociedad y el segundo para la transferencia de acciones estatales, sobre lo cual hay que señalar que en anteriores acápite se hizo referencia que en aplicación de la Disposición Final Décima primera de la Ley 466, para la autorización de constitución de una SEM⁵¹², se debe promulgar una Ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Entonces, la Ley expresa a la que se refiere el art. 430 del C.Com., a pesar que la disposición data del año 1977, es la misma ley de aprobación de la constitución de la SEM, aparentemente sería ocioso que tenga que promulgarse una nueva ley para realizar los aportes; no obstante, existe la probabilidad que para la constitución de una SEM se deban tramitar dos leyes, la primera de autorización de constitución y la segunda ley para autorizar el aporte del sector público, pues al respecto la CPEP señala en el art. 158, núm. 8., la facultad de la Asamblea Legislativa Plurinacional para aprobar leyes en materia de presupuestos, endeudamiento, control y fiscalización de recursos estatales de crédito público y subvenciones. De lo cual se desprende que podría este órgano al aprobar la ley de creación de las SEM en la misma apruebe el presupuesto de inversión en forma de aportes al capital social, sea en efectivo con fondos del TGN o sea en especie en las diferentes modalidades.

El aporte en efectivo no acarrearía mayores problemas que la transferencia de los fondos comprometidos, pero cuando se trate de aportes en bienes de dominio del Estado y otros bienes evaluables en dinero que el Estado quiera entregar como parte de su aporte al capital social de la SEM, entonces será

⁵¹² La Disposición final Décima primera se refiere a las SEM en las que se desarrollan actividades económicas definidas por el COSEEP de conformidad con sus atribuciones fijadas en los arts. 12, 13 y 14 de la LEP.

necesaria la promulgación de una ley expresa por el aporte de ese tipo de aporte de capital. En el caso de las SEM con aportes departamentales y municipales de igual manera los órganos legislativos de estas instancias deberán promulgar la disposición legal respectiva que autorice su aporte al capital social; de manera que se cumpla con lo estipulado por el código de comercio.

En relación a los aportes del sector público que se expresa en esta parte del C.Com., en el art. 428, inc.) 2 y 3 se dispone la negociación del convenio para la constitución de la sociedad, así también la ley que autorice la formación de la sociedad y que apruebe el contrato de constitución y los estatutos, los mismos que contendrán el acuerdo de ambos sectores respecto a la prevalencia de uno u otro sector, pero en caso de que la enajenación de acciones suponga la pérdida de la posición mayoritaria por el sector público, se debe tramitar la autorización por medio de una disposición legal; al respecto corresponde deducir por analogía que si para el aporte del sector público al capital es necesaria una autorización vía Ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional, para la enajenación de las acciones debe realizarse el mismo procedimiento.

El aporte estatal que señala la Ley 12.962 de Argentina, contiene similitud respecto a los aportes de la administración pública con los aportes del sector público que señala el C.Com., boliviano, ya que las aportaciones pueden ser de cualquier clase, es decir dinerarias o no dinerarias entre las que se encuentran privilegios de exclusividad, exención impositiva, protección fiscal y otros que tienen un contenido de atribución estatal; de igual manera la norma colombiana se refiere a ventajas financieras o fiscales, auxilios especiales y concesiones.

6.1. Aportes de carácter patrimonial

Una de las opciones es que el aporte al capital social sea realizado en dinero en efectivo, en esta forma de aporte, la importancia y cuidado es el control de su acreditación real a favor de la sociedad y que guarde exacta correspondencia económica entre el registro y la existencia de los fondos

comprometidos en la suscripción de acciones y el pago; por lo que los depósitos en las cuentas bancarias sustentan un primer mecanismo de control sobre este tipo de aportación. Así uno de los requisitos para la constitución de la SEM es que el capital pagado debe ser depositado en un banco.

La regulación de la S.A. impone que los aportes en etapa de organización deben ser depositados en el Banco encargado de recibir las suscripciones; en forma posterior a la inscripción en el Registro de Comercio, el Banco entregará los fondos a disposición de los administradores de la sociedad; este tratamiento es válido tanto para los aportes del sector público como los del sector privado en la SEM, en caso de suscripción pública de acciones o por acto único.

También se prevé en la norma que el aporte al capital puede realizarse en especie, es decir en aportes no dinerarios que se refieren a bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Conforme establece el régimen de la S.A. sobre estas aportaciones pesa primero la valoración que debe realizarse por el propio aportante y en caso necesario por peritos calificados y segundo que tales aportes tienen derecho a voto sólo después de que haya sido definida su valoración⁵¹³. En cuanto a la aportación en bienes muebles con la valoración de los mismos en las condiciones antes descritas, al ser aceptado el aporte la titularidad del accionista está consolidada. En cambio en los aportes de bienes inmuebles la situación es diferente, primero porque en el caso de bienes inmuebles de dominio estatal, para su disposición

⁵¹³ La legislación española LSC establece una serie de requisitos respecto a las aportaciones no dinerarias art. 63 y sgtes., entre las cuales existe la obligación del saneamiento de los bienes objeto de aportación; en cuanto a los aportes en derechos estos deben estar respaldados por la solvencia del deudor en caso de los derechos de crédito; además la norma establece la elaboración de un informe por los expertos valuadores de estas aportaciones no dinerarias y las responsabilidades coetáneas a la diligencia e idoneidad de su valoración; asimismo contiene el régimen de registro y publicidad al que se encuentran sujetos este tipo de aportaciones. La codificación colombiana en la Ley 410 en los arts. 126 al 136 contiene el régimen de aportes en especie, en el cual describe las formalidades para el avalúo de estos bienes, las responsabilidades y la intervención de la Superintendencia de Sociedades en el caso de las sociedades controladas. En la Ley de Sociedades 19.550, el art. 187 respecto a los aportes no dinerarios en las S.A. señala que estos solo puede consistir en obligaciones de dar verificadas en forma previa a la inscripción en el Registro Público de Comercio dentro del programa de constitución de la S.A. En todos los casos la aportación en especie o no dineraria en los aumentos de capital deben cumplir los mismos requisitos de valoración y aprobación que cada normativa ha regulado.

se deben cumplir con todas las regulaciones legales y de orden administrativo exigidas para la traslación registral y de dominio, por lo que al momento de la negociación el convenio necesariamente incluirá esta forma de aporte del sector público, siendo en bienes inmuebles estos se individualizaran en el convenio y en el texto de la ley de autorización de creación de la SEM. Insistimos en que la Ley que autorice la constitución de la SEM, debería incluir la autorización del aporte estatal, sea en efectivo o de aportes en especie o no dinerarios, más aún cuando se traten de bienes de dominio público del Estado como una atribución constitucional propia de ese órgano.

Ahora la importancia de la valoración del aporte en bienes no dinerarios es que conforme señala Broseta Pont⁵¹⁴, estos aportes no dinerarios pueden ser adecuadamente valorados; ser infravalorados es decir que el valor asignado sea menor al valor real del bien o derecho y que la valoración sea superior al valor real de bien, en este último caso se podría estar vulnerando los derechos de los restantes accionistas y de terceros, favoreciendo al accionista que ha exagerado el valor de su aporte.

6.2. Concesión de privilegios de exclusividad en su explotación

En relación a la concesión de privilegios, más aun si estos son a exclusividad en su explotación, se deduce que el legislador quiso referirse a actividades industriales, comerciales o de servicios, en lo cual hay que tomar en cuenta que el monopolio privado está expresamente prohibido por la CPEP en el art. 314, de manera diferente en el art. 316 inc. 8) el Estado puede determinar el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública; de manera que la SEM caracterizada por la participación económica pública y privada para emprendimientos empresariales que tengan finalidad de satisfacer el interés colectivo se ajusta a la determinación por parte del Estado, en sentido de que

⁵¹⁴ Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 344.

en aplicación de su atribución constitucional de determinar monopolios, puede conceder privilegios de exclusividad en la explotación de determinadas actividades a la SEM, uno de ellos es el sector hidrocarburos, en el que el monopolio estatal está constitucionalizado, con la excepción que según el art. 363 de la CPEP, YPFB puede constituir sociedades de economía mixta para las actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos y bien podría conceder a esas SEM privilegios de exclusividad en la explotación de tales actividades; no obstante la problemática de este tipo de aporte está presente al momento de cuantificar y valorar este privilegio, así como materializarlo en acciones del sector público dentro del capital social de la SEM⁵¹⁵.

6.3. Las otras aportaciones no dinerarias del sector público

El aporte del sector público detallado en este art. 430 del C.Com., referido a liberaciones arancelarias, tratamiento preferencial o concesiones de excepción en materia tributaria, protección fiscal o compensación de riesgos son aportes de compleja y difícil valuación, sobre éstas recaen cuestionamientos respecto a la cuantificación de su valor para que se integren al capital social, ya que de acuerdo a lo establecido en el art. 220 y 224 inc. 4) del C.Com., cada acción suscrita debe tener pagado al menos un veinticinco por ciento de su valor al momento de celebrarse el contrato de constitución; por lo que se ven con claridad las dificultades en su cuantificación; primero, la dificultad natural de valorar aunque sea estimativamente este tipo de aportes; segundo, que la integración en dinero efectivo de las acciones suscritas por estos conceptos están destinadas a ser cubiertas o pagadas con las utilidades obtenidas, por lo que la debilidad o dificultad está al momento de integrar el efectivo del capital social.

⁵¹⁵ En igual sentido señala Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 485 y 486, en los que además observa la forma de valuación de los aportes no dinerarios que se mencionan en el art. 430 por parte del sector público, importante la aseveración en sentido de advertir sobre la debilidad en la garantía que estos aportes pueden ofrecer a terceros.

La regulación que el C.Com., dispone para la SEM se refiere a aspectos formales y de fondo, intrínsecamente relacionados ambos. Los de forma son la probación y autorización expresa del aporte estatal a la cual ya se hizo referencia; en una segunda parte, están las autorizaciones legales en caso de producirse la pérdida de la mayoría accionaria por parte del sector público y, tercero, la previsión que debe tomarse en los estatutos para evitar que en las nuevas emisiones accionarias, esta mayoría se vea alterada.

En el fondo, están las negociaciones entre ambos sectores de la SEM, para que los aportes del sector público puedan hacerse efectivos, con aportes en dinero, en bienes muebles e inmuebles, o de carácter mixto en una combinación de ambos; pero es de reconocer que estos son aportes tangibles, en tanto que los que ahora nos ocupan son intangibles y como tales deben ser cuantificados y valorados en forma previa a la emisión de acciones. Esta disposición tiene estricta relación con el régimen señalado para la S.A., referida a que los bienes que no sean dinero deben ser determinados con precisión y, deben ser entregados al Banco suscriptor de acuerdo al régimen de aportaciones no dinerarias prescrito en el régimen general de sociedades comerciales, por lo que es necesario acudir a la aplicación del mismo.

El art. 150 del C.Com., respecto a los aportes de bienes en general, exige que estén determinados y que puedan ser objeto de traslación de dominio, y en cuanto a los aportes en derechos que se ajustan a las liberaciones arancelarias, tratamiento preferencial, protección fiscal o compensación de riesgos de la SEM, se requiere que sean susceptibles de ser aportados, no estar sujetos a litigio y estar debidamente documentados, a estos efectos se procederá a exigir a los entes estatales que participan como accionistas de la SEM y que pretenden realizar este tipo de aportes no dinerarios, que dichos bienes inmateriales sean susceptibles de ser aportados, sin que signifiquen delegación de poderes públicos a favor de la SEM; que puedan ser cuantificados, valorados y por último que se encuentren debidamente documentados. A tales fines, se procederá en el convenio como documento preparatorio previo a la promulgación de la Ley de autorización de la creación

de la SEM, por parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional, las cesiones de estos derechos por parte de los entes estatales formarían también parte de dicha ley y deben ser susceptibles de ser ejecutados a favor de la SEM en el plazo no mayor a dos años.

Por otra parte es de tener en cuenta que el art. 442 del C.Com., señala la obligación de las SEM en el cumplimiento de obligaciones tributarias, salvo excepcionalmente las facultades o liberalidades que le haya otorgado el Estado, pero el aporte de capital del Estado que tenga relación con liberaciones arancelarias, tratamiento preferencial o concesiones de excepción en materia tributaria, protección fiscal no son meras liberalidades, son parte del aporte del capital que el Estado está integrando al capital social, es decir no son privilegios a favor de la sociedad sino más bien se convierten en una exigencia de cumplimiento de la SEM al Estado, de manera que la complejidad de la cuantificación de este tipo de aportes se encuentra demostrada.

6.4. Estudios, proyectos y aporte tecnológico

En el tema del aporte al capital social referido a estudios o proyectos la valoración se podría realizar y consolidar de manera menos dificultosa que los privilegios, las concesiones de exclusividad y protección fiscal; estas formas de aportación además de tener que ser conocidas en forma antelada a la firma del convenio y por ende de las autorizaciones para la promulgación de la ley que autorice la constitución de la SEM, tienen incorporado un buen grado de garantía de realización pronta y efectiva, es más pueden inclusive ser la parte medular del objeto de la sociedad.

La valoración de este tipo de aportes debe someterse a los mismos mecanismos y procedimientos que las otras aportaciones no dinerarias y las consecuencias de su capitalización conllevan la misma problemática descrita en anteriores párrafos.

6.5. Concesiones para explotar servicios públicos

En cuanto a la concesión por parte del Estado para la explotación de servicios públicos es inexcusable revisar los preceptos constitucionales respecto a los servicios públicos considerados básicos; entonces tenemos como tales a los servicios públicos considerados básicos; entonces tenemos como tales a los servicios de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, servicio postal y telecomunicaciones⁵¹⁶; la mayoría de estos pueden ser concesionados a entidades mixtas como es la SEM. Estos servicios que por mandato constitucional son de responsabilidad del Estado, pueden ser prestados inclusive por medio de contratos con la empresa privada, siendo evidente que en la prestación de ellos importa un alto componente de control estatal tanto en la prestación del servicio como en la fijación de tarifas y coberturas⁵¹⁷. Es evidente también que en la prestación de los servicios públicos se aplica con mayor fuerza la disposición constitucional de prohibición de conceder la exclusividad o constituir monopolios privados.

La posibilidad de que en la constitución de la SEM pueda señalarse como objeto la prestación de servicios de carácter público está inserta en el art. 424 del C.Com., y si desarrollan estas actividades, bajo este tipo de organización social, es una muestra de que el Estado puede participar junto a los privados en la prestación de estas servicios, con el beneficio de que los privados aporten *know how* de última generación y el Estado concesione a las SEM este tipo de servicios como los de telecomunicaciones.

⁵¹⁶ Entre los servicios públicos también están el de salud y seguridad social pública los cuales por mandato constitucional no pueden ser concesionados.

⁵¹⁷ En la actualidad los servicios públicos de agua, alcantarillado, distribución de energía eléctrica y telefonía en la ciudad de Santa Cruz están a cargo de Cooperativas, de igual manera sucede en otros departamentos con algunos de estos servicios. Respecto a las cooperativas prestadoras de estos servicios el art. 335, de la CPEP señala: "Las cooperativas de servicios públicos serán organizaciones de interés colectivo, sin fines de lucro y sometidas a control gubernamental y serán administradas democráticamente. La elección de sus autoridades de administración y vigilancia será realizada de acuerdo a sus propias normas estatutarias y supervisadas por el Órgano Electoral Plurinacional. Su organización y funcionamiento serán regulados por la ley."

6.6. Recursos naturales

La disposición de los recursos naturales como aporte de capital por parte del sector público, tiene una connotación constitucional basada en dos pilares a los cuales se hizo referencia en anteriores capítulos; una parte está centrada en el capítulo de la Organización Económica del Estado que corresponde desde el art. 306 al 319 de la CPEP, donde se vio que los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano y que la administración está a cargo del Estado el que está facultado para disponer su industrialización; además podrá intervenir en toda la cadena productiva de los sectores denominados estratégicos. La segunda parte está en la CPEP en el capítulo segundo del Título II, que desde el art. 348⁵¹⁸ al 379 en los que se ha comprendido la descripción casi exhaustiva de los recursos naturales.

Entonces, la aportación en recursos naturales por parte del Estado como accionista público de una SEM inevitablemente ha de estar regulada y por tanto sujeta a un control y fiscalización que devienen de la constitución en relación a los requisitos y acciones posibles sobre estos recursos, sin olvidar el control social inserto como un mecanismo de la sociedad civil organizada⁵¹⁹. Las valoraciones de estos recursos al no ser dinerarios de igual manera deberán cumplir con los procedimientos y mecánica societaria que impone el C.Com., para este tipo de aportes.

A manera de conclusión se puede sostener que en todos los aportes públicos al capital social de calidad no dinerarios, tangibles la cuantificación y valuación de los mismos son los elementos de mayor importancia; la cuantificación porque significa extraer una porción del dominio económico del Estado para ser

⁵¹⁸ El artículo 348 de la CPEP, si bien no hace una definición hace una descripción de los elementos que se consideran recursos naturales y por otra parte determina el carácter estratégico de los mismos cuando expresa: "I. Son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. II. Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país."

⁵¹⁹ La CPEP ha definido y categorizado las competencias en privativas, exclusivas, compartidas y concurrentes, de manera que en la disposición de recursos naturales como aporte estatal, departamental y municipal en la constitución de una SEM, es totalmente incuestionable que se emitan las autorizaciones legales en función a sus competencias. Ver art. 298 a 302 de la CPEP.

aportado como capital en una sociedad comercial junto a los privados; en tanto que la valoración que no solo comprende como en el caso de los muebles e inmuebles una constancia física tangible que soporta una evaluación de las condiciones en que se encuentra el bien aportado, sino que pasando por la consiguiente mecánica legal administrativa de la transferencia registral de un bien público, finalmente es reducida a un monto que se contabilizará en el capital social.

Cuestión diferente es la valoración de aportes no dinerarios intangibles que bien pueden separarse en dos grupos, en ambos se requiere un mayor grado de especialización por parte de los valuadores; primero en el caso de los proyectos y estudios que al menos se encuentran plasmados en papel o en versiones digitales legibles y por tanto de alguna manera perceptibles en su dimensión, alcance y magnitud; por otro lado, los aportes tecnológicos pueden ser tangibles o intangibles. Pero los privilegios de exclusividad, de tratamiento preferencial, protección fiscal o compensación de riesgos como aportes no dinerarios al ser intangibles parecen ser los más volátiles e inaprensibles al momento de su valoración y consiguiente registro como capital social; no olvidemos que el primer cometido del capital social es cumplir con el principio general de constituir garantía de los acreedores, por lo que no resta razón a Morales Guillén cuando cuestiona este tipo de aportes preguntando sobre este tipo de aportes: “...quien integra o desembolsa el dinero que representa la valoración? ...”, fundamentando que el capital social necesariamente debe representar una cifra de valores reales que sean entregados o comprometidos, pero cuando este valor es intangible y volátil ¿cómo se cumple con la garantía hacia los acreedores en caso de que los mismos no lleguen a representar un activo aprovechable?, siguiendo al mismo autor, sostiene que alguien debe desembolsar e integrar al capital ese valor en efectivo, en caso de ser un aporte del sector público serán los accionistas privados y en el caso que el aporte sea por parte de los accionistas privados será el sector público el que va a integrar el valor efectivo admitido en tales condiciones, caso contrario sería una ilusión contable califica Morales Guillén. El mismo concluye que este tipo

de aportes deberían ser suprimidos en función a la regla del art. 156 del C.Com., referida a que los valores de este tipo de aportaciones no formarían parte del capital social y solo tendrán derecho a percibir ganancias en proporciones pactadas, asimismo sin el deber de soportar las pérdidas que pudieran producirse en la sociedad. Respecto a la posición vertida por Morales Guillén vemos una preocupación razonable por la integración contable y su conversión en efectivo con motivo de los aportes no dinerarios del sector público en la SEM; pues no otra cosa significa aceptar este tipo de aportes no dinerarios e intangibles que acarrearán dificultades en su cuantificación y su valoración y que ingresados al capital son susceptibles de provocar en principio, una probable imposibilidad de traducirse en fondos financieros que respalden la garantía de terceros y en forma posterior, al no poder ser consolidados al capital dentro del plazo de dos años que señala el C.Com., deban ser reintegrados en efectivo por el accionista sector público, o se proceda a declarar la mora, la ejecución o finalmente la reducción del capital social. Hay que tomar en cuenta que el reintegro en efectivo necesariamente pasará por la aprobación de una ley o norma similar, por tratarse del desembolso de fondos públicos; además bajo esta perspectiva se activarían aquellas cláusulas del contrato de constitución y de los estatutos referidos a la pérdida de posición mayoritaria del sector público, en su caso.

La otra opción es que, integrado el capital social con este tipo de aportes no dinerarios e intangibles por parte del sector público, ya en el convenio, la ley de creación de la SEM y por ende en el contrato de constitución y los estatutos se inserte una cláusula de diferimiento con plazo mayor, en razón al giro de la sociedad, por ejemplo.

En la parte general ya se señaló que sobre estos aportes no dinerarios recae como un elemento determinante su valoración, acción que debe ser encargada a expertos quienes asumen la responsabilidad de sus informes; no obstante recordar que en el momento de la firma del convenio y la posterior constitución, elaboración de estatutos y aprobación por el Registro de Comercio son etapas en las que está la presencia de los promotores o fundadores quienes asumen

la responsabilidad por que tales valoraciones sean realizadas de manera satisfactoria para los intereses de la sociedad, caso contrario sobre los mismos recae la responsabilidad por los daños que ocasione una mala valoración. La aceptación de este tipo de aportes en la SEM no es ese contravalor contable efectivo como denota Morales Guillén, sino que tales aportes no dinerarios sean generadores de ingresos y por ende de posibles utilidades en beneficio de la sociedad.

En la parte administrativa conviene separar los aportes no dinerarios en tangibles e intangibles, sobre los primeros ya no corresponde decir nada, sobre los intangibles conviene separar a los que contienen una connotación de transferencia de facultades discrecionales del Estado como son la concesión de privilegios de exclusividad, liberaciones arancelarias, tratamiento preferencial, concesiones de excepción en materia tributaria o protección fiscal, la valoración de estos ofrece una duda razonable y vale el recurso al que acude Morales Guillén cuando señala que no deberían formar parte del capital, deben tener derecho a los beneficios en proporciones pactadas y no soportar las pérdidas conforme estipula el art. 156 del C.Com., para los aportes en trabajo o industria, aunque el mismo artículo dispone que no son aplicables en las sociedades anónimas, no obstante en este caso sería una forma de sortear un aporte que puede ser beneficioso pero que por su difícil valoración no constituya parte del capital social⁵²⁰.

Los otros aportes en bienes intangibles como estudios, proyectos y aportes tecnológicos en la actualidad en la era de la información en que nos encontramos, estos constituyen elementos empresariales que representan poder, ventajas y son grandes generadores de utilidades, a estos se los ha

⁵²⁰ En la práctica societaria española proceden los pactos parasociales que sería la manera de que estos bienes intangibles sean reconocidos por los socios, sin que sean considerados aportes de capital y por tanto no se emitan acciones por dichos valores; si bien la codificación boliviana no los regula, estos acuerdos pueden ser viables legalmente al amparo del art. 454 del Código Civil, en el cual se establece la autonomía de la voluntad, con el límite de que no sean contrarios a las leyes y a la realización de intereses dignos de protección jurídica, que se encuentra concordado con el C.Com. por el art. 1, referido al alcance de la ley donde se dispone que en los casos no regulados expresamente en dicho cuerpo legal, por analogía de aplican las del Código Civil.

denominado inclusive capital intangible⁵²¹; el valor registrado en el balance que aunque en principio no tenga contrapartida monetaria, luego por medio de los beneficios futuros se producirá su amortización conforme a los parámetros establecidos para la vida útil de este tipo de bienes.

7. EL APOORTE PRIVADO

El C.Com., respecto al aporte privado al capital social hace referencia a que este puede ser en dinero, en bienes o valores depositados en un Banco o en estudios, proyectos y aportes tecnológicos; algunos de estos modos de aporte al capital han sido desarrollados en relación con el aporte público, así el aporte en dinero siendo el más frecuente por constituir recursos disponibles es también el de más fácil cuantificación y control mediante el certificado del depósito bancario en las cuentas de la sociedad, que puede efectuarse tanto al momento de la constitución como cuando se trate de aumentos de capital para que ante la verificación de su constancia sean registradas en la secuencia documental de la sociedad⁵²². Así inclusive siendo en moneda extranjera se procederá a su equivalente en moneda nacional y procediendo con lo establecido por el art. 238 del C.Com., que señala que el capital social debe estar dividido en acciones con igual valor, los que tendrán un valor nominal de cien pesos bolivianos⁵²³ o múltiplos de cien.

En cuanto los bienes y valores como aporte, los primeros deben ser valorados en forma previa a su anotación en el capital social con los procedimientos señalados a estos efectos en las reglas de las sociedades anónimas, ya

⁵²¹ En este capital intangible están contenidos la aplicación de software, las marcas, las patentes, los nombres comerciales que se encuentran incorporados en los balances de las sociedades, con el requisito de que sean generadores de beneficios futuros y tengan posibilidad de duración en su explotación a los cuales se le exige como requisito la valoración por parte de un experto cuyo informe es un anexo inseparable del balance en que se registren dichos valores.

⁵²² Se anotarán en la escritura de constitución como capital pagado cumpliendo la proporción respecto al capital suscrito, se registra en el Balance de apertura elaborado a efectos registrales y tributación, en el Libro de registro de acciones así se traten de acciones nominativas o al portador.

⁵²³ Actualmente rige como moneda en Bolivia, el boliviano; las autoridades del Registro de Comercio aplican en estos casos como valor nominal, cien bolivianos o múltiplos de cien.

revisados en la parte en que se describió el aporte público. En referencia al aporte en valores la particularidad radica en que estos pueden ser cotizables o no cotizables, en el primer caso se acepta su valor por el monto de su cotización, se entiende al día en que se efectivice el aporte; en cuanto a los no cotizables se procede a su valoración con el procedimiento del aporte de bienes, para luego ser depositados en el banco a cargo del procedimiento de fundación o constitución de la SEM. Está demás señalar que los títulos o valores que se aporten a la sociedad deben ser debidamente cedidos o endosados a favor de la sociedad, si emergente de este tipo de aportes surgiere una circunstancia de impago que configure la improcedencia del pago del aporte, además del respectivo resarcimiento de daños e intereses el aportante podría ser conminado ejecutivamente o separado de la sociedad en caso de que no integre el aporte comprometido.

La regulación concreta es que tanto el convenio, la ley de autorización y la escritura pública de constitución de la sociedad especificarán con claridad si el aporte privado contiene aporte tecnológico, bienes o valores y sobretodo el número de acciones que corresponden al capital privado por este aporte. En relación a que si es necesario el Decreto Supremo o una Ley de autorización ya se agotó el tema en párrafos precedentes, no obstante la etapa inicial de constitución de una SEM es un momento fundamental, que ha de sellar, sino cerrar mediante el convenio y consiguiente ley o decreto de autorización, los compromisos de cada una de las partes respecto al tipo de aportes en función al objeto social o giro de la SEM; de los cuales descenderán a las cláusulas específicas contenidas en la escritura de constitución y los estatutos.

8. CARACTERÍSTICA DE LA TRANSFERENCIA RECÍPROCA DE ACCIONES

En principio nada ha dicho expresamente el código de comercio respecto a la imposición del aporte mayoritario o minoritario de cualquiera de los sectores que constituyen la SEM, en todo caso la revisión sistemática de los artículos que regulan la SEM, nos conducen a establecer una especie de presupuesto normativo respecto a que el sector público tendría un cierto predominio frente al sector privado⁵²⁴, así se entiende de la lectura de la parte final del art. 430 del C.Com., que expresa una supuesta prevalencia acordada del sector público, lo que no corresponde al entendimiento del texto íntegro ni sistemático, es más es contradictorio con la parte inicial del mismo artículo, en que se especifica que la composición de los aportes está librada a negociaciones directas entre las partes que serán trasladadas después de su aprobación y autorización a una Ley expresa. En el fondo, si en el convenio y la escritura constitutiva se acordara el mantenimiento de una prevalencia del sector público frente al privado, entonces ante una transferencia de acciones que importe la pérdida de esa prevalencia o situación mayoritaria la autorización debe estar soportada por una disposición legal, del mismo rango o categoría de la que autoriza el aporte de capital del sector público, de lo contrario la problemática de tal transferencia caería en el ámbito de la impugnación y posible anulación del acto por parte los entes fiscalizadores externos. Por otra parte, el mismo artículo también señala que los estatutos deberán contener normas para impedir que ante la emisión de nuevas acciones, la mayoría acordada no sea alterada⁵²⁵.

⁵²⁴ Morales Guillén identificando este aspecto, señala que una prevalencia del sector público en los aportes se refería a un 51% en una redacción original, la cual fue modificada por el D.L. N° 15184 de 15 de diciembre de 1977. Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 485.

⁵²⁵ El principio general que rige sobre la transmisión de las acciones en las sociedades anónimas es el de la libre transmisibilidad, el art. 253 del C.Com., establece tal principio, aunque abre la posibilidad que en la escritura social se puedan acordar condiciones al respecto de las acciones nominativas, acuerdos que de ninguna manera pueden significar una limitación infranqueable, además de que dichas condiciones deben encontrarse anotadas en los Títulos que tengan dicha carga. Legislaciones como la española, son más claras y contundentes cuando en la LSC art. 123.2. sancionan con nulidad las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible las acciones, además establece las condiciones para la limitación de su transmisión.

Cabe reiterar que la participación del sector público y por ende la del sector privado en la constitución de una SEM debe estar claramente determinada en el convenio, Ley, escritura de constitución y estatutos necesariamente, más aun, dependiendo del tipo de actividad que se determine como objeto de la sociedad se adoptaran mayores especificaciones y detalles; así cuando se trate de actividades relacionadas con explotación, industrialización o comercialización de recursos naturales considerados estratégicos las características del convenio tendrán un contenido algo diferenciado de los que se refieren a la prestación de servicios públicos y también con motivo de si el sector privado que participa en la sociedad es de origen nacional o extranjero.

El otro aspecto a tratar en relación a la transferencia de acciones son las condiciones, modalidades y formas de pago de éstas, las que además pueden ser del sector público al sector privado o de manera inversa del sector privado al público, estas operaciones deben estar previamente estipuladas en toda la sucesión documental elaborada al momento de la constitución de la SEM. Si la totalidad de las acciones privadas fueran transferidas al sector público, la sociedad debe convertirse en empresa pública⁵²⁶, en tanto que si la transferencia fuera del sector público al privado la sociedad continuará como sociedad anónima privada adoptando el régimen de sociedad comercial dispuesto en el C.Com.

La otra circunstancia relacionada con la transferencia de acciones es respecto a que si el objeto de la SEM es de servicios públicos, el art. 435 del C.Com., hace referencia no ya a la transferencia reciproca de acciones que se revisó anteriormente, sino al momento en que se encuentra vencido el plazo de duración de la sociedad, en tal caso de acuerdo a las modalidades que regla el código, se puede proceder a la prórroga del plazo aplicando todos los procedimientos estipulados en el estatuto, la escritura de constitución y el convenio en su caso, salvando inclusive lo que dispone el mismo código

⁵²⁶ Art. 434 del C.Com.

cuando señala la prórroga de la sociedad anónima y sus procedimientos⁵²⁷. De no producirse la prórroga de la SEM el C.Com., estipula que el Estado puede tomar para sí las acciones en las condiciones establecidas en el convenio; primero cabe revisar el término de “*tomar para sí*” puesto que no es el más adecuado debido a que los procedimientos y técnicas societarias que determina el C.Com., que no señalan en ningún momento la toma de acciones, se puede transferir, pero no tomar. Entonces la transferencia de las acciones sería el término adecuado, el uso del vocablo, tomar para sí, denota acción de uso del poder público del que está investido el Estado, por lo que podría sugerirse un cambio en la redacción de este artículo, ya que en el fondo se refiere a las condiciones que se hayan estipulado en el convenio.

Por otra parte, podría asumirse que el uso de tales términos tiene una justificación con el hecho de que ese “*tomar para sí*”, se produciría en los casos de prestación de servicios públicos, los cuales no pueden ser interrumpidos por su misma naturaleza, por lo que cabría es la toma momentánea de acciones por parte del sector público, hasta la regularización por medio de la técnica societaria de la transferencia de acciones, que viabilice la prestación continua e ininterrumpida de los servicios públicos; por otra parte siempre se podrán tomar previsiones de acuerdo al C.Com., en los estatutos.

Además para evitar la posible problemática de la transferencia total de acciones del sector privado al público en los casos de prestación de servicios públicos por la SEM, debe preverse en principio mediante reglas claras y no dejar que se produzca ese “*tomar para sí*”, sino más bien someterla a decisión y resolución de la junta extraordinaria de accionistas, sea para prorrogar el plazo de la SEM o, para la transferencia total de acciones; de igual manera deberá preverse la posibilidad de que pueda producirse la disolución anticipada por cualquiera de las causales señaladas en el art. 378 del C.Com., de manera

⁵²⁷ Corresponde revisar los art. 286 inc. 5) del C.Com., que dispone que las juntas extraordinarias son las competentes para que se resuelva la prórroga o disolución de la sociedad; asimismo los arts. 378 inc. 2) y 379 están referidos a la disolución con la salvedad por prórroga o renovación del plazo,

que en tal caso no se procederá conforme señala el artículo en análisis, es decir, mediante el imperativo de la toma de acciones por parte del Estado que más parece tener en su interpretación literal la connotación de una expropiación.

9. CAUSALES EN LAS QUE PROCEDE EL PERITAJE

Conforme se ha venido sosteniendo en párrafos anteriores, resulta fundamental la elaboración de las cláusulas del convenio entre el sector público y privado, así como los documentos que conforman la estructura normativa de la constitución de la SEM, puesto que en las diferentes formas de transferencia de acciones entre los dos sectores que participan en la SEM si de manera previa no están establecidas los procedimientos internos a seguir, debe acudirse a la norma general del régimen de las S.A. y las generales de las sociedades comerciales. Así en el caso de la valoración de las acciones para proceder a la transferencia si no tuviera un procedimiento reglado en el convenio y los estatutos, será necesaria la participación de peritos que deberán ser nombrados por ambas partes y en caso de no llegar a un acuerdo acudirán a la vía judicial, para que el juez competente designe un perito dirimidor, cuyo informe no es susceptible de recurso alguno. El C.Com., señala que el valor de las acciones serán depositadas en un Banco para la procedencia de la transferencia de las acciones.

Entonces, si el convenio como fuente primaria de la constitución de la SEM y los estatutos como fuente secundaria no contienen estipulaciones normativas respecto a los procedimientos a seguir para la transferencia de acciones entre los sectores público y privado o a terceros, se procederá de acuerdo a lo establecido en el art. 436 del C.Com., lo cual significa que en caso de divergencia entre las partes respecto al valor de las acciones para la

transferencia se abre la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional con la finalidad de una valuación pericial inapelable⁵²⁸.

Un primer tema es la valuación de las acciones, y el segundo son las condiciones de pago, puesto que podría proceder mediante el pago único o en pagos diferidos, en este último caso será necesario también un acuerdo entre partes, pero en caso de existir divergencia será otro aspecto a ser dirimido por el juez; aunque si bien el art. 436 no señala expresamente esta posibilidad, lo más probable es que se acuda a esta vía para concluir la transferencia de las acciones. No obstante todo lo expuesto cabe recordar que el C.Com., en el art. 127, como norma general para la constitución de las sociedades comerciales, se dispone el contenido mínimo del instrumento constitutivo, en el cual incluye que debe contener la cláusula compromisoria sobre la jurisdicción arbitral, requisito controlado por el Registro de Comercio al momento de la inscripción de las sociedades comerciales, de manera que al incluir en la escritura de constitución la cláusula compromisoria de recurrir a la vía arbitral existe mayor probabilidad de que ante la divergencia entre los sectores para establecer el valor en la transferencia de acciones se acuda al arbitraje como primera opción; lo otra opción será acudir a la vía jurisdiccional en forma directa, pero sujeta a que la parte demandada haga valer la cláusula compromisoria ante el juez.

10. INVERSIÓN EN OTRAS SOCIEDADES

El C.Com., en el art. 438 abre la posibilidad de que las SEM puedan realizar inversiones en otras empresas o adquirir participaciones en otras sociedades y realizar una serie de actividades tendientes a la instalación de actividades

⁵²⁸ El procedimiento pericial en la normativa societaria del C.Com., es usual para la valuación de las participaciones, cuotas o acciones mayormente cuando se trata de aportes en especie como señalan los arts. 158 y 230, en otro caso es cuando al existir divergencia entre las partes sobre el valor de las cuotas de la SRL, se procede al nombramiento de peritos designados por las partes o por el juez que determinen el precio de transferencia.

afines a su objeto; asimismo constituir nuevas sociedades. Cabe separar los tres aspectos que se disponen; el primero se trata de que la sociedad realice inversiones en otras empresas, que bien pueden ser públicas o privadas; respecto a lo de realizar inversiones, el texto del artículo no es claro puesto que señala como otra opción la adquisición de acciones.

La SEM como sociedad comercial con participación estatal es poco probable que pueda realizar inversiones de capital sin obtener como contraparte acciones, salvo se trate de actividades operativas como son los estudios y organización para la constitución de otras sociedades con actividades afines a su objeto; no obstante aún se trate de su participación en actividades operativas en otra empresa recibirá como retribución el pago por los servicios prestado lo cual se traduce en un ingreso a la sociedad, por tanto no es inversión y en caso de ser inversión se recibirán las participaciones respectivas sea en acciones o cuotas de capital en la nueva sociedad. Lo segundo es que las nuevas sociedades en las que participe deben tener actividades afines a su objeto, de manera que no pueden establecer sociedades con objeto totalmente distinto al de sus actividades. Una tercera cuestión es que las sociedades a constituir por la SEM pueden ser organizadas como sociedades por acciones o de responsabilidad limitada, es decir, no es necesario que sean sociedades de economía mixta. La disposición del art. 438 señala que se puede constituir: *“en cualquiera de los tipos de sociedad por acciones”*, de lo que se desprende que puede constituir sociedades en comandita por acciones y sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada.

Esta última parte del artículo 438 del C.Com., parece contener una contradicción en sí misma, debido a que si bien su participación porcentual en otras sociedades comerciales es libre, es decir que su participación puede ser mayoritaria o minoritaria, lo cual no la sustrae de la participación del sector estatal que de alguna manera pueda transformarla en una SEM. Esta afirmación tiene sustento en la transferencia casi obligada de las acciones del sector privado hacia el sector público en determinadas actividades como la prestación de servicios públicos; por otra parte por los mecanismos de control

estatal respecto a las inversiones de una sociedad en la que se han invertido fondos públicos hace un tanto difícil, pero lógicamente no imposible la constitución de sociedades comerciales en cualquier tipo social sin que estas deban categorizarse como sociedades de economía mixta; es claro que en caso de constituir una S.R.L., una S.A. o una sociedad en comandita por acciones con participación mayoritaria y objeto afín a las actividades de la SEM, se produciría una real dependencia de las nuevas sociedades hacia la SEM.

11. REPRESENTACIÓN ESTATAL

Las juntas a las que se refiere el art. 440 del C.Com., son generales, por lo que de manera indistinta se trata de las ordinarias y extraordinarias; para ambas los accionistas están facultados a asistir ya que se trata de un derecho inherente a cada acción, así parte de la importancia de asistir a la junta ordinaria y extraordinaria radica en la emisión del voto para la aprobación o rechazo de propuestas sobre la gestión o administración de la sociedad. El art. 262 del C.Com., cuando se refiere a las acciones ordinarias asigna un voto a cada acción en las juntas generales⁵²⁹, además la legislación boliviana en concreto prohíbe la emisión de acciones de voto plural de manera que se sustenta en el principio de igualdad de voto; asimismo se tomará en cuenta que el art. 275 del C.Com., que señala la nulidad de toda disposición estatutaria que restrinja la libertad de voto, salvo la de las acciones preferidas.

Este corolario introductorio tiene que ver con los derechos fundamentales del accionista, entre los que el art. 269 del C.Com., señala la intervención del accionista en las juntas generales con voz y voto⁵³⁰, esta disposición de orden

⁵²⁹ A las acciones preferidas se las denomina también acciones de voto limitado, como contraparte tienen el privilegio de prelación en la distribución de las utilidades y en su caso en la restitución del capital en caso de la liquidación de la sociedad.

⁵³⁰ Además, están el derecho de integrar los órganos electivos de administración y fiscalización interna, participar en las utilidades, gozar del derecho de preferencia ante la suscripción de nuevas acciones, impugnar las resoluciones de las juntas generales y del directorio a condición

general tiene excepciones que impone el mismo C.Com., cuando en el art. 263 del C.Com., dispone una restricción concreta al voto de las acciones preferidas en las juntas ordinarias; a partir de ahí cabe revisar el art. 273 del mismo código, el que se refiere a la representación en juntas generales.

Las disposiciones citadas necesariamente deben concordarse con lo dispuesto en el art. 440 respecto a la representación de las acciones del sector público, en la SEM sobre lo cual tenemos tres cuestiones a propósito de la representación en juntas; la primera es que cada acción representa un voto; la segunda es que toda acción puede ser representada por otro accionista o por un tercero ajeno a la sociedad, cumpliendo requisitos para asumir tal representación y una tercera cuestión es que en caso de que las acciones del sector público correspondan a acciones privilegiadas, debe cumplirse la restricción del representante de tales acciones para que en las juntas ordinarias solo participe con voz pero no emita voto; de igual manera si las acciones del sector privado se emitieron como acciones privilegiadas se aplicarán las mismas restricciones en cuanto a la emisión del voto en las juntas ordinarias, así como la prelación en el pago de utilidades y en caso de liquidación.

Se aplicaría también en la SEM la restricción en cuanto a la representación en juntas por parte de directores, administradores, síndicos o empleados y dependientes de la sociedad, para ambos sectores que participan en la sociedad.

12. ELABORACIÓN DE PRESUPUESTOS

La práctica de realizar un presupuesto de ingresos y gastos estimando resultados con antelación a una nueva gestión anual y presentarlo al directorio para su consideración obedece en primer lugar a esta disposición del C.Com., específica para la SEM; si bien esta disposición parece en principio influida por

de no ser deudor moroso de la sociedad y negociar libremente sus acciones salvo las condiciones que se hayan impuesto en la escritura de constitución.

la participación del sector público, tampoco es ajena a su aplicación dentro de las sociedades comerciales del sector privado, de hecho los recursos que aporta el sector público a la sociedad de alguna manera preservan el nexo con los sistemas públicos de administración en razón a que en forma anual deben presentarse los presupuestos para la siguiente gestión con la finalidad de conocer las probables nuevas inversiones, tal el caso que en la SEM se precise realizar un aumento de capital, lo cual implica que el Estado como accionista desde cualquiera de las entidades de su estructura, debe presupuestar esta necesidad identificando y justificando ante el mismo la cuantía. En la CPEP se encuentra la normativa especial referente al orden presupuestario del sector público⁵³¹, pero además de ella descienden las normas especiales como las de la Ley SAFCO⁵³² y las que se originan en la misma, como la R.S. 225558 que en su Anexo contiene a las Normas Básicas del Sistema de Presupuesto⁵³³.

No obstante la elaboración de presupuestos no es ajena al desempeño de la gestión financiera de las sociedades comerciales del sector privado, ya que la práctica de elaboración de presupuestos de inversión y gestión anual es

⁵³¹ En el art. 158, inc. 8 y 11 como atribución de la Asamblea legislativa plurinacional, en el art. 159, inc. 6 como atribución de la Cámara de Diputados para iniciar la aprobación del Presupuesto general del Estado, el art. 172, inc. 11 como atribución del Presidente del Estado para la presentación del proyecto de Ley del Presupuesto General del Estado y el informe de gastos ante la Asamblea Legislativa Plurinacional; el art. 300 inc. 26 y 36 respecto a las competencias exclusivas de los gobiernos departamentales autónomos respecto a la elaboración, aprobación y ejecución de sus presupuestos, así como la administración del mismo; el art. 302 inc. 23 como competencia exclusiva de los gobiernos municipales autónomos para elaborar, aprobar y ejecutar sus presupuestos, todos los cuales deben estar coordinados con el Presupuesto General del Estado.

⁵³² Ley del sistema de administración y control gubernamental, que a las finalidades de la SEM, corresponde tener en cuenta el Artículo 3 de la Ley 1178 (SAFCO) que señala: *“Los sistemas de Administración y de Control se aplicarán en todas las entidades del Sector Público, sin excepción, entendiéndose por tales la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los ministerios, las unidades administrativas de la Contraloría General de la República y de las Cortes Electorales; el Banco Central de Bolivia, las Superintendencias de Bancos y de Seguros, las Corporaciones de Desarrollo y las entidades estatales de intermediación financiera; las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; los gobiernos departamentales, las universidades y las municipalidades; las instituciones, organismos y empresas de los gobiernos nacional, departamental y local, y toda otra persona jurídica donde el Estado tenga la mayoría del patrimonio.”*

⁵³³ Que define el sistema de presupuesto como el conjunto ordenado y coherente de principios, disposiciones normativas, procesos e instrumentos técnicos que tienen por objeto la formulación, aprobación, ejecución, seguimiento y evaluación de los presupuestos públicos según los programas y proyectos definidos en el marco del Plan General de Desarrollo Económico y Social de la República.

utilizada como un instrumento de gestión eficiente y de apoyo gerencial para la toma de decisiones y aunque la información del presupuesto sea netamente de estimación numérica, no se ha de entender llanamente como un documento contable o financiero, sino desde su articulación con su significación jurídica, primero de cumplimiento de la norma, segundo como expresión anticipada de la situación financiera y patrimonial de la sociedad y tercero como parte de la responsabilidad del administrador, sea individual o colegiada; o en el orden inverso si se quiere. Aunque esta parte de la gestión y administración de la sociedad tiene mayor incidencia en los aspectos financieros, tiene una reconocida connotación en los códigos de buen gobierno corporativo, como parte del cumplimiento de difusión de información y transparencia por parte del directorio o consejo de administración⁵³⁴.

Otro aspecto a tomar en cuenta sea probablemente la publicidad del presupuesto como factor que diferencia la elaboración de los presupuestos del sector público y del sector privado, ya que los primeros según el estrato al que pertenezcan, sea Estado, Departamento o Municipio deberán cumplir con la difusión de su plan de inversiones en su presupuesto, en tanto que los del sector privado en algunos casos quedaran al interior de los diferentes órganos de la sociedad, salvo en el caso de que la SEM esté desarrollando actividades controladas, sean por ejemplo financieras, de hidrocarburos, energía y las que coticen en bolsa, deberán mostrar sus proyectos a futuro, de manera que

⁵³⁴ El Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, de junio de 2013, enuncia sugerencias a seguir por las sociedades cotizadas españolas, referidas a la obligación de información con la finalidad de que accionistas, inversores y el mercado en general puedan conocer los motivos de la toma de sus decisiones, entre las cuales se encuentra la de que el Consejo debe aprobar el plan estratégico, los objetivos de la gestión y el presupuesto anual. Si bien esta norma no es de orden obligatorio ni siquiera para las sociedades cotizadas, se advierte en el mismo que el cumplimiento puede resultar muy oneroso o poco apropiada para las empresas pequeñas, por lo que en función al tamaño y dificultad en el cumplimiento de tales sugerencias se habrá de implementar el código si corresponde. La Ley 31 de 3 de diciembre de 2014 sobre reformas a la Ley de sociedades de capital, en el art. 529 ter. Referida a las facultades indelegables del consejo de administración de las sociedades cotizadas se expresa en el num. 1, inc. a) en sentido de que: “La aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos.”, corroborando el cumplimiento obligatorio de la elaboración y consiguiente aprobación de los presupuestos anuales, el plan estratégico y los objetivos de la gestión.

tendrían que poner a disposición del público en general aspectos presupuestarios, quizás sin la estrictez que regula el Sistema de presupuestos del sector público, sino más bien con la visión jurídica del cumplimiento de la norma societaria y de la responsabilidad de los administradores sobre su deber de transparencia e información, también dentro de un código de buen gobierno corporativo que ya no es una excepción en su uso e implementación, sino más bien la regla.

13. EN CASO DE AUMENTO O DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

El capital social en el momento de la constitución nace con una cifra o monto efectivo que se mantiene invariable durante el tiempo hasta que se produzca una modificación; en tanto que el patrimonio social como ese conjunto de bienes y derechos de la sociedad es variable, el único momento en que ambos son idénticos es al momento inicial de la constitución, en forma posterior el patrimonio varía conforme con las actividades que despliegue la sociedad aumentando o disminuyendo. De manera que lo dicho respecto al patrimonio no implica que el capital social sea inamovible, este puede ser aumentado o disminuido, así cuando el patrimonio se encontrara debajo del cincuenta por ciento del monto del capital social, será necesario tomar acciones inmediatas para una reducción inmediata conforme se exige en el C.Com., el art. 354; de igual manera el capital podrá ser aumentado hasta el límite del capital autorizado y respetando las condiciones que se hayan pactado al momento de la constitución bajo los procedimientos establecidos en los estatutos.

En el aumento de capital, primero se han de tomar en cuenta los derechos de adquisición preferente si los hubiera, en el caso de la SEM estarán regulados inicialmente en el convenio y replicados en la escritura de constitución o en los estatutos, observando siempre la norma especial y específica que regula a la SEM en primer lugar y a la normativa de desempeño de la sociedad anónima en segundo lugar y la norma societaria general en su caso.

Respecto a los mecanismos del aumento se ha de mencionar que pueden emitirse nuevas acciones o aumentar el valor nominal de las acciones debiendo proceder en consecuencia de la forma elegida. Significa que, si se aumenta el capital y hay nuevos aportes por parte de los socios, el patrimonio irá en aumento, pero puede suceder también que el aumento de capital no signifique un aumento del patrimonio puesto que los accionistas podrían disponer de beneficios acumulados o de reservas que se encuentren en posibilidad de disponerlas y capitalizarlas a su favor.

La reducción de capital también tiene su propia mecánica societaria, ya que se pueden disminuir el número de acciones o disminuir su valor nominal; los motivos que contempla el C.Com., son por reducción voluntaria, reducción obligatoria y reducción por pérdidas. En la primera se decide en junta general extraordinaria y se debe cumplir con la autorización por parte del Registro de Comercio, previamente la publicación en un periódico de amplia circulación nacional a efectos de la oposición que podrían presentar los acreedores de la sociedad, quienes deben proceder en la vía jurisdiccional para hacer valer su oposición. Cuando se trata de una reducción obligatoria es porque las pérdidas de la sociedad han desequilibrado ostensiblemente el equilibrio entre el capital y el patrimonio social, el C.Com., señala como límite el cincuenta por ciento del capital social incluyendo las reservas libres, en caso de que esta reducción torne inviable el cumplimiento del objeto social procede la disolución y liquidación de la sociedad.

En C.Com., regula también la reducción por pérdidas en cuyo caso en junta extraordinaria los socios pueden resolver la reducción hasta el monto de las pérdidas, siempre que estas no alcancen al límite de la reducción obligatorio o que la misma haga irrealizable el objeto social en cuyo caso se trata ya no de una reducción voluntaria, sino obligatoria. Aun tratándose de una reducción voluntaria o por pérdidas que no signifiquen atentar contra la garantía de los acreedores, estos tienen la vía expedita para poder oponerse conforme regla el C.Com., en el art. 143; pero la sociedad también tiene la posibilidad de pagar a

los acreedores o lograr la satisfacción de los acreedores y del juez por las garantías de pago que haga valer en juicio. Sea en el aumento o reducción del capital social, el régimen descrito es totalmente aplicable a la SEM, con la observancia que en el caso de aumento se prevea la conservación de la prevalencia del sector público, si así se encuentra pactada en el convenio; en el caso de reducción, se aplicará lo reglado por el C.Com., para las sociedades en general, lo cual es perfectamente viable en las SEM.

IV. RECAPITULACIÓN

Tratar de delinear un concepto de Sociedad de Economía Mixta, así como entenderla naturaleza y el marco normativo en la que se encuentra, llevó a realizar una revisión doctrinal y normativa de sus componentes e incidencias, así se ha encontrado una especie de incertidumbre conceptual para que desde el derecho se establezca su carácter público o privado, determinando que se queda en ese *tertium genus* por esa composición del capital de manera híbrida, donde no se acepta totalmente su categoría de persona de derecho privado y tampoco se la categoriza como una persona de derecho público; también se han revisado visiones doctrinales en las que no se admite que el factor del predominio en el capital social sea determinante para otorgarle una u otra entidad; desde otra visión se trata de categorizarla por la finalidad que persigue, vinculándola con el fomento del desarrollo o en interés social, además por el tipo de actividad cuando se trata de la prestación de servicios públicos.

La naturaleza jurídica de la SEM ha sido definida como contractual ya que el acto jurídico con que se concreta en su constitución como persona jurídica es el contrato de sociedad, a partir de ahí cuestionar si la SEM como persona de derecho privado ha sido instrumentalizada por el Estado para el cumplimiento de su rol económico-social, tiene una respuesta no determinante, puesto que en la práctica boliviana esta sociedad se ha mantenido en el tiempo al igual que

en la mayoría de los ámbitos extranjeros, y ha tenido momentos en los cuales ha jugado un papel importante y hasta se podría afirmar en calidad de ente instrumental del Estado puesto que la SEM ha sido el puente entre la empresa pública y la sociedad anónima en el proceso de capitalización de las empresas del Estado de los años noventa.

En tiempos recientes, la SEM ha cobrado nuevamente relevancia cuando se ha promulgado la Ley 466 de la Empresa Pública, puesto que del análisis comparativo que se ha realizado se puede verificar que ha servido de norma básica para proyectar las empresas mixtas del Estado, como la Empresa Mixta, la Empresa Estatal Mixta y la Empresa Estatal Intergubernamental, en las que se han manejado como elemento de distinción entre estas empresas, los porcentajes de participación del Estado. También se verifica que al servir de base la normativa de la SEM, por ende, se encuentra el régimen normativo de la S.A., por la supletoriedad normativa que se conserva para la SEM, y aunque la LEP ha derogado algunas disposiciones contenidas en el C.Com., para la SEM, su incidencia no es gravitante, porque no se la ha modificado en su esencia.

Las particularidades que contiene la normativa de la SEM en el C.Com., se encuentran relacionados con los dos sectores que pueden acudir a la constitución de la SEM, los requisitos que deben cumplir para su constitución como la de la promulgación de una ley pronunciada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, y más rigurosos los requisitos cuando se trata de actividades destacadas como estratégicas y las de hidrocarburos que señala la CPEP.

Se han identificado algunas contradicciones en las normas que regulan las actividades de la SEM, respecto al tipo de personas, sean naturales o jurídicas que pueden participar como accionistas, otras que vienen incorporadas desde la LEP como la presentación de Declaraciones juradas a la Contraloría General del Estado por parte de ejecutivos, gerentes, personal y los representantes del sector público en los órganos de gobierno de la SEM, cuando la mayoría obedecen a una estructura de derecho privado y bajo el régimen de la Ley

General del Trabajo, salvo los que representan al Estado en los órganos de gobierno de la SEM, entre otras.

CAPITULO II

LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES

I. LA JUNTA DE ACCIONISTAS

Los órganos de gobierno de la SEM no tienen una estructura distinta que las de la S.A., el art. 425 que define a la SEM como una persona de derecho privado, dispone que salvando las disposiciones especiales de este capítulo del C.Com., estas sociedades se rigen en su constitución y desenvolvimiento por las normas de las sociedades anónimas. A partir de ahí revisamos que en las disposiciones comprendidas en los arts. 424 al 442 se señalan aspectos puntuales sobre las características específicas que diferencian a la SEM de las otras sociedades, los requisitos especiales que debe cumplir para su constitución por el aporte público, así también hace mención de la forma de nombramiento de los directores, el tipo de aportes que pueden realizar los accionistas del sector público y los del sector privado, la transferencia de acciones entre los dos sectores, en especial cuando el objeto es la prestación de servicios públicos, la emisión de acciones preferidas y la representación estatal en juntas, puntos en los que se percibe la conformación de una estructura social que subyace en los artículos del capítulo, pero que para poder consolidarse en la estructura organizativa de la SEM acudirá necesariamente a las disposiciones normativas de la S.A.

Así la estructura social de la SEM está compuesta por la junta de accionistas como el máximo organismo de expresión de la voluntad social; la administración y representación estarán a cargo de un directorio compuesto por un número de tres o más miembros y el órgano de fiscalización interna que está a cargo de los síndicos.

De manera que la estructura organizativa de la SEM, por imperativo normativo expreso se rige por la normativa de la S.A., salvando algunos aspectos muy puntuales como es el caso de la designación de los directores del sector público, como se verá en adelante.

La S.A. se ha caracterizado por ser el tipo de organización societaria más utilizado en los grandes emprendimientos que precisan también grandes capitales y que para su consolidación requieren de la participación de muchas personas desconocidas entre sí, entre las que no existe la *affectio societatis*, las que a través del derecho que les asiste por sus aportes al capital social, concurren a la junta para participar en forma activa dentro de la sociedad, o pueden constituirse en meros inversionistas que delegan en el directorio y su efectiva administración la posibilidad de generar utilidades que favorezcan sus inversiones.

Lo que no ha de desconocerse es que de ese conglomerado de accionistas emergen por sí mismos o designando a terceros, un pequeño grupo humano que tomará a su cargo la administración, representación y fiscalización de la sociedad, en los órganos sociales como son el directorio y los síndicos; dentro de esto hay que tener en cuenta que los órganos de la S.A. son centros de atribución de funciones y facultades y, no cobran importancia por las personas físicas que lo componen en sí mismas.

El entramado de relaciones e incompatibilidades entre los órganos sociales marca una especie de frenos y contrapesos entre los mismos, de manera que de la junta general de socios como órgano máximo de participación societaria emergen por mecanismo de elección, el nombramiento de los componentes del órgano de administración y representación como es el directorio y el de fiscalización constituido por los síndicos o comisión fiscalizadora.

La diferencia entre la S.A. y la SEM está marcada porque los directores que representan al sector público son designados por la entidad o entidades titulares de tales acciones; no obstante, dentro del directorio asumen funciones

y responsabilidades en igualdad de condiciones, además los órganos societarios trabajan de manera coordinada sin constituirse en compartimientos independientes uno del otro.

En cuanto a sus competencias, cada órgano tiene designadas sus propias competencias, unas delegables y otras indelegables; tampoco es posible hablar de jerarquías o estratos entre los órganos sociales, todas se encuentran vinculadas de manera estructural para el funcionamiento de la sociedad. Así la junta de accionistas se constituye en el órgano de formación de la voluntad social; la administración y representación en manos del directorio y la función de fiscalización a cargo de los síndicos.

1. CLASES DE JUNTAS

El C.Com., señala que la junta general de accionistas es el máximo organismo que representa la voluntad social, es decir que en ella el accionista ejerce sus derechos políticos que redundan en la formación de la voluntad social como mecanismo legal para definir la conducción y funcionamiento efectivo de la sociedad.

En relación a que la junta represente la voluntad social, Morales Guillén y Ovando Ovando hacen referencia a ello; el primero en sentido que en la S.A. moderna por efecto de la dispersión de los accionistas por su gran número y que en ocasiones son sólo inversionistas que no participan en las juntas, tiene por resultado que la junta ya no es la expresión de la voluntad social y que los administradores ya no son mandatarios de los accionistas, sino que más bien obedecen al cumplimiento de la norma para ejercer una función social⁵³⁵; lo expresado por este autor parece tener asidero cuando se trata de sociedades con un gran número de accionistas, en cambio cuando se trata de sociedades con un número pequeño de accionistas probablemente puede formarse en junta la voluntad social, en cuanto a lo expuesto respecto a los administradores

⁵³⁵ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, op. cit., pág. 339.

de igual manera en sociedades pequeñas son mandatarios de los accionistas, en tanto que en las grandes sociedades con miles de accionistas se produce la separación entre la propiedad de las acciones y la gestión de la sociedad como instrumento del poder social que más bien está en manos de pocos administradores, que aunque representan el poder social carecen en muchas ocasiones de una participación significativa dentro del accionariado, lo que determina que pequeños grupos de accionistas o no accionistas concentran sobre si mismos las facultades de dirección y gestión de la sociedad y es en esas circunstancias en las que los administradores más que responder al accionariado deben obedecer al cumplimiento de la ley y en ocasiones ejercen sus funciones bajo vigilancia del Estado, tal el caso de las entidades bancarias y aquellas con actividades reguladas, es especial las que emiten títulos-valores cotizables en los mercados financieros.

Por su parte Ovando Ovando cuando se refiere a la junta señala que es el órgano soberano, pero da énfasis al cumplimiento de las formalidades como el quorum y la convocatoria que habilitan la posibilidad de que la junta cumpla con ese su rol de órgano soberano⁵³⁶, es decir concentra su atención en los requisitos de forma que deben cumplirse para la ejecución legal del acto, de manera que el resultado del mismo dé lugar a la formación de la voluntad social.

En tanto que Broseta Pont se refiere a la junta como órgano soberano porque en él se forma y expresa la voluntad social para la continuación, modificación o disolución de la sociedad, además es donde se define la elección, control y destitución de los administradores.

El C.Com. boliviano señala que la junta de accionistas es el máximo organismo que representa la voluntad social⁵³⁷, pero para ser así considerado se deben

⁵³⁶ Ovando Ovando, Jaime, *Sociedades Comerciales...*, op. cit., pág. 275.

⁵³⁷ La Ley 19.550 de 20 de marzo de 1984 de Sociedades Comerciales de la Argentina no señala en forma expresa que la Asamblea de socios es la expresión de la voluntad de los socios, pero del análisis sistemático de los artículos que comprenden el régimen de la sociedad anónima en los art. 233 al 254 se deduce la formación de la voluntad social para la

realizar un conjunto de procedimientos a cumplir en forma previa a su instalación como son la convocatoria y publicidad; luego están los que deben cumplirse al momento de su realización como el control de asistencia para formar el quorum legal, el derecho y emisión del voto para la adopción de acuerdos sociales; el hecho de no cumplir con los procedimientos y requisitos previos o los que deben cumplirse dentro de la junta dan lugar a que la propia junta o sus resoluciones puedan ser impugnadas de nulidad. En esta última etapa también se ha de observar el cumplimiento de las causas que habilitan tales impugnaciones, las personas legitimadas a interponerlos y los plazos en que válidamente pueden formalizarse tales objeciones.

Este acto esencial para la toma de decisiones que determinan la existencia legal de la sociedad está definido en dos parámetros que muestran la distinción de las juntas en generales y ordinarias, el C.Com., señala en los arts. 284, 285 y 286 las clases de juntas; en primer lugar se considera la obligación legal ligada al carácter periódico de su realización, en segundo lugar están los asuntos a tratar en cada una de ellas; en ese sentido Broseta Pont identifica el doble requisito periódico-temporal y objetivo.

determinación de asuntos que tienen relación con la existencia, administración, gestión y control o fiscalización de la sociedad, en cuyo régimen se configuran requisitos de forma y de fondo para el verificativo de las asambleas, los asuntos a tratar en cada una de ellas, la convocatoria, el quórum y el sistema de aprobación por mayorías y minorías, así como los procedimientos y causales de impugnación a los acuerdos que se hubieran tomado en inobservancia de los requisitos que señala la ley o el estatuto.

El Código de Comercio de Colombia Decreto 410 de 27 de marzo de 1971 del art. 419 hasta el art. 433 configura los procedimientos y requisitos para llevar a cabo las asambleas de socios y de igual manera que la codificación argentina no señala en forma expresa que la asamblea de socios sea el máximo órgano que detenta la voluntad social pero no otra cosa se puede deducir de lo establecido en el articulado que se ha señalado.

El régimen de las sociedades mercantiles en España se encuentra en la Ley 1 de 2 de julio de 2010 denominada Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en la cual tampoco se hace una expresa mención de que la junta de socios sea la máxima expresión de la voluntad social, pero del contenido de los arts. 159 al 208 dispone en forma detallada los requisitos y procedimientos para el verificativo de la junta, sea ordinaria o extraordinaria, en la cual se forma la voluntad social como expresión de la participación de los socios accionistas. La normativa española tiene una descripción más detallada de cada una de las etapas para la realización legal de la junta de accionistas, huelga decir que al ser la más moderna que las de la Argentina, la colombiana o la boliviana que datan de los años 80 y 70 contiene un mejor desarrollo del régimen de las sociedades comerciales, más aun tomando en cuenta el crecimiento del mercado de valores y la armonización de la norma española a la regulación supranacional de la Unión Europea.

Del análisis de las formalidades que deben cumplirse antes, durante y después de las juntas se deduce que se encuentran orientadas por las mismas reglas, es decir, están las que pueden considerarse de general aplicación sean juntas ordinarias o extraordinarias, como excepción aquellas juntas especiales con algunas particularidades como la junta universal.

El sistema normativo que las rige tiene como un primer elemento a la ley como norma externa imperativa e inderogable por acuerdos sociales, luego están los estatutos como norma interna, también imperativa pero derogable por modificación y en los casos de las grandes sociedades cotizadas surge como un tercer elemento los reglamentos específicos, también derogables cumpliendo los procedimientos sociales de orden interno.

El incumplimiento de la normativa y los procedimientos preceptivos dan lugar a la impugnación que de ser probada podría acarrear la nulidad o anulabilidad del acto y por ende de los acuerdos que se hayan tomado en la misma; los requisitos que la ley, en este caso el C.Com., impone para el verificativo de las juntas se consideran mínimos y obligatorios ya que los mismos pueden ser reforzados en los estatutos, pero no disminuidos.

Una forma de analizar la junta tiene que ver con los requisitos de fondo por una parte y de forma por otra; los primeros referidos a los asuntos o materias a ser consideradas, deliberadas y aprobadas en las juntas y los segundos que sin dejar de ser esenciales tienen que ver con aspectos procedimentales que hacen a la ejecución o verificativo del acto.

La legislación societaria en general reconoce las dos clases de juntas, las ordinarias y las extraordinarias, este reconocimiento o diferenciación está relacionado con las cuestiones de fondo y forma a las que se hizo referencia, pues si bien hay respecto a los requisitos procedimentales un común denominador para convocar a las juntas, existen en la normativa comparada diferencias en cuando al quórum legal o válido para las instalación de la junta y para las votaciones que tienen que ver con determinados asuntos tratados en

la junta. De orden general se encuentra el carácter periódico y la obligatoriedad de realizarlas, pues la ordinaria en algunos casos tiene señalado un plazo e inclusive una determinado tiempo en que debe realizarse, en tanto que la extraordinaria puede celebrarse en cualquier momento; de igual forma existen diferencias en cuanto a los legitimados para convocarla, atribución principal de los directores o consejo de administración, de manera subsidiaria los accionistas e incluso el síndico puedan convocarla.

Entre los aspectos formales, la codificación comercial boliviana señala que la junta de socios debe reunirse en el domicilio social, sin haber realizado ningún cambio a esta disposición desde el año 1976; en cambio el Código de Comercio de Colombia de 1971 señala escuetamente que el lugar de la reunión de la Asamblea de socios es el domicilio principal de la sociedad, pero mediante la Ley 222 de 1995 – Modificatoria del código de comercio, ha establecido como válidas, dos formas para llevar a cabo reuniones no presenciales, la primera no presencial bajo forma telemática y la segunda por escrito. En la primera, se habilita la junta de socios bajo probanza de haberse realizado, siempre que por cualquier medio todos los socios puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva; cuando sea sucesiva, debe ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio que se haya empleado; en la segunda el mecanismo por escrito da validez a las decisiones cuando por escrito todos los socios expresen el sentido de su voto. En estas formas de votación reviste importancia la conformación del quórum y los plazos para la recepción de la votación, en el primero de manera simultánea y sucesiva y en el segundo el plazo para la recepción de los votos y la emisión de la decisión.

La Ley 19.550 de Sociedades Comerciales de 1984 de la Argentina, se refiere a que el lugar de reunión debe ser la sede o en el lugar que corresponde a la jurisdicción del domicilio social, con lo cual hay una probabilidad de que la junta, no siempre, se reúna en el domicilio social o domicilio legal como se señala en la norma en Bolivia, sino en cualquier lugar dentro de la jurisdicción

geográfica y seguramente judicial o administrativa que se haya señalado como domicilio.

La LSC del 2010 de España de más nueva data⁵³⁸, señala como lugar de celebración de la junta, el territorio municipal donde la sociedad tiene su domicilio y en caso que la convocatoria no señale el lugar de celebración, se entiende que es en el domicilio social; pero esta disposición propone la salvedad que los estatutos podrían reglamentar de otra manera, con lo cual podría reglarse de manera diferente, pero no de manera totalmente extraña a lo dispuesto en la LSC, tomando en cuenta esta prerrogativa, la LSC⁵³⁹ habilita la asistencia telemática a la junta bajo determinadas condiciones, entre las cuales sobresale la garantía sobre la identidad del accionista. Hasta cierto punto esta asistencia telemática perfora de alguna manera el hecho de que la junta sea realizada en la jurisdicción territorial del municipio, puesto que los concurrentes a ella pueden estar en cualquier parte del mundo, es claro que el lugar desde donde se instale la junta será conforme señala la LSC; también cabe señalar que la LSC habilita la posibilidad de que se constituya la junta universal en cualquier parte del territorio nacional o del extranjero.

La relación realizada respecto al señalamiento del domicilio en otras legislaciones, nos muestra que se hace necesaria una modificación en el régimen boliviano, en relación a lugar donde debe o puede celebrarse la junta de accionista, debido a la aplicación de las nuevas tecnologías, como es el caso de España y Colombia, ya que una de las formas no presenciales en que los accionistas pueden participar válidamente en la junta de manera simultánea, es a través del uso de las nuevas tecnologías.

Tomando la opción que señala la LSC de España que amplía la posibilidad de realizar la junta fuera del domicilio social; posición que se ha tomado en el Proyecto del Código de Comercio puesto en el art. 150, donde señala que la

⁵³⁸ El art. 175 de la LSC.

⁵³⁹ El art. 182 de la LSC.

Junta general además del domicilio social podrá reunirse en cualquier lugar dentro de la jurisdicción municipal en que se asiente la sociedad.

En la SEM cuando se tratare de una sociedad abierta, con miles de socios, es probable que esta medida de que la junta pueda reunirse en otro lugar que no sea el domicilio social sea acorde, pero si se trata más bien de una sociedad cerrada con pocos socios, queda totalmente válida y eficiente la celebración de la junta de socios en el domicilio social.

Respecto a quién debe dirigir o presidir la junta, el C.Com., propone varias opciones, así prioriza que la junta debe estar presidida por el presidente del directorio; luego por razones de impedimento, ausencia o inhabilidad que deben estar regladas en los estatutos será presidida por quien señale dicha norma interna, y por último ante la imposibilidad de las dos anteriores por la persona que designe la propia junta.

La normativa colombiana no dispone en forma expresa quien dirige la junta o asamblea de socios, sino que deja a que los estatutos señalen este aspecto formal de la junta de socios; de igual manera la norma argentina no se ocupa del tema, pero se deduce que quien convoca a la junta sería quien la presida; en cambio la LSC española ha señalado que salvando la disposición contraria de los estatutos, el presidente del consejo de administración presidirá la junta de accionistas, que equivale decir el presidente del directorio de la S.A. boliviana

La importancia de determinar quien preside la junta de accionistas y la conformación de un pequeño grupo de personas que tomen a su cargo la celebración, está en que en esta reunión se tomaran decisiones que tienen que ver con la gestión y administración de la sociedad, de manera que la armonía, orden y seguridad de la misma redundan en la validez de sus resoluciones; así desde la verificación de los asistentes, el quórum de asistencia, de votación y el tratamiento y deliberación de los diversos temas no tendrían una sucesión ordenada si no se instalaran bajo una dirección; el otro aspecto de importancia

es la firma de quienes presidieron la junta en las actas como constancia de que intervinieron y tomaron a su cargo la misma al amparo de una norma, sea general o interna.

Las resoluciones que se hayan tomado en la junta son obligatorias para todos los accionistas, entendiendo por todos a los ausentes y disidentes, hasta que sean impugnadas. Si bien el C.Com., dispone el cumplimiento obligatorio en primera instancia refiriéndose también a los ausentes y disidentes, se hace necesario revisar qué accionistas son categorizados como ausentes y disidentes; la característica del ausente será la de un accionista apto para concurrir a la junta por sí mismo o por representación que no asiste a la junta; su falta de concurrencia voluntaria no podría ser razón para que en forma posterior tomando conocimiento de las resoluciones tomadas, pretenda hacer uso del recurso de impugnación. En cambio los disidentes, son los accionistas que habiendo concurrido a la junta, habrían hecho constar en acta su discrepancia con las decisiones tomadas, las cuales mientras no sean judicialmente declaradas nulas, quedan siendo obligatorias; pero esta acción no es privativa de los accionistas sino que puede ser también interpuesta por los directores, los síndicos e inclusive en determinadas circunstancias por la autoridad administrativa que ejerce control sobre el cumplimiento de la normativa sea general y/o interna.

1.1. Juntas ordinarias

La junta ordinaria es obligatoria en su realización al menos una vez al año dentro de los tres meses⁵⁴⁰ a partir del cierre del ejercicio⁵⁴¹, por lo que se

⁵⁴⁰ Se hace totalmente necesaria la conciliación de criterios entre las entidades que tienen relación con la presentación de los Estados financieros al Servicio de Impuestos Nacionales (SIN) y el Registro de Comercio que solicita la actualización de la Matricula Comercial y el Art. 285 inc. 4) todos referidos a los plazos para presentar el mencionado documento, ya que el incumplimiento de plazos resulta ser inminente conforme a la siguiente relación: 1) Que el art. 285 inc. 4) señala que para la consideración y resolución <se entiende aprobación o rechazo> del Balance general y el estado de resultados la junta deberá ser convocada necesariamente dentro de los tres meses después del cierre del ejercicio; esto es el mes de marzo, la

trata de una junta periódica, sin embargo el hecho que sea categorizada como una junta periódica no significa que no puedan realizarse más de una junta ordinaria en el año, puesto que por la emergencia de tener que efectuar providencialmente las atribuciones de esta clase de junta como el nombramiento o remoción de directores o síndicos, en una misma gestión pueden realizarse más de una junta ordinaria.

En cuanto a los asuntos a tratar el contenido mínimo de estos se encuentra descrito en el código, de manera que los mismos se hacen inderogables; así los asuntos señalados son el tratamiento, consideración y aprobación o desaprobación de la memoria anual, del informe de los síndicos, del balance general y del estado de resultados y en general todo asunto relacionado con la gestión de la sociedad.

Como consecuencia del tratamiento de los estados financieros y su aprobación se realizará la decisión sobre la distribución de las utilidades o el tratamiento que se aplicará a las pérdidas en su caso; el de la memoria anual y el informe

realización de la junta ordinaria al menos tendría que realizarse hasta dentro de un mes, puesto que el artículo habla de convocar no de celebrar la junta ordinaria; 2) El SIN otorga el plazo para la presentación de Estados Financieros para determinar el pago del Impuesto a las Utilidades de Empresas (IUE) hasta 120 ciento veinte días; esto es hasta el mes de abril, más aun que de acuerdo a la RND 10-0028-13 las empresas con ingresos mayores a ... deben presentar sus Estados Financieros auditados, el cumplimiento de estas condiciones hace dificultosa la presentación de dichos estados financieros por parte de las S.A. antes de los tres meses que señala el art. 285 inc. 4) del C.Com., máxime que la Convocatoria a Junta ordinaria con la finalidad de aprobar o improbar los estados financieros supone que estos ya están elaborados, auditados y con el dictamen del síndico o síndicos; 3) que el Registro de Comercio establece un cronograma para la actualización de la Matrícula comercial a cuyo fin deben presentarse los estados financieros visados por la entidad recaudadora, dicho cronograma con plazos que deberían estar coordinados entre todas las entidades que tienen relación con estas presentaciones, de manera que sean sucesivas y no dificulten u ocasionen el incumplimiento por parte de las empresas que posteriormente tienen aplicación de multas por presentación de documentos con plazo vencido. La sugerencia sería que el art. 285 inc. 4) debía establecer el plazo de hasta dentro de los seis meses para la celebración de la junta ordinaria, conforme se regula en la LSC española, Ley 1 del 2010; además el Registro de Comercio debía aplazar la actualización de la Matrícula hasta que la junta de accionistas haya considerado y en su caso aprobado o improbad con las salvedades y todo cuanto se haya tratado en dicha junta.

⁵⁴¹ La legislación tributaria ha determinado las fechas de cierre de la gestión anual de las sociedades y empresas en general, ya que dependiendo del tipo de actividad, tienen el cierre de gestión en diferentes fechas; así el D.S. 24051 de 29 de junio de 1995, señala que las empresas (sean sociedades o unipersonales) cuya actividad es comercial o de prestación de servicios tienen como fecha anual de cierre el 31 de diciembre de cada año; las empresas industriales y petroleras el 31 de marzo, el 30 de junio las empresas gomeras, castañeras, agrícolas, ganaderas y agroindustriales, y el 30 de septiembre las empresas mineras.

del síndico, así como cualquier otro asunto importante como el nombramiento y/o suspensión o destitución de los directores y síndicos, y la fijación de sus remuneraciones.

En junta ordinaria también se resolverán las acciones de responsabilidad contra los directores y síndicos en caso de tener que realizarlas; justamente este asunto es el que marca la diferencia entre los otros temas, puesto que no será necesario que los accionistas deban esperar la realización anual dentro de los tres meses de cerrada la gestión para instaurar una acción de responsabilidad contra los directores o síndicos; de manera que se convocaría e instalaría la junta ordinaria en cualquier momento que sea necesaria para el tratamiento de este tema.

La Ley 19.550 habilita como asunto a tratar en junta ordinaria además del tratamiento y resolución de los estados financieros, la memoria e informe del síndico, la designación y remoción de los directores y síndicos, la responsabilidad de los directores y síndicos así como los miembros del consejo de vigilancia en su caso, el aumento de capital; para el caso de considerar los estados financieros y la designación de miembros del directorio y síndicos o consejo de vigilancia, se dispone el plazo de cuatro meses después del cierre del ejercicio.

El Código de comercio colombiano si bien dispone la realización de la junta ordinaria al menos una vez al año, deja que en los estatutos se fije la época para su realización, sin embargo define disposiciones generales respecto a las funciones de la junta de socios pero además de señalar el tratamiento, aprobación de los estatutos, balances y cuentas a rendir por los administradores y otros que hacen a la gestión de la sociedad deja que el contrato social o las leyes definan cuales funciones se cumplen en las juntas ordinarias y cuales en las extraordinarias; así las juntas ordinarias deben realizarse de manera obligatoria al menos una vez al año en las fechas que fijan los estatutos, o dentro los tres meses siguientes al cierre del ejercicio con casi idéntico temario que la normativa boliviana y argentina ya señalada, con la

salvedad de que si esta junta no fuere convocada se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, fijando inclusive la hora de reunión y señala como lugar las oficinas del domicilio principal.

Por su parte la LSC española fija un plazo más amplio para la realización de la junta ordinaria, señalando los seis primeros meses de cada ejercicio para el tratamiento de los resultados y las cuentas del ejercicio anterior y en su caso aprobar la gestión social; pero además abre el plazo de seis meses disponiendo que la junta ordinaria será válida aunque haya sido convocada y se celebre fuera de plazo; señala también las competencias generales de la junta de accionistas sobre los asuntos a deliberar y acordar.

La importancia de esta junta radica en que los temas a tratarse en ella son en su generalidad de índole periódica, ya que la aprobación de la gestión y los estados financieros, que como consecuencia de aquellos reflejan resultados numéricos, deben ser medidos de manera periódica y en plazos iguales para efectos de comparación y medición de los mismos.

1.2. Juntas extraordinarias

Este tipo de junta no es obligatoria y por tanto tampoco es periódica, el C.Com., señala en forma expresa las competencias de la junta extraordinaria, en principio la delimita de manera general por exclusión respecto a todos los asuntos que no son de la junta ordinaria; sin embargo entre los asuntos que necesariamente deben ser considerados en la junta extraordinaria están: la modificación de los estatutos, la emisión de nuevas acciones, de bonos o debentures, el aumento, reducción o reintegro del capital social, la disolución, prórroga, transformación, fusión, nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores y otros que la ley, el contrato social o los estatutos señalen.

Estas juntas tienen como objetivo lograr la autorización o aprobación por parte de los socios sobre asuntos concretos como la modificación de estatutos en los

que se exige quórum específico con votación mayoritaria, lo que la sociedad no puede regular es que se exija unanimidad del voto para la aprobación de asuntos que se traten en estas juntas.

Las legislaciones colombiana y argentina tampoco incluyen ningún precepto normativo en relación al voto unánime en las juntas ordinarias y extraordinarias, en cambio la LSC en el art. 200 expresamente la incluye, cuando se refiere a la mayoría reforzada regulada por los estatutos, aunque si bien se pueden exigir porcentajes mayores a los establecidos por ley no se puede exigir unanimidad, salvo en las juntas especiales.

Las juntas extraordinarias, aunque parecieran menos importantes, esto no es así, pues el tratamiento que el C.Com., les asigna respecto a los asuntos que pueden considerarse en ellas tienen un significado que llega a tener igual o mayor importancia para la sociedad y los accionistas muchas veces por la urgencia que deben resolverse los asuntos sometidos a su competencia. Un aspecto que cabe resaltar como diferencia entre las juntas ordinarias y extraordinarias es la conformación del quórum para la instalación de la junta y otro para la resolución de las decisiones, de manera que cuando los art. 295 y 296, se refieren a que el quorum, hay diferencia pues para instalar la junta ordinaria se precisan que concurren más de la mitad de las acciones con derecho a voto, en tanto que para las extraordinarias exige las dos terceras partes, salvando que los estatutos puedan fijar quorum más alto.

La anterior consideración, conduce a recordar que entre las acciones están las con y sin derecho a voto por ejemplo hay una diferencia de voto en las acciones preferidas, que concurren a las juntas ordinarias sin derecho a voto, en cambio a las juntas extraordinarias con derecho a voto.

La proporción de votos necesaria para la votación de resoluciones en las juntas ordinaria y extraordinaria es de la mayoría absoluta de los votos presentes que no se hallen impedidos en relación al asunto sometido a su decisión, así aunque pareciera que ambos son iguales, hay que tener en cuenta por ejemplo

que en las ordinarias está la restricción del voto a los directores y síndicos que siendo accionistas ejercen dichos cargos, y en el caso de las extraordinarias se producen además otro tipo de quorum como cuando se va a resolver alguna decisión que pueda afectarles.

1.3. Juntas especiales

Además de las juntas ordinarias y extraordinarias para las cuales, el cumplimiento de los requisitos procedimentales se definen como un protocolo obligatorio a cumplir, encontramos un tercer tipo de juntas en las que por sus características se han denominado juntas especiales; la especialidad radica en dos aspectos a señalar, las primeras se refieren a aquellas en las que no se cumplen algunos requisitos de forma y las segundas que tienen que ver con la resolución de cuestiones de fondo.

Las primeras en las de forma, está la liberación del cumplimiento de los requisitos de convocatoria, y en las de fondo, cuando se refieren que en éstas se puede resolver cualquier asunto de su competencia, dispone el C.Com., a condición de que concurren los accionistas que representen la totalidad del capital social, pudiendo adoptar resoluciones con el voto de dos tercios de las acciones con derecho a voto. Parece quedar un vacío en el C.Com., cuando se refiere a que en estas juntas se puede tratar cualquier asunto de su competencia, cuando el mismo código solo ha clasificado en juntas ordinarias y extraordinarias y ha señalado expresamente su competencia, de manera que se podría entender que en esta junta se pueden tratar todos los asuntos señalados como competencia de la junta ordinaria y extraordinaria, y que sus decisiones serán válidas con el voto de dos tercios de las acciones habilitadas para la votación; todos los demás requisitos como el establecer el orden del día, la habilitación y control de acciones con voto, los quórum necesarios para determinadas decisiones y el acta se deben cumplir conforme señala la ley o los estatutos.

En la legislación española esta junta se ha denominado junta universal, no se hace necesaria la convocatoria, de igual manera que en el C.Com., boliviano, el principal elemento que la hace viable es la concurrencia del total del capital social, pero además que los concurrentes acepten por unanimidad celebrar la junta, la norma española va aún más allá cuando dispone que esta junta puede reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o extranjero, opción remota cuando se habla de S.A. cotizadas por ejemplo, pero totalmente posible en una S.A. cerrada con pocos accionistas.

El Código de comercio de Colombia se pronuncia también por la validez de la junta universal cuando a esta acuden los accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas y pueden realizar la misma en cualquier día y lugar; la Ley 19.550 argentina la denomina asamblea unánime e igualmente libera la publicación de la convocatoria cuando se encuentran reunidos los accionistas que representen la totalidad del capital social, pero además exige que las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto; de manera que la legislación argentina al exigir la unanimidad para la decisiones restringe la posibilidad de las impugnaciones que acabarían con la esencia de este tipo de juntas.

La doctrina se ha referido sobre este tipo de junta en las sociedades anónimas donde el capital social es muy grande y además está muy fraccionado y en el cual se torna poco menos que imposible; en cambio en las sociedades anónimas de pocos socios, normalmente las cerradas se hace totalmente viable este tipo de juntas donde si bien no hay una convocatoria pública como dispone la ley, pero habrá al menos una convocatoria informal, puesto que la espontaneidad de estar reunidos los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto es también poco probable.

La codificación boliviana califica a esta junta especial como la junta sin convocatoria, que son las mismas que usaron las otras normativas como junta universal o unánime, siempre que no se trate de aquellas que deben realizarse para tratar asuntos que afectan a determinado tipo de acciones, así el art. 277

y el art. 287 del C.Com., se refiere el primero a la junta especial para decidir sobre asuntos que afectan a determinado tipo de acciones, y señala que estos temas deben ser tratados en una junta especial y deben ser aprobados por mayoría absoluta de las acciones que pertenezcan a la clase afectada, en tanto que el segundo señala algunas causales para proceder en conformidad al primero.

Se identifica además la realización de otra forma de junta especial en la que sólo serán convocados los accionistas de la clase de acciones afectadas, que es evidente derivará de una anterior en la que se haya realizado la propuesta, al respecto el art. 287 hace referencia a que la junta general por voto mayoritario puede modificar o suprimir derechos de los accionistas, pero para la validez de esta decisión se debe proceder a la aprobación antes referida por los afectados en una junta especial.

En el caso de la SEM, el régimen de competencias de las juntas ordinarias y extraordinarias en forma general obedece a la señalada para las S.A. con algunas excepciones, así en el nombramiento de los directores y síndicos como ya se ha visto, se debe observar lo señalado en forma expresa para la SEM en el C.Com., ya que la peculiaridad radica en que se deben nombrar directores y síndicos del sector público y del sector privado. En las juntas extraordinarias la situación es parecida, ya que en la emisión de nuevas acciones, el aumento o disminución del capital autorizado, así como la disolución, prórroga y transformación deberán seguirse los lineamientos normativos específicos que para la SEM ha prescrito el código.

En el caso de las juntas universales o sin convocatoria en la SEM, existe mayor probabilidad de su realización cuando la representación de las acciones del sector público faculta al mandatario asistir con voz y con voto a cualquier tipo de junta, ya que si la representación de las acciones del sector público en las juntas tuviera un mandato concreto para cada junta, será imposible concretar la celebración de la junta universal, pues en tal caso el representante tendría que tramitar un poder para cada ocasión y salvo que los estatutos establezcan de

manera diferente, se torna inviable la posibilidad de realizar esta junta universal conforme se ha señalado.

El proyecto de modificación del Código de comercio boliviano, tiene un contenido detallado de los asuntos que pueden ser tratados en las juntas ordinarias, extraordinarias y la junta especial sin necesidad de convocatoria, denominada junta universal; además incluye en el art. 162 la disposición sobre las juntas generales a distancia.

2. CONDICIONES COMUNES DE LAS JUNTAS

2.1. La Convocatoria

En razón a que la junta general de accionistas es un órgano que no funciona de manera continua, sino a convocatoria para adoptar acuerdos sobre asuntos de la sociedad, el llamamiento a los socios debe realizarse de acuerdo a ciertas formalidades determinadas en el C.Com., y en los estatutos; así un primer requisito para la celebración de la junta de accionistas es la emisión formal de la convocatoria, documento en que habrán de tomarse en cuenta varios aspectos a saber: el primero se refiere a cuando se convoca, segundo cual es la forma o medio y los plazos, tercero el contenido de la convocatoria y por último quienes se encuentran facultados para convocar.

El art. 288 del C.Com., en concordancia con el art. 206 dispone que la convocatoria a junta de accionistas debe ser publicada mediante aviso en un periódico de amplia circulación nacional, este aspecto ha recibido atención y tratamiento por parte de la Superintendencia de Empresas⁵⁴², debido a que el

⁵⁴² La Superintendencia de Empresas, órgano regulador que era parte del Sistema de Regulación Sectorial SIRESE, por disposición del D.S. 29894 de 7 de febrero de 2009 se extingue y en su lugar el D.S. 071 de 9 de abril de 2009 se establece la creación del sistema de Autoridades de Fiscalización y Control Social, entre las que se encuentra la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP), la cual entre sus atribuciones y competencias está la de fiscalizar, controlar, supervisar y regular las actividades de las empresas en lo relacionado con el gobierno corporativo, la defensa de la competencia, reestructuración de las empresas y el Registro de Comercio a través de la emisión de

C.Com., no es explícito en relación al medio escrito en que debe ser publicada la convocatoria, en el año 2007 mediante Res. Adm. SEMP N° 0056/2007 de 8 de julio de la Superintendencia de Empresas, resolvió que las publicaciones de la convocatoria a Junta de accionistas deben ser efectuadas en un periódico de circulación nacional correspondiente al domicilio principal de la sociedad. Esta resolución ha sido convalidada por la Autoridad de Empresas que ha sustituido a la Superintendencia por tanto sigue vigente a los fines de su cumplimiento⁵⁴³. Contiene importancia el que la autoridad reguladora haya precisado que el periódico de publicación de la convocatoria deba realizarse en un medio escrito del domicilio principal de la sociedad, porque de esta manera se hace más efectiva la publicidad de la misma, lo cual redundaría en la menor probabilidad que la publicación sea motivo de impugnación.

En cuanto a la frecuencia o reiteración de publicaciones señala que se debe publicar durante tres días discontinuados, debiendo observar que la última convocatoria sea al menos cinco y no más de treinta días antes de verificarse la reunión.

Al respecto de la publicación aun siendo perfecta la misma podría presentarse el caso de que al llamamiento de la primera convocatoria, ésta no llegue a instalarse por diferentes razones, la causa más frecuente es por no reunir el quórum de ley; en tal caso el art. 297 del C.Com., dispone que se realice una segunda convocatoria en la que se reduce el número de publicaciones a dos, y la frecuencia indica que la última sea con al menos tres días de anticipación al verificativo de la junta, debiendo señalar en la publicación que se trata de segunda convocatoria⁵⁴⁴; en cuanto al contenido de la convocatoria de acuerdo a los mismos artículos 288 y 297, se habrá de señalar si la misma es ordinaria

lineamientos, normas y el control del cumplimiento de los procedimientos de reestructuración y liquidación de empresas.

⁵⁴³ La Res. Adm. SEMP N° 0056/2007 también ha resuelto aclarar el contenido de las características de impresión de la convocatoria, señalando que la misma debe contener en el encabezado e distintivo comercial o logo de la empresa, así como la razón social completa en letras legibles, especificando inclusive el tamaño de fuente.

⁵⁴⁴ En este caso habrá de tomarse en cuenta la suspensión del registro de transmisiones en función a las fechas de la segunda convocatoria.

o extraordinaria, fijar el lugar, la hora el orden del día y los requisitos que deben cumplir los socios para asistir a la misma; entre estos el lugar no es otro que el domicilio social.

El otro tema que requiere mayor atención por ser esencial es la redacción de la orden del día, la cual debe estar descrita con precisión y claridad, de manera que se determine en su contenido con exactitud la competencia de la junta, puesto que los asuntos a tratar en una junta ordinaria no son los mismos que pueden ser tratados en junta extraordinaria, como ya se vio anteriormente. La misma Res. Adm. N° 056/2007 de la Superintendencia de Empresas, en actual vigencia, señala que el orden del día debe ceñirse al art. 292 del C.Com., el que determina que se debe consignar de manera concreta los asuntos a considerar sin expresiones generales o implícitas que puedan promover confusión, de manera que deben señalarse los puntos a ser deliberados y acordados en la junta, de manera fácil y claramente comprensivas bajo pena de nulidad.

La misma resolución administrativa señala que el orden del día debe detallar cada uno de los asuntos a tratar, sin que pueda incluirse el punto varios u otros, su inclusión es causal de nulidad. La importancia de que el orden del día consigne de manera comprensiva los asuntos a tratar en la junta tiene relación con las materias o asuntos que pueden o no ser incluidas de acuerdo al tipo de junta, es decir sea ordinaria o extraordinaria, esto cuidando que el pronunciamiento o resolución que tome la junta sea válida, tanto por la materia como por la correcta redacción de la convocatoria a la misma.

Quienes están facultados para redactar el orden del día en principio son el directorio y los síndicos quienes ostentan esta facultad de acuerdo a los art. 289, 290, 291 y 335 del C.Com.⁵⁴⁵, en estos artículos se prevé la probabilidad de una doble convocatoria por parte de los mencionados, en cuyo caso vale la

⁵⁴⁵ Estos artículos señalan quienes pueden convocar a juntas, entre los que se encuentran el directorio, el síndico, los accionistas minoritarios, la Dirección de Sociedades por acciones e incluso el titular de una sola acción.

elaborada por el directorio, pero en caso de diferir los puntos propuestos en el orden del día, los propuestos por los síndicos se acumularán a los del directorio.

Se prevé también que los accionistas que representen al menos el veinte por ciento del capital social, salvo que los estatutos fijen un porcentaje menor, tienen derecho a solicitar por escrito y en cualquier tiempo la convocatoria a junta general de accionistas, proponiendo los asuntos a incluir en el orden del día, en caso que los directores o síndicos rehusaran convocar a la junta o que no lo hicieran dentro de los quince días siguientes de recepción de la solicitud, los accionistas podrán acudir ante la Autoridad de Empresas (AEMP)⁵⁴⁶, para que ésta entidad sin mayores trámites convoque a la junta. La definición de si se convoca a junta ordinaria o extraordinaria tiene relación con los asuntos que propongan los solicitantes.

Asimismo el C.Com., en el art. 291 ha previsto que incluso el titular de una sola acción podría solicitar a los directores o síndicos que convoquen a la junta general de accionistas, pero en este caso las causales o motivos están determinados en el código, los cuales se refieren puntualmente a que: en más de una gestión anual no se hubiera reunido junta general alguna, de lo cual se entiende que no hubo junta ordinaria ni extraordinaria, aunque de mayor importancia será la junta ordinaria por los motivos señalados. También cuando habiendo celebrado juntas generales en éstas no se hubiera puesto en consideración la memoria anual, el informe de los síndicos, el balance general y estado de resultados y todo otro asunto referido a la gestión de la sociedad; no se hubiera producido en junta general la deliberación sobre la distribución

⁵⁴⁶ Por efecto de los D.S. 16833 de 19 de julio de 1979, referida a Reglamento de la Dirección General del Registro de Comercio y Sociedades por Acciones; el D.S. 26215 de 15 de junio de 2001, Reglamento de Concesión del Servicio de Registro de Comercio y el D.S. 26733 de 30 de julio del 2002, que Aclara los alcances del D.S. 26215 y el art. 444 del C.Com., ya que este artículo se refiere a las atribuciones y recursos de la Dirección de Sociedades por Acciones y que en la actualidad por efecto de la sucesión normativa referida ha sido sustituida en parte de sus facultades por el Concesionario del Registro de Comercio FUNDEMPRESA y en parte por la AEMP. De donde la convocatoria a Juntas de accionistas de las sociedades por acciones es atribución de la AEMP. Así en la práctica en el caso del LAB, Lloyd Aéreo Boliviano S.A., la AEMP convocó a junta ordinaria de accionistas, habiendo dictado la Res. Adm. RA/AEMP/N° 065/2012 de 10 de mayo de 2012, cumpliendo lo dispuesto en los art. 285, 288, 290 y 292 del C.Com.

de utilidades o el tratamiento de las pérdidas y el nombramiento o remoción de directores o síndicos y la fijación de sus remuneraciones, temas que dan lugar a la convocatoria y realización de la junta general ordinaria.

La importancia de diferenciar los asuntos o materias a ser tratadas, además de definir la junta como ordinaria o extraordinaria, guarda relación con la exigencia del quórum para la instalación de la junta y la emisión de votos para aprobar las resoluciones, de igual manera que en la solicitud de los socios minoritarios, en caso que los directores o síndicos se rehusaren convocar o no lo hicieren dentro de los quince días siguientes a la solicitud, el socio único acudirá ante la autoridad administrativa en materia de sociedades acompañando prueba preconstituida a su petición, entidad que convocará a junta general previo traslado a directores y síndicos.

En cuanto al derecho del titular de una sola acción, Morales Guillén⁵⁴⁷ expresa que para la intervención de la autoridad administrativa se hace necesaria acreditar prueba preconstituida que justifique tales extremos; al respecto de las probanzas para la intervención de la autoridad administrativa caben dos consideraciones; en primer lugar que el art. 290 se refiere a que los accionistas de la proporción indicada del capital social en cualquier tiempo pueden solicitar a los directores o síndicos convoquen a junta, sugiriendo los puntos a tratar en dicha reunión, en caso de no ser oídos acuden ante la autoridad administrativa que sin mayor trámite convoca a junta, ante esta solicitud la probanza pasa primero por verificar que los solicitantes cumplen la proporción del veinte por ciento del capital social y en segundo lugar que justifiquen fundadamente los asuntos incluidos en su petición. En cambio, para la solicitud por parte de un

⁵⁴⁷ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 348, se pronuncia expresando que la prueba puede consistir en las actas de las últimas juntas, las convocatorias de las mismas e inclusive una certificación de dichos extremos por parte de las autoridades administrativas de la sociedad. Es probable que la consecución de las pruebas en esta última forma podría acarrear alguna dificultad a simple solicitud siendo necesaria algún tipo de coacción, sea oficio de conminatoria de entrega de actas por parte de la autoridad administrativa facultada para la fiscalización y control en las sociedades por acciones; las actas bien pueden ser acreditadas por certificación por parte del Registro de Comercio y en cuanto a las convocatorias bastaría adjuntar copia de la publicación en periódico en la que se consignen los puntos de la orden del día.

solo accionista, éste debe presentar probanza de su aptitud legal para ejercer tal derecho por lo que se verificará que su cualidad como accionista no se encuentre limitada por alguna falta documental, cumplimiento de sus obligaciones ante la sociedad, o alguna restricción legal, además de la presentación de pruebas de la omisión del llamamiento a junta sobre los motivos que señala el C.Com., para habilitar su derecho. Es clara la diferencia entre ambas formas de acudir a la autoridad administrativa, pues los primeros no precisan fundarse en la falta de convocatoria, sino que pueden hacerlo de manera libre, solo requieren que por escrito se refieran a asuntos de interés de los accionistas y la sociedad, en cambio la solicitud por parte de un solo accionista debe estar centrada en los asuntos señalados en los incisos 1) y 2) del art. 291 del C.Com., y no otros.

También está la diferencia en la convocatoria a junta por parte de la Autoridad administrativa, en el primer caso lo hace sin mayor trámite, en cambio en el segundo caso, previo traslado a los directores o síndicos, éste traslado, si bien el C.Com., no dice nada al respecto, podría dar lugar a objeciones o impugnación por parte de los notificados, lo cual significa que los plazos para la realización de la junta no estarían expeditos como en el caso de la solicitud de las minorías.

La publicidad de las convocatorias en cualquiera de los casos se supone son inexcusables sin importar quienes convoquen a la misma, ya que, de no hacerlo así, se estaría vulnerando la ley, la escritura de constitución y los estatutos en perjuicio de los derechos de los accionistas.

Otro aspecto a definir en la convocatoria es la forma en que los accionistas deben realizar los actos preparatorios para su concurrencia a la junta, en ese sentido se han separado a los titulares de acciones nominativas y los de acciones al portador; los primeros deberán estar debidamente registrados en el correspondiente libro de la sociedad, los segundos deben hacer depósito, con tres días de antelación, de los títulos o presentar certificado de que sus acciones se encuentran depositadas ante una institución bancaria; la previsión

que ha tomado el legislador para evitar transferencias de acciones nominativas de última hora, es que desde la última publicación de la convocatoria se suspende el registro de transmisión de acciones, lo cual significa cuando menos cinco días. Estos actos preparatorios por una parte precautelan el derecho de los accionistas de ejercer su derecho a concurrir a las juntas, por otra inmovilizan momentáneamente las transferencias, endosos y libre circulación de las acciones al portador, de manera que los titulares de acciones nominativas no podrán realizar ningún movimiento sobre sus acciones y sólo los titulares del último registro ante la sociedad podrán ejercer el derecho de concurrir a la junta, esta restricción surte efecto hasta el siguiente día de haberse realizado la reunión; por su parte los titulares de acciones al portador deben depositar sus acciones o los certificados que acrediten su titularidad, con lo cual habilitan su derecho de participar en la junta.

En la convocatoria a la junta, la norma argentina difiere de la boliviana en cuanto al porcentaje que deben constituir quienes pueden realizarla; así en la Ley 19.550 se requiere que los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social, en tanto que la norma boliviana exige el veinte por ciento, ambas regulaciones incluyen la salvedad de que los estatutos fijen un porcentaje menor; no obstante la diferencia entre el uno y el otro porcentaje es bastante grande, es de suponer que en los estatutos de las SEM en Bolivia se pudiera bajar el porcentaje con la finalidad de facilitar que las minorías puedan convocar a junta⁵⁴⁸.

En cuanto al número de publicaciones existe también diferencia, pues la norma boliviana exige tres publicaciones, la argentina señala cinco y el contenido de ambas normas es muy similar, al igual que en el llamamiento a junta en segunda convocatoria, con la diferencia en cuanto a la celebración y el número de publicaciones.

⁵⁴⁸ En el Proyecto del Código de comercio, concordado con la CPEP de 2010, se incluye el mismo porcentaje del veinte por ciento y la salvedad de que los estatutos fijen una representación menor.

En la norma colombiana el Código de Comercio, ha dejado la regulación de la convocatoria a los estatutos, pero en caso de no haberse establecido se debe publicar por una sola vez en un periódico de circulación en el domicilio principal de la sociedad y solo cuando se trata de junta extraordinaria se inserta el orden del día en la publicación; pero la Ley 222 que modifica el Código de comercio colombiano, expresa respecto a la publicidad que en caso de escisión, fusión o transformación debe mantenerse a disposición de los accionistas en las oficinas del domicilio principal de la sociedad, al menos con quince días de antelación los proyectos y, en forma explícita la posibilidad que tienen los socios de ejercer su derecho de retiro. De igual manera debe procederse en caso de aumento de capital autorizado o disminución de capital suscrito; el hecho de no incluir estos puntos en la convocatoria produce la ineficacia de la decisión sobre este punto.

En la normativa española, los administradores se encuentran facultados para convocar a la junta cuando crean necesario, o en los periodos que establece la ley; los administradores se hallan compelidos a convocar a junta cuando lo soliciten mediante carta notarial lo socios que representen un cinco por ciento del capital social, señalando en forma expresa los asuntos a tratar; también se encuentra habilitada la convocatoria por un socio, el cual ha de acudir ante el Secretario Judicial o el Registrador de Comercio, a fin de que previa audiencia de los administradores convoquen a la junta. La autoridad judicial legitimada para atender esta solicitud es el Secretario judicial del domicilio social o el Registrador Mercantil, cuando la junta general no ha sido convocada dentro del plazo legal, contra la resolución de la autoridad que resuelva la convocatoria, no cabe recurso alguno. La norma española prevé la solicitud por cualquier socio ante el Secretario judicial o el Registrador mercantil en caso de incapacidad de la totalidad de los miembros del consejo sea por muerte o cese de los administradores, salvo que quedara al menos un administrador, en cuyo caso se encuentra legalmente habilitado para convocar a junta con el objeto del nombramiento de los administradores.

La convocatoria como un requisito de forma constituye un acto sin el cual no es posible la constitución de la junta general de accionistas, la normativa comparada muestra las alternativas de solución para que éste acto deba llevarse a cabo, aunque exista oposición o inactividad por quienes tienen el deber de realizarla, o que por causales ajenas a ellos no pudiera ser convocada.

2.2. Derecho de concurrencia a la junta

El libro de registro de acciones⁵⁴⁹ además de consignar una serie de datos útiles para identificar a los titulares en el caso de las acciones nominativas y el número de las acciones al portador, contiene los datos históricos de las acciones desde su titularidad original, las transmisiones, endosos y puede ser revisado por los socios en cualquier momento.

Ante la convocatoria a juntas generales resulta ser un importante instrumento de control sobre las condiciones de los accionistas para ejercer su derecho de concurrencia a dicho evento, ya que el accionista no podrá ejercerlo si tiene pendiente el pago de las acciones, está en mora, ejecución o tiene algún tipo de restricción especial en razón al cargo que ocupa dentro de la sociedad y otros. Asimismo, en base a este libro se computarán el número de acciones ordinarias y preferidas, de lo cual resultará el control sobre la cualidad del accionista para emitir o no su voto en las juntas, las que serán concordadas con los asuntos o materias que se consideren en ellas.

⁵⁴⁹ El art. 250 del C.Com., expresa que el Libro de Registro de Acciones debe tener las mismas formalidades de los libros de contabilidad, lo cual remite a la revisión de los arts. 35 y 40 del código, en que se prevé la existencia y registro de actos en libros específicos, pero además estos libros deben cumplir una serie de formalidades como la foliatura, el motivo de su utilización y otros por parte de un Notario de Fe Pública y procede su inscripción ante el Registro de Comercio; la importancia de este libro radica en el registro clasificado de las acciones por series, clases, el nombre del accionista, el estado de pagos; en caso de acciones al portador la numeración que les corresponda y para las acciones nominativas incluye el detalle de las transmisiones consignando fechas y el nombre de los adquirentes, gravámenes, conversión de los títulos y otros datos que sirvan para identificar la condición jurídica de las acciones así como sus modificaciones.

Está claro que uno de los principales derechos del accionista es su intervención en las juntas con voz y voto, pero aun cuando su voto esté restringido su derecho de asistencia a las juntas no lo está, el C.Com., sanciona con nulidad si el estatuto restringiera el voto en otras acciones que no fueran las preferidas y en determinados casos los directores, administradores, síndicos y gerentes⁵⁵⁰, en las juntas ordinarias en las que se realice el tratamiento de los estados financieros, el nombramiento o ratificación de los directores, sus remuneraciones o las acciones de responsabilidad contra los mismos.

Como contraparte a la restricción del voto se puede mencionar la habilitación de voto expresa a la que se refieren los arts. 277 y 287 del C.Com., en relación a la aprobación de asuntos que puedan modificar o suprimir los derechos que los estatutos otorgan a determinado tipo de acciones.

Entonces, con carácter previo a la instalación de la junta, en primer lugar se realizará la verificación de la calidad y condición en que asisten los socios; en segundo lugar cabe tener en cuenta que los socios no siempre pueden concurrir en forma personal, el código prevé disposiciones sobre la representación de los accionistas en junta indicando que pueden optar por ser representados por otro accionista o por persona extraña a la sociedad; las formalidades que deben cumplir para la validez legal de la representación estarán establecidas en los estatutos, puesto que el código no se pronuncia al respecto.

La representación en la S.A. boliviana estará ajustada a lo establecido en el instituto del mandato que regula el código civil, salvo que los estatutos dispongan que no es necesaria esta forma solemne de representación; el C.Com., tampoco establece nada sobre si el mandato será general para todas

⁵⁵⁰ En la Ley de sociedades de capital española en el art. 179. 2. se ha regulado que en los estatutos se podría exigir la posesión d un número mínimo de acciones para asistir a la junta general, ese número no podrá ser superior al uno por mil del capital social. Iglesias, Juan Luis, García de Enterría, Javier, *“Los órganos sociales de las sociedades anónima y limitada”*, en AAVV, Dir. Aurelio Menéndez, *Lecciones de Derecho Mercantil*, cuarta ed., Thompson-Civitas, Navarra, 2006, pág. 397. Según los autores, esta limitación tendría como fundamento agilizar la realización de la junta en sociedades con un gran número de accionistas, más apropiada su aplicación en las sociedades anónimas cotizadas.

la juntas o será en forma expresa para cada junta y, si en ella se incluye la forma en que se emitirá el voto, o si se exigirán la posesión de un número mínimo de acciones, y en caso de existir nunca podrá ser mayor al uno por mil del capital social, estos aspectos son regulados en la LSC española que determina dos formas de representación; en el primero se refiere a la representación voluntaria para que cualquier persona, aun extraña a la sociedad pueda representar a todo accionista que tenga derecho de asistencia a la junta, aunque la norma también prevé que los estatutos pueden limitar la facultad de representación por persona extraña a la sociedad. La segunda forma se refiere a la representación pública, en esta forma la solicitud de representación debe ser pública a solicitud para sí mismos o para otros por parte de los administradores, las entidades depositarias o las encargadas de las anotaciones de registro en cuenta; en tal caso el poder deberá contener el orden del día y las instrucciones para el ejercicio del derecho del voto, inclusive el sentido en que votará el representante, pero la norma española contempla excepciones a esta forma de representación por mandato escrito cuando se trate del cónyuge, ascendientes o descendientes del representado o cuando medie poder general de representación del patrimonio en general en todo el territorio nacional.

En la SEM para la concurrencia a las juntas, sea en forma personal o por representación, es claro que el sector público deberá hacerlo por representación y dependerá de las reglas que prescriban los estatutos para determinar las formalidades a seguir; no obstante, los estatutos o pueden sustraerse al cumplimiento de lo dispuesto en la norma específica de la SEM, que en el art. 440 hace referencia a que la entidad propietaria de las acciones del sector público designará delegados con plenas facultades de voz y voto, los que estarán acreditados por el certificado que indique el número, valor y serie de las acciones que representen. De lo cual se puede entender que la simple presentación de los certificados que representan las acciones del sector público, podrían dar la vía libre a los portadores para su concurrencia a la junta; pero esta forma de entender se equipara con la concurrencia de personas

físicas accionistas titulares de acciones nominativas, por lo que conviene tomar en cuenta que no se trata de personas físicas sino de personas jurídicas y más aún de carácter público, por lo que se colige que en la SEM la representación de las acciones del sector público para la concurrencia a juntas debe estar reglada en los estatutos, tomando en cuenta además el principio de igualdad de trato a los accionistas del sector privado, para los que son totalmente válidas las disposiciones de la sociedad anónima; de manera que las acciones del sector público deberán estar representadas para su concurrencia a las juntas mediante mandato expreso que incluya la certificación del número, valor y serie de acciones a las que se representan. Es de prever también que no siempre podría tratarse de una sola entidad estatal la titular de las acciones del sector público en la SEM, cabe la posibilidad de que participen dos o más entidades públicas.

En la Ley 19.550 de la Argentina se prevé que los accionistas pueden otorgar mandato en instrumento privado pero que contenga la certificación judicial, notarial o bancaria, salvo que los estatutos prevean otra formalidad. Se establece en la normativa argentina una restricción similar a la que prescribe el C.Com., boliviano en sentido de que no pueden ser mandatarios para representar en junta, los directores, síndicos, gerentes o dependientes de la sociedad.

Por su parte el Código de comercio de Colombia, Decreto 410 de 27 de marzo de 1971 modificada por la Ley 222 de 1995, señala en el art. 18, la facultad del accionista de otorgar poder de representación por escrito con expresa indicación del apoderado y de quien pueda sustituirlo, además de la fecha o época de las juntas para las que se confiere dicho mandato; en caso de poderes otorgados en el exterior, éstos deben cumplir las mismas formalidades que en lo nacional. Se establece también la incompatibilidad de que administradores y empleados de la sociedad puedan fungir como representantes, mientras estén ejerciendo dichos cargos, disposición muy

parecida a la que establecen los códigos de comercio boliviano, argentino y la norma española.

En relación a la representación en junta y la delegación del voto, la doctrina española⁵⁵¹ se ha pronunciado en sentido de que con las exigencias para la aceptación de la representación escrita y su contenido, más aun respecto a que deban ser otorgadas para cada junta y el sentido del voto, se trata de evitar que el socio de desentienda de manera indefinida del ejercicio de sus derechos políticos dentro de la sociedad, pues en las grandes sociedades cotizadas, en las que la delegación de pequeños accionistas es sistemática puede tornarse irreflexiva y sin saber de qué modo se usará su derecho a emitir voto dentro las juntas.

Las formalidades que deben cumplirse antes de la consideración del orden del día están referidas a la elaboración de un listado detallando el carácter personal o por representación de los asistentes, así como el número de acciones y el capital que representan, determinando también si corresponde a acciones con derecho a voto o no.

2.3. El quórum

El quórum como baremo de medición legal cualificada de asistencia de los accionistas a las juntas⁵⁵², resulta ser el paso inmediato posterior al simple control de concurrencia; así la verificación del quórum es obligatoria en distintas oportunidades y por diferentes motivos; primero, el quorum es diferente si la junta es ordinaria o extraordinaria, es diferente si se trata de primera o de segunda convocatoria en cualquiera de las anteriores

⁵⁵¹ Iglesias, Juan Luis, García de Enterría, Javier, *“Los órganos sociales de...”*, Op. cit. pág. 398.

⁵⁵² Morales Guillén se refiere al quórum como el número legal exigido para el funcionamiento de la junta, además también respecto a que el quórum debe subsistir siempre durante el desarrollo de la junta. Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 353.

modalidades; es diferente para la toma de decisiones en junta ordinaria y extraordinaria.

Para la constitución de junta ordinaria en primera convocatoria el C.Com., exige la verificación del quórum con la concurrencia de más de la mitad de las acciones con derecho a voto, en cambio para las juntas extraordinarias es necesaria la asistencia de las dos terceras partes, salvo que en los estatutos se haya determinado un porcentaje mayor para formar el quórum. En segunda convocatoria de junta ordinaria el quórum queda liberado a la concurrencia de cualquier número de accionistas con derecho a voto, en tanto que el quórum mínimo en segunda convocatoria para las juntas extraordinarias válidamente se instala con la concurrencia de un tercio de las acciones que tengan derecho a voto; en ambos casos se debe cumplir con la publicidad establecida por la normativa a fin de evitar nulidades.

El quórum para la aprobación de resoluciones es diferente al de la instalación de la junta, el C.Com., dispone que el quórum válido en juntas ordinarias para tomar resoluciones es de mayoría absoluta de los votos presentes que no se hallen impedidos de emitir voto respecto al asunto sometido a consideración, salvando la posibilidad que en los estatutos se haya previsto un quórum mayor; de igual manera en las juntas extraordinarias se exige mayoría absoluta de votos presentes no impedidos de pronunciarse respecto al asunto sometido a su decisión.

Cuando el C.Com., se refiere a los votos no impedidos hace alusión a la restricción sobre la participación de directores o administradores, síndicos y gerentes de la sociedad que no pueden votar en juntas que resuelvan asuntos referidos a la aprobación de los estados financieros, remuneraciones para los directores o administradores y tampoco sobre las acciones de responsabilidad que deban instaurarse en su contra; es claro el conflicto de intereses que conlleva el tratamiento de estos temas.

En la LSC el quorum para la constitución para la junta general se diferencia en primera, segunda y en los casos especiales, así en primera convocatoria el quorum es al menos veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho a voto, pudiendo los estatutos fijar un quorum superior; en segunda convocatoria la junta se instalará cualquiera sea el capital concurrente, salvo que los estatutos hayan fijado un quorum determinado, que debe ser menor al que la ley exige para primera convocatoria. En cuanto a los quorum en casos especiales el quorum es reforzado, por ejemplo, en casos de aumento o reducción del capital, en las modificaciones de los estatutos y las modificaciones estructurales y el traslado de domicilio al extranjero necesariamente para resolverse en primera convocatoria el quorum es de al menos el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto; en cambio en segunda convocatoria es del veinticinco por ciento del capital.

En la Ley 19.550 de la Argentina, para la constitución del quorum se diferencian los porcentajes entre la asamblea ordinaria y la segunda convocatoria, así en primera convocatoria para la junta ordinaria el quorum válido es de la mayoría de acciones con derecho a voto, en cambio para segunda convocatoria se constituye con cualquier número de acciones presentes; para formar el quorum para la toma de decisiones se dispone la mayoría absoluta de los votos presentes, salvo que el estatuto exija mayor número; para las juntas extraordinarias en primera convocatoria se precisa deben concurrir los accionistas que representen el sesenta por ciento de las acciones con derecho a voto, y en segunda convocatoria el treinta por ciento, salvo que los estatutos fijen un quorum mayor o menor; para la deliberaciones se precisa la mayoría absoluta de los votos presentes salvo que el estatuto señale un mayor número de votos.

2.4. Derecho de información y aplazamiento de votación

El art. 300 del C.Com., faculta a los accionistas a ejercer su derecho de información con relación a los temas sometidos a deliberación en la junta general; al respecto el código se queda corto en un aspecto importante que puede tener repercusiones, como el aplazamiento de votación y, más grave aún en cuanto a la impugnación de los acuerdos a los que arribe la junta. Primero el código habilita la petición de informes por parte de los accionistas “en la junta”; segundo no dice nada respecto a que si el informe es sólo verbal o escrito; de manera que estas particularidades por prudencia necesariamente deben ser incluidas en los estatutos.

La información que debe ser conocida por los accionistas de acuerdo al C.Com., tiene que ser proporcionada en junta general, se puede separar la misma en aquella información respecto a cuestiones que tienen que ver con la gestión y administración y las que tienen que ver con los resultados que se muestran en los estados financieros; respecto a los primeros cabe dejarlos reglamentados en los estatutos, en cuanto a los estados financieros el C.Com., confiere de manera general el derecho de inspección a los socios en relación a los libros de contabilidad, correspondencia y documentos, prohibiendo las pesquisas⁵⁵³, aunque en el régimen de la S.A. no se prevé la inspección personal de los estados financieros por parte de los accionistas debido a que la fiscalización está en manos de los síndicos, pues sobre ellos se deja recaer la labor de control, examen, verificación, supervisión e incluso la atención de las denuncias que los accionistas presenten por escrito con el deber de informar a la junta emitiendo los resultados, conclusiones y sugerencias. Por lo que la forma de proporcionar información y las formalidades para su difusión o entrega a los socios deberían también estar regulados en los estatutos.

⁵⁵³ El art. 56 del C.Com., contiene la norma general del derecho a la información a favor del socio, aunque en forma expresa la tiene señalada para la Sociedad Colectiva, indicando que el control de los socios no administradores y su derecho de supervigilar los actos y examinar la contabilidad, libros y documentos de la sociedad pueden realizarlo en cualquier momento; en la SRL de igual manera se establece este derecho en favor de los socios para que por sí mismos puedan realizar la revisión de la documentación en forma previa a la realización de Asambleas o juntas. Arts. 179 y 211 del C.Com.

La Ley 19.550 de la Argentina al respecto del deber-derecho de información prevé de manera general en cuanto a la presentación de la documentación y la contabilidad, disponiendo que en sede social deben quedar copias de los estados financieros de manera completa y detallada, los que estarán a disposición de los accionistas con no menos de quince días de anticipación para ser revisados por los mismos, de igual manera se regula en relación a la memoria del directorio y el informe de los síndicos.

El régimen societario de la Argentina que contempla también la existencia de los síndicos como un mecanismo legal de fiscalización privada, regla que a este órgano se le faculta la entrega de información de su competencia a los accionistas cuando estos representen no menos del dos por ciento del capital, aspecto que en la legislación societaria boliviana no se encuentra regulada, de manera que se entendería que inclusive un solo accionista podría solicitarlo al amparo de una aplicación analógica del art. 291 cuando el titular de una sola acción puede ejercer su derecho de solicitar la convocatoria a junta general de accionistas.

En el Código de comercio colombiano el art. 447 se refiere al derecho de los accionistas a la inspección de los libros contables, los cuales deben ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad durante los quince días anteriores a la asamblea, de no hacerlo de esta manera los administradores y funcionarios son sancionados con multas pecuniarias. Esta disposición ha sido complementada en el art. 48 de la Ley 222 de 1995 modificatoria del Código de comercio, en la cual ese derecho de inspección ha sido limitado, restringiendo el examen de documentos referidos a secretos industriales o datos que siendo divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad, la negatoria sin causa de la inspección de documentos por parte de los administradores es sancionada mediante actuación de la autoridad competente con la remoción del cargo.

La LSC española respecto al derecho de información ha sido más explícita por cuanto ha previsto que los accionistas puedan solicitar a los administradores

información y aclaraciones respecto a los asuntos comprendidos en el orden del día, pudiendo inclusive precisar preguntas por escrito hasta el séptimo día anterior al verificativo de la junta, asimismo están obligados a facilitar la información solicitada hasta el día anterior a la celebración de la junta; los accionistas también podrán solicitar información verbal al momento de la realización de la junta y en caso de no poder satisfacer dichas solicitudes, podrán hacerlo por escrito hasta dentro de los siete días siguientes a la junta. La LSC precautela que la información solicitada no sea perjudicial para el interés social, aunque también prevé que no procede la denegación de información cuando la solicitud sea realizada por al menos el veinticinco por ciento del capital social⁵⁵⁴.

Los efectos de que la norma prevea que los accionistas tengan la información necesaria para asistir a las juntas son positivos, desde el punto de vista que las deficiencias en la información que reciban los accionistas, pueden ocasionar el aplazamiento de la votación, pues válidamente la falta de información o datos respecto a los asuntos a tratar podría dar lugar a ella. Sin embargo, el aplazamiento de la votación no se produce a simple solicitud, sino que el art. 298 del C.Com., señala que está sujeto a dos condiciones: la primera que esté propuesto por accionistas que constituyan el veinticinco por ciento de las acciones con derecho a voto, y la segunda que se puede ejercitar una sola vez sobre un mismo asunto. Es decir, se puede aplazar la votación sobre cualquiera de los asuntos tratados en junta y por un plazo de hasta treinta días. Para la continuación de la junta y la votación respectiva no se hacen necesarias las formalidades de una nueva convocatoria. Morales Guillén⁵⁵⁵,

⁵⁵⁴ La LSC, Ley 1 de sociedades de capital de 2 de julio de 2010 regula de manera precisa el régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas en la cual el régimen de la información societaria es más amplio y que por sus propias características en relación a la cantidad de accionistas se admite el uso de medios técnicos e informáticos o telemáticos para la difusión de la información, sin perjuicio de la información impresa, así estas sociedades deben poner la información en una página web que incluya un foro electrónico de accionistas, con la finalidad de facilitar la comunicación en forma previa a la celebración de las juntas, art. 536 y sgtes.

⁵⁵⁵ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 356 y 357.

encuentra que este aplazamiento puede utilizarse como un recurso obstruccionista y que debía estar relacionada con el derecho de petición de informes previsto por el mismo código. Al respecto cabe señalar que la convocatoria a junta de accionistas sea ordinaria o extraordinaria tiene un contenido que es expuesto en el orden del día, a partir del momento en que es público dicho aviso los accionistas deberían estar en condiciones de pedir información sobre los asuntos a tratar en junta, asimismo de recabar aclaraciones o informes adicionales, de manera que la celebración en junta no tenga por motivo el aplazamiento de la votación por falta o insuficiencia de información de los accionistas. Se extraña que el código de comercio regule este aspecto que, si bien puede incluirse en los estatutos, sería mejor que se encuentre dentro de la codificación, además puntualizar en dicha regulación limitaciones respecto a la información confidencial, secretos industriales y toda aquella cuya difusión perjudique el interés general de la sociedad, conforme se ha regulado en las codificaciones extranjeras citadas.

En relación al aplazamiento de la votación la regulación normativa de la Argentina es muy similar a la regulación boliviana y dispone que la asamblea puede pasar por un cuarto intermedio por una vez para continuar la misma dentro de los treinta días siguientes, y se pronuncia respecto a que se confeccionará un acta de cada reunión; por su parte la regulación colombiana sostiene que se pueden suspender las deliberaciones en asamblea para reanudarse en forma posterior cuantas veces lo decida los asistentes que representen al menos el cincuenta y uno por ciento de las acciones representadas en la misma; señala también que las deliberaciones no podrán prolongarse por más de tres días si no está representada la totalidad de las acciones suscritas. Prevé que para el tratamiento de la reforma de estatutos o creación de acciones privilegiadas debe respetarse el quórum previsto en la ley o los estatutos.

Por su lado la LSC española dispone la prórroga de las sesiones de las juntas generales durante uno o más días consecutivos, la cual puede ser propuesta

por los administradores o a solicitud de socios que representen la cuarta parte del capital presente en junta y cualquiera sea el número de sesiones en que se celebre la misma se considera única y se levanta una sola acta. Pero la LSC además de establecer de manera amplia el derecho de información de los socios mediante plazos, formas y requisitos de quienes deben darla y los que pueden exigirla, estableciendo que la negatoria acarrea la responsabilidad por daños y perjuicios, prevé un aspecto importante y ausente en las otras normas analizadas, cual es la forma de votación y los quorum necesarios para la adopción de los acuerdos; así separa por asuntos la votación y establece en el art. 201 que los acuerdos se adoptarán por mayoría simple de los accionistas presente o representados en la junta, salvo los asuntos que requieran un quorum reforzado o los de segunda convocatoria.

Aunque las diferentes normas revisadas que prevén el aplazamiento de la votación han tomado provisiones respecto a la continuación sin convocatoria a esta continuación de la junta, una problemática que podría surgir en este aplazamiento es que para la votación no se cumpla con la concurrencia del quórum para aprobar los asuntos sometidos a votación, si bien es de interés de los accionistas que han solicitado el aplazamiento reanudar y concluir la votación, habrá de tenerse en cuenta la probabilidad de no cumplir con el quorum legal respectivo para la votación.

2.5. Las actas

Las actas de las juntas sean ordinarias, extraordinarias o especiales deben observar en forma estricta las formalidades en su elaboración respecto al resumen fiel de los asuntos tratados, las deliberaciones, los porcentajes de votos, los resultados para la aprobación o no aprobación, las disidencias que pueden llegar a tener efectos importantes. En cuanto a las formalidades, la norma exige su inscripción ante el Registro de Comercio con la finalidad de conservación documental para posibles efectos probatorios; sin desmerecer los

procedimientos que deben guardar el rigor de lo prescrito en la ley y los estatutos, en el fondo la importancia de este documento radica en su contenido sustancial respecto a la aprobación o reprobación de los asuntos expuestos en las deliberaciones y resolución final por su efecto vinculante con la ejecución de las mismas. La ley y los estatutos designan a los encargados oficiales de conducir la junta y por ende realizar todos los actos esenciales y formales de la misma, así el art. 301 del C.Com., hace referencia a que las actas serán firmadas por quien presidió, el secretario y dos representantes de los accionistas elegidos con tal objeto.

Entonces por una parte la junta estará presidida por el presidente del directorio y un secretario quienes tendrán a su cargo en la celebración de la junta el control de asistencia, la verificación del quórum de constitución y de votación, la conducción de las deliberaciones, el registro de las decisiones adoptadas y la elaboración de actas, pero sólo para la firma de las actas se unirán a ellos dos representantes de los accionistas elegidos para este efecto. Se trataría de realizar todos los procedimientos que correspondan para cumplimentar la legalidad del acta⁵⁵⁶. Cabezas Caballero pone en controversia la fuerza probatoria del acta al que la norma habría rodeado de ciertas solemnidades respecto a las personas habilitadas para su firma, pues cuestiona por una parte que aunque el acta cumpla todas las formalidades y solemnidades no tiene la fuerza probatoria al no tratarse de un documento público, sino uno privado que los socios pueden usar contra la sociedad, pero la sociedad no puede usarla contra los socios; por otra parte señala el autor que este documento cuyo contenido más importante son las decisiones de los socios en junta podría ser alterado o distorsionado al momento de su redacción y posterior firma puesto que no existe una ratificación de su contenido por parte de la junta sino solo por la intervención de dos socios⁵⁵⁷. Al respecto de estas consideraciones cabría

⁵⁵⁶ La codificación en general se refiere al registro del Acta de la Junta en el Libro de Actas, el cual es considerado formalmente un libro auxiliar y debe cumplir los requisitos de ser encuadernados, foliados y notariados; es necesaria también su conservación para fines probatorios.

⁵⁵⁷ Cabezas Caballero, David., *Nociones de Derecho Comercial...*, Op. cit., pág. 105

separar las cuestiones formales de las esenciales aunque ambos estén concentrados en el mismo documento, respecto a la fuerza probatoria y la calidad de documento privado del acta se plantean dos soluciones, la primera es que el registro o inscripción del acta en el Registro de Comercio, como autoridad pública en la materia le otorga al documento la calidad de documento público, de manera que cualquier socio puede obtener una copia legalizada del acta la cual goza de la fuerza probatoria ante la sociedad y terceros.

El C.Com., sólo alude al registro de una copia del acta de las juntas extraordinarias sin hacer referencia a las juntas ordinarias, no obstante, el registro de actas de juntas ordinarias no está restringido y además es el documento habilitante para el registro de constitución y cancelación de fianza de los directores y síndicos, así como el registro de la memoria anual que son resoluciones de juntas ordinarias.

La otra solución, no siempre acostumbrada y que la LSC la prevé, es la intervención de un Notario de fe pública en la junta, quien levanta el acta emitiendo en forma posterior a las firmas que señala el código, el documento público copia del acta, la cual cumpliendo esta modalidad adquiere la fuerza probatoria y elimina la probable colusión en la redacción que observa Cabezas Caballero. En relación a la probable colusión entre los firmantes del acta para la distorsión o alteración del contenido de las decisiones tomadas por la junta de socios, cabe la impugnación del mismo con el uso de todos los medios probatorios que señala el código civil y procedimiento civil, con los plazos y procedimientos que señala el código de comercio.

La regulación argentina al respecto, señala en la Ley 19.550 que el acta debe contener un resumen de las deliberaciones, las formas de votación y sus resultados así como la expresión completa de las decisiones, debiendo labrarse el acta en un libro especial que requiere cumplir con las formalidades de los libros de comercio; por su parte la legislación colombiana regula de manera más minuciosa la elaboración del acta de las asambleas de socios tanto en el Código de Comercio como en la Ley 222 de modificación, se

refieren al libro de actas de manera concreta como constancia de las decisiones adoptadas en la junta, y requieren las firmas al presidente, secretario y en defecto de éste al revisor fiscal, es decir detalla de manera minuciosa el contenido del acta, por la contundencia de este documento respecto a las decisiones tomadas como voluntad de los accionistas.

Se prevé también que la asamblea se pueda llevar a cabo en reuniones no presenciales, en los que la exigencia consiste en que todos los socios habilitados para asistir deban deliberar y decidir de manera simultánea o sucesiva, no hacerlo de esta manera tornan ineficaces las decisiones adoptadas y también la habilitación expresa para que todos los socios puedan emitir su voto por escrito, en cuyo caso la mayoría se computa sobre el total de las acciones en circulación. Luego en la Ley 222 para el caso de éstas juntas no presenciales, se dispone que las actas deban elaborarse y asentarse en el libro de actas, debiendo ser suscritas por el representante legal y el secretario de la sociedad.

En cambio la regulación española en la LSC exige que el acta deba ser aprobada por la propia junta o dentro del plazo de quince días por el presidente de la junta y dos socios interventores, uno que representa a la mayoría y el otro por la minoría, también regula la posibilidad de que los administradores requieran la elaboración de un acta notarial que se produce cuando un notario levanta acta de la junta, esta forma de levantar el acta resulta por propia iniciativa de los administradores o cuando en los cinco días anteriores a la celebración de la junta lo soliciten socios que representen al menos el uno por ciento del capital social. Cuando el acta es notarial reviste una calidad de eficacia sobre los asuntos que contiene el mismo y son ejecutables de inmediato.

En la SEM la aplicación del procedimiento descrito para la S.A. es totalmente viable, incluso la presencia del Notario del Fe Pública para que levante acta de la junta.

2.6. Impugnación de las resoluciones

Los acuerdos a los que arribe la junta general tienen eficacia porque se sostienen en el presupuesto que se han desarrollado dentro de los procedimientos de legalidad y reflejan la voluntad social, esto entre tanto una declaración judicial invalide dicho acuerdo. Como se ha manifestado, en algunas codificaciones revisadas la junta es el máximo organismo de representación de la voluntad social, pero las decisiones tomadas en la junta no tienen un poder absoluto y aunque el C.Com., boliviano y la mayoría de las codificaciones señalan que las resoluciones de la junta son obligatorias para todos los accionistas, inclusive para los ausentes y disidentes, es también evidente que se salva la probabilidad de una impugnación a la ejecución definitiva del mismo mediante un recurso judicial que puede traducirse en la nulidad de la resolución⁵⁵⁸.

La impugnación como recurso de reclamo, objeta y contradice las resoluciones de la junta, sea porque violan las disposiciones del código, los estatutos o cuando sean contrarias al orden público; el art. 302 del C.Com., habilita inclusive expresamente la impugnación de la convocatoria a junta cuando no se haya cumplido con lo dispuesto en el código o en los estatutos.

⁵⁵⁸ El art. 306 del C.Com. dispone que, para proceder al ejercicio de la impugnación, los accionistas deben constituir fianza suficiente para responder por los daños y perjuicios que a la sociedad pudieran ocasionar su demanda; sin embargo, se inserta un término poco objetivo como el de “fianza suficiente”, que puede dar lugar a que se aplique de manera subjetiva la calificación de la fianza suficiente. La Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0022/2015 – S3 de 16 de enero, en acción de amparo constitucional interpuesto por el síndico de SOBOCE S.A. contra los vocales del Tribunal de Justicia de La Paz, acción en la que se demandó ante juzgado inferior la impugnación por nulidad de convocatoria a junta ordinaria de SOBOCE S.A.; en sede judicial se aplicó la medida precautoria de prohibición de convocatoria, instalación o reinstalación de juntas generales de accionistas y aplicando normativa estatutaria se exigió caución de Bs. 150.000, la misma que fue cumplida, SOBOCE S.A. pide reposición arguyendo que la caución era insuficiente, el Tribunal modifica la contracautela al monto de Bs. 21.847.153,50 como equivalente al 1,5% de los ingresos brutos de SOBOCE S.A., pese a la invocación por parte del demandante (síndico) de la aplicación del art. 306 del C.Com., el Tribunal de Justicia entendió que si la aplicación de dicho artículo se realiza a un accionista, con mayor razón se debe aplicar a un síndico. Lo que se puede rescatar de esta sentencia es el término “fianza suficiente” puede ser valorado y regulado en los estatutos en lo que se refiere a la cuantía, pero además existe un vacío cuando se trata de la aplicación de este tipo de medidas por impugnación realizada por los directores o síndicos como en el presente caso.

El artículo merece un análisis riguroso por el contenido diverso que pasamos a separar de la siguiente manera: en primer lugar, las causales que habilitan la impugnación, en especial establecer el nexo entre la decisión de las juntas y el orden público, en segundo lugar, la procedencia de impugnar de nulidad y no anulabilidad como un régimen diferenciador entre causales de fondo y de forma, en tercer lugar, las personas habilitadas para interponer el recurso.

La Ley 19.550 de la Argentina se refiere a la obligatoriedad del cumplimiento de las resoluciones siempre que estén conformes a la ley y los estatutos para todos los accionistas, salvando esa obligatoriedad cuando se tratase de fusión o escisión, aumentos de capital y otros bajo determinadas condiciones y procedimientos, motivos que habilitan el derecho de receso o separación por parte de los accionistas que se creyeren afectados. El código de comercio colombiano se refiere a la obligatoriedad de las decisiones de la asamblea de socios tomando en cuenta los privilegios pactados de acuerdo a ley y el contrato social y que son ineficaces las decisiones tomadas por la asamblea que estén en contravención a las reglas prescritas por el mismo cuerpo legal, también hace referencia a la ineficacia de las decisiones en asambleas no presenciales cuando la comunicación no fue simultánea o sucesiva. En tanto que la LSC española sostiene al igual que la norma boliviana que todos los socios incluidos los disidentes y no participantes quedan obligados al cumplimiento de los acuerdos tomados en junta siempre que se hayan tomado por la mayoría legal y sobre asuntos de competencia de la junta.

2.6.a. Causales habilitantes

La norma boliviana estipula que puede impugnarse cualquier resolución de junta que viole las disposiciones del mismo Código o los estatutos, pero también cuando la resolución es contraria al orden público.

Respecto a la violación de las disposiciones del código, el efecto es que el elenco de causales de impugnación se multiplica, porque literalmente significa

que es impugnabile cualquier resolución que contravenga el régimen normativo que el C.Com. establece para las sociedades comerciales, en especial el de la S.A. que afecte los derechos de los accionistas, de la sociedad o de terceros puede ser causal para impugnar la resolución de la junta; por otra parte también se puede impugnar de nulidad cualquier contravención a la normativa dispuesta en los estatutos, tanto en relación a los derechos de los accionistas, de la sociedad o de terceros, como los que regulan de manera específica los procedimientos formales que hacen al verificativo de la junta como el control de asistencia, control del quorum, de habilitaciones para las votaciones y el control de mayorías y minorías para la toma de decisiones e inclusive en la redacción, firmas y registros de las actas podrían ser causales de impugnación de resoluciones de la junta. Por lo que se aprecia una amplitud muy ambigua de causales para impugnar que dispone el C.Com., cuando dice: “cualquier resolución que viole las disposiciones de este Código o los estatutos...”. Morales Guillén⁵⁵⁹ sostiene que las posibilidades de impugnación son y deben ser amplias, tanto en defensa de las minorías contra las mayorías y también contra los administradores; e inclusive de las mayorías en las grandes sociedades cuando se maniobran las faltas de quórum para lograr segundas convocatorias y aprobar con mayorías relativas de confianza de los administradores.

Broseta Pont⁵⁶⁰ en relación a la normativa española reconoce tres causas de impugnación referidas a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan o infrinjan los estatutos y por lesionar en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad; del reconocimiento de estas causales sigue con la distinción de la gravedad de las consecuencias de unos y otros, en el entendido de que no todas las causales revisten la misma gravedad, reconociendo causales de nulidad y anulabilidad.

⁵⁵⁹ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 363.

⁵⁶⁰ Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 403.

2.6.b. Nulidad o anulabilidad

En lo general la causal de nulidad se plantea ante la infracción de aspectos de fondo y la anulabilidad parece estar determinada para asuntos concretos y por los aspectos de forma; así la nulidad está reservada para aquellos acuerdos de la junta emitidos mediante resolución contraria a la ley, los estatutos o lesión al interés social en beneficio de uno o varios socios e inclusive de terceros, en tanto que la de anulabilidad se aplica cuando la resolución de junta infringe aspectos de forma.

La norma boliviana solo reconoce la nulidad como objetivo de la impugnación; es decir que la aplica cuando la resolución de la junta viola las disposiciones del código de comercio, los estatutos o cuando la resolución sea contraria al orden público. Respecto a esto, llaman la atención dos aspectos, el primero que no se haya modulado la nulidad y la anulabilidad para proceder ante los acuerdos de la junta, puesto que no todas las causales tienen el mismo peso, a lo cual Morales Guillén⁵⁶¹ ha ensayado una división de las causales en las de nulidad y de anulabilidad, en las primeras se refiere a la irregularidad de la sociedad, es decir que la junta de una sociedad irregular es totalmente nula, la falta de convocatoria de igual manera acarrea la nulidad del acto, los acuerdos con objeto imposible o nulo también los clasifica como causales de nulidad y los acuerdos que afectan a derechos de los socios o de terceros quedan como causales de nulidad. Califica con causal de anulabilidad los defectos en la convocatoria, los que invaden competencias, se refiere a las que el C.Com., señala en forma expresa para las juntas ordinarias y extraordinarias, las que se toman transgrediendo el quórum de asistencia y votación y los que infrinjan las disposiciones de los estatutos. El contenido de estas clasificaciones tiene sustento en la medida que la ambigüedad y generalidad que presenta el C.Com., daría lugar a que decisiones que se hayan resuelto en la junta cumpliendo todos los requisitos de fondo, es decir, que no infringe el C.Com., ni

⁵⁶¹ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 361. En los que hace un correlato de las posiciones tomadas por otros autores que se han pronunciado respecto a la división de las causales de impugnación en nulidad y anulabilidad.

los estatutos, pero existe un defecto en la convocatoria puede ser impugnada de nulidad, cuando podría impugnársela de anulabilidad⁵⁶².

La norma boliviana hace referencia a la impugnación cuando la resolución sea contraria al orden público⁵⁶³, dentro del Derecho privado y puntualmente en esta mención del Código de comercio, el orden público se entendería como referencia a que las decisiones de la junta no contravengan el ordenamiento jurídico en general y menos el específico que rige a las sociedades mercantiles, tampoco habrán de afectar a la moral pública y los derechos de terceros, redundando en las disposiciones que de manera transversal se encuentran en el régimen jurídico de sociedades comerciales.

Gagliardo⁵⁶⁴ hace referencia a un orden público societario como ciertas restricciones al poder dispositivo de los socios, de alguna manera tiene que ver con el interés público, el interés de la sociedad, el interés de las minorías y el interés individual que pueden verse afectados por cláusulas atípicas que suprimen, restringen o derogan disposiciones que no se encuentran dentro de los contenidos facultativos que pueden contener por ejemplo los estatutos.

Por su parte Broseta Pont⁵⁶⁵ apunta a que un acuerdo es contrario al orden público cuando los mismos contienen resoluciones graves que serían insubsanables como los que implican un ataque a la protección de accionistas minoritarios o terceros, con la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva.

⁵⁶² En el régimen de nulidad y anulabilidad por aplicación del art. 822 del C.Com., cuando no están previstos expresamente se aplica lo dispuesto en el Código Civil, donde la mayor diferencia está en el régimen de prescripción de la acción, siendo la nulidad imprescriptible y la anulabilidad prescriptible, la nulidad insubsanable y la anulabilidad permite que se subsanen las faltas.

⁵⁶³ No se trata del orden público del Derecho público, en relación a los principios y valores jurídicos de cumplimiento obligatorio para el desarrollo armónico de la sociedad; además la amplitud de contenidos que encierra ese concepto, abarca desde la Constitución Política del Estado, los diferentes códigos y diferentes normas complementarias.

⁵⁶⁴ Gagliardo Mariano, *Cuestiones societarias...*, Op. cit., pág. 72 y sgtes. En las que desarrolla aspectos referidos a las limitaciones al poder dispositivo de los socios y su relación con el orden público o interés público, encausando el análisis en los márgenes permitidos a la autonomía o libertad contractual societaria respecto a las cláusulas estatutarias.

⁵⁶⁵ Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 404.

Entonces, el nexo de las decisiones de la junta de accionistas con el orden público, por ejemplo, en el caso de la SEM que presta servicios públicos, tendría una aplicación más concreta de este precepto, puesto que la sensibilidad de alterar el orden público se ocasionaría en caso que la junta de accionistas tome una decisión que afecte a la colectividad usuaria, es decir a terceros. En cuyo caso la impugnación por nulidad de resolución de la junta sería interpuesta por la autoridad administrativa con mayor fuerza.

La legislación argentina y colombiana en el contenido de su normativa societaria diferencian entre la nulidad, anulabilidad, ineficacia e inoponibilidad⁵⁶⁶, en cambio la LSC asigna fuerza solo a la impugnación de nulidad cuando el acuerdo sea contrario a la ley, los estatutos o al reglamento de la junta, o en su caso lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios, o el acuerdo se haya impuesto de manera abusiva, en cambio directamente separa a las causas o motivos sobre los que no será procedente la impugnación, entre ellos que el acuerdo haya sido dejado sin efecto, o la infracción de requisitos meramente formales, es más quienes impugnen un acuerdo no podrán invocar en su acción éstas causales.

En cambio la Ley 19.550 argentina reconoce la nulidad y anulabilidad, la primera cuando las resoluciones violen la ley, estatutos o reglamentos; plantea que son impugnables de nulidad por los accionistas que no hubieran votado favorablemente y los ausentes que acrediten su calidad de accionistas vigente en la fecha de la celebración de la junta; en tanto que la anulabilidad puede ser interpuesta por los accionistas que votando favorablemente impugnen por vicio de la voluntad; llama la atención esta habilitación de impugnación, puesto que uno de los elementos más sensibles con finalidades probatorias en materia civil es el vicio de la voluntad⁵⁶⁷; importante revisar en el ámbito común de la junta de accionistas.

⁵⁶⁶ Se refieren a la impugnación de los acuerdos: en la legislación española el art. 115 del RDL 1564 de 22 de diciembre de 1989 y el art. 204 de la Ley 1 de 2 de julio de 2010; en la Ley 19.550 de la Argentina el art. 251 y en el Código de Comercio colombiano los arts. 190 y 191.

⁵⁶⁷ Los vicios de la voluntad son el error, la violencia y el dolo.

El Código de comercio de Colombia diferencia entre decisiones ineficaces, nulas e inoponibles por lo que cualquier reunión que haya sido celebrada en lugar diferente al domicilio social, contravenga lo prescrito en la ley o los estatutos respecto a la convocatoria y quórum es ineficaz; las que contravengan el contrato social o se adopten sin en número de votos señalados en la ley o los estatutos son absolutamente nulas, en tanto que las que no tengan carácter general, es decir que afecten a determinados grupos de accionistas, son inoponibles a los socios ausentes o disidentes.

Conforme ya se expuso, Morales Guillén ensaya también diferencia de las causales en nulidad y anulabilidad, asignando nulidad a los acuerdos tomados con falta de capacidad, también las celebradas sin convocatoria, los acuerdos con objeto imposible o ilícito; los que afectan al derecho de terceros y a los socios con acciones privilegiadas cuando se adoptan sin su consentimiento; en cambio son anulables cuando hay defectos en la convocatoria o en la reunión, los acuerdos que se hayan tomado invadiendo la competencia y los que se hayan tomado en infracción de la legal formación del quórum de votación. El razonamiento se adecua a un criterio de gravedad más o menos intensa puesto que no es lo mismo tomar una decisión que afecta el derecho de los socios, la sociedad o terceros frente a aquella en que sin afectar derechos haya sido tomada sin el quórum respectivo o se encuentren defectos de forma en la convocatoria; no obstante el C.Com., al no hacer diferencia entre la nulidad y la anulabilidad como recurso para impugnar las resoluciones de la junta, prevé que todas son causales de nulidad, la disposición referida al procedimiento sumario con que deben tramitarse estas demandas es la única salvedad de resolver con prontitud cuando se trate de un aspecto meramente procedimental que no cause daños y perjuicios mayores a la sociedad, los propios socios y terceros⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ En el Proyecto de modificación del Código de Comercio no se ha incluido si se trata de impugnación por nulidad o anulabilidad, se ha tratado simplemente como impugnación y su procedencia ante la vía judicial en tramitación sumaria, se mantiene.

Tanto la norma boliviana, la argentina y la española prevén que la resolución impugnada pueda ser revocada o sea dejada sin efecto por una junta posterior, en tal caso ya no procede la demanda o la continuación del recurso; pero la responsabilidad por los efectos y consecuencias de la resolución quedan subsistentes; entre las diferentes normas en análisis varían los plazos que se habilitan para interponer la acción de impugnación, las fechas desde las que se inicia los términos de caducidad, por lo que reviste importancia que el acta haya sido o no inscrito en el Registro de Comercio o de acuerdo a lo que se haya dispuesto en los estatutos.

2.6.c. Legitimados para interponer el recurso

Las diferentes normas revisadas reconocen el derecho a impugnar a los socios ausentes o disidentes, los administradores, síndicos y autoridades administrativas e inclusive terceros que hayan sido afectados con las resoluciones de la junta. En la LSC⁵⁶⁹, los legitimados para interponer la acción de impugnación son los administradores, los socios que representen el uno por ciento del capital y terceros que acrediten su interés legítimo. En cuanto a los socios, la norma española hace una precisión en cuanto a que ese uno por ciento legitimado para interponer la acción debe tener tal condición antes de que se haya tomado el acuerdo, en cambio habilita con motivo de impugnación de acuerdos contrarios al orden público a aquellos socios, administradores o terceros que hubieran adquirido tal condición después de que se haya tomado el acuerdo.

De la revisión normativa realizada se puede inferir la importancia que ha de imprimirse en la gestión y realización de la junta en todos sus momentos o etapas, pues si bien normas como la boliviana prevén un rigor de nulidad del

⁵⁶⁹ La LSA diferenciaba la legitimación de impugnar en función a que, si son anulables o nulos, así la nulidad podía ser interpuesta por los socios, los administradores y terceros afectados; en cambio la anulabilidad podía ser ejercitada a los socios asistentes a la junta que hayan hecho constar en acta su oposición, a los socios ausentes, a los que ilegítimamente han sido privados de su derecho al voto y los administradores.

acuerdo, inclusive ante la infracción de cuestiones de forma, vemos que en otros ámbitos normativos estos aspectos han sido superados. Es de notar también las diferencias lógicas en la determinación de los plazos de caducidad para interponer la impugnación, la autoridad ante la cual debe interponerse, el tipo de proceso en que hará valer el recurso que en el caso de la legislación boliviana señala debe tener un procedimiento sumario hasta que se emita la sentencia que declare la nulidad de la decisión, después de la cual quedaría sin efecto alguno, debiendo asumir la responsabilidad por los perjuicios causados. Se dispone también que la resolución impugnada de ser revocada en una junta posterior, no sería necesaria la demanda de nulidad, o se suspende la que está en curso, aunque en ese caso persisten las acciones para la reparación de los perjuicios que hayan causado los efectos de aplicación o ejecución de la resolución impugnada.

La normativa boliviana referida es totalmente aplicable en las juntas de accionistas de las SEM y aunque claramente existe una diferenciación inicial entre accionistas del sector público y accionistas del sector privado, esta sólo tiene efectos cuando se trata de formar el quórum para votar determinadas decisiones; de ahí en adelante las acciones de ambos sectores que pueden ser ordinarias o preferidas son aspectos que dan lugar a que las resoluciones de las juntas no contravengan los derechos que corresponden a cada una de ellas, a los de la sociedad o de terceros, observando la normativa especial y específica prescrita en el código para las SEM.

El régimen de convocatorias, quórum, instalación, deliberación, aprobación, así como la impugnación de las resoluciones de la junta es totalmente aplicable en la SEM, los procedimientos a seguir para la validez de las decisiones de la junta, salvando algunas variaciones, son los que se han descrito anteriormente.

II. EL DIRECTORIO

1. LA ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL DIRECTORIO

Además de lo expresado en el anterior capítulo en relación a los artículos del C.Com., que se relacionan con el Directorio de la SEM, como un breve corolario general cabe reiterar que en razón a lo reglado en el art. 425 se sujeta a la SEM al régimen de la S.A., por tanto la hace supletoria respecto al régimen de la SEM; por lo que cabe señalar que los aspectos que no se hubieran tratado en esa parte, como los requisitos generales para el desempeño de los directores, así como los puntuales referidos a las facultades, obligaciones y resoluciones se verán con la visión de su aplicación en la SEM; asimismo en lo que pueda ser significativo se hará referencia al derecho comparado.

El art. 302 del C.Com. boliviano, no establece que la S.A. pueda estar a cargo de un administrador único, por lo que queda descartada esa posibilidad, más bien señala que debe estar compuesto por al menos tres miembros, dejando que en los estatutos se defina si se compone con más de tres miembros, sin poder llegar a más de doce⁵⁷⁰. Cabezas Caballero⁵⁷¹ expresa que el directorio en la sociedad anónima es el órgano más importante de la misma ya que se constituye en el administrador que gobierna la sociedad, ejecuta las resoluciones de la junta, además es el órgano que representa a la sociedad frente a terceros, hace también referencia a que la participación en este órgano puede estar conformada por determinada calidad de personas, como ser profesionales de especialidad que bien pueden ser o no socios; lo cual es compatible con la realidad y no solo porque se trate de especialistas en las ciencias de administración de empresas, sino respecto a las actividades del

⁵⁷⁰ Cuestión diferente sucede en la legislación española, la LSC art. 210.1. y 2., sí admite la posibilidad de que la S.A. pueda optar por un solo administrador, pero abre también la de conformar un cuerpo administrativo al que se denomina Consejo de Administración que tiene algunas similitudes con el Directorio de la S.A. boliviana. La diferencia más importante es que pueden ser administradores personas físicas o jurídicas y en el caso de éstas últimas, necesariamente debe ser designada una persona natural que ejerza el cargo.

⁵⁷¹ Cabezas Caballero David, *Nociones de Derecho Comercial...*, Op. cit., pág. 106.

giro social que son la razón de la existencia misma de la sociedad. Por lo que en principio vemos que uno de los elementos que determinan el nombramiento de un director serán sus aptitudes y formación profesional para enfrentar el ejercicio del cargo.

Difiriendo sobre lo expuesto anteriormente De Chazal⁵⁷² expresa que en el nombramiento de los directores se impone el capital frente a las cualidades de las personas, puesto que el nombramiento de un director se produce en función al número de acciones que apoyen su elección; si bien es evidente que también dicho criterio es válido normativamente, no tiene por qué ser opuesto o contrario al de la especialización, sino más bien se puede verificar que existe cohesión de los dos criterios, de manera que para el nombramiento de los directores se apliquen ambos.

Morales Guillén⁵⁷³ toma otro aspecto y establece la relación que existe entre la junta de accionistas y el directorio, señalando que el directorio es una especie de poder ejecutivo de la sociedad⁵⁷⁴ puesto que debe ejecutar las resoluciones de las juntas, sean ordinarias o extraordinarias. Es que el directorio de la S.A., conformado en cuerpo colegiado es nombrado o removido por la junta y debe ejercer tales funciones a manera de poder ejecutivo como sugiere el autor, a eso hay que acotar que se halla intrínseca la función de administración y representación por parte del directorio. De igual manera la visión que toma Morales Guillén, no constituye una opinión contraria a las anteriores, sino llega a complementarlas.

En la SEM aún con la normativa especial vigente, si bien no hay variante en el sentido de las funciones y la ejecución de las resoluciones por parte del directorio, si hay en la forma del nombramiento y remoción de los directores, pues se debe tomar en cuenta que la LEP señala que el COSEEP debe autorizar en forma previa el nombramiento y remoción de los mismos,

⁵⁷² De Chazal Palomo José Antonio, *Manual de Derecho ...*, op. cit. pág.102.

⁵⁷³ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 367.

⁵⁷⁴ Martorell, Ernesto Eduardo, *“Los directores de las sociedades...”*, op. cit., pág. 94, en la que además señala equipara a los síndicos a la Contaduría y la Asamblea general como el poder legislativo con poderes constitucionales.

autorización que implica una gestión que no redunde en algún tipo de gestión por parte de la SEM, pero merece tenerla en cuenta porque puede resultar una formalidad que complique la agilidad del nombramiento de los directores de la SEM, aunque de igual manera estos deben ser elegidos por sus atributos personales y profesionales, de igual manera si el COSEEP debe autorizar la remoción de los directores que representan al sector público sin duda esta gestión si bien parece ser una derogatoria al régimen de la SEM, no podría serlo porque implicaría la derogatoria del régimen de responsabilidad de los directores del sector público, lo cual implicaría una vulneración a la garantía de protección patrimonial.

Broseta Pont⁵⁷⁵ puntualiza en los administradores de la S.A., además de las funciones de gestión y representación, la relevancia que tiene la función de explotación empresarial que ejerce el órgano de administración, lo cual, señala que de alguna manera en ocasiones puede ser visto como un menoscabo del poder de la junta; es que el autor toma la complejidad de la gestión y los conocimientos técnicos necesarios para ejercer dichas funciones como factores que disminuyen la posibilidad de que la junta ejerza un control eficiente sobre la labor de los administradores, más aun en las grandes sociedades con accionistas dispersos geográficamente o que la composición accionaria tenga un gran número de simples inversionistas, entonces también se produce de manera insalvable el detrimento del poder de la junta de accionistas a favor de este otro órgano que es el Directorio o Consejo de administración en la norma española.

Por su parte Quijano⁵⁷⁶ se refiere a dos planos de las funciones de los administradores el de la gestión interna y la representación externa, ambas necesarias en la consecución del objeto social; pero separa la función de gestión de la de representación señalando la flexibilidad normativa en la gestión y la rigidez en la representación; debido en la primera a las relaciones

⁵⁷⁵ Broseta Pont, Manuel, *“Manual de Derecho Mercantil”*, op. cit., pág. 405.

⁵⁷⁶ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima”*, Primera reimpresión, Univ. de Valladolid Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1985, pág. 129.

que deben establecerse entre los administradores y la junta, y en la segunda porque deviene de la configuración del poder, de todo lo cual se colige que las delimitaciones que se establezcan en relación a la delegación de facultades que la junta realiza a favor del Directorio, darán lugar en lo posterior a las posibles responsabilidades de los administradores en caso de abuso de las mismas: Los aspectos señalados tanto respecto al plano de la administración como la representación se encuentran también presentes en la S.A. boliviana y tienen las mismas implicancias.

En el caso de las SEM, si bien el directorio ejerce la mismas funciones de administración, representación de la sociedad, así como la ejecución de las resoluciones de la junta, el hecho de abrir dos vertientes de designación de los directores y por lo mismo dos formas de remoción, no tiene por qué afectar la aplicación de la organización y funcionamiento del directorio, puesto que en las funciones de gestión, administración y representación los directores sean de uno u otro sector deben actuar en forma colegiada como un cuerpo orgánico, sin que deban realizar sus acciones en función del porcentaje o sector de accionistas al que representan. Ahora, respecto al criterio sobre las cualidades que debe reunir el director de ambos sectores tampoco tiene por qué variar, pues de igual forma es indiscutible y prudente que se elijan o designen a personas de confianza, prestigio y especialización; más aún cuando la función de este órgano es permanente puesto que regenta la gestión diaria de la sociedad y debe hacer frente en forma continua a las relaciones jurídicas que la sociedad sostiene con terceros⁵⁷⁷.

1.1. Nombramiento periódico, ejercicio personal y fianza

Salvando el nombramiento de los primeros directores en la etapa de constitución de la S.A., puesto que es el único que no es realizado por la junta

⁵⁷⁷ Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones del Derecho Mercantil...*, Op. cit., pág. 171, se refiere a la complejidad de los asuntos sobre los que tiene competencia los administradores, acotando que si bien la junta nombra y puede separar a los mismos tampoco puede interferir las gestiones y funciones de los administradores.

de accionistas, sino por la junta general constitutiva, en lo posterior la competencia de nombramiento corresponde de manera privativa a la junta ordinaria de accionistas, la designación por cualquier otro órgano quedaría nula de pleno derecho.

En cuanto al periodo de ejercicio de los directores se interpreta y aplica a través de los art. 308 y 315 del C.Com., el primero hace alusión solamente a un periodo determinado, en cambio el segundo señala que el periodo de duración máximo es de tres años; de lo anterior podemos colegir que no se trata de la gestión equivalente a un año, sino de un periodo sujeto a regulación estatutaria, y que dicho periodo no puede exceder de los tres años. A todo lo cual hay que añadir que los directores pueden ser reelegidos, es decir que el director de la S.A. boliviana puede ser reelegido de manera indefinida puesto que no existe una limitación a la reelección, salvo que los estatutos regulen en forma limitativa este aspecto. De esta manera una característica del desempeño del director es la temporalidad, más aún el periodo que señala el C.Com., es solo indicativo, puesto que su remoción puede darse en cualquier momento, evidentemente por las causales señaladas también en el mismo cuerpo legal.

En el caso de los directores de la SEM existe diferencia entre los directores nombrados por el sector privado y los directores designados por el sector público, a los primeros se les aplica el régimen dispuesto para los directores de la S.A., en cambio los directores designados por el sector público pueden estar sujetos a períodos más largos que los que determina el art. 315 inc. 2) o más cortos, con la salvedad que de ninguna manera podrían ser vitalicios; aspecto que también podría regularse en los estatutos, es más, sería ideal que en el marco de lo dispuesto en el art. 429, inc. 4) los estatutos reglen las condiciones o causales para que un director del sector público pueda ser removido, dejar sin unas reglas mínimas puede dar lugar a que los directores del sector público de alguna manera dificulten la continuidad del funcionamiento del directorio, teniendo en cuenta además que en el caso de los directores del sector privado, éstos incluso por motivo de renuncia deben permanecer en funciones hasta

que una nueva junta acepte su renuncia. Un supuesto a tener en cuenta es la remoción del director del sector público contra el cual se inicia o se ha iniciado una acción de responsabilidad, asunto que se verá en la parte de responsabilidad de los administradores.

En la Ley de Sociedades de Capital⁵⁷⁸ (LSC) de España se ha reglado también que el estatuto puede fijar el plazo de ejercicio de los administradores, pero el que fije no puede exceder de seis años⁵⁷⁹, pero cuando señala que la reelección puede ser de una o más veces, implica que la reelección de los consejeros puede ser indefinida de manera similar a la norma boliviana, con la diferencia que el código boliviano no expresa la elección de una o más veces, sino que guarda silencio, el cual puede ser interpretado como un asentimiento a la elección indefinida. De igual manera el Código de comercio de Colombia, señala que el nombramiento se realiza por la junta de accionistas por periodos determinados, dejando libre la reelección o remoción de los directores, de manera que también queda establecida la reelección indefinida, de donde se puede tomar como un parámetro de afirmación que el representante o representantes legales designados por la junta por periodos determinados pueden ser reelegidos indefinidamente.

En la Ley 19.550 de sociedades de la Argentina, en cambio el nombramiento de los directores puede estar a cargo de la asamblea de los socios conforme con el art. 234 que señala que la asamblea ordinaria designa y remueve a los directores y síndicos; pero contiene una salvedad en el art. 255 que cuando los miembros de directorio son en número mínimo de tres, pueden también ser designados por la asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia⁵⁸⁰, pero

⁵⁷⁸ La Ley de Sociedades de Capital (LSC) es la Ley de Sociedades de Capital, promulgada en el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, como Texto refundido, y que en forma posterior ha tenido como última modificación en fecha 21 de julio de 2015, con la designación de Texto Consolidado de la Ley de Sociedades de Capital, para el uso del presente trabajo en caso de haber variado la numeración del artículo o el texto, se hará notar en su oportunidad.

⁵⁷⁹ En el Art. 221.2. de la LSC.

⁵⁸⁰ La Ley 19.550 establece de manera general para todas las sociedades un régimen de fiscalización optativa que se traduce en el establecimiento de un órgano de fiscalización que también recibe el denominativo de sindicatura o consejo de vigilancia, órgano que es de

de esa forma la elección debe estar regulada por los estatutos. En cuanto a la reelección el director sólo puede ser reelegido por tres ejercicios.

La virtual reelección indefinida de los directores en las normas revisadas a excepción de la argentina, tiene el asidero de la continuidad, el conocimiento del rubro y la cualificación del buen desempeño; en el polo opuesto estaría la posibilidad de remoción por parte del directorio en cualquier momento o anualmente; el cambio continuo de directores más que ventajas traería desventajas, puesto que el cambio continuo por gestiones no aportaría a la continuidad que requiere el desarrollo de actividades empresariales de la sociedad. En cambio, el señalamiento de periodos desde tres hasta seis años conforme se ha visto tiene el valor de la continuidad.

Cabe acotar a todo lo anterior que se ha previsto en todos los ordenamientos revisados el nombramiento de directores suplentes, previsión que por un lado oxigena el desempeño del directorio para afrontar casos de inasistencia fortuitos, de manera que no se tenga que realizar juntas de accionistas en caso de falencia temporal o definitiva de los directores titulares; por otro lado da lugar a que sólo en caso de falencia de los directores suplentes se acuda al nombramiento de nuevos directores con la implicancia de convocatoria a la junta ordinaria⁵⁸¹.

Otro requisito formal para ejercer el cargo del director es que se requiere que su desempeño sea garantizado a fin de afrontar responsabilidades emergentes de su ejercicio, de manera que el nombrado debe cumplir con el requisito de prestar fianza en cualquiera de las diferentes modalidades previstas en el C.Com.: si los directores fueran accionistas pueden presentar en fianza sus

existencia obligatoria en la sociedad, más aún en la sociedad anónima y en las sociedades de economía mixta, conforme a disposición del art. 299.

⁵⁸¹ En la LSC de España se habilita el nombramiento de directores por cooptación como un mecanismo societario para salvar la urgencia de las vacantes que de manera intempestiva se produzcan, este nombramiento está a cargo del propio consejo con duración hasta que se reúna la junta general de accionistas; puesto que el funcionamiento del consejo de administración es y debe ser continuo, sin interrupciones que podrían producirse.

acciones, las cuales serán objeto de depósito en una entidad bancaria⁵⁸²; en caso de tratarse de una persona ajena a la sociedad los estatutos fijaran las modalidades con las que pueden cumplir este requisito. Esta fianza debe quedar vigente durante todo el periodo de desempeño y será cancelada un año después de la aprobación de los estados financieros de la última gestión en que hubiera intervenido el director. Llama la atención que el código señale que la fianza tiene por objeto garantizar las responsabilidades emergentes del desempeño de sus cargos, pero además que los directores pueden dar en fianza sus acciones de la sociedad⁵⁸³, y aunque en el art. 285 no se establece que en la junta ordinaria fijará la fianza, lo previsto en el art. 335. 4. referido al deber del síndico de informar a la junta general sobre la verificación de la constitución de la fianza por parte de los directores, conduce a deducir que serán fijadas por la junta. El otro aspecto referido al mismo, es el de la cuantía de la fianza, nótese que la misma debe garantizar las responsabilidades emergentes del desempeño; es decir debe ser suficiente para responder los daños y perjuicios; se deduce que el régimen de la fianza propuesto por el legislador abre como posibilidad que el indicador de la cuantía sería el de las operaciones de la sociedad.

En la SEM respecto a la fianza de los directores del sector privado la aplicación de lo señalado en relación a la prestación de la fianza por parte de las acciones, es probable y posible; en cambio la fianza que deben prestar los directores designados por el sector público no tiene tal posibilidad y deberá ser prestada conforme señalen los estatutos en el marco del art. 918 del C.Com., es decir por bancos, entidades de crédito, seguros u otras autorizadas por ley. Otro aspecto accesorio respecto al pago de la fianza, es si la fianza de los directores del sector público, las paga el propio director o paga la entidad a la que representa, tema de contenido aparentemente inocuo pero que tiene una

⁵⁸² En caso de prestar fianza con el depósito de acciones de su propiedad, cabe señalar que el estatuto fijará la cuantía de la misma, y en caso de que la cobertura de las acciones no alcanza al monto fijado el accionista deberá empozar el faltante.

⁵⁸³ En el Proyecto de Código de Comercio del 2010, se prohíbe que los directores presten fianza con acciones de la propia sociedad.

correspondencia con la responsabilidad personal del director o del sector público o Estado que lo designó.

En lo que respecta a la conducta de los directores en el desempeño del cargo, es decir con las que debe prestar el servicio como son el orden, lealtad, diligencia y prudencia se verán en parágrafos posteriores.

El C.Com., tiene prescritas causales de impedimento y prohibición para el desempeño de los directores en el art. 310, en los que se resalta que además de los impedidos para ejercer el comercio, están los de parentesco, los sentenciados por delitos comunes o los cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades, así como los que tengan conflicto de intereses o asuntos litigiosos con la sociedad. Respecto al impedimento y prohibición para ejercer el cargo de director de la S.A. por un funcionario público, es una restricción parcial de acuerdo a lo dispuesto en el C.Com., puesto que si el funcionario público en su desempeño no tiene relación con asuntos del objeto social de la sociedad se levanta dicho impedimento; pero cabe revisar este impedimento en el caso de los directores de la SEM, sobre el que ya se manifestó anteriormente algunas incidencias que pudieran presentarse, las cuales pueden ocasionar el impedimento del ejercicio por parte del director del sector público designado por el ente público habilitado a este fin. Es que conforme se vio, la entidad titular de las acciones que le dan lugar a la designación del director, puede nombrar un funcionario público de carrera⁵⁸⁴ o puede nombrar un ciudadano que no tiene relación de dependencia con la entidad a la que representa. El primer caso es el que puede acarrear alguna problemática en sentido de que la entidad pública que participa como accionista en una SEM, necesariamente debe tener afinidad con el objeto social que desarrolla la SEM, no otra cosa se colige de lo dispuesto en el art.

⁵⁸⁴ El que se nombre en representación del sector público a un funcionario público tendrá por efecto que él mismo deberá prestar su Declaración Jurada de Bienes y Rentas ante la Contraloría General del Estado; el mismo requisito impone la Disposición Final Décima I. num. 6, para los representantes del sector público en los órganos de gobierno, así como quienes se encuentren desempeñando en los niveles ejecutivo, gerencial y todo el personal de la SEM.

424 y 428 del C.Com., entonces los funcionarios públicos que se desempeñan en la entidad es poco probable que no tengan afinidad con el objeto social, de lo cual se deduce que en forma preferente la entidad tendría que designar a ciudadanos que no tengan relación de dependencia con la entidad y sortear este impedimento.

1.2. La elección y funciones del presidente del Directorio

En lo referente al directorio, la existencia de éste órgano tiene relación con una estructura de atribuciones y funciones que de manera general están contenidas en el sistema normativo de las sociedades comerciales, pero en la S.A., están recogidas en los estatutos, e incluso pueden estar en una norma interna especial que reglamente de manera más específica el funcionamiento del directorio, puede ser un reglamento de régimen interno de su organización y funcionamiento de las comisiones y las interrelaciones entre ambos y otros. En los estatutos se reglan la dimensión del directorio, o sea, el número de miembros, el período de duración de funciones, la convocatoria, periodicidad de las reuniones, quórum para votaciones y mayorías para la aprobación de resoluciones; asimismo las formalidades para instalar reuniones y el levantamiento de actas, las funciones y atribuciones de los directores, por lo que los aspectos más específicos en función al tipo de actividad, dimensión y otros ingresan también a los reglamentos.

El directorio como cuerpo colegiado no es un órgano amorfo, sino que debe y tiene una estructura, la cual está regulada por el C.Com., y los estatutos; equivale a decir que se incorporaran en los estatutos normas mínimas para un eficiente funcionamiento como órgano colegiado, que como cualidad significa que los miembros que componen el directorio, siendo siempre más de tres, tienen que operar bajo la conformación de voluntad unitaria⁵⁸⁵, por lo cual es conveniente la elaboración de reglamentos tanto para la conformación de la

⁵⁸⁵ Miranda Mendoza, Fernando E., *Gobierno Corporativo en Bolivia-Conflicto de intereses en los directores de sociedades comerciales*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2016, pág. 36. Se refiere también a la característica beneficiosa de que el directorio está formado por una pluralidad de personas calificadas cuyas cualidades profesionales pueden ser aprovechadas a favor de la sociedad.

estructura del directorio como para la adopción de acuerdos, en la norma general se estipulan las opciones que la sociedad puede tomar para el nombramiento del presidente, tanto en la forma como en la función principal de representación que desempeña; en los estatutos se han de configurar las características más específicas como ser número de directores, el periodo de duración del cargo, la regularidad con que debe reunirse el directorio, el modo de convocar a sus miembros⁵⁸⁶, el quórum necesario para la toma de acuerdos, la forma o formas de votación y las formalidades documentales que deben cumplirse, como el registro ordenado en actas como constancia de las resoluciones que se hayan tomado. Hay que tomar en cuenta que las decisiones que asuma el directorio se encuentran relacionadas en forma directa con las responsabilidades que emergen de las mismas; asimismo que la atribución de responsabilidad tiene como única causal de exoneración, que el director o directores hagan constar de manera expresa su discrepancia con los acuerdos del directorio⁵⁸⁷; otras causales de exoneración podrían devenir del cumplimiento o incumplimiento de las resoluciones de la junta, dependiendo de

⁵⁸⁶ En relación al modo de convocar y realizar las reuniones de directorio, por Resolución Administrativa SEMP 0150/2005 la Superintendencia de Empresas, resolvió en base a los contenidos en los art. 315 y 325 del C.Com., que las reuniones de directorio de las SA, constituidas en Bolivia, se podrán realizar en cualquier lugar, fuera o dentro del país siempre que su estatuto así lo autorice. En forma posterior la misma Superintendencia de Empresas en Res. Adm. SEMP N° 36/2008 de 7 de marzo, en base a precedentes de reclamación efectuados con fundamento en que el Código de Comercio no regula la posibilidad de llevar a cabo reuniones de directorio mediante videoconferencias, resuelve autorizar la celebración de reuniones de directorio a través de video conferencias a todas las SA legalmente constituidas en Bolivia, salvando que los estatutos hayan prohibido esta forma de reunión. Lo que no pueden realizar los directores es el voto por correspondencia previsto en el art. 311 del C.Com., sancionado con nulidad del pacto que sea contrario; ambas formas autorizadas por la SEMP, la realización en cualquier lugar que no siempre sea el domicilio de la sociedad y la celebración de reuniones por video conferencia, significan regulaciones complementarias que solucionan situaciones no contempladas en el C.Com. La Ley 222 de 1995 de Colombia en el art. 19 ya prevé que tanto la junta de socios como las reuniones de directorio pueden llevarse a cabo cuando por cualquier medio todos los miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva; es decir aplicable la video conferencia, además en la misma ley se autoriza también el voto por correspondencia que se encuentra prohibido en la legislación boliviana, es evidente que esta forma de celebrar dichas reuniones contienen otros requisitos de formalidad con la finalidad de su validez. El Proyecto de modificación del Código de Comercio boliviano en el art. 378 incorpora las resoluciones respecto al domicilio, de manera que puede realizarse en cualquier lugar acordado al efecto, también el sistema de reuniones a distancia tanto para considerar asuntos y emitir voto.

⁵⁸⁷ El art. 323 del C.Com., señala que la acción de responsabilidad no alcanza a los directores disidentes que hubieran hecho constar su disidencia.

si las resoluciones estuvieran en trámite de impugnación y el resultado fuera la anulación o validación de la misma.

En su estructura interna el presidente puede ser elegido por el mismo directorio de entre sus miembros, el porcentaje de votación será la mayoría absoluta, no obstante, los estatutos pueden disponer un número mayor; el C.Com., señala como opción que el mismo directorio elija al presidente, la otra alternativa sería que el presidente del directorio sea elegido por la junta de accionistas, aspecto que debe estar reglado en los estatutos.

El presidente del directorio tiene según disposición del C.Com., la facultad privativa de ejercer la representación legal de la sociedad, aspecto que será revisado más adelante; en cuanto a la administración y gestión son facultades privativas del directorio.

1.3. Capacidad e impedimentos

El C.Com., ha tomado la opción de normar los requisitos para optar el cargo de director en base a los impedimentos, de lo cual resulta que toda persona que no tenga los impedimentos señalados puede ser director; así impedidos a ser nombrados directores son aquellas personas prohibidas de ejercer el comercio, los quebrados sin rehabilitación, directores, administradores, gerentes o representantes de sociedades declaradas en quiebra culpable o fraudulenta por el tiempo que dure la condena, los funcionarios públicos cuyas actividades tengan relación o se encuentren vinculados a actividades de la sociedad, quienes tengan conflicto de intereses, asuntos litigiosos o deudas en mora con la sociedad, dentro del directorio quienes tengan parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o el segundo por afinidad, los síndicos o personas que ejerzan fiscalización en la sociedad.

Respecto a la prohibición de que los funcionarios públicos puedan desempeñar el cargo de director, se encuentra en la LSC española, art. 213, que incluye

además en forma expresa a los jueces o magistrados; también la incluye la Ley 19.550 de sociedades de la Argentina; en cambio la legislación de Colombia no realiza este tipo de prohibición para los directores de las S.A.

En el nombramiento y designación de los directores de la SEM, sean de cualquiera de los dos sectores, la capacidad y los impedimentos establecidos en el C.Com., son válidos a excepción de lo ya comentado respecto al inc. 5) del art. 310, referido a los funcionarios públicos, es decir que en la SEM para el nombramiento de los directores que representen al sector privado esta disposición queda totalmente firme; en cambio en la designación de los directores del sector público a manera de plexo normativo diferenciador los directores o director, puede ser desempeñado por un funcionario público, con todas las connotaciones anotadas en párrafos anteriores. Sobre la capacidad requerida, queda sólidamente establecido que está referido a la capacidad para ejercer comercio.

1.4. Nombramiento de directores por minoría

En caso de no incorporarse preceptivamente el nombramiento de directores por minoría los accionistas mayoritarios podrían designar a todos los directores con el peso de sus acciones dentro la junta, el legislador boliviano ha incorporado el régimen de protección de los accionistas minoritarios en el art. 316 la disposición de que los accionistas que al menos representen el veinte por ciento del capital social con derecho a voto, tendrán derecho a designar un tercio de los directores, o en función a la proporción inmediata inferior al tercio⁵⁸⁸. El régimen de protección de los accionistas minoritarios tiene que ver con la garantía al interior de la sociedad de que se mantenga la tutela efectiva a favor de los mismos, por lo que en esa misma vía, en la actualidad se han

⁵⁸⁸ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 376; hace alusión a que el tratamiento que el C.Com., realiza en cuanto a las minorías no obedece al criterio del ejercicio de representación proporcional de derechos políticos, sino que de manera diferente se trata de la protección de los derechos patrimoniales de orden privado a una posible agresión que puedan sufrir por la mayoría.

incorporado en la mayoría de los ámbitos normativos societarios los principios que propugnan el buen gobierno corporativo, que tienen directa relación con la garantía de que todos los accionistas tengan la posibilidad de estar representados en el directorio, que es el órgano en el que se toman las decisiones más importantes a favor de la sociedad y por ende de todos los accionistas.

La normativa boliviana contiene diversas reglas que garantizan y protegen a los socios minoritarios a través de los derechos individuales de cada accionista, en el caso de la proporción del capital social para el nombramiento de los directores, tal cual se la establece tiene la posibilidad que a través de los estatutos se establezca la forma de interpretar y estableciendo proporciones menores puesto que el C.Com., señala que con el veinte por ciento se pueden designar un tercio de los directores o la proporción inmediatamente inferior al tercio; de manera que la protección de los accionistas minoritarios en la legislación boliviana estaría garantizada por cualquiera de las dos vías.

En la LSC española si bien no se dispone en forma textual el nombramiento de consejeros por minoría, y más bien parece apoyar la representación proporcional, al señalar que los accionistas pueden agruparse en una proporción que constituya una cifra de capital social igual o superior a la necesaria para la designación de un consejero⁵⁸⁹, justamente de esta manera asegura que los accionistas minoritarios tengan garantizada su representación en el consejo de administración.

El código de comercio colombiano y la Ley 222 modificatoria del mismo no contienen reglas que tengan que ver con la protección de los accionistas minoritarios en las S.A., sino que en la Ley 446 de 7 de julio de 1998, denominada de Descongestión, eficiencia y acceso a la justicia en la cual se dispone la protección de accionistas minoritarios cuando la S.A. participa en el

⁵⁸⁹ El art. 243 de la LSC se refiere a que la cifra del capital social se divide entre el número de componentes del consejo, lo cual determina la proporción de acciones necesarias para el nombramiento de un consejero.

mercado público de valores⁵⁹⁰; es decir no de manera general como lo regula el C.Com., boliviano. En cambio, la Ley 19.550 argentina, prevé que, en caso de existir diversas clases de acciones, se puede incluir en el estatuto que cada una de ellas elija uno o más directores bajo procedimiento reglamentado, pero también habilita la elección de directores por acumulación de votos⁵⁹¹, que tiene como efecto la elección de hasta un tercio de los componentes del directorio; disponiendo que este derecho no puede ser derogado por el estatuto.

Las formas, procedimientos y mecanismos de protección de los derechos de los accionistas minoritarios han recibido un tratamiento regulatorio por las codificaciones y normas complementarias o conexas al derecho societario; de manera que no se vulneren los mismos por ningún tipo de decisión de cualquiera de los órganos de la sociedad; en los casos donde la protección no sea expresa, se puede acudir a la analogía, como por ejemplo el de la regulación de la protección de accionistas minoritarios en Colombia que en principio es para las sociedades cotizadas, pero nada obstaría que puedan ser aplicadas a las sociedades anónimas cuyas acciones no se cotizan en el mercado de valores, insertando dicha regla en los estatutos.

⁵⁹⁰ En la Ley 446 de 7 de julio de 1998 denominada De la descongestión en la justicia se inserta el Capítulo I, del Título III, la cual se refiere a la protección de los accionistas minoritarios, pero en las sociedades que participan en el mercado público de valores, los cuales deben representar una proporción menor al 10% de las acciones en circulación y que no tengan representación dentro de la administración de la sociedad; con tales requisitos pueden acudir ante la Superintendencia de Valores cuando consideren que sus derechos han sido lesionados por las decisiones de la Asamblea general de accionistas, la Junta directiva o el representante legal; cumpliendo previamente acudir ante los representantes legales y miembros de la Junta directiva cuando la decisión que los afecte fuera tomada por la Asamblea de accionistas, o de manera inversa cuando la decisión haya sido tomada por los representantes legales o miembros de la Junta directiva. Sin embargo, cabe tomar en cuenta que esta protección es para los accionistas de sociedades que participan en el mercado de valores, los accionistas minoritarios de las sociedades que no cumplen este requisito, no quedarían desprotegidos en sus derechos puesto que tienen la vía de la impugnación de las decisiones que los afecten vulnerando sus derechos patrimoniales específicos que se encuentran establecidos en los estatutos y en la norma general por supuesto.

⁵⁹¹ El art. 263 de la Ley 19.550 se establece el sistema de elección por acumulación de votos para llenar las vacantes del directorio y si bien el estatuto no puede derogar este derecho, podría en la reglamentación dificultarlo, de igual manera no puede establecerse la renovación parcial o escalonada con la finalidad de impedir el voto acumulativo. El procedimiento que establece en el mismo prevé una serie de situaciones que pudieran presentarse, de manera que se llegue a concretar la elección hasta el tercio dentro del directorio.

En el caso de la SEM, este aspecto ha sido salvado en origen, porque el C.Com., en el art. 429, inc. 4) establece dos opciones respecto al nombramiento de los directores; primero señala que los estatutos deben contener disposiciones sobre el número de directores que serán nombrados por cada serie de acciones o en su defecto se presume la representación proporcional. En el primer caso depende de lo que se acuerde en el momento de firmar el convenio, puesto que de éste descienden la constitución y los estatutos, de manera que cualquiera fuera la proporción accionaria de cada serie, siempre tendrá un director; en el segundo caso cuando se abre la presunción de nombramiento de director proporcional a los aportes, supletoriamente la SEM debe acudir a lo dispuesto por el art. 316 del C.Com., de manera que cualquiera de los sectores, sea el público o privado para tener representación en el directorio debe concentrar acciones de al menos el veinte por ciento del capital social. Bajo esta modalidad si cualquiera de los sectores accionarios tuviera un porcentaje menor al veinte por ciento de participación accionaria en el capital social, significa que no tendrá representación en el directorio; entonces a estos accionistas no les queda otro medio de defensa que la protección general prevista en el C.Com., para la protección de los derechos patrimoniales de los accionistas minoritarios señalados como derechos inafectables por las resoluciones que tome la junta, sancionados con nulidad en caso de contravención, entre las que está la de propugnar la convocatoria a la junta por un solo accionista y las relativas a la no afectación de los derechos de crédito de los accionistas frente a la sociedad, caso contrario son sancionadas con nulidad y por otra parte son inderogables.

1.5. Modos de cesación de funciones

Como una facultad de la junta de accionistas análoga al nombramiento está la de remoción sea por cesación o por renuncia a sus funciones; en el primer caso está por medio que la junta general haya resuelto exigirles judicialmente la responsabilidad en que hubieran incurrido, en el segundo cuando el director

presente renuncia⁵⁹² al cargo ante el directorio, a efectos de lo cual éste órgano tiene dos alternativas: si el alejamiento inmediato del director no afecta al funcionamiento normal de la administración puede aceptarla, de lo contrario puede rechazarla hasta que la próxima junta se pronuncie al respecto. En ambos casos, es decir, tanto en caso de cesación por responsabilidad como por renuncia, será la junta general la que resuelva el alejamiento del director sea por renuncia o mediante enjuiciamiento; en caso de renuncia mientras la junta no tome una resolución, el director debe permanecer en el cargo, en caso de enjuiciamiento será el juez quien podrá tomar las acciones referentes a su alejamiento inmediato, en este último caso si la acción judicial fuera declarada improbadada, el director o directores serán restablecidos como directores.

Morales Guillén⁵⁹³, anota que el interés de conservar a los directores en las condiciones señaladas por el C.Com., es decir permanecer en su cargo hasta una nueva elección, es porque el órgano de administración tiene un funcionamiento permanente y no porque se trate de un derecho o prerrogativa del elegido; tómesese en cuenta que con la finalidad de un reemplazo inmediato la norma societaria prevé el nombramiento de directores suplentes.

En la SEM, lo expuesto anteriormente es totalmente aplicable a los directores nombrados por el sector privado, puesto que la normativa dispone que así sea; en cambio para la remoción de los directores que hayan sido designados por el sector público no opera de la manera descrita, sino que estos pueden ser removidos por sus mandantes en cualquier momento. Al respecto habrá que aclarar que el director designado por el sector público de igual manera tiene el derecho a renunciar y por lógica deberá hacerlo ante el directorio de la sociedad, pero en forma simultánea deberá hacerlo ante su mandante, quien, a tiempo de removerlo, designará un nuevo director, salvo que el estatuto haya incluido el nombramiento del suplente respectivo. En este caso no hay espera

⁵⁹² Habrá de tenerse en cuenta que la renuncia podría ser fortuita o podría ser dolosa, en el primer caso por motivos de salud, asuntos personales inesperados o incapacitación sobreviniente, en el segundo habría intencionalidad de causar daño a la sociedad con la renuncia o para rehuir a responsabilidades, por lo que el código prevé que el director debe permanecer en funciones hasta que la junta resuelva aceptarla o rechazarla.

⁵⁹³ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 377.

por una nueva junta de accionistas para la designación del nuevo director, ya que por la característica especial de la designación del director que representa a las acciones del sector público, el reemplazo será inmediato. Cuestión parecida se presenta cuando el director designado por el sector público sea cesado porque la junta general ha resuelto exigirle judicialmente responsabilidad por sus actos; entonces el sector público debe designar de forma inmediata a la suspensión del cargo de director de su mandatario a otra persona; lo que sucede es que la remoción en este caso ya no es por aplicación de la facultad que parecía exclusiva de la entidad o entidades del sector público titulares de las acciones que les habilitan nombrar directores o director, ni tampoco de la facultad que el COSEEP tiene para remover a éstos directores, sino que la junta general por sus facultades propias asignadas por ley determina exigir judicialmente responsabilidad y como consecuencia el director es removido por éste órgano y no por la simple voluntad de sus mandantes.

En relación a la imprevista cesación del cargo de director, la normativa española ha introducido una opción práctica para cuando se produzcan vacancias anticipadas dentro del Consejo de administración a la que ha denominado sistema de cooptación⁵⁹⁴, en Bolivia en cambio se optó por el nombramiento de suplentes, de manera que en defecto del titular no habría la inmediata necesidad de convocar a la junta ordinaria para hacer el nombramiento de uno o unos nuevos directores, salvo impedimento inexcusable de los suplentes.

No obstante lo dicho anteriormente cabe revisar la probable contradicción entre lo que establecen el art. 285 y el 329 del C.Com., en relación a la remoción de los directores, pues el art. 285 inc. 3) dispone como competencia de la junta ordinaria el nombramiento y remoción de los directores y síndicos; por su parte el art. 329 señala que el director comprendido en los impedimentos y prohibiciones del art. 310, podrán ser removidos por la junta extraordinaria, de

⁵⁹⁴ En el art. 244 de la LSC; Ley 1 de 2 de julio de 2010.

manera que se advierte una aparente contradicción respecto a cuál de las juntas tiene facultad para determinar la remoción de los directores, pues el art. 285 es de aplicación general y no expresa por qué razones la remoción debe ser considerada en la junta general ordinaria; en cambio el art. 329 que dispone que la junta extraordinaria puede considerar la remoción del director se refiere a la remoción por razones de impedimento señaladas en el art. 310; de este análisis se puede colegir que todas las demás causales que pueden provocar la remoción de los directores deben ser tratadas en la junta general ordinaria, asimismo en caso que en la designación de los directores del sector público no se hayan observado las causales de impedimento, será la junta extraordinaria la que considere la remoción del director, aunque los titulares de las acciones del sector público sean quienes designen a su reemplazante.

1.6. Formas de remuneración

Las características generales de la remuneración de los directores, en caso de haberlas, deben ser fijadas en forma clara, precisa y en igualdad para todos; la norma ha determinado diferentes modalidades que se pueden optar por este concepto, como ser el pago de una suma fija o un porcentaje de las utilidades del ejercicio, en cuanto a la aplicación de estas características en la SEM no tendría que presentarse ninguna eventualidad.

La legislación comercial boliviana señala que los directores pueden ser remunerados salvo que el estatuto disponga lo contrario, es decir sea gratuito; en cambio la LSC española parte de forma inversa, señalando que el cargo de administrador es gratuito salvo los estatutos señalen lo contrario⁵⁹⁵. El sistema de retribución estará regulado en detalle en los estatutos, sin embargo, el

⁵⁹⁵ Los art. 217, 218 y 219 de la LSC, contienen las diferentes formas de remuneración pueden ser mediante participación en beneficios o entrega de acciones. En el art. 217.1., se dispone el régimen general de remuneración de los directores que van desde una asignación fija, dietas, participación en beneficios, retribución variable, indemnización por cese e inclusive los sistemas de ahorro o previsión, disponiendo que la junta puede fijar el importe máximo de remuneración.

C.Com., prevé en forma general que cualquiera sea la forma de pago no debe exceder del veinte por ciento de la utilidad neta del ejercicio; asimismo en caso de no existir ganancias o éstas sean reducidas, la junta general fijará en forma expresa el monto de las remuneraciones, será también la junta la que por resolución fije la remuneración, puesto que ésta no puede ser fijada por los mismos directores.

En la LSC española además de la retribución fija, entre otros prevé la opción de remunerar mediante la entrega de acciones o derechos de opción - *stock options*, las que serán aplicadas previo acuerdo de la junta general de accionistas⁵⁹⁶. España ha reglado con especial cuidado la participación de los administradores en los beneficios sociales, de manera que el pago de remuneraciones a los administradores, cualquiera sea su forma, no limite en forma excesiva los beneficios que pudieran corresponder a los accionistas, importante señalar que el art. 217.4., señala que tal remuneración debe guardar proporción razonable con la importancia y situación económica de la sociedad.

Argentina por su parte, fijó el límite para la remuneración de los directores en un veinticinco por ciento de las ganancias; en cambio Colombia dispone que la directiva al momento de presentar el balance del ejercicio adjunte un detalle de todos los pagos realizados a los directores de la sociedad; sean estos salarios, honorarios, viáticos y todo tipo de bonificaciones, prestaciones en dinero o especie. Las diferencias que se señalan en las legislaciones respecto a las formas de remuneración, en general tienen que ver con los porcentajes que se puedan disponer para el pago sobre las utilidades de una gestión o ejercicio, la fijación y aprobación de estos pagos en su mayoría son atribución de la junta o asamblea de accionistas; pero en el caso colombiano pareciera que es el propio directorio que fija sus remuneraciones contra rendición de cuentas a la junta conforme se ha señalado.

⁵⁹⁶ El art. 219.2. señala que la junta general fijara, el número de acciones, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tomen como referencia, así como el plazo de duración de esta forma de retribución.

El hecho de que el art. 425 del C.Com., haya dispuesto que la SEM en todo lo que no contradiga a las especiales reglas que el mismo cuerpo legal le asigna y que tanto en su constitución como en su desenvolvimiento se sujetará a las normas de la S.A., es totalmente manifiesto conforme se puede verificar de lo analizado, puesto que en la mayoría de los aspectos no resueltos por las reglas especiales de la SEM, se ha debido recurrir a la normativa de la S.A. y en algunos casos a las generales de las sociedades comerciales; también se muestra de alguna manera la falencia de actualización normativa que supere las condiciones no previstas en el código, por haberse implantado en la actualidad nuevas formas de proceder en algunos eventos societarios así como nuevas forma de gestión y administración.

El Proyecto de Código de Comercio en su versión del 2010, entre los cambios respecto a la estructura y las atribuciones del directorio de la S.A., señala que el máximo de miembros del directorio es de once y no de doce como el actual, es decir siempre debe ser en número impar. El periodo de funciones máximo de tres años e incorpora la reelección indefinida; respecto a la incompatibilidad de los funcionarios públicos para fungir como directores, el proyecto señala llanamente que están impedidos los servidores públicos en ejercicio, con lo cual en la SEM de ninguna manera se podría designar como director a un funcionario o servidor público, puesto que no existen atenuantes como las señaladas en el vigente C.Com.

2. COMPETENCIAS DEL DIRECTORIO

Se ha reiterado que el directorio en la S.A. está a cargo de la administración, representación y gestión de la sociedad, que es un cuerpo colegiado, compuesto por un mínimo de tres y máximo de doce personas, que su estructura y forma de funcionamiento estarán regladas en los estatutos. Dentro de esas reglas se encuentran las facultades de la operativa social que van

desde convocar a juntas cumpliendo los procedimientos dispuestos por la ley y los descritos en ese marco dentro de los estatutos, así como realizar las operaciones necesarias que no estén reservadas para la junta de accionistas o los síndicos; de manera que ningún órgano se sobreponga al otro y todos cohesionen sus actividades dirigidas hacia el cumplimiento del objeto social. No obstante en el análisis de estos se han vertido posiciones que ponderan la magnitud del poder del directorio dentro de los órganos de la sociedad, así Martorell⁵⁹⁷, basado en la “desacralización” del concepto de personalidad jurídica reconoce que lo visible de las operaciones de la sociedad es la actuación de sus administradores y afianza su posición en que el poder necesario para el funcionamiento de la sociedad se traslada a las personas físicas que ejercen el cargo de director, lo cual guarda correspondencia con la posición de que el órgano de administración es el único apto legalmente para llevar a cabo o ejecutar acciones al interior como al exterior de la sociedad; sobre las acciones al interior no es tan cierto, puesto que la junta tiene atribuciones sólidas dispuestas en la ley, entre ellas las que puede y debe ejecutar en la junta ordinaria. En ese sentido la importancia de las facultades y competencias de la junta general de accionistas como el máximo órgano que representa la voluntad social conforme regla el C.Com., está intacta, pero su desempeño reglado contiene características que apuntan a verificar parcialmente lo sostenido por Martorell, pues basta ver que su desempeño o actuación es periódica, intermitente o providencial en juntas ordinarias y extraordinarias respectivamente, es decir que su acción no es continua y aunque sus poderes de control de la gestión son amplios, existen muchos factores que debilitan su poder. Uno de ellos es el poder que la junta atribuye al directorio como órgano ejecutor de sus resoluciones, de manera que la junta traslada su poderío al directorio o viceversa, el poderío del directorio deviene de la junta de accionistas, pero se materializa al exterior por las acciones visibles de la sociedad a través de la actuación física de los directores; lo que

⁵⁹⁷ Martorell, Ernesto Eduardo, *“Los directores de las sociedades...”*, op. cit., pág. 15 y sgtes. Apunta también el autor al eclipse de la soberanía de la asamblea, la disociación entre el poder y la propiedad accionaria, asimismo señala que la pérdida de poder de la junta de accionistas es la ineficacia operativa debilitada por el grado de influencia de la participación accionaria.

cabe acotar a ello es que esa transferencia de poder conlleva como contraparte el traspaso de la responsabilidad, la cual en su momento será exigida por la junta de accionistas.

Cabe subrayar que en las funciones de gestión, administración y representación que ejerce el directorio es donde convergen las actividades de la sociedad como organización societaria por un lado y por otro la empresa como la actividad organizada bajo una estructura; todo lo cual desemboca en un doble y hasta triple despliegue de funciones del directorio que tienen un contenido de índole interno hacia la sociedad, es decir respecto a los accionistas, otra de índole externa respecto a terceros y una mixta de la gestión en la cual resuelve sobre la base y directrices internas para proyectarlas al exterior de la sociedad.

El directorio en el despliegue de sus tareas debe observar la aplicación normativa, así Martorell⁵⁹⁸ observa que el directorio en la ejecución de sus actos, debe obediencia o aplicación a dos órdenes normativos, el primero se refiere a la ley y los estatutos y el segundo son las resoluciones de la asamblea; Quijano⁵⁹⁹ por su parte cuando se refiere al desempeño normativo de los directores, señala como fuentes formales a la ley, los estatutos, los acuerdos de la junta general y los acuerdos del consejo de administración; pero además cuando se refiere a la ley, se refiere al sentido más amplio, tanto en su contenido como en su jerarquía formal, de donde en el ámbito societario boliviano, abarcaría desde leyes, decretos supremos, resoluciones en el marco de todas las que se encuentran jerarquizadas en el art. 410 de la CPEP⁶⁰⁰. El desarrollo analítico de todo este espectro normativo contiene la guía de desempeño del directorio, dentro del marco general y específico que como se

⁵⁹⁸ Martorell, Ernesto Eduardo, "Los directores de las sociedades...", op. cit., pág. 64.

⁵⁹⁹ Quijano Gonzales, J., "La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima", Primera reimpression, Univ. de Valladolid Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1985, pág. 169.

⁶⁰⁰ El art. 410 de la Constitución Política del Estado del 2009, CPEP, ha introducido en forma expresa una jerarquía normativa, a la cual se añaden todas las resoluciones que emanan los órganos ejecutivos, en el caso de las S.A. y las sociedades en general tienen tuición para emitir dichas reglas el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural y la Autoridad de Fiscalización y Control de Empresas (AEMP).

dijo es inderogable. En cambio la normativa interna referida a los estatutos y otros reglamentos para diferenciarla, no se trata de normativa inderogable, pero además debe circunscribirse al marco legal; sin embargo una de sus características es que guardará correspondencia con las características de la sociedad, las funciones de administración social de acuerdo a su naturaleza jurídica, la ejecución del objeto social que contiene un cúmulo de actividades especiales y específicas, puesto que de ellos dependerán los límites del poder que se les asignen y por ende sus responsabilidades. Quijano⁶⁰¹ califica a los estatutos como norma institucional básica que es el derecho vivo de sociedades por su papel de avanzada respecto a las leyes de la S.A., pone en manifiesto la importancia de saber cuáles son los límites que los estatutos pueden imponer a los directores y hace referencia a que las obligaciones contenidas en los estatutos como obligaciones de hacer o no hacer, deben circunscribirse al derecho estatutario general, lo cual se traduce en el caso de la S.A. y la SEM en el Código de Comercio. Es decir que en los estatutos de la SEM no se pueden introducir obligaciones complementarias que vulneren el contenido normativo legal y en caso que las introdujeran, no son oponibles a terceros, pero se convertirían dentro del plano societario interno en fuente de la responsabilidad de los directores.

En relación a las resoluciones de juntas de accionistas y las del directorio como fuentes de obligaciones del directorio, Quijano⁶⁰² realiza un sistemático desarrollo basado en el deber de obediencia de estas resoluciones, las primeras que devienen de la junta y las segundas del propio directorio como órgano colegiado; pero ese deber de obediencia no es absoluto puesto que podría darse el caso que la no ejecución de dichas resoluciones sea lícita e inclusive favorable a la sociedad, pues más bien el ejecutarlos causaría daños a la sociedad. Con claridad se manifiesta contra la inejecución de los acuerdos ilegales, es decir de aquellos que contravienen la ley, los estatutos o el orden público, conforme a la normativa societaria boliviana inclusive el directorio

⁶⁰¹ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”*, Op. cit., pág. 171.

⁶⁰² *Ibíd.*, pág. 173.

estaría en la obligación de impugnarlos⁶⁰³; en cuanto a los acuerdos validos no existe ninguna posibilidad que los directores dejen de ejecutar los mismos, el no hacerlo les acarrearía responsabilidad.

En relación a las resoluciones o acuerdos del directorio éstas son válidamente ejecutables cuando han sido emitidas por el órgano colegiado en su conjunto, ya que la disidencia de cualquiera de sus componentes hasta cierto punto quiebra la posibilidad de su ejecución indiscutible⁶⁰⁴, se supone que la disidencia de cualquier director ha de ser fundada en razones que tienen relación con los efectos dañosos que pueden producir a la sociedad, a los socios o terceros.

2.1. Estructura interna del Directorio y reglamentos

El directorio como órgano colegiado tanto en la S.A. como en la SEM debe estar compuesto por una estructura de cargos en la cual se encuentra a la cabeza el presidente, éste puede ser nombrado por los miembros del mismo directorio; en la SEM podría haberse acordado al momento de la firma del

⁶⁰³ El art. 302 del C.Com., prescribe que los directores pueden impugnar de nulidad cuando la resolución de la junta viola la ley o los estatutos; la problemática respecto a la ejecución de estas resoluciones surgiría en el transcurso del procedimiento de impugnación, puesto que se habilita la impugnación por la vía judicial sumaria y aunque pueda revocarse la resolución en una junta posterior, el planteamiento de la demanda requiere la constitución de una fianza suficiente para responder por los daños y perjuicios que pudiera sufrir la sociedad. Nótese que el art. 306, cuando se refiere a la constitución de la fianza de resultas, sólo se refiere a los accionistas impugnantes; luego, ¿los directores estarán eximidos de prestar fianza en caso de impugnar las resoluciones de la junta? El Tribunal de Justicia de La Paz, conforme se puede colegir de lo expuesto en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0022/2015 – S3 de 16 de enero, en acción de amparo constitucional instaurada por el síndico de SOBOCE S.A. contra la misma compañía ha entendido que si los accionistas deben prestar fianza de acuerdo con el art. 306 del C.Com., con mayor razón los síndicos, lo cual sería también aplicable a los directores.

⁶⁰⁴ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”*, Op. cit., pág. 184; hace referencia a ese mecanismo utilizado por los directores a efectos de exoneración de responsabilidades cual es de salvar el voto cuando se trata de acuerdos perjudiciales, llegando a plantear que ante tal situación podría procederse a la convocatoria a junta de accionistas y en caso extremo a la renuncia. La cuestión de la disidencia del voto por parte de un director debe llamar la atención desde el punto de vista que es un actor de la administración y gestión de la sociedad que integra el cuerpo colegiado de la sociedad y que está a cargo de la gestión empresarial de la sociedad, de manera que la oposición por uno o más directores a una decisión del directorio quiebra la homogeneidad que debiera existir a la hora de encarar la gestión de los asuntos que convienen a la sociedad y por ende a los socios.

convenio atribuir este nombramiento a la junta de accionistas⁶⁰⁵; en caso de que sea elegido por el mismo directorio será con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, salvo que los estatutos dispusieran una proporción mayor a estos efectos. En la estructura del directorio de la SEM y también en la S.A., además se pueden nombrar uno o más vicepresidentes, un secretario, tesorero y vocales, inclusive el mismo C.Com., prevé en el art. 330 la organización de un comité ejecutivo compuesto por directores para la gestión de determinados negocios ordinarios de la sociedad; pero la organización de uno o más comités tiene relación directa con la especialización, ya que no tendría ningún propósito adicionar un comité que no aporte un plus para la resolución o gestión de asuntos específicos o especializados de la sociedad, sea en su administración o gestión empresarial.

Esta forma de organización y estructura del directorio más que todo obedecerá a la complejidad y magnitud de las actividades que desarrolla la sociedad, la cuantía de recursos que administre y otros factores, lo cual redundará en la necesidad de crear un cuerpo orgánico estructurado que haga frente a la gestión y administración de la sociedad, de manera que con bajo una estructura organizada se enfrenten las operaciones productivas, administrativas, de gestión social y empresarial de manera integral. No obstante que el directorio adopte una forma de organización el lugar que ocupe cada miembro del directorio no modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores.

Broseta Pont⁶⁰⁶ hace referencia a que la ley no puede contener un desarrollo minucioso del régimen jurídico del consejo, más bien la norma se refiere a aspectos importantes relacionados con su organización interna y otros respecto

⁶⁰⁵ Martorell, Ernesto Eduardo, "Los directores de las Sociedades ...", op. cit., pág. 217. Señala las diferentes opciones que pueden tomar los fundadores de la sociedad, puesto que es el momento en el que se pueden establecer la modalidad de conformación del directorio, el número de sus componentes, señalando un mínimo o máximo, e inclusive las circunstancias de modificación de la composición, todo lo cual se encontrará reglado en los estatutos en el marco de la norma general.

⁶⁰⁶ Broseta Pont, Manuel, "Manual de Derecho Mercantil", op. cit., pág. 422.

a su relacionamiento externo, en otras normas complementarias e inclusive reglamentos internos se puede elaborar en detalle pormenorizado el funcionamiento del directorio; así las facultades de cada uno de los cargos de la estructura del directorio, las obligaciones, las atribuciones de convocatoria a reuniones o juntas, el régimen de deliberación, el quórum para tomar decisiones.

El art. 325 del C.Com., dispone que en los estatutos se preverá la forma en que el directorio convocará y adoptará resoluciones, además que en las formalidades de elaboración de las actas se toman las mismas que se disponen para las juntas de accionistas. Asimismo, que el presidente o gerente en caso de emergencia pueden adoptar medidas de urgencia referidas a la gestión de los negocios de la sociedad, con cargo a ratificación por el directorio en forma posterior. Al respecto, Martorell hacía referencia a que en ocasiones la premura con que deben aplicarse o ejecutarse ciertas medidas no dan lugar a convocatorias ni de directorio y menos a juntas de accionistas, tal situación es frecuente en épocas de emergencia económica.

Martorell⁶⁰⁷ apunta respecto a la delegación de funciones que tanto por parte del directorio, como por parte de los directores algunas facultades pueden ser delegadas, pero la facultad de decisión es indelegable, es que tal atribución es de carácter originario y están atribuidas por ley, además en ella está inserta el deber de vigilancia como característica esencial del órgano de gobierno; por otra parte la delegación por parte del directorio por ejemplo a los comités, no puede alcanzar un grado absoluto o mayor aunque sea, porque eso significaría la creación de nuevos titulares de deberes y derechos a los que Martorell siguiendo a Messineo ha calificado de órganos de segundo grado⁶⁰⁸. A todo lo

⁶⁰⁷ Martorell, Ernesto Eduardo, "Los directores de las sociedades...", op. cit., pág. 338.

⁶⁰⁸ *Ibídem*, pág. 342 y sgtes, en las cuales ha desarrollado las circunstancias y efectos que se producen ante la delegación de las facultades del directorio a los comités, así se pronuncia sobre el desplazamiento de atribuciones que conllevaría el desplazamiento de responsabilidades, en caso de constituir las funciones y las finalidades de su desempeño, que se refieren a hacerse cargo de los negocios ordinarios y el descongestionamiento de las labores del directorio respectivamente.

cual cabe agregar que el comité o comités que se constituyan siempre carecerán del poder de decisión, del poder de representación y del poder de control, todos los cuales se encuentran asignados por ley a los órganos de la sociedad; por otra parte aunque el directorio delegue algunas de sus facultades a gerentes generales o especiales, existen competencias que son indelegables; así el presidente tiene la facultad legal de representación de la sociedad, la cual es indelegable, es decir que el presidente podrá delegar algún tipo de representación especial, por ejemplo a los abogados para representar en procesos judiciales, pero la representación general de la sociedad es una facultad específica del mismo que es indelegable.

La convocatoria a juntas, aunque es una facultad compartida con los síndicos, es también indelegable; están también las facultades parcialmente indelegables por parte del presidente como puede ser la presidencia de la junta de accionistas la cual solo es delegable en caso de impedimento o inhabilidad, y la firma del acta en las juntas que en caso de haberla presidido es indelegable.

Es totalmente usual en la operativa societaria el nombramiento de uno o más gerentes, sean general o especial a los cuales se les facultará en funciones específicas en caso de que así resuelva el directorio, los poderes con los cuales se les faculte pueden ser revocables en cualquier momento; la delegación de facultades a estos gerentes puede ser temporal o permanente, pero no indefinido, en ambas formas deberá ser inscrito ante el Registro de Comercio; por otra parte estos gerentes necesariamente deben ser remunerados y la responsabilidad que les sobreviene por el desempeño del cargo es la misma que la de los directores; sin embargo el hecho de la designación de estos gerentes no es motivo de exclusión de las responsabilidades de los directores; aspecto que será objeto de mayor detalle al momento de establecer las responsabilidades de los directores.

En la SEM resultan ser totalmente observables la descripción del nombramiento del o los comités, los gerentes, las facultades delegables e indelegables, tanto del directorio, de los directores y del presidente, puesto que

el art. 425 del C.Com., señala que las SEM sujetarán su desenvolvimiento en todo lo que no esté específicamente reglado a las que corresponde a las sociedades anónimas.

2.2. La función de administración y representación

El presidente del directorio por mandato imperativo del C.Com., es el representante legal, con esa facultad legal de representación tiene expedito el relacionamiento de la sociedad hacia el exterior; así podrá relacionarla con terceros, firmando acuerdos, contratos y todo tipo de documentos en nombre de la sociedad, entre otros. Martorell⁶⁰⁹ hace referencia a que la Ley 19.550 separa la administración de la representación, línea normativa que sigue el C.Com., boliviano, puesto que el directorio en su integridad como cuerpo colegiado administra la sociedad, en tanto que quien representa a la sociedad es el presidente del directorio; se acota por lo mismo que el desenvolvimiento activo del directorio en forma íntegra se reduce a la esfera interna de la sociedad, en tanto que la del presidente del directorio e proyecta además hacia el exterior de la sociedad; lo cual no contradice que las normas internas autoricen la representación en algunos asuntos no solo al presidente sino también a otros directores o personas no miembros del directorio como son los gerentes.

Dicho de otra manera, la principal función que ejerce el presidente es la representación legal de la sociedad, que resulta ser la faz física respecto de la persona jurídica que le ha confiado dicha tarea, la misma que según dispongan el contrato de sociedad o los estatutos puede ser conjunta con otro director o en su caso gerente o gerentes; pero la otra parte medular, además de la atribución del poder de representación, es la extensión de ese poder de representación que en principio resulta tener en contenido todos los actos comprendidos en el objeto de la sociedad mientras no sean notoriamente

⁶⁰⁹ Martorell, Ernesto Eduardo, *“Los directores de las sociedades...”, op. cit.,* pág. 91.

extraños a su giro⁶¹⁰, así expresa el art. 163 del C.Com.. En la doctrina española⁶¹¹ se resalta que las facultades deben guardar correspondencia con las funciones de representación, puesto que de éste deviene la vinculación orgánica de la sociedad hacia terceros respecto a los actos de los directores, pero además también han de guardar correspondencia con el objeto social.

Las funciones de representación por parte del presidente, quedan siendo la cara externa de las funciones del directorio, lo cual asienta su importancia en que se trata de una labor exclusiva y excluyente hacia el mismo; a lo que hay que añadir como parte esencial y de peso el desempeño del directorio en pleno respecto a las tareas de administración, traducidas en la dirección, gestión empresarial y el control operativo de las actividades de la sociedad, siendo estas actividades a las cuales están dedicadas el cúmulo de facultades y atribuciones que la ley, los estatutos y la junta le asignarán como contrapartida la obligación de responsabilidad por sus actos; de lo cual se podría colegir que

⁶¹⁰ Entendiendo que el giro social es el objeto o actividad que realizará la sociedad para el logro de los beneficios o en su caso afronte las pérdidas, importante resulta analizar que al momento de la constitución de la sociedad, el objeto debe estar muy bien delimitado con miras a la aplicación de esta normativa. El C.Com., establece que el objeto debe ser preciso y determinado y en cuanto a la SEM el art. 424 señala que el objeto estará encuadrado en actividades industriales, comerciales o de servicios. Resulta importante así establecerlo, porque si el objeto no se encontrara delimitado con precisión la responsabilidad de la sociedad se tornaría difusa e insostenible.

⁶¹¹ Iglesias, Juan Luís, García de Enterría, Javier, "Los órganos sociales de...", Op. cit., pág. 407. Hay que tomar en cuenta que la LSC en los art. 233 y 234 se refieren el primero a la atribución del poder de representación, es decir quién representa y en el segundo al ámbito del poder que señala de manera general que están comprendidos todos los actos del objeto social y que cualquier limitación es ineficaz frente a terceros, aun se halle inscrita en el Registro de Comercio; para el análisis de la representación en la S.A. boliviana, hay que empezar revisando el art. 313 del C.Com. que señala de manera categórica que es el presidente el que inviste la representación legal de la sociedad porque en la S.A. el órgano de administración es el directorio, cuyos miembros pueden ser de no menos de tres y más de doce, de manera diferente que en la S.A. española en la que existen cuatro opciones que van desde el administrador único hasta el consejo de administración, órgano al que el directorio de la S.A. boliviana en algunos aspectos podría asemejarse. Al art. señalado hay que relacionarlo con el art. 165 y 163 referidos a la inscripción en el Registro de Comercio, que pareciera cerrar las facultades del poder de representación a la escritura de constitución o al propio poder, pero no resulta ser así por lo dispuesto en el art. 163, que al referirse al ámbito de la representación prevé que están comprendidos en todos los actos del objeto social, salvando a los que sean notoriamente extraños a su giro, de manera que el límite del poder de representación no está circunscrito al contenido del mismo, sino a todos los actos comprendidos en el objeto social, con la salvedad expuesta; aunque el documento de representación con expresas facultades se encuentre inscrito en el registro de comercio. Vid. Sánchez Calero, Fernando, "Instituciones del Derecho Mercantil", vigésima primera ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pág. 175. Vid. Broseta Pont, Manuel, "Manual de Derecho Mercantil", op. cit., pág. 408.

la magnitud o limitación con que se hayan asignado las facultades y atribuciones será también en apariencia la medida con que se imponga el régimen de responsabilidades.

Se dice que es aparente, porque pareciera que el límite de las facultades serían las del contenido del poder de representación⁶¹², esto no es así, en primer lugar porque tanto la norma general, el contrato social o constitución y los estatutos llegan a configurar de alguna manera dicho límite, aunque no esté expresamente inserto en el documento expreso de actuación como es el poder de representación con el que el presidente y otras personas actúan en nombre de la sociedad, en realidad llegan a ser solo el contenido formal del documento de representación. En segundo lugar, porque el contenido sustancial de la representación legal, en concordancia toda con la teoría desarrollada respecto a la posición jurídica del directorio es de cuerpo colegiado y no individual, aunque sea al presidente a quien se delegue la responsabilidad de la representación.

Sobre lo anterior Quijano⁶¹³ hace referencia al estatus jurídico de la administración de la S.A. forjado como órgano, con lo cual se habría superado la teoría del mandato⁶¹⁴; es que la valoración legal del directorio como órgano

⁶¹² No se debe entender el poder de representación del presidente o los directores de la sociedad como un mandato simple y tradicional; pues en la revisión de ésta entidad, vemos que el C.Com. en el art. 1237 y siguientes que se refieren al mandato en materia comercial parecen no ser exactamente los que corresponde aplicar, porque la relación entre director y sociedad no es la del mandante y mandatario; tampoco la que contiene el C. Civil, que es supletorio al definido por el C.Com., ya que el mandato – poder para la realización de negocios sociales, deviene del nombramiento en junta y las especiales gestiones y responsabilidades que sobrelleva el director al aceptar el cargo. A estos efectos conviene revisar el alcance de ambas entidades, así el art. 1238 del C.Com., señala que cuando el mandato es general es conferido para la realización de todos los actos que no excedan del giro ordinario del negocio jurídico encomendado; el Código Civil en el art. 811 señala que el mandato no solo comprende los actos para los cuales ha sido conferido, sino también los que son necesarios para su cumplimiento.

⁶¹³ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”*, Op. cit., pág. 127.

⁶¹⁴ *Ibídem*, pág. 118 y sgtes., en la que desarrolla que la normativa española anterior al Código de Comercio del 1885 apoyaba la teoría y reglas del mandato en relación a las facultades y responsabilidades de los directores; cuyo efecto mayor era la responsabilidad solidaria y personal del director, pero en la Ley de Sociedades Anónimas de julio de 1951 se había superado esta posición con el reconocimiento de que la sociedad está integrada por diferentes órganos como son el órgano deliberante cual es la junta general de accionistas y el órgano de administración a cargo de uno o varios administradores o un cuerpo colegiado denominado

tiene efectos directos sobre la asignación de responsabilidades del directorio, en el que se da preponderancia a los aspectos legales, dejando de lado los contractuales que obedecen a la del mandato.

Por su parte Sánchez Calero hace distinción entre la titularidad y el ámbito del poder de representación, evidenciando que en el primer caso se refiere a quienes ostentan la representación mediante el poder y en cuanto al ámbito se refiere a la amplitud de las facultades del poder; señala que las facultades son amplias con alcance no solo a las comprendidas en el objeto social, separando las facultades con validez en el orden interno y la amplitud frente a terceros ya que ninguna limitación, aún se encuentre inscrita en el Registro Mercantil es ineficaz frente terceros⁶¹⁵, atribuyendo que la titularidad viene determinada por la LSC en los arts. 233 y 234 que remiten a los estatutos⁶¹⁶.

Es relevante hacer notar primero, que de acuerdo a la orientación que toma el C.Com., en el art. 165, el poder conferido, con cualquiera sea el cúmulo de atribuciones que contenga, no se sobrepone a lo dispuesto por la norma; si bien la primera cuestión a cumplir es la formalidad de inscribir dicho instrumento conferido al presidente, otros administradores y representantes con indicación expresa de las facultades otorgadas en la escritura de constitución y en el propio poder registrado en el Registro de Comercio, como se dijo solo tiene importancia dentro del marco de lo formal. Segundo, que el aspecto

consejo de administración. Vid. Martorell, Ernesto Eduardo, *“Los directores de las Sociedades ...”*, op. cit., pág. 94, desarrolla detalladamente las diferentes teorías propuestas en relación al estatuto jurídico del directorio de lo cual se colegirá la asignación de responsabilidades; así respecto a la teoría del mandato concluye entre otras razones que no se justifica porque los actos del mandatario son propios que trascienden al mandante, en tanto que bajo la teoría del órgano los actos del directorio se confunden con los de la propia sociedad; en la teoría de la representación resalta la actuación de un sujeto en nombre de otro y que aunque la representación es necesaria porque se funda en la ley, no es la única tarea que desempeña el directorio, afianzando su posición respecto a la teoría del órgano la cual está compuesta por individuos organizados por un orden normativo y sus facultades les son otorgadas en función a la ley y los estatutos.

⁶¹⁵ El art. 234 de la LSA de 1989, señala que el ámbito del poder de representación tiene una cobertura inclusive frente a actos no comprendidos en el objeto social, así se encuentren insertos en los estatutos e inscritos en el Registro Mercantil.

⁶¹⁶ En el art. 124 del RRM los numerales 1 y 2 se establecen el marco de las diferentes modalidades que pueden adoptar la conformación del órgano de administración y también a quienes corresponde la representación de la sociedad.

sustancial de fondo es que la aplicación integral y sistemática del C.Com., puede desbordar las facultades expresas conferidas en el poder registrado, ya que el art. 163 del C.Com., prescribe que los actos de los representantes obligan a la sociedad mientras no sean notoriamente extraños a su objeto social o giro, de lo que se colige que la representación superando las facultades otorgadas en el poder tendría como límite de actuación el objeto social, aunque no se encuentre detallado en las facultades expresamente inscritas en el Registro de Comercio. En tercer lugar se debe anotar que la extralimitación de actos del directorio a las expresas facultades conferidas y al objeto social les acarrearán responsabilidad interna⁶¹⁷ conforme se expresa en la parte *in fine* del mismo artículo; y en cuarto lugar, en el supuesto que si mediante esos actos de extralimitación los representantes comprometen a la sociedad en negocios notoriamente extraños al objeto social⁶¹⁸, cabría revisar si el tercero contratante conocía tal contravención, en caso afirmativo, éste no puede fundar ninguna reclamación por su innegable falta de buena fe al momento de realizar tales negocios con la sociedad, en caso contrario, estaría habilitado para proceder contra la sociedad.

Entonces, la inscripción del poder en el Registro de Comercio quedaría como una mera formalidad, puesto que la normativa desborda las facultades de dicho instrumento, sean cuales fueran las formalidades y solemnidades que se hayan cumplido; de manera que este instrumento no blinda *per se* los actos de los representantes, puesto que si dichos actos ejercitados por los representantes están dentro del giro social de igual manera obligan a la sociedad; en cuanto a los otros actos, los extraños al objeto social, corresponde la acción de

⁶¹⁷ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 212.

⁶¹⁸ Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil...*, Op. cit., pág. 240. Hace referencia a que el objeto social debe estar determinado; incide en que la determinación del objeto en algunos casos puede ser genérica y en otros bastante concreta, en las sociedades de capital se encuentran expresamente mencionadas en los estatutos. Menciona que la LSA en el art. 129-2, desliga a la sociedad de las responsabilidades contraídas por los administradores cuando se refieren a actos no comprendidos en el objeto social y hace referencia a que esos estarían los actos contrarios al objeto social, en cambio incluye en el objeto social a los actos neutros, que se refieren a los que sirven para la explotación del objeto como otros no. Señala también que los Notarios han elaborado una distinción entre actos claramente congruentes con el objeto social, actos claramente extraños y actos neutros.

responsabilidad ejercitada por los perjudicados. En relación a la otorgación de representación conjunta, en caso de haberse hecho inobservancia de este aspecto en la realización de actos con terceros, salvo que el tercero tenga conocimiento y pese a ello haya realizado el acto en contravención de esta forma de representación, la responsabilidad sigue vigente.

En la SEM tanto en la elección, las funciones del presidente y la representación de la sociedad en las condiciones expuestas es parcialmente aplicable, puesto que podría tener algunas variaciones en la forma, así en la elección del presidente del directorio de la SEM, la forma de elección puede estar prevista en el convenio de manera diferente a la aplicada en la S.A., pero debe estar necesariamente reglada en los estatutos; es decir que al momento de la suscripción del convenio de intereses públicos y privados puede convenirse por ejemplo que el presidente siempre será elegido de entre los directores designados por el sector público, se puede convenir también la alternancia periódica entre los directores de ambos sectores por ejemplo o que el presidente siempre será uno de los directores que representa al sector privado, cualquiera de las modalidades que se adopten necesariamente estarán desarrolladas en los estatutos.

Respecto a la atribución de facultades y la representación de la sociedad, en la SEM se debe acatar lo prescrito en las reglas de la S.A.; puesto que no sería posible disminuir o aumentar el régimen de responsabilidad de la sociedad sobre los actos y negocios de los representantes en las condiciones que señalan los art. 314, 163 y siguientes del C.Com., y que la posición jurídica del directorio es de órgano dentro de la configuración social de la SEM. Los aspectos de atribuciones de responsabilidad al directorio en función a su obligación de administrar y las condiciones subjetivas y objetivas de las mismas se verán en la parte de responsabilidades de los directores.

Otro aspecto que prevé el C.Com., es que cuando el directorio delega funciones ejecutivas a uno o más gerentes, sean o no directores, tales designaciones no excluyen la responsabilidad propia de los directores, no

obstante, los gerentes responden de idéntica forma que los directores ante la sociedad y terceros, mayor detenimiento en su análisis se efectuará en el tratamiento de las responsabilidades de los directores.

Volviendo a la transferencia de poder de la junta hacia el directorio, en el entendido que la administración contiene acciones de dirección y gestión, Quijano⁶¹⁹, en un análisis integral del directorio sostenía la idea de una distribución flexible en materia de gestión y que la junta podría intervenir en la decisión de asuntos relacionados con la gestión que se encuentren reglados en los estatutos o, que el mismo directorio los haya propuesto, de donde se proyectan las relaciones interorgánicas de competencias, que podrían dar lugar a que la junta resuelva intervenir en las políticas de gestión dando directrices de planificación global. En ese sentido la LSC ha dispuesto en la reforma del año 2014⁶²⁰, que la junta de accionistas pueda intervenir en el órgano de administración inclusive impartiendo instrucciones, salvo que los estatutos establezcan de manera opuesta.

En el caso de la SEM justamente algo cercano a esta característica se encuentra reglado en el art. 438⁶²¹ del C.Com., cuando otorga a la junta de accionistas de la SEM facultades decisorias de gestión y planificación, puesto que realizar inversiones en otras sociedades y realizar estudios de factibilidad, así como organizar nuevas sociedades con actividades afines a su objeto social no son simples tareas de deliberación, que es la función principal que corresponde a la junta, son tareas de administración y gestión donde podrían llegar a confundirse o mejor cohesionar las competencias de la junta y del directorio. En ese sentido, se hace necesario revisar que en el régimen de la S.A. el art. 286, dentro de las facultades de las juntas extraordinarias, dispone

⁶¹⁹ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”*, Op. cit., pág. 173.

⁶²⁰ En el art. 161, señala: “Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234.”

⁶²¹ El art. 438.- hace referencia a Inversiones en otras sociedades y faculta a las juntas de accionistas a invertir en otras empresas, adquirir acciones de otras sociedades, realizar estudios de factibilidad, organizar y establecer nuevas sociedades en el país, para la instalación de otras actividades afines a su objeto.

que la junta tiene como competencia las que la ley, la escritura social o los estatutos le señalen; bajo esta perspectiva en la SEM podrían confluir estas facultades que darían lugar a que la junta intervenga o asuma competencias respecto a la planificación general de la gestión empresarial de la sociedad y que esas relaciones interórganicas entre el directorio y la junta puedan tener una fluidez que daría como resultado en la SEM, que el poder de la junta no soportaría una transferencia de poder en la magnitud a la que se refería Martorell respecto a la S.A.. No obstante lo expuesto, hay que reparar que en el régimen normativo de la S.A. el C.Com., en el art. 326, cuando se refiere a las facultades y obligaciones del directorio, dispone que en los estatutos se fijarán otras funciones, atribuciones, deberes y obligaciones del directorio además de las señaladas en forma expresa y que ningún otro órgano social puede atribuirse la administración, gestión y representación de la sociedad; de todo lo cual se puede concluir que en el régimen de la SEM lo dispuesto en el art. 438 parece derogar la disposición que excluye que cualquier otro órgano social intervenga en dichas tareas y por tanto la junta se encontraría en capacidad de decidir sobre aspectos relacionados con la gestión empresarial de la sociedad; entonces, lo que convendría sería fijar los límites de su intervención, para lo cual en primer lugar se encuentran las atribuciones dispuestas en el C.Com., pueden incluirse también en el convenio y de éste descender al contrato social y reglamentarse en los estatutos.

De integrarse estas relaciones interorgánicas entre la junta de accionistas y el directorio cabe tener en cuenta los efectos sobre la responsabilidad de los directores, es decir, que si con esta atribución de gestión a favor de la junta se atenúa la misma, puesto que al intervenir la junta en la gestión y de esa se desprenden daños y perjuicios a la sociedad, los directores como ejecutores acaso tendrían como atenuante de su responsabilidad el deber de cumplimiento respecto a esas resoluciones de la junta de accionistas; la LSC española, en el art. 236.2., señala que los consejeros no podrán deslindar su responsabilidad acusando que el acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por parte de la junta de accionistas.

El C.Com., no señala nada al respecto, pero convendría recordar que en la intervención de la junta sobre asuntos de gestión, el directorio en caso de valorar que la junta ha emitido resoluciones contrarias a la ley, estatutos u otra normativa, puede impugnarlas, a lo que sobrevendría revisar cuáles serían los efectos para la junta y para el directorio en estos casos.

En la LSC la competencia del órgano de administración está señalada en el art. 209 y se trata de la administración de la gestión y representación de la sociedad, la cual puede estar confiada a un solo administrador o cuando en la S.A., se confíe a más de tres constituirán el consejo de administración⁶²²; constituido el mismo, la representación corresponde al propio consejo pero en los estatutos se puede regular la atribución del poder de representación a uno o varios miembros sea de forma individual o conjunta, de igual manera la LSC en el art. 234 se pronuncia en sentido que la representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social; las limitaciones, aun hayan sido inscritas en el Registro de Comercio se tornan en ineficaces frente a terceros. Así la sociedad queda obligada frente a terceros, aunque el acto no esté comprendido en el objeto social, siempre que los terceros hayan obrado de buena fe y sin culpa grave.

En la Ley 19.550 de la Argentina, la administración está a cargo de un directorio y la representación en principio, está a cargo del presidente del directorio, pero el estatuto puede autorizar que sean designados representantes uno o más directores, en lo demás respecto a la limitación de los actos de los representantes y la correspondiente responsabilidad así como los actos notoriamente extraños al objeto social tiene gran similitud con la

⁶²² El Real Decreto 1784 de 19 de julio de 1996, denominado Reglamento del Registro Mercantil (RRM), contiene una serie de especificaciones más precisas respecto a las formalidades que debe cumplir la S.A.; así el art. 124 se refiere a la Administración y representación de la sociedad atribuyendo que la sociedad puede determinar la estructura del órgano de administración a un administrador único, a varios administradores que actúen solidariamente, a dos administradores que actúen conjuntamente o a un Consejo de administración que estará integrado por no menos de tres miembros. El artículo es un completo detalle de todas las posibilidades señaladas relacionadas con la otorgación del poder de representación.

legislación boliviana, con pequeñas diferencias que no cambian el fondo⁶²³. En el Código de Comercio colombiano se faculta a que en los estatutos se expresen las atribuciones de la junta directiva, que deben referirse a que se ejecuten y celebren cualquier acto o contrato que se encuentre dentro del objeto social; en cuanto a la representación legal, el nombramiento está a cargo de la propia junta directiva, puede ser al menos uno con uno o más suplentes que pueden ser reelegidos de manera indefinida y removidos en cualquier tiempo.

2.3. Actos prohibidos a los directores

Si bien el C.Com., se refiere laxamente a los actos de competencia respecto a directores y gerentes que se dediquen a negocios comprendidos dentro del objeto social de la sociedad y sanciona con la aplicación de responsabilidad solidaria e ilimitada; también libera de las mismas cuando medie autorización expresa de la junta general. Por otra parte, si los estatutos establecieran la libre destitución de los directores, su remoción sería forzosa en caso de dedicarse por sí o por cuenta de terceros a negocios que comprendan el objeto social, de manera que los directores ni los gerentes pueden estar involucrados en actividades que signifiquen competencia con la sociedad. Morales Guillén⁶²⁴ hace referencia a la conducta deshonesto y reprochable entendida como competencia desleal; de lo cual habría que rescatar que la conducta deliberada del director o gerente no corresponde a la lealtad que exige la norma en el desempeño del cargo y estos actos comprenden no solo los realizados a su favor, sino a favor de terceros; situación que puede producirse cuando desempeñen como directores de otra u otras sociedades con

⁶²³ En muchas oportunidades diferentes autores se han referido a que el Código de Comercio boliviano del 25 de febrero del año 1977 (dentro del Códigos Banzer), en la mayoría de su contenido está inspirado en la legislación Argentina. Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., 1999, pág. 477, 479 y 481.

⁶²⁴ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 92.

actividades idénticas⁶²⁵. En caso de producirse se deberán seguir los procedimientos de remoción e instaurar acción por responsabilidad de sus actos con la aplicación de la responsabilidad solidaria e ilimitada para la cobertura de los daños y perjuicios que haya ocasionado con su acción. Respecto a la SEM, la aplicación de estas prohibiciones es totalmente factible, y es probable que sea doblemente reprochable desde el punto de vista que se está ante una entidad con participación estatal y de acuerdo a los análisis realizados, las actividades podrían redundar en sectores estratégicos y de servicios públicos. Aunque es probable, que más que los actos de competencia desleal puedan ocurrir actos prohibidos como los de contratar con la propia sociedad, de lo cual devendrían el conflicto de intereses, el desvío o la manipulación de información privilegiada.

2.4. Obligatoria publicación de la Memoria

La elaboración de la memoria de la sociedad requiere por disposición de la ley de una serie de elementos formales y sustanciales que son de cumplimiento obligatorio tanto para la S.A. como para la SEM, así este documento constituye su importancia en que lleva inserto el balance general y el estado de resultados del ejercicio, además de otros datos complementarios que son de ineludible obligación poner en conocimiento de los accionistas por parte del directorio. El contenido de la memoria requiere conforme se dijo al principio de cumplir con elementos formales como la inscripción ante el Registro de Comercio⁶²⁶, el visado previo de recepción en banco en los formularios de declaración jurada

⁶²⁵ El Auto Supremo 341/2015 en el caso FANCESA vs. SOBOCE S.A. en el que un Director de FANCESA funge también como Director en SOBOCE S.A. en aplicación a autorización expresa de la junta, de lo cual sin ser el asunto de fondo del Auto, se deduce que la autorización de la Junta de accionistas para que un director pueda ser autorizado en ejercer funciones análogas en otras compañías de actividad similar dio lugar a que se alegue la falta de lealtad y conflicto de intereses en que hubiera incurrido dicho director.

⁶²⁶ Fundempresa como concesionario del Registro de Comercio con autorización de Resolución Ministerial N° 126 de 7 de junio de 2002, del Ministerio de Desarrollo Económico ha emitido el Manual de Procedimientos y cuadro de aranceles en el cual señalan los procedimientos a seguir para el registro de la Memoria Anual de las S.A.

del Servicio de Impuestos Nacionales; otros elementos formales se refieren al plazo de presentación que es dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, la publicación de este documento en forma anual y la puesta a disposición de accionistas y acreedores de la sociedad a simple solicitud.

Entre los elementos sustanciales, primero que al incluir en su contenido un documento de tanta importancia como el balance general de la gestión se configura a decir de Morales Guillén⁶²⁷ en un instituto jurídico en razón a que el directorio rinde cuentas a la junta de accionistas mediante este documento, el cual puede ser aprobado o rechazado. La importancia del balance general y el estado de resultados con todos sus datos complementarios, muestran la situación patrimonial de la sociedad a una fecha determinada y por un periodo concreto. Al mismo tiempo del cumplimiento de las formalidades y requisitos de presentación, estos documentos deben cumplir las reglas que dispone el C.Com., en su Capítulo V, los cuales se refieren a la contabilidad, las bases y normas a las cuales deben sujetarse en su elaboración, las clases de libros que muestren el orden de las operaciones realizadas, así como los documentos probatorios que deben incluir, la forma de presentación de los libros, las prohibiciones, registros, inventarios, plazos de elaboración y revisión, así como los plazos de conservación de los libros y papeles de comercio, la auditoría en los casos que dispone la ley, simultáneamente a toda esta regulación los contadores y auditores deben cumplir una serie de procedimientos normativos propios de su profesión⁶²⁸ y los que imponen las autoridades impositivas nacionales para el cálculo de las utilidades y el tratamiento de las pérdidas de la gestión.

En la misma parte sustancial de la presentación de la memoria el contenido del mismo ha de ser motivo de consideración y aprobación por la junta ordinaria en

⁶²⁷ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 389.

⁶²⁸ La contabilidad debe estar elaborada en base a los Principios y Normas Técnico-Contables Generalmente Aceptados para la preparación de los estados financieros; la auditoría debe realizarse en base a las Normas Internacionales de Auditoría, las normas del Consejo Técnico Nacional de Auditoría y Contabilidad, así como los Decretos Reglamentarios a la Ley 1606, entre los cuales se encuentra el D.S. 24051 referido al Reglamento del Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas (IUE).

los plazos que establece el mismo C.Com.; no obstante se establecen otros requisitos sobre el contenido de la Memoria en el Reglamento de la Dirección General de Registro de Comercio y Sociedades por Acciones, en la actualidad aplicable por la AEMP, que en el art. 84, en relación directa al art. 331 del C.Com, dispone requisitos que pueden considerarse de característica mixta⁶²⁹, los cuales deben insertarse en la Memoria anual y deben ser puestas en consideración y aprobación de esa Dirección; es que el hecho de realizar la enumeración y composición de cargos y acciones es meramente formal, en cambio los datos que debe incluir en relación con el balance, los resultados, pago de dividendos o su reinversión, inventarios valorados del patrimonio social y los activos fijos con sus depreciaciones ya tienen un contenido sustancial que da lugar a la valoración económica de la sociedad; aunque habría que sopesar también que la sociedad podría valorarse desde la perspectiva del volumen accionario y las personas que componen el directorio, lo cual daría como resultado que todos los datos que se insertan en la memoria anual son sustanciales a efectos de mostrar la gestión y administración confrontados con los resultados económico-financieros de los directores.

En el art. 285 inc. 1) cuando se refiere al tratamiento de asuntos en la junta ordinaria se señala en primer término a la memoria anual, pero añade a éste el informe de los síndicos, el balance general, el estado de resultados y todo otro asunto referido a la gestión de la sociedad, en seguida en el inc. 2) se refiere a la distribución de las utilidades o el tratamiento de las pérdidas; este cuadro nos muestra la relación intrínseca que existe entre todos estos documentos y las acciones a seguir como consecuencia de la aprobación o no aprobación de la gestión y administración realizada por el órgano de dirección de la sociedad.

⁶²⁹ La memoria anual de toda S.A. debe contener: la composición del Directorio, representantes legales, personal ejecutivo y demás funcionarios de planta; número y nacionalidad de los socios, número de acciones suscritas; número de acciones totalmente pagadas; Balance condensado y estado resumido de resultados; dividendos acordados y/o su reinversión; Balance de comprobación de sumas y saldos; Inventario valorado del patrimonio social y el Estado de activos fijos con sus respectivas depreciaciones.

La elaboración de la memoria en la S.A. requiere la unificación de todos los elementos que constituyen las funciones del órgano de dirección, se puede afirmar que es la rendición de cuentas que efectúa este órgano ante la junta de accionistas, pero la memoria no solo tiene un contenido numérico como es el Balance general y el Estado de Resultados que tienen un contenido económico- financiero, a estos se ha de acompañar a manera de complementar y ampliar información que haga una descripción integral de la operativa y gestión administrativa desplegada en todo el periodo revisado. El art. 331 del C.Com., es claro cuando señala que además del balance general y el estado de resultados, la memoria incluirá toda otra información adicional que deba ser conocida por los accionistas, lo cual nos remite además a que estamos ante una virtual rendición de cuentas por parte del órgano de dirección, pero no solo en el ámbito de la administración y gestión económico-financiera, sino información integral.

Tanta es la importancia de la elaboración de este documento y todo su contenido que la omisión de su presentación es sancionada con la suspensión del presidente y gerente por un periodo de hasta seis meses, en cuyo lapso debe elaborarse dicho documento, de manera que su elaboración y presentación son de cumplimiento ineludible; así la sanción de suspensión al presidente y el gerente de mayor rango en caso de verificarse ocasionaría un perjuicio respecto a las operaciones y la administración de la sociedad, cabe también resaltar que no es la junta la que sanciona sino sería la Autoridad de Fiscalización y Control de Empresas (AEMP), es decir que la sanción es aplicada por una entidad externa, lo cual reviste de por sí gravedad. Pero siguiendo en lo sustancial, la esencia del balance general y del estado de resultados es la exposición de las utilidades o pérdidas de la gestión lo cual conduce al tratamiento de la distribución de las utilidades o la consideración por parte de la junta de accionistas sobre el tratamiento de las pérdidas; ambas tareas no fáciles de resolución y en las que el directorio como conductor y vigilante de las decisiones de la junta debe proceder de acuerdo a ley, el C.Com., dispone los requisitos para la distribución de las utilidades de manera

rigurosa, imponiendo que las mismas sean líquidas y efectivas; realizar la distribución de utilidades en forma contraria a la ley o en su inobservancia acarrea a responsabilidad solidaria a los directores y la junta, hay que tomar en cuenta que la autorización de la distribución de utilidades es competencia de la junta ordinaria de accionistas, pero los directores tienen el deber de vigilancia respecto a las decisiones que tome la junta. En caso de que la junta decidiera en contravención de las disposiciones legales o de los estatutos distribuir utilidades, los directores se encontrarían habilitados a interponer el recurso de impugnación por nulidad contra la resolución de la junta; a todo lo cual hay que añadir que los directores, síndicos y gerentes no tienen derecho a voto en la aprobación del balance y de los estados de resultados.

Del anterior análisis se desprende a los fines consiguientes del presente trabajo que respecto a la responsabilidad de los directores corresponde analizar el contenido del art. 323 del C.Com., que en su último párrafo señala: *“La responsabilidad de los directores y gerentes frente a la sociedad se extingue por la aprobación de su gestión, por desistimiento...”*; a lo cual habrá que añadir a fines de contrastar, lo dispuesto en el art. 285 inc. 1) que para efectos de consideración y resolución por parte de la junta ordinaria dice: *“La memoria anual e informe de los síndicos, el balance general y el estado de resultados y todo otro asunto relativo a la gestión de la sociedad.”*; entonces la interpretación literal de estos artículos pone en evidencia dos cuestiones; la primera que cuando la junta ordinaria considera y resuelve aprobar el balance general y el estado de resultados pareciera que por ende a estos los considera como parte de la gestión del directorio, por lo cual en ese punto de la junta se estaría considerando y resolviendo la gestión de la sociedad; resolución que de ser aprobatoria bajo esa interpretación incluiría al balance, estado de resultados y todo otro asunto relativo a la gestión; con lo cual el efecto sería favorable a los directores en relación a la responsabilidad de su desempeño, ya que operaría la extinción de cualquier tipo de responsabilidad.

Una segunda opción sería que la junta considere y apruebe el balance y el estado de resultados pero no aprueba la gestión y una tercera sería que no aprueba el balance, el estado de resultados ni la gestión, en estas dos últimas opciones no opera la extinción de responsabilidades de los directores; aspectos que se tomaran en cuenta en lo posterior del trabajo; a esos mismos fines cabe resaltar que la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales de la Argentina de manera categórica dispone que la aprobación de los estados contables no implica la de la gestión de los directores y por tanto no importa la liberación de sus responsabilidades; verificándose una posición diametralmente opuesta a la norma boliviana que extingue la responsabilidad con la aprobación de la gestión, quedando en pendiente lo que se propuso en sentido de que si la aprobación del balance y el estado de resultados, implica la aprobación de la gestión.

En los art. 168 y 169 se encuentran reguladas las condiciones generales que deben observarse al momento en que la junta tome la decisión de distribuir utilidades, así el C.Com., prevé para las S.A. la constitución de una reserva legal del cinco por ciento sobre las utilidades efectivas, también la sociedad puede acordar otra reserva especial que sea conveniente a los fines de la sociedad; en cuanto a la norma específica de la S.A. para la distribución de utilidades está en armonía con lo anterior, asignando la percepción de utilidades por parte del accionista como un derecho proporcional al importe pagado de sus acciones.

La legislación boliviana en relación a los contenidos exigidos para ser incorporados en la memoria se queda corto ya que en el derecho comparado revisado vemos que la Ley 19.550 de la Argentina, en el art. 66 contiene los requisitos de información que debe incluir la memoria, así los datos deben mostrar el estado de la sociedad en las distintas operaciones que haya desarrollado y las proyecciones a futuro; las razones de variaciones significativas en las partidas del activo y pasivo, una explicación sobre los gastos y ganancias extraordinarias y su origen; explicar las razones por las que

deben constituirse las reservas; el por qué se propone el pago de dividendos en otra forma que efectivo; las relaciones con sociedades controlantes, controladas o vinculadas y otros que a todas luces tienen un mayor impacto en mostrar el estado general y casi exhaustivo de la sociedad.

En la Ley 410 Código de Comercio de Colombia, el art. 439 se refería al informe a la asamblea por parte de la junta directiva, este artículo fue derogado por el art. 242 de la Ley 222 de 1995; la cual en los art. 46 y 47 se refieren a la rendición de cuentas en cada ejercicio y el informe de gestión que tiene todas las connotaciones de la memoria anual exigida en la norma boliviana y argentina; entonces los administradores deben presentar un informe de gestión que versa sobre la evolución de las actividades, al situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad; el informe de gestión debe contener datos sobre los acontecimientos importantes post balance, una proyección estimada de la sociedad y las operaciones celebradas con los socios y los administradores; los estados financieros deben incluir sus notas y un proyecto de distribución de utilidades, junto al dictamen de los estados financieros y los informes emitidos por el revisor fiscal o por contador público independiente; la variante de la norma colombiana es que exige que el informe deba ser aprobado por la mayoría de votos de los administradores y en caso de salvedades se adjunten las mismas al informe.

Entre las diferentes formas de generar el informe de gestión por parte de los directores o administradores, en las normas revisadas, cabe tomar en cuenta que todas ellas datan de años anteriores⁶³⁰, y que su actualización o mejora deviene de la normativa interna de las sociedades, de la aplicación de resoluciones de los organismos de control o fiscalización de las sociedades anónimas y la mayor parte de las normas de buen gobierno corporativo que han sido difundidas a nivel mundial, que más que todo se refieren justamente al desempeño de los directores y el tratamiento transparente de la información

⁶³⁰ El C.Com., boliviano es del año 1977, vigente desde 1978; la Ley 19.550 de la Argentina data del 1984, el Código de Comercio colombiano Ley 410 de 27 de marzo de 1971 y la Ley 222 resulta ser la más nueva, ya que fue emitida el año 1995.

con la finalidad que socios, acreedores y toda persona natural o jurídica, pública o privada que esté interesada en las actividades de la sociedad conozca en todo momento la posición y situación de la sociedad para los fines que son de su interés.

En una perspectiva más moderna se encuentra la Ley 1 de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010 de España LSC, más aun que en el régimen de la S.A. recibe el influjo de la normativa europea, de manera que en ella vemos aspectos a resaltar como el hecho de que en el régimen de las sociedades de capital en general, no se incluye el órgano de fiscalización, sea como síndico o revisor fiscal, puesto que esta forma de organización corresponde al sistema dual y no al monista que es el que adoptó la legislación española en esta parte de la norma; no obstante en la misma LSC cuando se trata del régimen de la Sociedad anónima europea⁶³¹, se establece el sistema dual de administración como una opción para establecerla, en la cual participan un consejo de dirección y un consejo de control, señalando competencias de cada una de ellas.

En la S.A. general los administradores o el consejo de administración toman a su cargo la elaboración de las cuentas anuales que incluyen el balance de gestión y el estado de pérdidas y ganancias; asimismo el consejo de administración tiene a su cargo la presentación de la memoria bajo los requisitos y modalidades que se encuentran establecidas en el Capítulo II de la Ley que abarca desde el art. 259 al 261, con un despliegue detallado de información que tiene el objeto de ampliar y complementar a la que proveen las cuentas anuales, en las que deben incluirse la información que se encuentra prevista en el Código de comercio, la propia ley y los reglamentos que derivan

⁶³¹ El Título XIII de la LSC, se refiere a la Sociedad anónima europea, desde el art. 455 al 494 en los cuales cuando se regulan los órganos sociales, dispone que cuando se domicilie en España, puede optar por la administración bajo el sistema dual, en la cual se organiza la Dirección y un Consejo de Control. Si la gestión se confía a uno o varios directores que pueden conformar el consejo de dirección. En cuanto al Consejo de Control, se aplican la mayoría de las características y regulación del Consejo de administración. Bajo este sistema dual, se combinan las competencias entre estos dos órganos para la convocatoria de la junta; pero una función específica es el control de determinadas operaciones que realice la dirección, las cuales deben someterse a autorización previa por parte del Consejo de control.

de aquellas. La amplitud de la información que debe incluir la memoria, se podría decir que casi no deja fuera ningún dato referido a la gestión económica, financiera y administrativa de la sociedad, más aún requiere una explicación de las inversiones y gastos que dan a entender en conjunto que es aplicable a una S.A. de gran dimensión⁶³² de manera que la LSC prevé la posibilidad de una memoria abreviada que dispone el cumplimiento de provisión de datos más restringida bajo condición de que la S.A., haya emitido balance y estado de cambios al patrimonio neto abreviados.

Cabe mencionar que además está en informe de gestión que incluye la exposición sobre la evolución de los negocios, de manera que en la memoria los datos son de índole financiero-económico y en el informe de gestión de índole administrativa y estratégica, en la que se muestra la evolución de los negocios de la sociedad, así como su proyección futura, también se prevé que algunas sociedades no deban emitir este informe.

Entonces, la memoria anual de gestión por parte de los directores contiene información valiosa respecto a todos los ámbitos de desarrollo operativo empresarial de la sociedad; en el caso boliviano incluye los de la Comisión fiscalizadora o el Síndico, a esta información se integra el informe anual de gobierno corporativo conforme se verá más adelante.

III. NORMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO

⁶³² Cuando se habla de una S.A. de gran dimensión, no se está refiriendo a la Sociedad Anónima Cotizada, que por excelencia sería la de grandes dimensiones, puesto que en la LSC y otras normas complementarias disponen en forma expresa características que la diferencian, así en la LSC a partir del art. 495 que exige que para ser conceptualizadas como tal, sus acciones deben estar admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores, también incluye otras disposiciones que denotan sus caracteres por su especialidad en materia de acciones, en la suscripción de las mismas, en la junta general de accionistas y sus competencias, el carácter obligatorio de un reglamento de la junta general y del consejo de administración, disposiciones en las cuales se reconoce mayor rigor y detalle respecto a información y mecanismos de resolución de aspectos especiales que se presentan en este tipo de sociedades.

El crecimiento de la empresa privada a través de corporaciones o grupos de sociedades, ha traído consigo escándalos financieros que han removido hasta lo más profundo la forma de administrar estos grandes emporios económicos⁶³³ y financieros; en el fondo del problema estaban inmersos los directorios y ejecutivos de primera línea de éstas grandes sociedades, situación que ha generado una corriente mundial⁶³⁴ que ha centrado su atención a sugerir una serie de cambios en aspectos de fondo y de forma en la organización del gobierno de las sociedades, en especial de aquellas que cotizan en las bolsas de valores; dichos cambios tienen como objetivos principales la transparencia en la administración y la creación de valor a favor de la sociedad y por ende de los accionistas a través de la afluencia de mayores y mejores estándares de inversión. Las medidas sugeridas se dirigen fundamentalmente a la protección de los accionistas minoritarios, la readecuación de funcionamiento de los órganos sociales, de los sistemas de administración; y que de alguna manera se separe la propiedad de la gestión en búsqueda de lograr eficiencia y transparencia en el manejo empresarial, no solo de las sociedades anónimas que cotizan sus acciones en el mercado de valores, sino del conjunto de tipos sociales, pues no son soluciones sólo para grandes sociedades, sino que pueden potenciar a sociedades medianas y pequeñas que las implementen de manera adecuada a su magnitud y volumen de operaciones.

⁶³³ Los casos más emblemáticos son los de Enron, WorldCom y Parmalat.

⁶³⁴ Esta corriente ha sido mundial, Estados Unidos: Ley Sabarnes-Okley, del año 2002, Italia: Texto Único 1998 y reforma orgánica de la Ley de Sociedades 2001; Alemania: Ley de Control y Transparencia ("ConTraG") de 1998; Reporte Baums, 2001; Código Cromme, 2002 y Ley "TransPuG" del 2003; Francia: Informe Vienot, 1995. Vienot II, 1999. Reforma a Ley Sociedades Mayo, 2001; Reino Unido: Código Cadbury, 1992. Informe Hampel, 1997. Informes Higgs (Directores Independientes) y Smith (Comité de Auditoría), España: Código Olivencia, 1998. Informe Aldama, 2003. Reformas Legislativas Ley 44/2002. Ley 26 del 2003, de manera reciente el Código Unificado de Buen Gobierno de la CNMV de 2006 y el actual Código de Buen Gobierno de la CNMV de 2015. En lo que corresponde a esta parte de América Latina, Argentina: Decreto Ley 677, Mayo 2001; Brasil: Ley 23 del 2001. Novo Mercado Bovespa; Chile: Ley de Opas (19.705). Diciembre 2000; México: Ley Reforma Mercado de Valores (Junio 2001); Bolivia, también se ha incorporado a lo que la Corporación Andina de Fomento (CAF), ha denominado "Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo". Vid. Junyent, Bas, Francisco, *Sociedad y empresa*, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 19 y sgtes.

Las normas de buen gobierno corporativo han nacido como sugerencias o normas de cumplimiento voluntario⁶³⁵, pero en la actualidad las autoridades estatales que tienen relación con el funcionamiento de las sociedades comerciales han prestado atención a estas y han ido incorporado de manera paulatina a la normativa societaria algunas de ellas, porque en razón a las actividades era necesaria convertirlas en imperativas, así se puede verificar en las del sector financiero⁶³⁶. Asimismo, estas normas cuyo contenido era más bien reducido en la actualidad se ha ampliado en concordancia con las nuevas necesidades, y que al ser normas de cumplimiento voluntario tienen la cualidad que pueden ampliarse progresivamente y de manera continua implantarse en las sociedades a través de sus estatutos y reglamentos internos. No obstante, la implementación de las normas de buen gobierno corporativo, no constituyen un blindaje a las empresas respecto a la comisión de malas prácticas y delitos, pero si pueden obstaculizar que tales situaciones se produzcan de manera reiterativa, por lo que ha de entenderse las mismas como un medio y no como un fin.

Si bien en Bolivia no se puede hablar de numerosa existencia de grandes sociedades anónimas y mucho menos de SEM de gran magnitud⁶³⁷, sin

⁶³⁵ Al presente, respecto de la implementación de las recomendaciones del gobierno corporativo se ha instituido el principio internacional de “cumplir o explicar” (comply or explain), que obliga a que las sociedades cotizadas deban incorporar en su informe anual de gobierno corporativo el grado de cumplimiento o la explicación de por qué no se cumplen los lineamientos, guías o recomendaciones de gobierno corporativo. En la práctica, la sugerencia sería que la sociedad siempre opte por la prudencia en la aplicación de los lineamientos, pues en algunos casos pueden estar incorporados en las legislaciones o también puede ser que su incorporación resulte muy onerosa para el tamaño de la sociedad, el tipo de actividad o el volumen de sus operaciones.

⁶³⁶ En la Ley 393 de 5 de agosto de 2013, de Entidades Financieras en el art. 190, referido a la Estructura Organizacional del Banco de Desarrollo Productivo Sociedad Anónima Mixta (BDP-SAM), dispone que esta entidad establezca una estructura basada en buenas prácticas de gobierno corporativo y las responsabilidades de todos sus órganos e inserta el régimen de gobierno corporativo del BDP-SAM, con normativa básica referida a la junta de accionistas y la participación del Estado, pero deja librado a la regulación que emita la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, sobre lineamientos corporativos. Pero no solo el BDP-SAM estará sujeta a estos lineamientos, sino que incluye a todas las entidades financieras que además de observar el cumplimiento de la Ley 393, se rigen por sus reglamentos, el Código de Comercio y los estatutos internos de cada entidad.

⁶³⁷ Las S.A. de mayor importancia y volumen corresponden a las sociedades del sector de hidrocarburos, por aplicación de la Ley 466 de las Empresas Públicas concordante con la

embargo, la problemática referida a las normas de buen gobierno tampoco le han sido ajenas, de ahí que algunas S.A., han tomado como un referente de gestión las recomendaciones de la CAF referentes al buen gobierno corporativo⁶³⁸.

Dicha entidad regional ha emitido lineamientos básicos que tienen como objetivo facilitar el acceso y desarrollo de los mercados de capital, optimizar las relaciones de las empresas con los proveedores de recursos financieros sugiriendo parámetros o guías de desarrollo para la adecuación de los estatutos sociales, la revisión de los derechos de los accionistas; la mejora de funciones de la asamblea general de accionistas; la optimización de las funciones del directorio; la información de los estados financieros con visión de informar a los mercados financieros y el contenido del informe anual de buen gobierno corporativo, así como la inserción en los estatutos del arbitraje para el arreglo de controversias que pudieran surgir al interior de la sociedad o por actos que se relacionen con terceros.

La elaboración e implementación de estas normas a nivel mundial ha tenido un ciclo de evolución desde los años noventa, en el caso latinoamericano la CAF después de las cincuenta y un normas formuladas en los Lineamientos del año 2006, en el año 2010 ha reclasificado estos lineamientos por sectores en las cuales, para fines de interés del trabajo se revisaron los Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado.

CPEP, algunas se han transformado en SEM o deben hacerlo mediante plazo fijado en dicha norma.

⁶³⁸ La Corporación Andina de Fomento (CAF), en abril del año 2005 ha emitido los Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo; mismos que fueron revisados en marzo de 2006; en cuya presentación se hace mención de que dicho documento está basado en las experiencias internacionales de la Unión Europea y el ámbito norteamericano; se refiere como un elemento configurador del mismo de la falta de transparencia empresarial y ausencia de prácticas de buen gobierno corporativo, a lo cual la CAF como respuesta emite 51 medidas sistematizadas con la finalidad de que su implementación favorezca a que se transparente la gestión empresarial. Las 51 medidas están relacionadas con el desenvolvimiento de los órganos sociales como ser la junta de accionistas, el trato equitativo de los accionistas, el directorio, el control e información de los estados financieros, el informe anual de buen gobierno corporativo y la previsión de inclusión en los estatutos del arbitraje para el arreglo de controversias que puedan surgir al interior de las sociedades.

Es que las diferentes legislaciones revisadas la mayoría han optado por que éstas dentro de su desenvolvimiento adopten la normativa del derecho privado es decir las normas del derecho societario, que se dirigen expresamente a las disposiciones que regulan la estructura organizacional de la S.A. por considerar la más adecuada a los propósitos de funcionamiento de las empresas estatales; de esta manera están presentes para su funcionamiento los tres órganos que la sostienen el plexo normativo del Código de Comercio para las S.A. Así se reproduce, con variaciones propias de la estructura administrativa, la participación por acciones, el funcionamiento de la Asamblea o Junta de accionistas, el Directorio como encargado de la administración y gestión, y el órgano de vigilancia a cargo de los síndicos.

En Bolivia como se sostuvo anteriormente, las normas de nueva data que tienen que ver con el funcionamiento de actividades prestadoras de servicios, de producción o de comercialización, sea que se trate de actividades reguladas y de actividades comerciales o industriales contenidas en el C.Com., o las que corresponde al sector estatal, han incluido en las mismas preceptos que tienen origen en los Códigos de Buen Gobierno Corporativo, conforme se preveía, pues anteriormente las mismas tenían calidad de meras recomendaciones de voluntario cumplimiento.

Así en la Ley 466 de 23 de diciembre de 2013, de la empresa pública, se han incluido normas de gobierno corporativo como se verá posteriormente; en el sector privado la AEMP también en el año 2011 ha presentado en la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 142/2011 de 30 de diciembre, los Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales, las cuales tienen la característica de libre adopción por parte de las sociedades comerciales; es decir que las mismas pueden incorporarlas en su normativa interna o pueden asumirlas en la práctica de su desempeño.

1. LA CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF) Y LOS LINEAMIENTOS PARA UN CÓDIGO ANDINO DE GOBIERNO CORPORATIVO

Los lineamientos de buen gobierno corporativo del 2006 fueron el inicio de una secuencia de estudios que la CAF realizó con la finalidad de sistematizar y adecuar aquella normativa que se había extendido a nivel mundial para el ámbito regional de su influencia; la problemática si bien no tenía las dimensiones europeas ni norteamericanas, era necesaria la implementación de las mismas al menos para efectos previsionales y más que todo de mejora de las sociedades mercantiles para la captación de inversiones. Los códigos de buen gobierno corporativo han sido fuente para la elaboración de las normas latinoamericanas, puesto que la conexión normativa con las sociedades europeas procede de las fuentes del derecho mercantil que determinaron la mayoría de los códigos de comercio y normas de carácter societario de los países signatarios de la CAF.

En el fondo lo que hay que tomar en cuenta es que estos lineamientos no son innovaciones en materia societaria, puesto que muchos derechos y deberes se encontraban ya prescritos en el plexo normativo en materia comercial de los países integrantes de la CAF; entonces la finalidad de su consideración era reforzar el contenido de los institutos que integran ese elenco normativo y que a partir de ahí descendan a los estatutos y reglamentos de las sociedades, puesto que no hay que olvidar que estos lineamientos o códigos de buen gobierno corporativo son en primera instancia potestativos en su aplicación, pero de gran interés por los favorables efectos que les sobrevienen por su cumplimiento en relación a la atracción de inversiones.

La legislación societaria de cada país componente de la Comunidad Andina de Naciones⁶³⁹ (CAN) ha sido analizada por la CAF y en sus resultados

⁶³⁹ Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú componen este órgano comunitario en el año 1971 con la firma del Acuerdo de Cartagena.

muestran que algunos lineamientos están incorporados en sus legislaciones y en otros sería necesaria una implementación voluntaria vía estatutos o reglamentos; para el caso boliviano muchas de ellas significarían realizar un cambio en la codificación puesto que su incorporación vía estatuto estaría expuesta a que se interpongan impugnaciones por no encontrarse establecidos en la normativa de carácter obligatorio; pues como se verá en forma posterior en Bolivia la AEMP también se ha incorporado a esta corriente innovadora y ha aprobado mediante Resolución los lineamientos de gobierno corporativo para las sociedades comerciales.

Las cincuenta y un medidas de gobierno corporativo de la CAF tienen como corolario la posibilidad de establecer un Código Andino de Gobierno Corporativo; los lineamientos en una primera parte están relacionados con la aplicación del principio de igualdad de voto; de manera que los derechos y trato equitativo de los accionistas se traduzcan en medidas de reforzamiento a la protección del voto de los accionistas minoritarios, evitar distorsiones que pueden ocasionar la vulneración de la igualdad una acción un voto⁶⁴⁰; de igual manera tomar previsiones en sentido de evitar que sean afectados en un aumento de capital o en una fusión, debiendo recibir en ese y otros casos información oportuna y adecuada, sin que este derecho signifique que el accionista acceda a pedir información confidencial o aquella que pueda producir perjuicio a la sociedad.

Están las medidas referidas al empleo del uso de las nuevas tecnologías, que no sustituyen a la tradicional forma escrita, sino la complementan; así la información proporcionada por esos medios debe contener la información principal y permanente como ser toda la normativa societaria que sostiene a la sociedad, también la información temporal o provisional como ser convocatorias y toda la que tenga relación a estos actos debe estar publicada en un sitio electrónico creado para esta finalidad, es decir se trata de crear la página web de la sociedad. Esta sugerencia puede ser mejor aprovechada en sociedades grandes con accionistas dispersos; los

⁶⁴⁰ Salvando las diferencias que establece la norma en relación a las acciones sin voto que gozan de privilegios o trato preferente.

lineamientos sugieren aplicarla en sociedades con más de cincuenta accionistas. Temas como limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones deben ser expuestos en la información al público en general, en el sitio web de la sociedad; así como también los referidos a limitaciones estatutarias o por pactos parasociales con la finalidad de tomas de control⁶⁴¹.

En relación a la asamblea o junta de accionistas se refuerzan las funciones y competencias de éste órgano como la de autorizar la venta o pignoración de activos estratégicos y la designación de auditores externos; tener un reglamento de régimen interno de la junta de accionistas; insertar en los estatutos reglas sobre la constitución del quórum que se sugieren sea valorado por cada sociedad, sin que signifique necesariamente la inserción del quórum reforzado. Asimismo, se propugna la mejora y adecuación en temas de convocatoria a juntas, el contenido de la convocatoria, el plazo, los medios de difusión; mejora en el derecho de información de los accionistas, antes y durante el desarrollo de la junta; habilitar la posibilidad del cese o ejercicio de acciones de responsabilidad, sin necesidad que esté previsto en la convocatoria.

Se sugiere activar el voto electrónico para evitar los costos que significan a los socios asistir en forma personal a la junta o asamblea; regular la agrupación de accionistas e inclusive la de nominar un representante para que actúe en su nombre y muchas otras referidas a los derechos de los accionistas.

En el desempeño de los directores, en lo posible cuidar que el directorio observe la simetría con la estructura de acciones; establecer con claridad el conjunto de facultades indelegables por parte del directorio y prever la sucesión del presidente del directorio; la aprobación de reglamentos que regulen su régimen interno, crear categorías en la estructura del directorio, incluir directores externos y entre ellos los independientes que con todos los

⁶⁴¹ La normativa boliviana no admite limitaciones a la libre transmisibilidad, con lo cual podría verificarse la toma de control.

requisitos establecidos resultan una novedad para la normativa boliviana; así el necesario nombramiento de un director externo como presidente del mismo.

La estructura del directorio constituida por el presidente, vicepresidente o vicepresidentes, el secretario y los ejecutivos obedecen a una visión corporativa y colegiada que de igual manera a la elección de directores sugerida contiene requisitos de calificación que pueden ser integrados vía estatutos⁶⁴², así como los procedimientos a seguir, además de los que se establecen en el C.Com.; son muchas y variadas las medidas que se sugieren en los lineamientos referidos a la responsabilidad del desempeño de los directores, los deberes subjetivos y objetivos que deben guardar en su comportamiento antes, durante y después de desempeñarse como directores. De igual manera el establecimiento de una política de retribución a los miembros del directorio debe estar claramente establecida y en función a la importancia y participación en la producción de valor para la empresa; de igual manera la del ejecutivo principal que se sugiere debe tener una remuneración mixta, es decir una fija y otra variable⁶⁴³ que dependa de los resultados de la gestión.

Otro punto álgido, que se afronta en los lineamientos, son las operaciones vinculadas y la autorización de las mismas, en las que se sugiere el establecimiento de normas de control en los directorios; asimismo la regulación sobre las normas que el directorio debe observar para la presentación de los estados financieros, cumpliendo normas internacionales de información financiera y de contabilidad, las que prevén que además de un auditor interno debe constituirse la auditoría externa bajo criterios de independencia de la sociedad y su renovación al menos cada cinco años a fin de preservar el principio de independencia con que deben cumplir sus

⁶⁴² Los que se sugieren en la Medida N° 25 referida al nombramiento de los directores y el establecimiento de un requisito de edad para los directores de ninguna manera podría ser incorporada en la normativa interna de las S.A. bolivianas por contravenir lo dispuesto en el art. 14. II de la Constitución Política del Estado vigente.

⁶⁴³ Se sugiere que sea un tercio la porción variable.

funciones; la información de los estados financieros debe ser útil para captar o mantener el régimen de inversiones en la sociedad.

Por último se sugiere adoptar la elaboración de un informe sobre gobierno corporativo a cargo del directorio y en base al informe de la comisión de auditoría y la de nombramientos y retribuciones, de manera que junto a la memoria anual muestren una evaluación de la implementación y prácticas de buen gobierno corporativo en la sociedad y que correspondan a la transparencia como uno de los elementos esenciales de estas normas, mostrando una serie de información referida a la composición accionaria, su estructura, políticas de pago de dividendos si la tuviera, la composición de la administración de la sociedad, el directorio con sus categorías si las hubiere, información sobre los vínculos y conflictos de intereses entre otros. A todo lo cual se añade la sugerencia de que se prevea que para la solución de conflictos o controversias al interior de la sociedad se pueda acudir a la vía arbitral, tomando en cuenta si la legislación no habría determinado la vía judicial como mecanismo obligatorio, lo saludable sería incorporar en lo que cabe la cláusula compromisoria de arbitraje en los estatutos; no obstante cabe recordar que entre los requisitos de contenido del instrumento de constitución de sociedades del art. 127 del C.Com, el inciso 13 señala que debe incluirse el compromiso sobre la jurisdicción arbitral.

Después de la emisión de estos lineamientos, casi más dedicados a las sociedades que cotizan en bolsa, aunque también aplicables a las que no lo son, bajo sus propias características, la CAF en el año 2010, al parecer entendiendo la diversidad del entramado empresarial y su composición societaria, ha separado por sectores los lineamientos para el buen gobierno corporativo dedicando cartillas de lineamientos de buen gobierno corporativo para las Pymes, empresas de capital cerrado y las empresas del Estado.

Éstas últimas son de interés para el presente trabajo, de manera que por las características y afinidades encontradas entre las empresas del Estado y

las SEM, se hace necesaria la revisión y comparación de los Lineamientos para el buen gobierno corporativo de las Empresas del Estado⁶⁴⁴ con los Lineamientos generales del año 2006, a efectos de encontrar puntos de coincidencia o de divergencia en la perspectiva de intentar proponer un esquema adecuado para las SEM en Bolivia.

La CAF advierte que los lineamientos para las Empresas del Estado (EPE) tienen la pretensión de hacer más efectiva y transparente la gestión en ellas, previene que no existe de ninguna manera la intención de que la entidad estatal deba ser privatizada; en todo caso debe mantenerse en manos del Estado cumpliendo parámetros propios de esa efectividad y transparencia tan buscadas con la implantación de normas de buen gobierno corporativo para la creación de valor en las mismas. Téngase en cuenta que muchas veces en estas EPE⁶⁴⁵ la razón de su constitución se debe a motivos de carácter social o económico, como ser la mejora del acceso o la calidad de los servicios públicos y el fomento o asistencia en sectores económicos deprimidos, o en sectores estratégicos; estos aspectos pueden tener efecto en que el directorio no se sienta expuesto a la misma disciplina que requiere su desempeño en la empresa privada, ya que podría gozar de acceso privilegiado a mercados financieros o que ante problemas financieros por manejo deficiente reciba ayuda estatal para salvar los mismos; no obstante como contraparte de estas ventajas, las

⁶⁴⁴ La CAF en los Lineamientos del buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado menciona que ha basado los mismos en las recomendaciones y principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) y los Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo de la CAF; los primeros cuyo objetivo es de ayuda a los legisladores en el desarrollo de normativas de regulación de las EPE, en cambio las de la CAF están dedicadas a mejorar el gobierno corporativo de las empresas en general.

⁶⁴⁵ La CAF ha destacado que en Latinoamérica el Estado sigue siendo el propietario de grandes empresas que operan en sectores estratégicos como son energía, transporte, comunicaciones y agua, entre los que ha destacado que están presentes problemas de falta de consistencia en sus objetivos, ausencia de claridad en la definición de responsabilidades de los directores y de procedimientos para su nombramiento, conflicto de intereses, por lo que después de un trabajo experimental llegó a concretar que tres son los elementos básicos encontrados en la implementación de las prácticas de buen gobierno corporativo en algunas EPE latinoamericanas: la despolitización del proceso, la identificación del propietario y la heterogeneidad de la estructura jurídica de las EPE. Vid. www.caf.com/publicaciones.

EPE pueden ser usadas en propósitos clientelistas del gobierno, o ser víctimas de la extracción directa de recursos de la empresa para financiar el gasto público entre otros, los que son limitantes al desempeño eficiente de la gerencia, lo cual redundaría en la reducción de la productividad en las mismas.

En algunas ocasiones las EPE por distintas razones, deciden participar en el desarrollo de actividades de comercialización, industria y prestación de servicios públicos con participación de los privados en condición minoritaria conformando sociedades de economía mixta SEM, en tales casos las prácticas de gobierno corporativo además de proteger los intereses de estos minoritarios, llegarían a proteger los intereses generales tendientes a la creación de valor evitando la injerencia directa por parte del Estado; se reconoce que para la implementación de los objetivos del gobierno corporativo en las EPE se precisa una reforma en las políticas del Estado respecto a éstas, en cierto modo dirigidas hacia la autonomía empresarial de las EPE, puesto que de esta manera se pueden mejorar los niveles de transparencia en la dirección y gerencia, lo cual no debe ser entendido como independencia, sino más bien la posibilidad del fomento a una sana retroalimentación continua de información entre las EPE y el Estado.

Varias son las condiciones que se plantean para que las normas de buen gobierno corporativo tengan en las EPE los efectos propuestos, entre ellos, además del mencionado anteriormente, está la delimitación clara y precisa respecto a cuál es la entidad estatal accionista de la EPE, la misma que será la que lidere la implementación de estas prácticas a partir de un diagnóstico independiente que muestre la situación real de las posiciones del Estado, los accionistas de la EPE y los diferentes actores involucrados en su funcionamiento. Se constituye como una pieza fundamental la elección de los directores, sugiriendo que guarde relación con selección de profesionales del mejor nivel de formación y experiencia, ya que se puede decir que ellos son el motor de promoción de los cambios en toda la estructura de la EPE; reiterando que se precisa el cambio del marco legal y

regulatorio para garantizar la implementación de las normas de buen gobierno corporativo. Una práctica considerada importante es la vinculación con la comunidad a través de programas de información, de inserción comunitaria y de responsabilidad social y ambiental.

1.1. Propuestas de la CAF para un buen gobierno corporativo en las EPE⁶⁴⁶

La CAF en los Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo de 2006 establece un sistema de cincuenta y una medidas clasificadas por su orden en siete grupos que están referidos a los derechos de los accionistas, las funciones de la junta o asamblea de accionistas, el directorio, el control e información de los estados financieros, el informe anual de buen gobierno corporativo y la previsión del arbitraje como forma de arreglo de controversias; en tanto que en los Lineamientos para el buen gobierno corporativo de las Empresas del Estado las ha clasificado en siete grupos y cincuenta y siete guías, muchos de ellos coincidentes con los primeros pero bajo sus propias características; en cambio los que destacan como diferencia específica son los que se refieren a la necesidad de un marco legal y regulatorio efectivo, la función de propiedad del Estado y la de control de información financiera y no financiera; en cuanto a los referidos a los derechos de los accionistas, la junta o asamblea de accionistas, el directorio y la previsión del arbitraje como forma de solución de controversias están basados en los lineamientos generales bajo sus propias peculiaridades, partiendo de que la propiedad de las acciones del sector público tiene influencia en los órganos de la EPE y también en el contenido

⁶⁴⁶ Cabe recordar que la Ley 466 de la Empresa Pública vigente desde el 26 de diciembre del 2013, ha tipificado a las empresas públicas en EE empresas estatales, EEM empresa estatal mixta, EM empresa mixta y la EEI empresa estatal intergubernamental, y a las tres últimas más la SEM las ha incorporado al Código de Comercio con la modificación del art. 126. Por lo que dada la composición mixta (público-privada) de la EEM, EM y EEI se podría plantear una diferencia para la implementación de los lineamientos de Gobierno Corporativo a diferencia de las EE que resultarían ser las EPE, aunque las líneas de distinción para su aplicación normativa en los diferentes tipos que se han establecido en la LEP no se encuentran constituidas de manera clara.

de los estatutos. En estas circunstancias los Lineamientos para el buen gobierno corporativo de las Empresas del Estado, bien podrían tener validez con relación a la SEM, pues no hay que dejar de considerar que cuando el Estado se asocia con los privados la norma mayoritariamente aplicable es el Código de Comercio.

Uno de los aspectos que diferencian a los lineamientos de la CAF del año 2006, con los lineamientos específicos para las EPE del año 2010, tiene relación con propender el establecimiento de un marco legal y regulatorio efectivo que tienda a la separación entre las funciones del Estado como propietario y como regulador del mercado, al respecto cabe señalar que en el caso boliviano con la promulgación del D.S. 29894 de 7 de febrero de 2009 se ha eliminado el sistema regulatorio establecido en la Ley 1600 de 28 de octubre de 1994 que sostenía el Sistema de Regulación Sectorial conocido como Ley SIRESE⁶⁴⁷. El D.S. 29894 promulgado al amparo de la CPEP, en primer lugar, cambia la estructura organizativa del órgano ejecutivo y en segundo lugar dispone la extinción de las superintendencias y con ello la del sistema regulatorio independiente del poder ejecutivo denominado órgano ejecutivo. A partir de ahí, con el D.S. 071 de 9 de abril de 2009 las competencias y atribuciones de las superintendencias son transferidas a los Ministerios del Estado y se crea una estructura compuesta

⁶⁴⁷ Es SIRESE Sistema de Regulación Sectorial corresponde al programa económico de los años 90, en el cual se encontraba vigente la CPE del año 2004, en la que el modelo económico asignaba al Estado en una posición de regulador, puesto que las empresas del Estado clasificadas en medianas, grandes y estratégicas fueron modificadas en su naturaleza jurídica e ingresaron en el programa de privatización y capitalización; las medianas y grandes fueron privatizadas y las estratégicas fueron capitalizadas. De esa manera es Estado mediante un sistema jurídico coherente con la posición tomada respecto a las EPE, promulgó la Ley SIRESE en la cual crea una estructura con las Superintendencias Sectoriales quedando a la cabeza la Superintendencia General del SIRESE con la facultad de regular, controlar y supervisar los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, agua y en forma posterior con la Ley 1700 de 12 de julio de 1996 se establece el Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables SIRENARE, lo que en definitiva significaba que el Estado no intervenía en la producción de bienes ni servicios. Vid. San Miguel, Walker, *Recursos y Procedimientos Administrativos del Sistema de Regulación Sectorial*, Ed. Eddy Peñaloza, La Paz-Bolivia, 2000, en que se describen los procedimientos administrativos del régimen de regulación sectorial, en el que la Superintendencia General como cabeza de todo el sistema tiene el deber de cuidar el equilibrio entre los intereses de las empresas y los consumidores dentro del mercado, con aplicación de procedimientos administrativos en los que no interviene el órgano ejecutivo; en cambio en el actual sistema de la Ley 071, en el recurso jerárquico el Ministro cabeza de sector resuelve dicho recurso.

por las Autoridades de Fiscalización y Control Social para los sectores de transportes y telecomunicaciones, agua potable y saneamiento básico, electricidad, bosques y tierra, pensiones y empresas, pero que en naturaleza institucional son dependientes de los ministerios cabeza de sector, con lo cual se puede afirmar que no existe la esperada separación de funciones del Estado como propietario y como regulador del mercado, puesto que el Estado es principal actor en la producción de bienes y servicios y las atribuciones que establece como funciones de las Autoridades no alcanzan a la imparcialidad de un verdadero ente regulador por razones que no son necesarias de mayor explicación⁶⁴⁸. De manera que el cumplimiento de esa clara delimitación de funciones del Estado como propietario y regulador del mercado, como una primera guía para la implementación del buen gobierno corporativo en las EPE, se encuentra bastante comprometida; en lo correspondiente a las SEM podría haber una atenuante, desde el punto de vista de la participación en las juntas y el directorio por los accionistas privados, tomando en cuenta los derechos que el propio C.Com., le asigna en su posición de accionista minoritario.

Respecto a la simplificación de las formas jurídicas de las EPE, evitando la creación de marcos legales específicos que creen condiciones comerciales y laborales especiales, en Bolivia se ha actuado de manera diferente pues por primera vez se ha promulgado una ley como marco normativo para el desenvolvimiento de las empresas públicas; así la Ley 466 de la Empresa le asigna a la EPE para su desenvolvimiento el ámbito jurídico de carácter público-privado, el cual guarda concordancia con la supletoriedad que le asigna al derecho privado, al que puede acudir más propiamente al Código de Comercio. Lo ideal según las guías de la CAF sería que las EPE sean

⁶⁴⁸ Desde la CPE del 2004 en el art. 228 establecía de manera insipiente la jerarquía normativa a partir de la constitución que constituye el marco normativo superior y que a partir de ella descenden las leyes, decretos, resoluciones y otras hasta las que reglan los aspectos más específicos; de manera que una norma de carácter inferior no podría sobreponerse a una de carácter superior. En la CPEP del 2009, el art. 410. II. establece esa jerarquía normativa de aplicación, desde esa perspectiva se ve que el D.S. 29894 de 2009 llega a extinguir y por tanto a abrogar la Ley 1600 de 1996, vulnerando la jerarquía normativa que pregonaba la Constitución Política del Estado Plurinacional.

administradas con las mismas formas jurídicas de los entes privados, lo cual no ha sido posible antes de la LEP y ahora tampoco lo es.

En cuanto a la posibilidad de que el marco legal y regulador sean flexibles para permitir ajustes en la estructura de capital de las EPE, la LEP⁶⁴⁹ establece como premisa que el nivel central del estado debe mantener la mayoría accionaria, debiendo emitir Decreto Supremo tanto para el aumento de capital autorizado como para la disminución del capital pagado; procedimiento similar tendría que optarse en las SEM., procedimiento que va de manera contraria a los lineamientos; de igual manera en relación a que las EPE y las SEM utilicen prerrogativas a su favor en cuanto a las condiciones de mercados y financiamiento, puesto que desde la composición de los aportes de capital en la SEM ya se permiten privilegios de exclusividad, liberaciones arancelarias, tratamiento preferencial de concesiones y otros que son contrarios a lo que propugnan los lineamientos de la CAF; en cuanto a las EPE la política de apoyo y protección de estas empresas públicas frente a las privadas es clara y se encuentra definida en el plexo normativo de constitución de las EPE.

La prevención como una guía de gobierno corporativo para evitar que el Estado intervenga de manera indiscriminada en la gestión ordinaria de las EPE, podría tener un soporte en las reglas dispuestas en la LEP, ya que en ésta se establecen atribuciones y competencias específicas y coordinadas para cada uno de los órganos de la estructura empresarial de las EPE, aunque mucho depende de su estricto cumplimiento y aplicación y además que el COSEEP⁶⁵⁰ también cumpla su rol propositivo y evaluador sobre las EPE. En la realidad debe ser el nexo gestor de la independencia de las EPE frente al Estado; la independencia estaría marcada por el respeto a las formalidades y requisitos para la elección cualificada, objetiva y

⁶⁴⁹ Vid. Art. 30 de la LEP, relacionarlos con el art. 13, inc. a), c) e i).

⁶⁵⁰ Es el Consejo Superior Estratégico de la Empresa Pública, constituido por la Ley 466, compuesto por el Ministro de la Presidencia, el Ministro de Planificación y el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, el primero de ellos es presidente del COSEEP.

transparente de sus directores, evitando que provengan de la administración pública. El COSEEP de acuerdo a las atribuciones que le asigna la LEP en el art. 13 es el órgano centralizador de cualquier iniciativa del Estado en la constitución o creación de las EPE; por lo que puede asumir ese rol que le asignan los lineamientos de la CAF para las EPE como Unidad de Control de Propiedad UCP.

*1.1.a. En relación a los accionistas y la junta*⁶⁵¹

La primera guía siguiendo las normas generales de buen gobierno corporativo propone una acción un voto y la emisión de informes sobre operaciones estratégicas con la finalidad de garantizar los derechos de los accionistas minoritarios, la cual es totalmente aplicable en las EPE porque la composición de su capital está dividida en acciones de igual valor que dan lugar al voto en juntas.

La conformación de un departamento de atención a accionistas e inversionistas esta correlacionada con el mantenimiento de una página web de la empresa, así como la implementación de los mecanismos de acceso a la comunicación electrónica.

Cabe prevenir que existe una diferencia en la estructura organizativa de la EE respecto a las EEM, EM y EEI, pues en la primera no existe una junta de accionistas, en cambio en las segundas sí, por lo mismo de la composición mixta de su capital; en cuanto a su aplicación en la SEM son aplicables las guías ya consideradas, además de las correspondientes a las juntas, lo nuevo sería la práctica de que deba exponerse información escrita en forma previa a los accionistas respecto a los puntos a tratar en la junta y la incorporación del voto electrónico en junta de accionistas.

Otra guía de importancia es la habilitación del derecho de los accionistas de solicitar la cesación o la apertura de acciones de responsabilidad contra los

⁶⁵¹ En los lineamientos se denomina Asamblea por lo mismo que en algunos países que integran la CAN se usa esa denominación, en Bolivia son Junta de Accionistas.

directores sin que el punto deba estar incluido en el orden del día de la junta, es que el C.Com., sanciona con nulidad la resolución de la junta sobre asuntos que no hayan sido incluidos en el orden del día y para instaurar las mismas, el mismo cuerpo legal condiciona la aprobación con resolución de la junta de accionistas; este vacío debiera ser corregido, pero no podrá ser vía estatutos.

En cuanto a la restricción de representación en junta por parte de los directores, el C.Com en el art. 273 prohíbe esta práctica, de manera que tampoco sería posible la emisión de poderes en blanco en la SEM; pero en las EEM, EM y EEI es probable que la prevención de prohibir el poder en blanco sea obligatoria, puesto que las entidades que la componen necesariamente deberán acreditar personeros ante la junta de accionista mediante poder, en el cual debieran insertar el sentido del voto; respecto a la presencia de los directores y gerentes en las juntas ya están incorporadas en el C.Com., y en las EE, EEM, EM y EEI también, puesto que la LEP así lo prevé.

1.1.b. Respecto al directorio

El directorio de las EPE y la SEM en base a las guías de la CAF pueden afianzar como función principal la planificación estratégica, la supervisión y el control de la sociedad, aunque en el presente trabajo se hizo mención a que en la SEM la junta podría intervenir en estas tareas con los efectos correspondientes; asimismo por las revisiones del derecho comparado español se habla de la misma posibilidad bajo la modalidad de relaciones interorgánicas de los órganos sociales.

En todas las empresas estatales y la SEM se debe prever que existen facultades del directorio que son indelegables sea a gerentes, ejecutivos u otros órganos como parte de la implementación del gobierno corporativo; también sería totalmente favorable la previsión referida al manejo de la sucesión del directorio y de la alta gerencia, para minimizar el impacto de la

transición la cual es factible incorporarla en los estatutos; asimismo el C.Com., prevé la adopción de reglamentos que regulen las labores del directorio, en las que sería importante incluir la categorización de los directores comprendiendo a los externos o independientes, el número de miembros que la componen, que siempre sean en número impar, los requisitos en cuanto a su calificación, la periodicidad de sus reuniones y el régimen normativo de las causales de responsabilidad, así como la de remuneraciones adecuadas y proporcionales a las ganancias en un régimen variable.

Las que mayor concordancia podrían guardar con la finalidad de facilitar la ejecución de las propuestas anteriores, sería que la presidencia del directorio siempre recaiga en un director externo independiente; igual que la creación de los comités de apoyo, de riesgos y la de implantar un procedimiento de valoración, autorización y revelación de operaciones vinculadas; la mayoría de estas no se encuentran reguladas en el C.Com., ni en la LEP, pero pueden ser incorporadas vía estatutos.

1.1.c. Sobre la información financiera y no financiera

Además de las mencionadas en los lineamientos generales, cabe subrayar la observancia de la rendición de cuentas por parte del directorio en los estados financieros, las que corresponden a la elaboración bajo normas internacionales de contabilidad, documentos que deben ser auditados por auditor externo independiente o el Comité de Auditoría, el cual siempre debe ser elegido por la junta de accionistas. Para el caso de haberse conformado un grupo empresarial como el de la Corporación de la LEP, el mismo auditor externo debe ser designado para todas las empresas del grupo y la repetición de su nombramiento debe ser limitada, en los lineamientos se sugirió no más de cinco gestiones.

La información no financiera se refiere a la que pueda garantizar total transparencia de los pactos entre accionistas, revelación de operaciones

vinculadas y toda aquella que sea relevante a los fines del conocimiento de accionistas, mercado de valores y el público en general interesado. La ocasión para la presentación de estos informes es incorporarlos en la memoria anual que se encuentra reglada tanto para las EPE en la LEP, como para las SEM en el C.Com., sin obviar que esta información también será de acceso por la Contraloría General del Estado.

En la LEP se ha dispuesto la presentación de informes semestrales por parte de los síndicos tanto a la junta como al directorio, sin embargo, nada obstaculiza que estos puedan ser de conocimiento de los socios y acreedores y difusión pública, salvo se encuentren entre los que se refieren a secretos industriales o datos que pueden causar perjuicio a la misma sociedad o empresa.

1.1.d. Resolución de controversias

En esta guía se sugiere adoptar la cláusula de sumisión al arbitraje a la cual nos referimos en los lineamientos generales respecto a las SEM, pero para las EPE la LEP en el art. 11⁶⁵², ha dispuesto el tratamiento diferente para las controversias entre socios y las que se susciten al interior y entre las EE, EM, EEM y EEI, a las cuales le ha asignado una normativa diferenciada, destinando en el primer caso a la legislación, instancias arbitrales y/o jurisdicción boliviana de acuerdo a la CPEP que en el momento de la promulgación de la Ley 466 de 26 de diciembre de 2013 era la Ley 1770 de 10 de marzo de 1997, denominada Ley de Arbitraje y Conciliación. Para la aplicación de las controversias al interior y entre las empresas estatales la

⁶⁵² El art. 11 de la Ley 466 señala: (SOLUCION DE CONTROVERSIAS) I. Las controversias que se susciten entre los socios de la empresa estatal mixta, empresa mixta, estatal intergubernamental a consecuencia de la interpretación, aplicación y ejecución de decisiones, actividades y normas, se solucionaran en el ámbito de la legislación boliviana, en las instancias arbitrales y/o jurisdiccionales del Estado Plurinacional de Bolivia, de conformidad a lo establecido en la Constitución Política del Estado. II. Las controversias que se susciten al interior y entre las empresas estatales, estatales mixtas, mixtas y estatales intergubernamentales, se sujetarán a regulaciones específicas a ser establecidas en la nueva normativa de Conciliación y Arbitraje. Las partes en controversia, previamente a recurrir a los tribunales arbitrales o jurisdiccionales, deberán agotar las instancias de conciliación.

nueva normativa a la fecha de elaboración del presente trabajo, ya se ha promulgado en la Ley 708 el 25 de junio de 2015, Ley de Conciliación y Arbitraje; en definitiva, esta ha venido a sustituir a la Ley 1770 que fue abrogada por la Ley 708. Sin ahondar más en el tema que sería digno de un trabajo diferente se puede concluir que el art. 4 de la Ley 708 dispone entre las materias excluidas de la conciliación y el arbitraje, entre ellas las que se refieren a la propiedad de los recursos naturales, tributos y regalías, contratos administrativos y otros que podrían reconducir a su aplicación en las EPE y las SEM.

2. LOS LINEAMIENTOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE EMPRESAS (AEMP) ⁶⁵³

Los lineamientos emitidos por la AEMP⁶⁵⁴, tienen un contenido clasificado en tres bloques dirigidos a potenciar los derechos de los socios y la asamblea o junta de socios el primero; las dirigidas a los administradores la

⁶⁵³ La AEMP Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas fue creada por el D.S. 071 de 9 de abril de 2009, se define su naturaleza institucional como entidad pública técnica y operativa, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independencia administrativa, financiera, legal y técnica, pero subordinada al Ministerio cabeza del sector que resulta ser el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural.

⁶⁵⁴ La Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 142/2011 de 30 de diciembre, referida a los Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales, tiene como sustento legal para su emisión a la Ley 2427 de 28 de noviembre de 2002, denominada Ley del Bonosol, que crea a la Superintendencia de Empresas y le asigna atribución de regular, controlar y supervisar las actividades relacionadas con el gobierno corporativo; de igual manera la Ley 2495 de 4 de agosto de 2003, denominada Ley de Reestructuración voluntaria, reitera las atribuciones antes mencionadas a favor de la Superintendencia de Empresas; posteriormente la Ley 3076 de 20 de junio de 2005, modificatoria de la Ley 2495 vuelve a señalar que la Superintendencia de empresas tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades relativas al gobierno corporativo. En forma posterior, se promulga el D.S. 29894 de 7 de febrero de 2009, denominada Estructura organizativa del Poder Ejecutivo del Estado Plurinacional, en la cual por el art. 137 se determina la extinción de la Superintendencia de empresas derivando sus competencias al Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural; finalmente el D.S. 071 de 9 de abril de 2009, se crea la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP), la cual tiene dependencia directa del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, pero que entre sus atribuciones le asignan la facultad de establecer lineamientos relativos al gobierno corporativo; basada en esta última norma la AEMP en el 2011 emite los lineamientos como instrumento de libre adopción e implementación.

segunda y la tercera la referidas a la gestión e información de la sociedad con la finalidad de que las sociedades comerciales⁶⁵⁵ puedan adoptarlas para lograr estándares mínimos de eficiencia, equidad, transparencia y probidad. Las veintitrés medidas que contienen los lineamientos tienen coincidencia con los revisados en los Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo, el aporte de los lineamientos de la AEMP está en que se ha realizado referencias puntuales a los artículos del C.Com., en que se establecen las diferentes medidas que sugiere el documento, lo cual favorece al entendimiento del socio que no tiene conocimientos del derecho societario, y queda como una especie de guía de interpretación de los artículos del C.Com.

La SEM como ya se analizó en capítulos anteriores, se encuentra tipificada como sociedad comercial por efecto de la modificación del art. 126 del Código de Comercio que realiza la Ley 466 en su Disposición final octava, en la que también se incorpora a la EM, EEM y la EEI, como sociedades comerciales, con la salvedad de que para éstas tres últimas el C.Com., tiene aplicación supletoria, ya que la norma especial a la que sujetan su desempeño es a la Ley 466; en cambio para la SEM el C.Com., es la norma de especial aplicación, quedando la LEP como disposición supletoria. De ahí que la SEM puede optar, siempre en forma voluntaria, sólo por implementar los Lineamientos de la AEMP o para mejorar su normativa de gobierno corporativo los Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado de la CAF, que son más integrales y tienen un contenido más adaptado a las empresas con participación Estatal.

3. LAS NORMAS DE BUEN GOBIERNO EN LA LEY DE EMPRESAS PÚBLICAS (LEP)

Cabe señalar que en los primeros años de la década del 2000, de manera específica algunas normas de buen gobierno corporativo han sido

⁶⁵⁵ Los Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas están dirigidos a la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

incorporadas en la legislación societaria boliviana en las sociedades capitalizadas a través de la Ley 2427 de 28 de noviembre de 2002 Ley del Bonosol, que regulaba el pago de un bono a los ciudadanos beneficiarios del mismo, este beneficio nace en los años 90, cuando a través del programa de capitalización de las empresas del Estado se crean los Fondos de capitalización Colectiva y Fondo de Capitalización individual los cuales son administrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, sociedades anónimas a las que se reguló en varios aspectos bajo un criterio de gobierno corporativo que no se encontraba prescrito en el C.Com.; así para la elección de directores y síndicos se establecen requisitos como la independencia y tener capacidad e idoneidad, las que debían ser aprobadas por un ente regulador del área. Asimismo se estableció un deber de información por la actuación que realicen los directores y síndicos nombrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP's), de acuerdo a un porcentaje de participación que era de al menos el veinte por ciento del capital social; de igual manera se establecen responsabilidades de directores y síndicos nombrados por éstas AFP's, por los perjuicios que cause su acción u omisión y además se establece el apoyo por parte de profesionales especializados a las tareas de los mismos. Se regula también el establecimiento de mayorías calificadas en el directorio, para la toma de decisiones respecto a contratos y operaciones en las sociedades en las que las AFP's tengan al menos un veinte por ciento del capital social; asimismo se establece el régimen de mayoría calificada para la toma de decisiones en la junta de accionistas cuando deba considerarse el aumento o reducción de capital y otras enumeradas en dicha ley. Otra novedad fue la designación por parte del directorio de un Comité de auditoría con atribuciones específicas, constituido por tres miembros de los cuales dos deben ser obligatoriamente directores que representen a los socios minoritarios. Pero todo este escueto sistema de gobierno corporativo además de haber sido aplicado, no en forma voluntaria sino obligatoria, fue

estipulado para las sociedades en que participaban las AFP's, por lo que el régimen no alcanzaba a otras sociedades comerciales.

En los lineamientos de buen gobierno corporativo de la CAF se mencionaba como un factor importante que este conjunto de medidas no se decreta, es voluntario y es necesaria su construcción gradual y continuada; empezando por el cambio de comportamiento de los distintos actores, es decir desde el Estado, la estructura organizacional de la EPE y todos los que están relacionados con su implementación.

El hecho de que las EPE o las SEM se categoricen entre unidades económicas que cotizan o no en la Bolsa de Valores, no es distinción suficiente para no poder implementar las prácticas de buen gobierno corporativo, la gran diferencia es que las que sí cotizan se ven en la imperiosa necesidad de adecuarse a ellas por el hecho de estar casi presionadas a mostrar transparencia, eficiencia y porque es necesario exponer sus cualidades con la finalidad de captar inversiones; en esta categoría se encuentran las EPE y SEM que participan en el sector hidrocarburos y algunas del sector de la minería.

En la LEP como se ha visto en párrafos anteriores se han observado algunos lineamientos para establecer en las empresas estatales el gobierno corporativo, pero expresamente en los art. 20 al 23 se refiere a la incorporación de prácticas de Gobierno corporativo en la Corporación⁶⁵⁶, diseñando un sistema normativo acorde con las normas de buen gobierno en las relaciones con las filiales y subsidiarias; por el contenido de estas disposiciones se puede colegir que si bien no han incorporado la mayoría de los lineamientos, se han observado muchos de ellos considerando

⁶⁵⁶ La Empresa Corporativa es la empresa matriz de una actividad, generalmente estratégica en la cual se agrupan filiales y subsidiarias, sobre las que aquella ejerce control y dirección sea de forma directa o indirecta; puede adoptar la forma de Empresa Corporativa de tipología estatal, o de Empresa Corporativa de tipología estatal mixta.

siempre la dependencia de otro organismo como es el COSEEP y por tanto, la implementación de los lineamientos queda a medias o distorsionada.

Luego en el art. 44 se hace mención del gobierno corporativo como un postulado para las relaciones entre las instancias de decisión en sus diferentes niveles y la aplicación de políticas, estrategias y lineamientos para generar buenas prácticas de gobierno. Se hace mención de la incorporación de mecanismos y directrices ágiles, eficientes, flexibles y transparentes considerando la dinámica empresarial de las EPE; en ese sentido se insertan reglas de planificación estratégica empresarial en las que se disponen diferentes aspectos referidos a planes, proyectos y su financiamiento en las que se observa que no queda claro cómo se implementarán los lineamientos en la práctica. En los capítulos III y IV del Título Tercero de la LEP, se esbozan de manera transversal algunas guías tendientes a incorporar las prácticas de gobierno corporativo, destacando que en el art. 61 se refiere a la Responsabilidad por la gestión de las EPE, estableciendo la responsabilidad civil y penal, pero disponiendo que la misma alcanza desde los miembros de las máximas instancias de decisión, que quiere decir Ministros, ejecutivos del COSEEP, directores, hasta los niveles ejecutivos o gerenciales y el personal, de manera que la responsabilidad es difusa y podría diluirse, de manera totalmente contraria con los lineamientos que propugnan claridad sobre el tema de la asignación de responsabilidad, lo que significa que las atribuciones y competencias de cada estamento involucrado tendrían que tener un esquema claro y no lo tienen.

Otro aspecto es que la suma de formas de responsabilidad que dispone la LEP, agrava la posibilidad que un profesional adecuadamente formado y con la experiencia necesaria, acepte tomar a su cargo la dirección o gerencia en una EPE, porque además de las responsabilidades mencionadas, se dispone que en forma adicional debe asumir por la gestión de las EPE las que devienen de la Ley contra la corrupción, enriquecimiento

ilícito e investigación de fortunas, Ley 004 de 31 de marzo de 2010, que alcanza también a los representantes del sector público en los órganos de gobierno de empresas mixtas y las SEM. Asimismo, agregando a las mencionadas a los directores se les asigna la responsabilidad solidaria e ilimitada dispuesta en el Código de Comercio.

De manera que algunas disposiciones que en intención del legislador tienden a incorporar normas de gobierno corporativo, no cumplen con tal postulado, en todo caso cabe decir que, al haberse promulgado una norma de nueva data para las empresas estatales, en la cual se menciona la observancia del gobierno corporativo habría sido la mejor oportunidad para integración normativa de los lineamientos de gobierno corporativo en el desempeño de estas entidades productivas de manera más coherente.

En conclusión, los códigos, recomendaciones, guías o medidas de gobierno corporativo si bien nacieron con la finalidad de remediar y mejorar las diferentes labores a cargo de los directores, su implementación era voluntaria, en algunas legislaciones como la boliviana todavía en las sociedades comerciales que no cotizan acciones en la bolsa o aquellas dedicadas a actividades de intermediación financiera, seguros y valores, en la actualidad sigue siendo voluntaria su implementación. Luego esas sugerencias se tornaron imperativas por que las sociedades y los inversores encontraron que uno de los factores siempre deseados era la transparencia de la información, y el asumir dentro de la sociedad el gobierno corporativo era doblemente beneficioso, por una parte al interior de la sociedad y por otra al exterior, aspectos sobre los que ya no es necesario volver. En los mercados más evolucionados, en la actualidad estos códigos han sido interiorizados en las disposiciones legales, sean leyes, decretos o resoluciones e incluso se han tornado imperativas en el sector de las sociedades cotizadas.

Al interior de la sociedad la tarea de implementar el gobierno corporativo es una competencia más de los directores, los que deben adecuarlas en la justa medida de la sociedad que gestionan y administran.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y PECULIARIDADES EN LA SEM

En esta parte el desarrollo del trabajo tendrá un contenido centrado en tres aspectos, el primero referido a la revisión del apoyo doctrinal y normativo de la responsabilidad de los directores, con mención de las diferencias y similitudes en el derecho comparado; el segundo consiste en identificar el tratamiento que este instituto del derecho societario ha recibido dentro del C.Com., boliviano más propiamente en el régimen de la S.A.; para en tercer lugar en un apartado especial, en base a los anteriores aspectos, mostrar las peculiares características de la responsabilidad de los directores en la SEM.

El directorio de las sociedades comerciales, como uno de los órganos con mayor acción dentro de la sociedad puede estar configurado en forma de órgano con una pluralidad de miembros como ya se vio o por una sola persona en el derecho comparado español que los denomina administradores o consejo de administración. Se puede decir que la administración o directorio es un órgano de existencia necesaria dentro de todos los tipos de sociedades comerciales, salvo en la Asociación accidental o de cuentas en participación; lo cierto es que en todas ellas hay un centro de poder que dirige los esfuerzos humanos y patrimoniales hacia el logro del objeto social; ese centro de poder puede estar a cargo de un solo administrador, varios administradores o estructurados de manera organizada en un directorio.

La forma como se hayan organizado, tiene repercusión en el momento de exigir la responsabilidad por el daño ocasionado, pues dependiendo de la forma de organización que se haya tomado para el ejercicio de este cargo, en caso de

haber ocasionado daño es posible aplicarles diferentes formas de responsabilidad sea por su acción u omisión. Hay doctrina que genéricamente se ha referido a la responsabilidad civil, administrativa, penal, tributaria, laboral, aduanera, ambiental, del consumidor y podrían atribuirse diferente tipo de responsabilidades en función a las áreas de actuación en la operativa empresarial de los directores⁶⁵⁷. A excepción de la responsabilidad civil y penal, respecto a los tipos de responsabilidad en materias específicas, el análisis en este trabajo no tendrá la amplitud o profundidad que merecen, porque superaría los límites del mismo.

La responsabilidad de los directores de la S.A. que subyace en el derecho societario está en directa e ineludible relación con el derecho civil, como origen y fuente para la atribución de responsabilidades, sobre cuyas implicancias referidas a la acción u omisión en el desempeño de los directores y siempre que hayan causado daño, pueden dar lugar a la aplicación de sanciones civiles y penales en su caso. La responsabilidad objeto de estudio es la de los directores de la S.A. por las razones harto expuestas en el presente trabajo, que tienen que ver con que el C.Com., la ha señalado como régimen subsidiario respecto a la normativa específica de las SEM en su desenvolvimiento.

En el desempeño de su cargo, los directores tiene dos vertientes de obligaciones a cumplir, unos tienen que ver con el marco de deberes imperativos de conducta sobre el que gira la aplicación o exigencia de la responsabilidad y, por otro lado está el marco normativo específico que se encuentra configurado por la ley, los estatutos y todas las normas complementarias ante cuya violación o incumplimiento se establecen también responsabilidades; en ambos casos, se procede siempre que haya ocasionado daño al patrimonio de la sociedad, los accionistas o terceros.

⁶⁵⁷ Vid. Gagliardo, Mariano, *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pag. 2341 y sgtes. Vid. Urenda, Juan Carlos, *Manual de la responsabilidad de los gerentes, directores y síndicos*; Ed. Plural, La Paz-Bolivia, 2012, pág. 14. Vid. Uría, Rodrigo, Menéndez, García de Enterría, "La Sociedad Anónima...", op. cit., pág. 912.

1. EL MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD

Respecto a la responsabilidad de los directores por el ejercicio de sus actos en la administración de la sociedad anónima, una primera aproximación muy trabajada por la doctrina se ha centrado en determinar si ésta corresponde a una responsabilidad contractual o extracontractual⁶⁵⁸, llegando a proponerse que la primera lo es frente a la sociedad y la segunda frente a terceros. En correspondencia a esos términos de responsabilidad, se encuentra que la normativa societaria establece un sistema de acciones judiciales de responsabilidad contra los directores, mediante las cuales se garantiza la protección patrimonial de la sociedad, los socios y terceros por los daños que les hayan causado los directores en el desempeño de su cargo.

Otra visión indica que las variables de la responsabilidad de los directores en el ejercicio del cargo se encuadran en la obligación de realizar una prestación, por lo que estamos ante una obligación de hacer y sujeta a un cumplimiento o incumplimiento; Quijano⁶⁵⁹ avanza más planteando el cumplimiento defectuoso de las obligaciones; pero además encuentra que es necesaria la distinción de si se trata de una obligación de medios o de resultados. En el primer caso, el comportamiento del obligado es el factor determinante puesto que el riesgo es asumido por el acreedor, y la negligencia del deudor para que no se produzca el resultado debe ser probada, es decir que la obligación del administrador sería probar la falta de diligencia en la realización de la prestación, lo cual la acerca a la responsabilidad subjetiva o culpa personal. En cambio en la obligación de resultados el riesgo es asumido por el deudor que queda obligado a realizar la prestación y de no mediar una causal de exoneración como el caso fortuito o fuerza mayor queda obligado a proporcionar el

⁶⁵⁸ Vicent Chulia, Francisco, Introducción al Derecho Mercantil..., Op. cit., pág. 368. Vid Rodríguez Carrau, Guzmán y Larraburu Acebedo, Florencia, "Una visión sinóptica sobre la responsabilidad de los directores y administradores de las sociedades anónimas", Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo-Uruguay, Enero-Junio 2013, N° 34, pág. 127.

⁶⁵⁹ Quijano Gonzales, J., "La responsabilidad civil de los administradores ...", op. cit., pág. 153 y sgtes.

resultado esperado que es cercano a la responsabilidad objetiva y la conecta con el daño y su consiguiente resarcimiento; de manera que la no producción de un resultado positivo por la administración no puede ser el determinante de la responsabilidad de los administradores, puesto que se estaría asumiendo la responsabilidad por culpa.

En ese entendido y siguiendo a Quijano, se aprecia que la obligación de administrar no es una tarea simple que puede ser ponderada por resultados, sino más bien es una labor que contiene una serie de actos especialmente complejos ejercitados sobre un patrimonio dinámico que debe ser explotado bajo criterios legalidad y oportunidad económica; de manera que los directores deben desenvolverse en el marco de una estructura societaria legalmente organizada para el desarrollo no menos importante de la gestión empresarial, dirigida al cumplimiento del objeto social y la obtención de un rendimiento o generación de excedentes sin asegurar resultados como exige el derecho de obligaciones.

El carácter de la administración es de existencia imprescindible para el cumplimiento del objeto social, así como en la prohibición de que otro órgano se atribuya las funciones que le son propias, constituyendo dos elementos importantes al momento de la atribución de la responsabilidad de los directores, de ahí que los elementos de atribución de la responsabilidad han sido objeto de diferentes posiciones doctrinales, como la que se basa en la calificación de la administración como órgano, pues de ésta se sustenta en el predominio de los aspectos legales sobre los contractuales como afirma Quijano⁶⁶⁰, que además está asentada en la superación de la tesis del mandato como medio de las relaciones entre la sociedad y los administradores; asimismo el desplazamiento de los aspectos contractuales hacia los legales como son el tipo de diligencia exigida, los supuestos de exoneración, las acciones y la forma de responsabilidad de los administradores.

⁶⁶⁰ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima”*, Primera reimpresión, Univ. de Valladolid Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1985, pág. 127.

Es que en la configuración del órgano de administración, como se vio antes, se obedece no solo a lo dispuesto por la ley preceptivamente en su conformación íntegra⁶⁶¹, sino también a la normativa interna impuesta desde los estatutos, las resoluciones de la junta de accionistas e inclusive las del propio órgano de administración. Además, cuando este órgano toma la forma de consejo de administración crea una variación respecto a la atribución del poder, pues se ha visto que dentro del mismo se llega a organizar un orden hasta cierto punto jerárquico con atribuciones propias, lo cual también tiene trascendencia respecto a la asignación de responsabilidades. Entonces, toda la estructura que se organice dentro del órgano de administración tiene correspondencia con la atribución de responsabilidad del órgano en su carácter de órgano colegiado y de éste puede descender a los directores en forma individual conforme se prevé en la disposición del régimen de responsabilidad solidaria aplicable a los directores en su conjunto.

Urenda⁶⁶² basado en las disposiciones del Código de Comercio boliviano, hace referencia a que la responsabilidad de los directores tiene su origen en el incumplimiento de una obligación o caso contrario en el incumplimiento de la ley expresa que tiene correlación con que las funciones de los directores son de índole comercial, de lo cual deduce que las normas de aplicación principal en la responsabilidad de los administradores son las del Código de Comercio y de forma subsidiaria las del Código Civil. Al respecto, dentro de un riguroso análisis realizado por Quijano⁶⁶³ en relación a que si la responsabilidad de los directores es una responsabilidad especial en razón de la materia, fundada en que se trata de una responsabilidad encuadrada en una ley especial y en específico en el sector del Derecho de sociedades que se encuentra dentro del Derecho mercantil; luego de sopesar que aunque esta responsabilidad es aplicable en forma específica a los administradores de las S.A., el autor

⁶⁶¹ La ley establece las formas de composición del órgano de administración, los requisitos personales, prohibiciones e incompatibilidades para optar al cargo, las causales de remoción, los plazos máximos para la función; otros requisitos específicos pueden incorporarse por la vía estatutaria.

⁶⁶² Urenda, Juan Carlos, Manual de la responsabilidad ...”, op. cit., pág. 14.

⁶⁶³ Quijano Gonzales, J., “La responsabilidad civil de los administradores...”, op. cit., pág. 129.

expresa que no corresponde hablar de una responsabilidad especial sino de una responsabilidad común con especialidades, en el que tiene su ámbito propio la acción social de responsabilidad; en tanto que en la acción individual por daño directo corresponde la aplicación del Derecho común. De manera que su posición es contraria a muchos autores que señalan que la responsabilidad de los administradores se encuadra en un derecho especial que es el derecho mercantil, y que el derecho común es subsidiario, corriente a la que nos habíamos sumado en anteriores afirmaciones.

En cuanto a que si el régimen de la responsabilidad de los directores de las S.A., está fundado en el incumplimiento de las obligaciones que les son inherentes o el de las que están impuestas por la ley, se puede afirmar que son de ambas por su correlación o concordancia exigida para deducir la responsabilidad de los directores, puesto que les están exigidos ciertos deberes de conducta en las obligaciones de hacer, como es la de administrar la sociedad, es decir como una obligación de hacer, que deben realizarla con diligencia, prudencia, lealtad y, todas estas cualidades deben ser empleadas en el cumplimiento del plexo normativo que regula la existencia y funcionamiento de la sociedad.

De todo el bosquejo de posiciones que se ha planteado, una primera cuestión es determinar el régimen jurídico de la responsabilidad que asume el director, una segunda sería establecer el contenido de los deberes u obligaciones del director; un tercer punto tendría finalidad de determinar los presupuestos de responsabilidad y un cuarto referido a cómo podría proyectarse la responsabilidad en la estructura del directorio.

1.1. El régimen jurídico de la responsabilidad

Una de las posiciones doctrinales más trabajadas por la normativa societaria vigente en Latinoamérica es la que reconoce que la responsabilidad de los directores de la S.A., en relación a la sociedad y los accionistas es de

naturaleza jurídica contractual, la cual está fundamentada en que los directores están sujetos a obligaciones legales específicas y definidas de manera previa; en tanto que la responsabilidad de los directores respecto a terceros sería extracontractual debido a que no existe esa obligación legal específica y previa que en concreto los terceros pudieran exigir⁶⁶⁴; en contraposición de esta postura se afirma que en realidad no existen dos tipos de responsabilidad, sino que la responsabilidad de los directores frente a la sociedad, socios y terceros es solo una y siempre de naturaleza contractual puesto que deviene del incumplimiento de obligaciones legales⁶⁶⁵ y estatutarias que son preexistentes.

El fundamento de si la responsabilidad de los administradores es contractual o extracontractual tiene importancia en la delimitación de varios aspectos; si partimos de la regla (*neminem laedere potest*) cuya previsión es la de no causar daño a los demás, por lo que en la práctica prevé que nadie puede causar daño a otro y en caso de producirlo debe responder reparando el daño, regla que sostiene la responsabilidad extracontractual; pues la contractual deviene de una relación jurídica preexistente, en función de lo cual se hace prudente mencionar que en el C.Civ., boliviano se encuentra en los art. 519 y 520⁶⁶⁶ el contractual; en tanto que la responsabilidad extracontractual en los

⁶⁶⁴ Rodríguez Carrau, Guzmán y Larraburu Acebedo, Florencia, “Una visión sinóptica sobre la responsabilidad ...”, op. cit., pág. 127. Vid. Ghersi, Carlos Alberto, *Cuantificación Económica-Daños...*, Op. cit., pág. 92 y sgts., en las que establece las diferencias de aplicación del ámbito contractual y extracontractual dentro del código civil y las consecuentes calificaciones en la medición del daño, toma en cuenta el autor la subsidiariedad del código civil en relación al código de comercio que es de especial aplicación en la materia, pero que por las características que implica calificarlas como contractuales o extracontractuales tienen en la apreciación del daño mayor contundencia las del ordenamiento civil.

⁶⁶⁵ En relación a las obligaciones que resultan de la posible imputación de la responsabilidad de los administradores con su origen contractual y extracontractual, se ha ubicado a las primeras como obligaciones de medios y a las segundas como obligaciones de resultados. En las de medios el compromiso es cumplir con la prestación comprometida, es decir lo que la sociedad espera que el administrador haga, que adopte las conductas que son idóneas al cargo; en cambio en la de resultados solo es necesario probar la existencia del nexo causal entre la obligación y el daño, salvo medie una causal de exoneración. Vid. Gagliardo, Mariano, *Responsabilidad de los directores...* Tomo I, Op. cit., pág. 23.

⁶⁶⁶ Se podría también mencionar, como lo ha referido alguna doctrina nacional abarcar desde el art. 450 al 954 en la que el C.Civ., regula en la Parte Segunda de las Fuentes de las Obligaciones en primer lugar los contratos en general y luego desde el art. 584 los contratos en particular. En precisión el art. 519 señala que: “(Eficacia del Contrato) El contrato tiene fuerza

art. 984 al 999, como fundamento general de la responsabilidad para los contratos comerciales y a la finalidades específicas. Sin embargo, de tener que aplicar la normativa para las finalidades específicas del derecho mercantil, el C.Com., en el art. 803 que corresponde al Libro tercero de los Contratos y Obligaciones Comerciales, dispone que: *“(Buena fe en los contratos) En todo contrato se presume la buena fe y, en consecuencia, obliga no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino también en lo correspondiente a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad.”* Si la responsabilidad de los directores derivara de un contrato de naturaleza mercantil, en principio se presume la buena fe, por lo que, si en los actos de ejecución se han producido daños a la sociedad, los socios o terceros, se tendría que probar la mala fe que se traduce en las conductas reprochables contrarias a la diligencia, prudencia y lealtad⁶⁶⁷. Pero como sostiene la doctrina en el comportamiento de los administradores de las sociedades no se aplica un régimen especial del derecho, sino que se aplica el derecho común.

El enfoque de que la responsabilidad de los administradores en relación a la sociedad y los socios va por la vía de la responsabilidad contractual y la de terceros por la vía extracontractual, tiene repercusión en la calificación del grado de la culpa y la consecuente responsabilidad de reparar o indemnizar el daño, de manera que se genera un centro de imputación diferenciado; así en la

de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por causas autorizadas por la ley”. El art. 520 señala que: “Ejecución de buena fe e integración del contrato) El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no solo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según la ley, o a falta de ésta según los usos y la equidad”.

⁶⁶⁷ Vid. Vanasco, Carlos Alberto, *“Manual de sociedades comerciales...”, Op. cit.,* pág. 181, en la que se puede apreciar un claro ejemplo de falta de lealtad: *“La Comisión Nacional de Valores (Security Exchange Comisión) de los Estados Unidos, ha sancionado al administrador que, tendiendo conocimiento de que la sociedad estaba por resultar beneficiada con una resolución que iba a adoptar un organismo estatal a favor de una actividad desarrollada por la sociedad, sin comunicar ese dato a sus socios, adquirió a bajo precio acciones en el mercado de valores”*. Después las acciones subieron significativamente y el administrador aprovechó para vender y ganar con la sustancial diferencia. Es una clásica forma de aprovechamiento con violación del deber de lealtad, pues el administrador tuvo conocimiento por la posición en la que se encontraba y sorprendió la buena fe de los accionistas.

contractual surge de la culpa leve⁶⁶⁸, salvo pacto en contrario, en cambio en la extracontractual surge de la culpa levísima. Esta ponderación de la culpa tiene efectos en el deber de reparar el daño; puesto que de calificarse la responsabilidad como contractual, el incumplimiento puede ser culposo o doloso; de ser culposo en la reparación del daño se tiene en consideración los daños previsibles al tiempo de contratar, en tanto que de ser doloso se tiene el deber de responder por el total del daño. Respecto a la responsabilidad extracontractual frente a terceros, en principio⁶⁶⁹, no existe ninguna posibilidad de graduar la reparación del daño en función a la culpa, inclusive podría alcanzar al beneficio que se hubiera dejado de obtener.

A los mismos efectos cabe considerar que en la responsabilidad contractual el daño debe ser directo y previsible, en cambio en la extracontractual es indirecto y no previsible. Asimismo, existen otros aspectos jurídicos que tienen relación con la calificación de la responsabilidad en contractual o extracontractual en materia civil, como son los plazos de prescripción, el régimen de solidaridad, las cláusulas de exoneración y el régimen probatorio, que se encuentran regulados dentro del Derecho de sociedades, las leyes y códigos que rigen la misma.

En la doctrina española con la finalidad de establecer si la naturaleza de la responsabilidad es contractual o extracontractual, Broseta Pont⁶⁷⁰ sostiene en forma diferente a las posiciones vertidas anteriormente, que la responsabilidad de los administradores respecto a los socios es extracontractual y no contractual como se ha sostenido por otros autores, basa su afirmación en que la relación del socio es con la sociedad y no con los administradores, de manera que la responsabilidad respecto a ellos sería extracontractual igual que

⁶⁶⁸ Esta la responsabilidad por incumplimiento, por cumplimiento tardío o por cumplimiento defectuoso, y los que de buena fe no hayan sido previstos al momento de la constitución del contrato.

⁶⁶⁹ Hay que tomar en cuenta la salvedad que el tercero haya tenido conocimiento de que el acto del que nace la responsabilidad se haya realizado contraviniendo la ley o normas internas de la sociedad.

⁶⁷⁰ Vid. Broseta Pont, Manuel, *“Manual de Derecho Mercantil...”, op. cit.,* pág. 420.

la que corresponde a terceros. Por su parte Uría⁶⁷¹ señala respecto a la LSA⁶⁷² de 1989, propiamente al art. 127. 1., vigente por entonces, donde se atribuía la responsabilidad por daños frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores, aunque no mediara culpa o negligencia en el incumplimiento, sino que el simple incumplimiento de la ley o los estatutos generaba responsabilidad con resarcimiento.

La posición que toma Llebot⁶⁷³ sobre la responsabilidad, parte de la posición fiduciaria de los administradores, que tiene su fundamento en que la relación jurídica entre la sociedad y los administradores es de naturaleza contractual y que se perfecciona con la aceptación del nombramiento, en el cual el contenido está definido por las disposiciones legales, los estatutos y otras reglas que se establezcan entre las partes. Pero se trata de un contrato incompleto porque no se pueden establecer de manera completa los respectivos derechos y deberes de las partes, por lo que en origen se prevén eventuales conflictos de interés; ese carácter incompleto del contrato explica la posición fiduciaria de los administradores que se define entre otros en el deber de fidelidad y diligencia a que están obligados de manera preceptiva, lo cual les impone asumir un modelo de conducta el primero y anteponer el interés de la sociedad sobre el suyo propio el segundo. Con ello se construye un mínimo de deberes exigibles a los administradores y su incumplimiento les acarrea responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio social, de los socios o de terceros.

Los deberes de diligencia y lealtad se constituyen como deberes fiduciarios generales, donde el deber de diligencia como forma de desempeño del cargo contiene a los deberes de ejercicio del cargo, de información, de imparcialidad

⁶⁷¹ Uría, Rodrigo, *Derecho Mercantil...*, Op. cit., pág. 342. Vid Uría, Rodrigo, Menéndez, García de Enterría, "La Sociedad Anónima...", op. cit., pág. 913.

⁶⁷² Estaba en vigencia la Ley de Sociedades Anónimas 1564 de 1989, que desarrollaba en el art. 127. 1. La disposición de que los administradores debían desempeñar sus cargos con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal.

⁶⁷³ Llebot, José Oriol, "Los deberes y responsabilidad de los administradores", AA.VV., Rojo Ángel, Beltrán Emilio, Campuzano Ana Belén, Dir., 5ta. Ed., *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág., 24 y sgtes.

y otros; en tanto que el deber de lealtad incluye en primer lugar el conflicto de intereses, la prohibición de realizar transacciones con la sociedad, explotar la posición de administrador, utilizar activos sociales o información confidencial y otros; en cambio el deber de secreto se constituye entre otros, en un deber específico.

Una postura doctrinal diferente a la contractual, extracontractual y la fiduciaria, expresa que la responsabilidad de los administradores se basa en la calificación de la administración como órgano⁶⁷⁴, pues de ésta se desprende el predominio de los aspectos legales sobre los contractuales como afirma Quijano⁶⁷⁵, está basada por una parte en el carácter de su existencia imprescindible para el cumplimiento del objeto social, así como en la prohibición de que otro órgano se atribuya las funciones que le son propias, constituyendo dos elementos importantes al momento de la atribución de responsabilidades.

En este modelo lo institucional está sobre lo contractual, de manera que se activa el poder de imperio normativo que regula la responsabilidad de los directores, de manera que en la configuración del órgano de administración, como se vio antes, se obedece primero a lo dispuesto por la ley preceptivamente en su conformación íntegra⁶⁷⁶, la cual ciertamente va complementada con la normativa interna impuesta desde los estatutos, las resoluciones de la junta de accionistas y las del propio órgano de administración. En ésta estructura cuando el órgano de administración toma la forma de consejo de administración crea una variación respecto a la atribución del poder pues en la misma se organiza un orden hasta cierto punto jerárquico

⁶⁷⁴ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”* op.cit., pág. 127.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, pág. 140. En la que desarrolla que la caracterización jurídica de la responsabilidad como contractual y extracontractual ha sido superada en el derecho europeo por la propia evolución del derecho común, pero además porque esta se conecta con la discutida aplicación de la teoría del mandato aplicable a la responsabilidad, la cual como se ha expuesto anteriormente ha sido superada por la teoría orgánica. Vid. pág. 157 en la que reitera su posición señalando que la razón fundamental para que la obligación de administrar no se encuadre como una obligación contractual está en la indeterminación de su contenido que es concebida como una actividad dinámica y de tracto sucesivo.

⁶⁷⁶ La ley establece las formas de composición del órgano de administración, los requisitos personales, prohibiciones e incompatibilidades para optar al cargo, las causales de remoción, los plazos máximos para la función; otros requisitos específicos pueden incorporarse por la vía estatutaria.

con atribuciones propias, lo cual tiene trascendencia respecto a la asignación de responsabilidades.

Toda la estructura que se organice dentro del órgano de administración tiene correspondencia con la atribución de responsabilidad del órgano en su carácter de órgano colegiado en primer lugar y de éste puede descender a los directores en forma individual conforme se prevé en la atribución del régimen de responsabilidad solidaria aplicable a los directores como órgano, en su conjunto.

En la doctrina argentina, Ghersi⁶⁷⁷ analiza la naturaleza contractual de la sociedad comercial en general en función a los objetivos económicos desde lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 19.550; luego en relación a la responsabilidad de los administradores emergente del art. 59⁶⁷⁸ de la misma Ley, afirma que esta corresponde a la responsabilidad subjetiva, y que a los fines de reparación del daño implica examinar elementos como la antijuricidad, imputabilidad y culpabilidad; la primera estaría basada en el incumplimiento del contrato en específico; la imputabilidad determinada por el nexo entre los actos y hechos de los administradores con el objeto social y la finalidad de potenciación económica y por último la culpabilidad como el reproche de la conducta antijurídica e imputable.

Ha merecido un análisis y visión diferente la responsabilidad civil y la responsabilidad penal de los administradores⁶⁷⁹, expresado en que la primera

⁶⁷⁷ Ghersi, Carlos Alberto, *Cuantificación Económica-Daños...*, Op. cit., pág. 4 en adelante en las que analiza la S.A. desde la visión como sistema económico en conexión con el objeto social y la producción de excedentes para los socios. Vid. Pág. 65.

⁶⁷⁸ El art. 59 de la Ley 19.550 señala que: "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión".

⁶⁷⁹ El Código Penal boliviano no establece sanciones expresas para los delitos que puedan ser cometidos por la sociedad, sin embargo, en la última reforma del código, se ha introducido en la parte general, el art. 13 ter referente a la "Responsabilidad penal del órgano y del representante" que señala: "*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente siempre que en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre, concurren las especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que el correspondiente tipo penal requiere para el agente.*", con lo cual se abre la posibilidad de

se origina en la contravención de un deber objetivo de cuidado, en tanto que la penal en un deber subjetivo de cuidado, que además ha de cumplir con el requisito de la tipicidad y antijuricidad sin que esto signifique la sustitución de la responsabilidad de responder por la indemnización del daño, que es calificada como la responsabilidad civil emergente del delito. Sobre todo, un aspecto que no se puede dejar de tomar en cuenta es el correspondiente al nexo causal que debe existir entre la conducta negligente y el daño causado. El régimen de responsabilidad civil de los administradores establecido por la normativa societaria deriva de los deberes que se imponen a éstos en sentido que deben cumplir sus funciones de administración y gestión con la diligencia debida y, en caso de no observar dicha conducta o que sus actos caigan en calificación de ilícitos que ocasionen daño, se encuentran constreñidos a su resarcimiento.

El Código de Comercio de Colombia de 1971 en relación a las facultades, restricciones y responsabilidades de los administradores ha debido ser complementado en el año 1995 con la Ley 222, de modificación del código y de regulación de los procesos concursales. De la primera norma cabe destacar que de manera contraria a lo dispuesto en la norma boliviana, argentina y española que obliga a la sociedad por todos los actos salvo los que sean notoriamente extraños, e inclusive en la española mediando buena fe respecto a los actos que no estén comprendidos en el objeto social, la norma colombiana dispone que en el contrato social se podrían incorporar limitaciones o restricciones las cuales serán oponibles a terceros⁶⁸⁰. Es evidente que no tendrían que ser limitantes o restrictivas al desarrollo del objeto social, pero de alguna manera podrían significar limitaciones que con su sola inscripción en el registro de comercio podrían ser oponibles a terceros, lo cual significaría que

responsabilizar personalmente a los directores en materia penal, por el ejercicio de sus funciones.

⁶⁸⁰ El Art. 196 expresa: Facultades y restricciones de los administradores. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad. A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionan directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.

quien contrate con la sociedad tendría que necesariamente proceder a la revisión del contrato social de forma minuciosa y previa para establecer si alguna restricción le afectaría.

En cuanto al régimen de responsabilidad la Ley 222 en el art. 24 ha dispuesto la responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios que por dolo o culpa hayan ocasionado a la sociedad, los socios y terceros, estableciendo las causales de exoneración entre los que incluye el voto en contra; se refiere también al incumplimiento y extralimitación de funciones, la violación de la ley o los estatutos que se presumen como culpa del administrador que responderá de forma personal por el daño causado y activa la vía civil para la calificación de la culpa y la consiguiente acción social o individual para perseguir la indemnización de los daños y perjuicios.

Se hace necesaria la mención de la presunción de culpa de los administradores, puesto que el principio general establece que la culpa debe ser probada por quien la invoca, la interpretación y aplicación de esta disposición en lo favorable sería una presunción *iuris tantum* que inclusive podría dar lugar a la exoneración de la responsabilidad. Además, las causales que el art. 24 de la Ley 222 expresa, contienen aspectos no concretos, como el incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o los estatutos que no darían lugar a una presunción *iure et de iure*.

El régimen legal de la responsabilidad de los directores en la normativa boliviana tiene un contenido general que es aplicable a todos los tipos sociales que regula el C.Com.; luego en el capítulo que corresponde a la S.A. asienta de manera transversal las causales de responsabilidad de los directores y del representante legal⁶⁸¹; normativa de contenido indisponible sobre la cual, en la regulación estatutaria, no es posible agravarla ni atenuarla. Pese a lo preceptuado en el C.Com., este cuerpo normativo no tiene capacidad de resolver por sí mismo toda la problemática planteada sobre el tema de la

⁶⁸¹ Además, en muchos artículos referidos a la responsabilidad, de acuerdo a las características, se incluye también a los síndicos y a los gerentes.

responsabilidad de los directores, por lo que acude de manera subsidiaria al C.Civ.⁶⁸², de manera que se hace necesaria la aplicación de la teoría general de la responsabilidad y por tanto a la aplicación del derecho común para solucionar estos aspectos de fondo del derecho comercial.

El articulado del C.Com., boliviano que configura el régimen jurídico de la responsabilidad de los directores de la S.A. de manera principal se asienta en los art. 321, 322, 323 y 324, concordadas con los art. 163, 164, 165, 166 y 167, pues la remisión a éstas como normas generales para las sociedades comerciales en general es incuestionable, porque la sistemática de este cuerpo legal así lo prevé porque la regulación de la responsabilidad de los directores y representantes de la S.A. estaría incompleta de no proceder de esta forma. Los aspectos sustantivos o materiales conforme los ha denominado Quijano⁶⁸³ se encuentran en esta parte; en cuanto a los aspectos procesales o adjetivos el legislador boliviano ha incluido la acción de responsabilidad de la sociedad contra los directores que podría calificarse como acción social de responsabilidad con sus propias características; en cuanto a la acción de responsabilidad individual que la legislación comparada en revisión ha incluido, no se encuentra específicamente regulada, en el C.Com., por lo que los accionistas y terceros acudirían al régimen supletorio del C.Civ.

En el examen de los aspectos sustantivos el legislador boliviano antepone la presunción de culpa colectiva e ilimitada de los directores frente a la sociedad, los accionistas y terceros, ante un supuesto de hecho negativo que es el mal desempeño de funciones por parte de los directores, entre otros, puesto que a ello se suman el incumplimiento de la normativa. La pauta positiva del desempeño esperado se enmarca en la diligencia, prudencia y lealtad como deberes de conducta de los directores, ante cuya infracción se activa la responsabilidad solidaria e ilimitada por los daños y perjuicios que resulten de

⁶⁸² El art. 1 que señala el Alcance de la Ley, dispone: El Código de comercio regula las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial. En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de esta Código y, en su defecto, las del Código Civil.

⁶⁸³ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”* op.cit., pág. 127.

su acción u omisión⁶⁸⁴; el calificativo de mal desempeño en sí mismo carece de objetividad, significaría simplemente lo contrario al buen desempeño que estaría encuadrado en la conducta diligente, prudente y leal del administrador.

Si bien en principio se realiza la atribución de la culpa colectiva a todos los miembros del directorio, puesto que les aplica la responsabilidad solidaria, de forma posterior establece una causal de exoneración como se verá más adelante; un segundo elemento se refiere a las características conductuales que deben observar los administradores y representantes, pero no incluye como lo hacen la norma argentina y colombiana, similar a la española en la que como un parámetro de esa conducta se propone la de un ordenado empresario o un buen hombre de negocios⁶⁸⁵. El C.Com., boliviano según Urenda⁶⁸⁶ establece sólo un estándar básico de comportamiento que contiene los conceptos de diligencia, prudencia y lealtad, es decir que no acude a invocar una diligencia en especial que sería la de los negocios o la diligencia empresarial sino más bien se trata de una diligencia básica y abstracta, la cual dentro de la doctrina ha sido valorada como una posición favorable que se opone al encasillamiento de parámetros de conducta sobre los cuales concluir si la administración ha sido prestada con diligencia, prudencia y lealtad.

De otro lado, se previene que la falta de cualificación de la diligencia en su aplicación práctica podría dar lugar a un entendimiento e interpretación discrecional por parte de las autoridades judiciales en su caso, ante lo cual el camino de la prueba se vislumbra tortuoso, oneroso y lleno de incertidumbre. Esta misma apreciación recae respecto a la prudencia y lealtad exigidas por ser atributos conductuales que deben adoptar los administradores y por tanto subjetivos, la forma de encarar el entendimiento de dichas reglas está

⁶⁸⁴ En todo el régimen de la responsabilidad de los directores existe una clara similitud entre lo dispuesto en el Código de Comercio Boliviano de 1977 y la Ley 19.550 de 1989, así con las variantes que se irán mencionando los art. 58, 59, 60, 273, 274, 275 y 276 de la Ley 19.550 tienen una redacción muy parecida a los art. 163, 164, 165, 328, 321 y 323 del C.Com. de Bolivia.

⁶⁸⁵ A este atributo se refieren tanto la Ley 19.550 de la Argentina, como la Ley 222 de 1995 de Colombia.

⁶⁸⁶ Urenda, Juan Carlos, Manual de la responsabilidad ...”, op. cit., pág. 21.

proporcionada por la doctrina. Así el desarrollo doctrinal sobre el contenido de la diligencia y lealtad ha sido basto por la importancia aplicada respecto a la responsabilidad de los administradores, desde su sentido conceptual básico como idea central que materializa una calidad de comportamiento o una tendencia respecto al tipo de conducta aceptable para la administración de una sociedad como aptitud personal y por tanto subjetiva.

Otra forma de interpretar da lugar a presumir que si el legislador boliviano no ha dispuesto un tipo de diligencia, daría lugar a la aplicación subsidiaria de la diligencia del buen padre de familia, que se encuentra establecido en el art. 815 del C.Civ., y que constituye el parámetro que mide la culpa en el desempeño del mandatario; lo que no sería extraño bajo la perspectiva de una interpretación literal de lo reglado en el art. 165 del C.Com.⁶⁸⁷, a lo cual hay que añadir lo dispuesto en el D.L. 16833⁶⁸⁸, en la que se retoma la aplicación del mandato al estatus jurídico del administrador.

Al administrador además del mal desempeño se le reprocha el incumplimiento o violación del plexo normativo que regula sus actividades, las cuales como se expuso antes se encuentran de manera transversal en el régimen legal especial y complementario. En cuanto a los actos que causen daño por culpa, con dolo, fraude, culpa grave o abuso de facultades, la imputación de responsabilidad nos remite al Derecho civil que hace diferencia entre la culpa y la culpa grave; la primera procedería de un cuidado o diligencia ordinaria del agente, en cambio a la segunda, parte de la doctrina y la teoría general de la responsabilidad, que encuentra en ella la forma más reprochable de la

⁶⁸⁷ (Inscripción del nombramiento y cesación de administradores y representantes). La designación y cesación de administradores y representantes deben inscribirse en el Registro de Comercio con indicación expresa de las facultades otorgadas en la escritura de constitución o en el poder Conferido ante Notario de Fe Pública. La falta de inscripción no perjudica a terceros.

⁶⁸⁸ El D.L. 16833 de 19 de julio de 1979, contiene el Reglamento de la Dirección General de Registro de Comercio y Sociedades por Acciones, que en los arts. 45 y 51. 9., se refieren al mandato como el instrumento en el cual se confieren las facultades para la administración general o especial de los negocios de las sociedades en general, entre los que está incluida la S.A.

negligencia y la ha calificado como equivalente al dolo que necesariamente deberá ser probado.

Otros parámetros son los que tienen relación con el fraude y el abuso de facultades; el fraude conforme expresa Urenda⁶⁸⁹ puede ser encausado en la tipificación del fraude comercial del Código Penal (C.Penal), que en el art. 325 tipifica este delito y puede abarcar al 338 sobre el fraude de seguro; sin embargo por lo que se expresó respecto a las actividades de administración y gestión societaria y empresarial de los administradores, no solo se está refiriendo a este tipo de fraudes tipificados como delitos en el C.Penal, sino a todo tipo de acciones fraudulentas, entre las que se señalan los que se realizan para eludir una disposición legal en perjuicio de terceros, que en el caso de la administración de la sociedad pueden ir contra la propia sociedad, los socios, terceros e inclusive el Estado; es decir se refiere a burlar los derechos de alguien con conductas falsas y engañosas que pueden ser componentes del dolo y siempre cabe tener en cuenta que la invocación de acudir al derecho penal es de *ultima ratio*, salvo que medie flagrancia.

El tipo de responsabilidad solidaria que el C.Com., atribuye a los directores en el art. 322 se podría calificar como una responsabilidad derivada, por la presunción de complicidad implícita, que conlleva como califica Morales Guillén⁶⁹⁰, puesto que se sanciona la responsabilidad solidaria con los directores que les hubieran antecedido por las irregularidades que aquellos hubieran cometido, estando los directores subsiguientes obligados a remediarlas o enmendarlas poniendo en antecedentes a los síndicos o a la junta general. Esta responsabilidad si bien parece no acarrear mayores consecuencias en razón a que el director puede liberarse de ella poniendo en conocimiento a los otros órganos sociales, sin embargo pone en evidencia que el director al momento de aceptar el cargo y que se incorpora a una empresa en marcha, debe realizar un examen exhaustivo de las gestiones y operaciones que se encuentran en curso, tomando en cuenta el origen jurídico y operativo

⁶⁸⁹ Urenda, Juan Carlos, Manual de la responsabilidad ...”, op. cit., pág. 33.

⁶⁹⁰ Morales Guillén, Carlos, Código de Comercio concordado..., Op. cit., pág. 381.

de los mismos, de otra manera su falta de previsión podría arrastrarle a hacerse responsable en forma solidaria de gestiones en las que poco o nada ha participado.

Al respecto Aranguren Urriza⁶⁹¹, señala que la responsabilidad de los administradores es personal y no orgánica, de manera que no tendrían por qué responder por los actos de sus predecesores, por lo que la relación de causalidad debe establecerse dentro del plazo en que el director estaba en el cargo. Con lo cual, siendo la responsabilidad de orden personal, no orgánica y que el plazo está definido por el tiempo en que se estaba ejerciendo el cargo, la disposición de la norma boliviana daría lugar a constatar la aplicación retroactiva de la responsabilidad, salvable con la remediación o el aviso de las mismas a los síndicos, pero sigue siendo una aplicación retroactiva de la responsabilidad, que no se encuentra presente en ninguna de las normas comparadas examinadas.

Tomando como base la revisión doctrinal sobre el régimen legal comparado de la responsabilidad de los administradores es necesario tratar de reconocer si la normativa boliviana en el C.Com., es contractual, extracontractual, fiduciaria u orgánica, vemos que en el contexto legal de la realidad boliviana y por la normativa vigente estamos ante una normativa mixta o ecléctica, dado que por un lado se prevé la separación de órganos con atribuciones específicas por cada uno de ellos; por otro lado el órgano de administración se encuentra establecido como cuerpo colegiado compuesto por un conjunto de miembros que asumen en primera instancia una responsabilidad solidaria y en la mayoría de los aspectos recibe el tratamiento como tal; no obstante en algunas disposiciones del propio C.Com., como en las que reglamentan su funcionamiento legal, se hace visible la aplicación del mandato como fuente de atribución de la responsabilidad de los directores, lo cual abre también la

⁶⁹¹ Aranguren Urraza, Francisco José, "Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Causas, efectos y extinción", AA.VV. , La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, N° 24, pág. 53.

aplicación de la responsabilidad contractual. El C.Com., al aplicar como norma supletoria el C.Civ., admite la aplicación de la responsabilidad extracontractual de los directores con la finalidad de la reparación del daño causado por los actos u omisiones de los directores.

1.2. Los deberes de los directores

Un primer presupuesto del deber de los directores es que el desempeño del cargo con diligencia, prudencia y lealtad es una obligación legal, que es impuesta con cargo a cumplir, naciendo ante su infracción el derecho de exigir un resarcimiento por los daños ocasionados a la sociedad, accionistas y terceros; pero ese deber impuesto de manera preceptiva, como se dijo antes, tiene en la normativa española, la LSC, un cierto contenido señalado por pautas como la de “ordenado empresario”⁶⁹², en alusión al rigor profesional que debe guiar los actos de los administradores y que anteriormente en la LSA se hacía referencia también al “representante leal” como una actitud a observar por parte del mismo, de manera que le exige anteponer los intereses de la sociedad y de los accionistas a los suyos propios. La normativa señalada dispone además, que esa diligencia exigida a los administradores debe tener en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones que se les atribuyen, marcando una segunda pauta respecto al contenido de sus deberes y fácilmente adaptable en la aplicación al caso concreto, puesto que la naturaleza del cargo en su contenido básico como administrador será el mismo, pero será diferente en cada sociedad en función al objeto social, de igual forma en cuanto a las funciones que la sociedad les atribuya a los directores en los estatutos.

⁶⁹² En el art. 225 de la LSC, de la que se deduce que la disposición referida a la diligencia de un ordenado empresario encuadra de alguna manera el tipo de diligencia exigido.

Según Iglesias y García de Enterría⁶⁹³, el ordenado empresario, se refería a un deber de diligencia o cuidado, en tanto que el del representante leal a un deber de lealtad o fidelidad que derivan en otras exigencias colaterales en su desempeño, como en la dedicación de manera eficiente, el evitar los conflictos de interés entre otros. En la vigente LSC de 2010, estos deberes han sido reordenados y clasificados con mayor rigor, así el deber del representante leal no ha sido eliminado sino más bien ha sido desarrollado con un contenido clarificador dentro de un conjunto sistematizado de deberes que se encuentran del art. 225 al 232, a los que haremos referencia en lo posterior.

El desempeño de los administradores que debe realizarse “*con la diligencia de un ordenado empresario.*”⁶⁹⁴, además de establecer un imperativo normativo a ser cumplido, resulta ser el contenido de una conducta que el director debe asumir al desempeñar su cargo; pero además de ello se encuentra una guía sobre el contenido del tipo de prestación predeterminado que puede marcar las pautas en caso de que el administrador deba ser juzgado dentro del contexto real de sus actos; aspecto que es extrañado dentro del C.Com., boliviano en el que el deber de diligencia no tiene ese apoyo delimitador del tipo de conducta; sin embargo la sistemática con que se debe entender remite a la diligencia en los actos jurídicos y económico-administrativos relacionados con el desarrollo del objeto social y no aquellos extraños a él. Es que el no haber fijado un parámetro de valoración objetivo respecto a la conducta del administrador, hace que tampoco se pueda estimar el grado de su falta de diligencia o el mal desempeño de sus funciones; tampoco se trata de que se haya establecido una medición concreta de la diligencia del administrador dentro del código o los estatutos, en todo caso en cada sociedad de acuerdo a su objeto social, su

⁶⁹³ Iglesias, Juan Luís, García de Enterría, Javier, “Los órganos sociales de ...”, Op. cit., pág. 411.

⁶⁹⁴ El art. 127.1, de la LSA del año 1989 expresaba que el desempeño de un administrador se realizará “*con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.*”; la LSC de 2010 ha variado el contenido de este deber en el art. 225 y ha separado el de lealtad, pero además impone que cada administrador debe informarse de manera diligente sobre la marcha de la sociedad.

dimensión y sus características propias se podrá delimitar el grado de diligencia que debió emplear el administrador en el cumplimiento de sus deberes.

Respecto a la prudencia y lealtad que exige el C.Com., boliviano como reglas de comportamiento bajo pena de responder en forma solidaria e ilimitada por los daños y perjuicios que cause su acción u omisión; en relación a la lealtad tiene que ver, no tanto con la forma de administrar, sino más bien con la cualidad o modelo de la diligencia en la administración de intereses ajenos, como expresa Quijano⁶⁹⁵, la lealtad que significa que el administrador debe anteponer los intereses de la sociedad a los suyos propios y tiene como sinónimo a la fidelidad, en ambos casos ese deber puede ponerlos en un conflicto de intereses al que hay que añadir el deber de secreto.

Respecto a la lealtad, Mambrilla⁶⁹⁶ en su análisis basado en las disposiciones de la LSA⁶⁹⁷, encuentra que éste deriva del principio general de la buena fe, pero además, dado que en la norma se encontraban separados los deberes de fidelidad y lealtad con sus propios contenidos, el autor señala que entre ellos existe una equivalencia, puesto que el deber de fidelidad también se corresponde con la diligencia exigida como comportamiento por parte de los administradores, dirigida al cumplimiento del interés social. Por su parte el deber de lealtad dentro de la norma española en la LSA, hace referencia a los motivos o causas por las que se producirían infracciones al deber de lealtad.

⁶⁹⁵ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”, Op. cit.*, pág. 201.

⁶⁹⁶ Mambrilla Rivera, Vicente, “Fidelidad y lealtad como deberes generales de los administradores de las sociedades anónimas”, AA.VV., Vitolo, Daniel Roque, Embid Irujo, José Miguel, Directores, *El derecho de sociedades en un marco supranacional, Unión Europea y Mercosur*, III Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Ed. Comares, Granada, 2007., pág. 209 y sgtes.

⁶⁹⁷ Es que la LSA del 1989 en el art. 127 bis y 127 ter, diferenciaba el deber de fidelidad del deber de lealtad, indicando sobre el primero que esa fidelidad se plasmaba en el cumplimiento de los deberes normados en la ley y los estatutos sujeto al interés social; en cambio los deberes de lealtad desplegaban un detalle minucioso basado en prohibiciones que van desde no usar el nombre de la sociedad, el conflicto de intereses, la prohibición de competencia y las personas que se consideraban vinculadas a los administradores y que constituían una posibilidad de que de igual forma se quebrante la lealtad del administrador. Posteriormente la Ley 1 de 2 de julio de 2010, Ley de Sociedades de Capital modifica reordenando el contenido dispuesto en la norma anterior; a la fecha en la revisión de julio de 2015, la LSC, se verifica una revisión por el legislador que ha desarrollado de manera explícita la mayoría de los deberes de los administradores.

Cabe tomar en cuenta que en forma posterior, en la LSC de 2010, ya no se incluye la mención textual al deber de fidelidad, entendiendo que no por eso desaparece como un deber de los administradores, sino que se subsume en el deber de lealtad centrando la fidelidad como la defensa del interés social o interés de la sociedad que siempre estuvo presente entre los deberes de los administradores. En el cumplimiento de las leyes y los estatutos, y justamente en el despliegue de las consideraciones vertidas por el autor respecto al amplio desarrollo del art. 127 ter de la LSA de 1989 respecto a la fidelidad y lealtad, se encuentran coincidencias y diferencias valederas que muestran que en la LSC el legislador español ha separado con sus propias manifestaciones lo que en la anterior norma estaba comprendido como el deber de fidelidad y lealtad.

A los fines de encontrar un fundamento explicativo de cómo se pueden entender o desarrollar estos deberes dentro del C.Com., boliviano, se podría expresar que la exigencia de lealtad como un atributo de comportamiento en los actos de los administradores, se traduce en la norma de conducta exigida de manera imperativa, que así como se encuentra ligada a la diligencia y prudencia exigen una norma de conducta por la cual los directores están obligados a un comportamiento que se encuentre dirigido al cumplimiento eficiente de las facultades que les han sido concedidas y que han aceptado; asimismo dentro del término lealtad, deben dirigir su conducta al logro del interés social y no del propio y en cuanto a la prudencia, en su acepción más simple significa llevar a cabo sus tareas con sensatez, cautela y que a efectos de la gestión administrativa se puede entender que significa llevar a cabo las tareas como si se tratara de su propio capital y no poniendo en riesgo extremo el capital que se le ha confiado en operaciones riesgosas no controladas que puedan acarrear pérdidas irreparables⁶⁹⁸.

⁶⁹⁸ Al respecto, la cita que Adam Smith, en relación a la prudencia, expresó en 1776: *“Los administradores... trabajan con los dineros de otros y no los suyos; no se puede esperar que ellos tengan el mismo cuidado y ansiosa vigilancia que tienen sus propietarios... negligencia y despilfarro prevalecerán, en mayor o menor grado, en este tipo de empresas”*. Tomado de la disertación sobre Buen Gobierno Corporativo, por Andrés Langebeak, Ejecutivo principal y vicepresidente de estrategias de desarrollo de la CAF., CAINCO, marzo de 2006.

Así de manera tan general como se encuentran señaladas en el C.Com., acarrea dificultad a la hora de la aplicación al caso concreto, por lo que se habilitan dos vías para lograr un desarrollo para mejor entendimiento. La primera tiene que ver con la modificación del sistema de responsabilidades dentro del C.Com., y la segunda con su incorporación por la vía de la reglamentación interna, es decir su introducción en los estatutos de la S.A., ambas vías han sido desarrolladas dentro de la práctica societaria española, puesto que la LSC en su versión consolidada del año 2015, ha elaborado el régimen de deberes de los administradores de manera más integral y detallada de acuerdo con la experiencia y la expectativa práctica del Derecho de sociedades, sin dejar de mencionar la influencia que ha tenido sobre estas modificaciones los Códigos de gobierno corporativo y la normativa de la Unión Europea; que dentro de la realidad boliviana la probabilidad de una modificación del C.Com., se presenta como una posibilidad poco tangible, en cambio la incorporación en los estatutos de las S.A. es la más viable, tomando en cuenta que existe como guía la legislación comparada y los Códigos de gobierno corporativo emitidos por entidades regionales como la CAF y las que han emitido las autoridades administrativas del sector empresarial como la AEMP.

Como se sostuvo antes, en la LSC Ley 1 de 2 de julio de 2010, la misma en su versión consolidada de julio de 2015 ha efectuado el desarrollo de los deberes de los administradores, en la cual se encuentran regulados por un lado los deberes de los administradores, con ciertas complementaciones respecto a la anterior versión refundida de la LSC y por otro los presupuestos y características de la responsabilidad de los administradores. Así entre los primeros se encuentran el deber de administración diligente apoyado en la naturaleza y funciones del cargo y el derecho de recabar información adecuada por parte de la sociedad⁶⁹⁹; el deber de lealtad con el desarrollo de un

⁶⁹⁹ El art. 225.3. de la LSC, señala como un derecho de los administradores para exigir y recabar de la sociedad información adecuada y necesaria para cumplir sus obligaciones, que supondría la provisión de información por la Junta de accionistas, puesto que el órgano con mayor fuente de información sería el de administración ; sin embargo no se puede ignorar que

contenido basado en la buena fe que enlaza con el deber de diligencia para el logro del interés social, pero además detalla las obligaciones básicas que se derivan del deber de lealtad, en el que incluye al deber de secreto. Este último que se ejecuta guardando secreto sobre todo tipo de información incluso cuando se haya cesado del cargo, con la única excepción de requerimiento legal. También se incluye la libertad de criterio e independencia, y la disposición respecto a evitar situaciones que impliquen caer en conflicto de intereses, sobre el cual la LSC describe situaciones concretas que se refieren a abstenciones que debe observar el administrador, tales como realizar transacciones con la sociedad, de usar el nombre de la sociedad invocando la condición de administrador, de aprovechar oportunidades de negocio, de competencia y otros, luego incluye un régimen de dispensa sobre esas abstenciones que se traducen en prohibiciones que deben ser levantadas por la junta general.

Asimismo con un contenido de *numerus clausus* señala el listado de personas que pueden ser consideradas vinculadas a los administradores y, por otro lado se encuentran los presupuestos de responsabilidad, sus características, los procedimientos de acción a ser instaurados y las condiciones de legitimación subsidiaria que deben cumplir los accionistas y acreedores al momento de querer ejercitar las acciones de responsabilidad que les correspondan, completando la sistemática de la responsabilidad de los administradores⁷⁰⁰;

conforme se tiene visto, la estructura interna del Consejo de administración puede ocasionar que la información dentro de ella no siempre esté disponible para todos los directores y por tanto resulta pertinente la disposición en ese sentido.

⁷⁰⁰ Se debe tener en cuenta que además se inserta en el art. 226, de la LSC, la protección de la discrecionalidad empresarial, que se puede interpretar como un parámetro basado en la buena fe como conducta rectora de los actos de los administradores, que puede dar lugar a que se entienda como cumplido ese estándar de diligencia del ordenado empresario que anteriormente era totalmente abstracto, al que además se le agrega la ausencia de interés personal en la decisión, información suficiente y bajo un procedimiento apropiado. Se agregó también en el art. 232, una aclaración expresa relacionada con la posibilidad de que además de las acciones social e individual de responsabilidad, se pueden interponer las acciones de impugnación, cesación, remoción y la anulación de actos y contratos cuando los administradores los hayan celebrado con violación de su deber de lealtad. De esta manera en la versión consolidada de la LSC, el régimen de deberes de los administradores además de haber modificado los contenidos de los diferentes deberes exigidos, apropia mediante listados de supuestos generales que constituyen la base para delimitar los mismos que en las normas anteriores eran más bien abstractas.

todo el contenido que se ha desarrollado sobre los deberes de los administradores han evolucionado dentro de la propia LSC con sus modificaciones y complementaciones, pero que parece que la realidad es más dinámica y la norma termina siempre como una norma no acabada.

En la legislación argentina las normas exigibles a los administradores con la finalidad de establecer la responsabilidad por sus actos es la Ley 19.550, que en el art 59, señala como regla obligatoria de conducta de los administradores y representantes de la sociedad la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, previendo que ante el incumplimiento se aplica la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren por acción u omisión; este mandato categórico a decir de Ghersi⁷⁰¹ en su primera parte es una función concreta o en sentido positivo refiriéndose a la lealtad y diligencia, a lo que agrega que se espera del buen hombre de negocios, que sus actos los desempeñe con eficiencia dirigida a la finalidad social, dentro de un marco de conducta económico-jurídico que le señala el mercado, la cual está destinada al logro de excedentes conforme a ciclos planificados y ejecutados en el tiempo y espacio adecuados, y donde el incumplimiento o inadecuación de la función de administrar no constituyen el comportamiento impuesto por la ley a la diligencia de un buen hombre de negocios. Resalta que el siguiente paso es saber si actuó solo con negligencia o hubo dolo en sus actos, vemos que Ghersi centra su análisis en el de logro de excedentes por parte de los administradores, para lo cual compatibiliza los atributos del buen hombre de negocios con las conductas de lealtad y diligencia, de manera que ambos conducen a la administración, entendida como un ciclo de procedimientos que deben cumplirse en tiempo y espacio. El buen hombre de negocios tiene el deber de cumplir dentro de la sociedad una función económico-jurídica medida por grados de eficiencia o ineficiencia, es evidente que bajo el parámetro de eficiencia o ineficiencia que sugiere Ghersi, estos no se puede ponderar como el cumplimiento de normas imperativas, por lo que son más aplicables al rendimiento económico, por lo que no pueden por sí mismas dar lugar a

⁷⁰¹ Ghersi, Carlos Alberto, *Cuantificación Económica-Daños...*, Op. cit., pág. 31

ninguna acción de responsabilidad contra los directores, en cambio al incumplimiento de normas jurídicas sí, sobre las que no son válidos los parámetros de eficiencia o ineficiencia.

En el análisis del régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley 19.550, se identifica al igual que en el C.Com., boliviano, la separación de las obligaciones del representante legal y la de los directores o administradores, así en la Ley 19550, las obligaciones que podrían dar lugar a la imputación de responsabilidad de los administradores están señaladas en diferentes artículos que contienen obligaciones y acciones que deben ser realizadas por estos, y que ante su infracción o vulneración resultan ser de responsabilidad que activa el consiguiente resarcimiento de los daños que se hayan producido, éstas disposiciones se inician desde los actos constitutivos hasta la liquidación de la sociedad⁷⁰², inclusive llegan a las que se tienen lugar ante las circunstancias de concurso y quiebra de la sociedad contempladas en la Ley 24.522.

En la legislación colombiana, la Ley 222 de 1995, contiene el desarrollo de los deberes de los administradores en el desempeño de sus labores, así el art. 23 incorpora la buena fe⁷⁰³, la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios como presupuestos normativos e imperativos en el actuar de los administradores, sin dejar de mencionar que el propósito último de sus actos será en favor del interés de la sociedad y sus asociados; pero además de haber prescrito la forma como deben cumplir sus funciones, se agrega en el

⁷⁰² Vid Gherzi, Carlos Alberto, *Cuantificación Económica-Daños...*, Op. cit., pág. 50 y sgtes. En la que hace un recuento preciso de los artículos en los que se encuentran las obligaciones de los administradores y de los representantes totalmente clasificadas desde los actos de constitución de la sociedad, todos los relacionados con las formalidades y cuestiones de fondo que constituyen mandatos a cumplir por parte de ellos, llegando hasta las obligaciones que le son impuestas en la liquidación de la sociedad. Hay que tomar en cuenta también que un importante flujo de obligaciones de los representantes y administradores está contemplado en la Ley 24.522 Ley de concursos y quiebras, las cuales se encuentran listadas por Gherzi en las págs. 55 a 58.

⁷⁰³ En relación a la buena fe, como principio general se encuentra incorporado en la normativa colombiana desde la Constitución en el art. 83, y el Código Civil que en el art. 769; el Código de Comercio en el art. 835, cuando regula el régimen de los contratos y obligaciones mercantiles, en lo concerniente a la representación establece la presunción de buena fe expresando: Presunción de Buena fe. Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.

mismo una serie de razones, objetivos y prohibiciones que son el fundamento inicial y no completo o cerrado de los deberes de los administradores, puesto que de ser solo esos, el cumplimiento de tales obligaciones dejaría en el vacío a todas las demás que cumplen los administradores en la realidad; o conforme señala Llebot⁷⁰⁴, resultaría casi impracticable pretender establecer *ex ante* todas las conductas que podrían exigirse a los administradores, afirma inclusive que sería improcedente.

1.3. Los presupuestos de la responsabilidad

La culpa como fundamento de la responsabilidad está originada en la reprochabilidad de la conducta del administrador, es decir, que el daño por sí mismo no es suficiente para la atribución de la exigencia de responsabilidad; ese daño debe estar conectado a una conducta o actos que se alejen de los mandatos exigidos por la ley, los estatutos y otras disposiciones, por lo que un componente importante de ese presupuesto de responsabilidad es el nexo causal entre los actos u omisiones de los directores con el daño ocasionado y que además el daño se ocasione al patrimonio de la sociedad.

La culpa debe ser atribuible al incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo⁷⁰⁵; de manera que no se podría hablar de una responsabilidad objetiva, sino de una responsabilidad subjetiva o personal; lo cual conduce a analizar este presupuesto de la responsabilidad en función al órgano sea directorio o consejo de administración, que está compuesto por un conjunto de miembros a los cuales se atribuiría en principio una culpa colectiva y no individual por su participación de manera conjunta o colegiada en el acuerdo del que resulta el daño. En la mayoría de la normativa comparada que ha sido revisada se dispone la salvedad de aplicación de esta culpa colectiva a quienes se hayan opuesto votando en contra o no hayan intervenido

⁷⁰⁴ Llevo, José Oriol, "Los deberes y responsabilidad ...", op. cit., pág., 27.

⁷⁰⁵ Conforme establece el art. 236 de la LSC y anterior art. 133 de la LSA Ley 1654 de 1989.

en la adopción y ejecución del acuerdo, o hicieron todo lo conveniente para evitar el daño; de manera que se abre la posibilidad de que comprueben de manera individual que no participaron de los actos u omisiones que desencadenaron la producción del daño⁷⁰⁶.

Dentro de la atribución de responsabilidad se considera que la culpa debe proceder del incumplimiento o violación de esos deberes preestablecidos que se encuentran preceptivamente impuestos en la ley, los estatutos, las resoluciones de la junta, las del directorio y otras que Quijano⁷⁰⁷ identifica como fuentes concretas y formales donde se señalan el conjunto de obligaciones a cumplir; en cambio no son apreciables bajo la misma óptica el cumplimiento de los deberes de administrar y gestionar, con diligencia, prudencia, lealtad que si bien se encuentran contenidas en la anterior, éstas disponen la forma de cómo se cumplirán tales obligaciones y que dan lugar a la posibilidad de ingresar en el análisis de los contenidos de tales deberes a la finalidad de valoración de la culpa.

Entonces, un primer presupuesto de la responsabilidad se refiere al daño como requisito básico para exigir la responsabilidad de su resarcimiento; Quijano⁷⁰⁸ señala que si el daño no llega a producirse, incluso si el administrador incurre en alguna forma de culpa, no se podría declarar la responsabilidad; pues la disminución o afectación del patrimonio social es el motivo por el que se

⁷⁰⁶ Es que los administradores dentro de los actos que despliegan en el cumplimiento de sus funciones sean en el ámbito del desarrollo del objeto social o giro empresarial o en el ámbito societario como uno de los tres órganos que constituyen la estructura social, pueden causar daños a los intereses de la sociedad, de los accionistas y de terceros; entre los daños a la sociedad están todos aquellos que lleguen a afectar al patrimonio o intereses de la sociedad, como ser; haber realizado una operación ruinosa, incorrecta, dejar prescribir una acción sin iniciar los actos procesales que correspondan, o que de la violación de las leyes resulte un daño contra la sociedad. Los daños a los accionistas se refieren a cuestiones como el haber privado indebidamente a los accionistas a asistir a la Junta general, haber retenido indebidamente las utilidades que les correspondan y a terceros la de celebrar contratos en nombre de la sociedad y no pagarlos; lo cual desencadenará la responsabilidad de los directores o administradores.

⁷⁰⁷ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”* op.cit., pág. 186.

⁷⁰⁸ *Ibídem*, pág. 204.

procede a exigir la responsabilidad, siendo indiferente si se produjo por su actuación contraria a la ley o a los estatutos.

El segundo presupuesto se encuentra en la culpa como elemento del supuesto de hecho de la responsabilidad; de manera que la responsabilidad contra el administrador debe estar constituida por una de las formas de culpabilidad. En la conducta del administrador se debe identificar la reprochabilidad subjetiva que en una de sus formas se trata de la diligencia que deben imprimir en sus actos, lo cual conduce a revisar si hubo culpa o dolo en la infracción a su deber de diligencia; en ambos casos ante el daño se genera la obligación del resarcimiento; pero la actuación dolosa conduce además a la aplicación de sanciones penales en las cuales los actos de los administradores estarán contaminados por la malicia, intención, negligencia grave o el ejercicio abusivo de facultades que pueden llevar a adecuar su conducta a un tipo penal.

El tercer elemento es el nexo causal o relación de causalidad que conecta el daño con el hecho que lo ha producido; en el cual reviste especial importancia la carga de la prueba, puesto que el daño pudo ser producto de la comisión u omisión. Reviste importancia el nexo causal cuando se trata de relacionar la causa-efecto a un órgano colegiado compuesto de varios miembros que actúan en forma conjunta y, en la que la atribución de la culpa individual puede resultar de hacer uso de la causal de exoneración que establece la norma, como no haber votado, haber tratado de impedir la ejecución del acto dañoso y otras, pues de no mediar ninguna de ellas, se atribuirá la responsabilidad solidaria aplicando la culpa al órgano, previo el establecimiento del nexo causal.

1.4. Estructura de la responsabilidad

En párrafos anteriores cuando se analizó la estructura del directorio y la facultad legal de nombrar gerentes y constituir comisiones, se vio también que los directores podían delegar ciertas funciones específicas, conforme señalan los arts. 327 y 330 del C.Com., mientras que hay otras indelegables. Al respecto los art. 302, 313, 314, 326 y 331 del mismo código revelan algunas

responsabilidades de los directores que son indelegables. De lo prescrito en dichos artículos se infiere que de haber nombrado el directorio uno o varios gerentes, estos asumen funciones con un régimen de responsabilidad idéntico al de los directores, pero esta asunción de responsabilidad por parte de estos gerentes no libera a los directores de su responsabilidad; es decir, que los directores asumen el deber de vigilancia y control sobre los actos de los gerentes, e inclusive de intervención⁷⁰⁹, si advierten un uso incorrecto o abusivo de las facultades delegadas.

De haber organizado el directorio un comité ejecutivo, en éste no intervienen terceros ajenos al directorio, sino que son los propios miembros que forman un comité con tareas de gestión específica; entonces el código tampoco libera o modifica el régimen de responsabilidad de ninguno de los miembros del directorio, pues los que componen el comité y los que no, están igualmente comprometidos con el cumplimiento de los deberes y obligaciones debidas en favor de la sociedad. Acaso se podría ejercitar una diferencia de responsabilidad de vigilancia y supervisión con respecto a los componentes del comité, por parte de los que no lo conforman.

Entonces, a partir de lo expuesto se podría hablar de una estructura de responsabilidad en cascada, donde se visibilizan responsabilidades superpuestas unas sobre las otras; el directorio como cuerpo colegiado con la integridad de sus miembros contrae una responsabilidad integral y completa sobre todos los actos u omisiones dentro de los ámbitos de atribución de facultades del mismo, es decir que se convertiría en una especie de paraguas que se superpone a los comités y gerentes que hubiera nombrado; debajo de éste quedaría establecida la responsabilidad de los comités que están conformados por algunos miembros del directorio y debajo de estos los gerentes. Creándose de ésta manera, una especie de estructura de responsabilidad en la que de arriba hacia abajo habría un deber de vigilancia y supervisión e inclusive de intervención, mientras de abajo hacia arriba habría

⁷⁰⁹ Uría, Rodrigo, Menéndez, García de Enterría, "La Sociedad Anónima...", Op. cit., pág. 914.

un deber de cumplimiento de facultades delegadas, sin que el directorio en pleno o cualquiera de los directores puedan deslindar su responsabilidad por delegación.

Sobre este análisis de esta estructura de la responsabilidad, si se aplicara la que Farrando⁷¹⁰ proyecta en el tratamiento del deber de secreto donde considera irrelevante cualquier estructura que se proyecte, todo lo expuesto caería por su propio peso, porque indica el autor, que se debe a una organización facultativa que adopta la sociedad⁷¹¹, donde la responsabilidad respecto al deber de secreto tendría una aplicación de tipo vertical, naciente en el caso del directorio de la S.A. boliviana, desde el presidente del directorio hasta todos los sujetos que han sido designados por el mismo, sea en comités o gerencias por el hecho de que les han sido atribuidas facultades de administración y gestión que otros actores dentro de la sociedad no ostentan. El análisis sobre el deber de secreto que Farrando sostiene, indica que éste deviene de la ley y por tanto su cumplimiento es un imperativo legal y no facultativo, pero que, por las características de este deber, se pueden sustraer del mismo a algunos sujetos que teniendo participación en la sociedad no tendrían ese deber. El fundamento de tal apreciación está en que los mecanismos de difusión de la información bajo secreto, darían lugar a un diferente tratamiento que el de la atribución de facultades de administración y gestión de la sociedad, que generalmente no son expresas, y que a su incumplimiento activan la responsabilidad de los directores; de manera que se puede considerar en este caso que la atribución de responsabilidad tiene conductos de individualización que pueden ayudar a su imputación, en cambio el deber de secreto por su característica de difusión por medios orales o

⁷¹⁰ Farrando Miguel, Ignacio, *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 94 y sgtes., en las que a la luz del deber de secreto de los administradores dispuesta en el art. 127. 2 de la LSA de 1989, proyecta una asignación de este deber entre las personas físicas y jurídicas que se encuentren involucradas.

⁷¹¹ Se consideran en la estructura de la S.A. española los requisitos de fondo y de forma para que una persona natural o jurídica sea considerada sujeto de cumplimiento del deber de secreto, así revisa los elementos formales de aceptación sea expresa o tácita por parte del nombrado, la participación de una persona jurídica como administrador o componente del consejo de administración, los administradores que representan determinados grupos minoritarios, los administradores suplentes.

visuales y la calificación de carácter confidencial que activa el deber de secreto, tiene la particularidad de requerir mecanismos más sutiles para establecer el nexo causal entre el daño y la acción u omisión que la haya ocasionado. Sin embargo, todo lo expuesto sobre esta estructura de responsabilidad tendría que contrastarse a la luz de lo dispuesto en la normativa societaria sobre la responsabilidad solidaria, que puede alterar lo propuesto.

Frente a la delegación de funciones sean de gestión o las ejecutivas o de administración que faculta el C.Com., se encuentran aquellas facultades que son indelegables, algunas son las que se mencionaron líneas arriba, otras se encuentran de manera transversal a lo largo del código, pero es de tener presente que si bien algunas responsabilidades indelegables se encuentran en el C.Com., el art. 326 dispone que los estatutos fijaran además otras funciones, atribuciones, deberes y obligaciones del directorio; de manera que sería importante que los estatutos recojan de manera ordenada estas funciones, atribuciones, deberes y, obligaciones indelegables del directorio, teniendo como marco las establecidas en el C.Com., así en la legislación comparada, la Ley 19.550 de la Argentina de igual manera que la norma boliviana no recoge de manera acumulativa las atribuciones y deberes indelegables de los directores, sino que se encuentran de manera transversal en dicha ley y prevén que el estatuto reglamentará su constitución y funcionamiento; en la normativa colombiana la Ley 410 prevé que las atribuciones de la junta directiva se expresarán en los estatutos, de manera que en el cuerpo del mismo código se encuentran las atribuciones indelegables como en su generalidad lo son las de presentar a la asamblea o junta los estados contables para su aprobación.

En cambio la LSC además de haber señalado la delegación de facultades bajo determinadas condiciones en el art. 249, en el art. 249 bis, ha señalado en forma expresa las facultades que son totalmente indelegables, entre las que señalan la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones y la actuación de los delegados; la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad, así como el nombramiento, destitución y retribución

de los mismos, la aprobación de remuneración de los consejeros en el marco del estatuto o de la aprobada por la junta y muchas otras que obedecen a tareas de gestión y administración y, otras formales como la convocatoria a la junta de accionistas, la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos⁷¹²; atribuciones indelegables que establecen una guía al momento de establecer la responsabilidad por los actos u omisiones de los consejeros, puesto que las atribuciones conferidas se consideran fuente de responsabilidad de los directores.

2. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

El principio de solidaridad indica comunidad de intereses y obligaciones, que cuando se aplica a la administración de sociedades, en que la misma es confiada a un conjunto de personas que legalmente constituyen el órgano de administración, parecería que se ajusta en forma totalmente natural por tratarse de un grupo de personas que actúan cohesionadas dentro del mismo y toman decisiones que se suponen favorables dentro del marco legal que regula sus funciones. Gagliardo⁷¹³, ha desarrollado el estudio de la solidaridad tomando como fuente el derecho de obligaciones y señala que la solidaridad se produce cuando la totalidad del objeto puede ser reclamada por cualquiera de los

⁷¹² No se puede dejar de mencionar que además la LSC, contiene en el Título XIV el régimen de las Sociedades Anónimas Cotizadas, en el cual se pueden verificar una serie de diferencias desde el concepto que refiere que para que una sociedad anónima sea considerada en la categoría de sociedad anónima cotizada debe cumplir con que sus acciones se encuentren admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores; estableciendo a partir de ese concepto una serie de normas aplicables en primer orden, quedando las disposiciones de la sociedad anónima de aplicación subsidiaria. La importancia de este tipo de sociedad está en los grandes volúmenes de capital que se mueven a través de ella, por ende la cantidad de accionistas y la dispersión de los mismos, de ahí que se regulan especialidades en cuanto a las acciones, como en el caso de la suscripción de acciones y otras particularidades en la junta general de accionistas, en la administración por parte del consejo de administración entre las que se encuentran expresamente en el art. 529 ter. las facultades indelegables que se agregan a las definidas en el art. 249 bis, reglas en las que se incluyen tareas de aprobación y determinación de planes y estrategias de inversión y financieros puntuales como especialidad de este tipo de sociedades, pero además se verifica la adhesión a las normas de gobierno corporativo.

⁷¹³ Gagliardo, Mariano, *Responsabilidad de los directores...*, Tomo III, op. cit., pag. 2089.

acreedores a cualquiera de los deudores, conforme se encuentra establecido también en la mayoría de los códigos en materia civil.

La norma societaria referida a la responsabilidad de los directores se interpreta como una presunción inicial *juris tantum* en la que todos los miembros del directorio son responsables, creando una imagen de responsabilidad colectiva, pero no es así, más bien se trata de establecer la presunción de culpa de todos sus integrantes, mientras no se prueben las causales de exoneración previstas en la norma⁷¹⁴. Pero además la solidaridad resulta ser un mecanismo eficiente de garantía de los acreedores, pues releva en inicio a quienes deban instaurar las acciones de responsabilidad de que se vean obligados a individualizar en forma previa el grado de participación de cada uno de los miembros del directorio, por lo que está presente la atribución de responsabilidad al órgano.

Sánchez Calero⁷¹⁵ hace referencia a que la prueba contra la aplicación de la solidaridad por los actos lesivos conduce a la posible exoneración de responsabilidad de algunos miembros, quienes al amparo de las causales establecidas en la normativa pueden ser excluidos de la acción de responsabilidad, a esos efectos se produce la inversión de la prueba, puesto que cada uno de los involucrados deberá hacer valer las causales que lo podrían exonerar. Así según dispone la LSC en el art. 237, quedan apartados de la responsabilidad solidaria los que prueben que no han intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, tampoco en su ejecución, que desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo posible para evitar el daño o que al menos se opusieron expresamente.

De manera que cuando el órgano de administración se organiza en forma sea de consejo de administración o directorio, la solidaridad se aplica al órgano puesto que todas las decisiones que hayan dado lugar a la producción de un daño, sea contra la sociedad, los accionistas o terceros, en principio vinculan la

⁷¹⁴ Uría, Rodrigo, Menéndez, García de Enterría, "La Sociedad Anónima...", Op. cit., pág. 914.

⁷¹⁵ Sánchez Calero Fernando, *Principios del Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 177. En el mismo sentido vid. Iglesias, Juan Luís, García de Enterría, Javier, "Los órganos sociales de ...", Op. cit., pág. 412.

culpa al órgano y no de manera individual a cada director; por lo que se estaría ante la aplicación de la solidaridad respecto a la culpa bajo la presunción *iuris tantum* de que todos los miembros del directorio han participado en la producción del daño; pero según establece la normativa esa presunción puede ser destruida aplicando el régimen de la inversión de la carga de la prueba contra el director que evidencie a su favor una causa de exoneración de la culpa⁷¹⁶.

En la norma boliviana se ha seguido la aplicación del principio de solidaridad en la atribución de responsabilidad sobre los actos dañosos de los directores⁷¹⁷.

3. EXTINCIÓN Y EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Después de todo lo apuntado y antes de ingresar en las causales legales de exoneración, hay que considerar que la responsabilidad no podría ser exigida a los directores o administradores siempre que se ocasionen pérdidas o falencia económica en la sociedad, puesto que en la gestión empresarial muchas veces las decisiones que en un momento son las más adecuadas y correctas, pueden tornarse mientras se produzcan los resultados en perjudiciales debido a cambios externos ajenos al accionar de los directores, por lo que para la imputación de responsabilidad de los directores, además de probar el nexo causal que se haya producido entre el daño y la actuación maliciosa, negligente o culposa de los directores, es necesario considerar, conforme sostienen Iglesias y García de Enterría⁷¹⁸, que tampoco significa que cualquier menoscabo en el patrimonio por cuantioso que sea, conduce a exigir la reparación del daño por parte de los administradores, sino aquellos que se

⁷¹⁶ Vid. Quijano Gonzales, J., “La responsabilidad civil de los administradores...” op.cit., pág. 257.

⁷¹⁷ El C.Com., de manera transversal dentro del régimen regulatorio de sociedades comerciales le ha atribuido en forma expresa la responsabilidad solidaria a los directores y en algunos casos también a los gerentes, conforme se puede verificar en los arts. 164, 166, 168, 170, 321 y 322.

⁷¹⁸ Iglesias, Juan Luís, García de Enterría, Javier, “Los órganos sociales de ...”, op. cit., pág. 412.

vinculen al ejercicio abusivo o negligente de sus atribuciones, pues hay que tomar en cuenta que toda inversión contiene un grado de riesgo.

Si bien se han establecido en forma expresa causales de exoneración de la responsabilidad de los administradores, la normativa española en el art. 236.2., de la LSC, excluye de las causales de exoneración que los administradores invoquen que el acto que ha causado daño haya sido autorizado o ratificado por la junta general de accionistas, de manera que si los directores quisieran descargar su responsabilidad con tal autorización, esta fundamentación no les es admitida como válida. Algunos autores mencionan que esta disposición además se dirige al reforzamiento de la independencia y autonomía de ambos órganos. Es que la disposición del art. 236.2., de la LSC, si se la relaciona con el grado de independencia que se concede a los administradores, de ninguna forma podría dar lugar a que éstos pretendan exonerarse de la responsabilidad de sus actos apoyados en tales autorizaciones o ratificaciones realizadas por la junta; las relaciones interorgánicas a las que se hizo referencia en párrafos anteriores entrarían en ésta mecánica de aplicación respecto a la responsabilidad, pero no como productoras de exoneración de la responsabilidad.

La Ley 19.550 de la Argentina funda la responsabilidad de los directores en el principio de solidaridad, pero también establece alternativamente un régimen individual de responsabilidad si el estatuto, el reglamento o la asamblea le hubieran asignado funciones individuales; lo cual significa que la responsabilidad de los directores ha de reconducirse de acuerdo a como les hayan sido asignadas las responsabilidades. Gagliardo⁷¹⁹ hace una puntual referencia a que la norma argentina diferencia cuando se dirige al órgano colegiado y a los directores en cuanto a la atribución de la responsabilidad.

⁷¹⁹ Gagliardo, Mariano, *Responsabilidad de los directores...*, Tomo III. op. cit., pag. 2093.

El régimen de exoneración o exención que destruye el principio de solidaridad se halla en el art. 274 de la mencionada ley y dispone que el director que haya participado en la deliberación o resolución o que la haya conocido para quedar favorecido con la exención de responsabilidad, debe dejar constancia escrita de su protesta y debe dar noticia al síndico en forma anterior a que su responsabilidad haya sido denunciada al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente o se haya iniciado la acción judicial. Lo que significa la activación de la vía del salvamento del voto con constancia escrita en el acta de la junta del directorio, además de la puesta en conocimiento inmediato al síndico, la asamblea o la autoridad competente en forma previa a la iniciación de la acción poner al director en la alternativa de la denuncia inmediata de la resolución que pudiera resultar dañosa para la sociedad, con la finalidad personal de exonerarse de responsabilidades.

La otra forma de liberación de la responsabilidad contenida en la Ley 19.550, es la extinción de la responsabilidad de los directores, disposición que tiene parecido tenor al expuesto en el art. 323 del C.Com., boliviano, en el cual se dispone la extinción de la responsabilidad de los directores y gerentes por la aprobación de su gestión, por renuncia expresa o transacción resuelta por la asamblea, pero condiciona a que la responsabilidad no sea por violación a la ley, el estatuto o reglamento, o si no media oposición del cinco por ciento del capital social por lo menos. Esta última condición de que medie la oposición del cinco por ciento del capital social no se encuentra en la norma boliviana, tampoco la salvedad sancionada con ineficacia de la extinción de la responsabilidad cuando la sociedad se encuentre en liquidación coactiva o concursal.

Expresamente la Ley 19.550 en el art. 72, dispone que no es causal de liberación de responsabilidad de los directores, la aprobación de los estados contables, diferenciando que no es lo mismo aprobación de los estados contables y la aprobación de la gestión.

El C.Com., boliviano en el art. 323 de manera parecida en cuanto al sentido que la norma argentina⁷²⁰, pero contraria a la del derecho español, en el último párrafo del mismo establece la extinción de la responsabilidad de gerentes y directores frente a la sociedad cuando su gestión ha sido aprobada, pero establece la salvedad de que la responsabilidad no provenga de la violación solo de la ley, no de los estatutos o reglamentos; de manera que esta forma de extinción de la responsabilidad que establece el C.Com., es muy frágil o precaria, su debilidad radica en el contenido intrínseco del mismo, puesto que el resultado de la aprobación de la gestión supone que ninguno de los actos ejecutados por el director haya sido efectuado en contravención a la ley, caso contrario no habría podido ser aprobada; no obstante, dado que quienes intervienen en forma activa en la junta son los accionistas y en forma pasiva los directores, supondría que los accionistas antes de aprobar la gestión de los directores se encuentran con toda la información legal y de apoyo que contenga datos precisos, así como pedir mayor información en el desarrollo de la junta con la finalidad de resolver la aprobación de la gestión dentro del marco de respeto a la ley, por lo que la aprobación de la junta a la gestión de los directores y gerentes no solo debe realizarse por el contenido favorable a la sociedad y los accionistas, sino porque no contraviene la ley, pues podría en algún caso ser solo lesivo a terceros, quienes tendrían expedita la vía de la acción social, por tanto la causal de extinción quedaría sin sustento por infracción de la ley. Además, una resolución de la junta nunca es un documento cerrado y lacrado para su revisión, ya que hasta que procedan los plazos de prescripción de la acción, podrían ser impugnados de conformidad a lo estipulado en el C.Com., pero tampoco esto quiere decir que no se pueda aprobar la gestión de los administradores, porque no hacerlo significaría una especie de invalidación tácita de los actos de gestión de los directores.

Las otras causales de extinción un tanto más firmes se refieren al desistimiento o transacción acordada por la junta general, lo cual significa que ya hubo un

⁷²⁰ La norma argentina se refiere a la aprobación de los estados contables, en cambio la norma boliviana se refiere a la aprobación de la gestión, aspecto que es diferente por el contenido.

inicio de acción o la misma ya ha sido instaurada, de manera que las partes en conflicto habrían arribado a un acuerdo conciliatorio que depone la continuación de la acción.

Respecto a la exclusión o exoneración de la responsabilidad de los administradores en Colombia, la Ley 222 establece en el art. 24 la exoneración de la responsabilidad solidaria e ilimitada a quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión, a quienes hayan votado en contra con la condición de que no la ejecuten, que son causales que se repiten en la mayoría de los textos legales revisados; pero la norma colombiana va más allá en el cuidado de la aplicación de la responsabilidad de los administradores y las causales que les exoneren o disminuyan. Así en el mismo art. 24, señala que se tienen por no escritas las cláusulas del contrato social que de alguna manera absuelvan de responsabilidad a los administradores, o tiendan a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para el ejercicio de su cargo y este aspecto tiene relevancia puesto que los impredecibles y aleatorios daños que puedan ser en definitiva cuantificados, bien podrían superar el monto de la fianza, lo cual abre otro cauce procesal que no corresponde analizar ahora, de manera que la previsión que hace la norma colombiana sobre este particular previene la posibilidad de burlar o al menos retardar de alguna manera el resarcimiento del daño, en su caso.

Otra causal que impide la exoneración de responsabilidad, se encuentra en el art. 45 de la Ley 222 que versa sobre la negativa de exoneración de la responsabilidad por la aprobación de las cuentas, de manera análoga a las normas del derecho comparado revisado.

4. LAS ACCIONES PARA RECLAMAR LA RESPONSABILIDAD

El daño directo y el daño indirecto son factores que dan lugar a la caracterización del tipo de acción que corresponde ejercitar para reclamar el

resarcimiento de los daños patrimoniales y perjuicios que han ocasionado los actos u omisiones de los directores. Así, la legislación comparada señala que cuando se ha producido un daño directo a la sociedad o indirecto a socios y terceros, la acción que corresponde es la acción social de responsabilidad; en tanto que cuando el daño es directo a los socios o a terceros corresponde la acción individual de responsabilidad.

4.1. Acción social de responsabilidad

De acuerdo a las disposiciones legales españolas cuando la sociedad es objeto directo del daño generado por los actos u omisiones de los directores, se produce en primer orden la legitimación activa de la sociedad para interponer acción judicial de responsabilidad en contra de los directores, con el fundamento de la defensa y protección del patrimonio social requiriendo la reparación del daño.

Esta acción social de responsabilidad según Aranguren Urriza⁷²¹ está basada en el contrato de administración que rige la relación contractual entre la sociedad y los administradores cuyo contenido está compuesto por la ley y los estatutos; establece la diferencia de ésta acción por su carácter orgánico respecto a los contratos de carácter negocial que se convienen con la sociedad.

La doctrina se ha sustentado en dos aspectos que afianzan esta acción social de responsabilidad, el primero es que cualquiera sea, la sociedad, los socios o terceros por su orden, que instauren la acción lo hace en defensa del patrimonio social en función al grado del daño, hasta el logro de su restitución. El segundo es que conforme se dijo, en principio la legitimación para instaurar la acción judicial de responsabilidad contra los directores la tiene la propia sociedad, respaldada por una resolución de la junta de accionistas⁷²². Luego

⁷²¹ Aranguren Urriza, Francisco José, "Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores ...", op. cit., pág. 22.

⁷²² En el art. 238.1. de la LSC se dispone que puede resolverse este tema, aunque el mismo no haya sido propuesto en el orden del día, los efectos del mismo será la destitución de los

en segundo lugar la LSC en el art. 239 dispone la acción subsidiaria en favor de los accionistas que representen el porcentaje que los habilite a convocar a la junta general, es decir el cinco por ciento del capital social, para que soliciten la convocatoria de la junta a fin de que decidan iniciar la acción social de responsabilidad; pero en caso de que los administradores no la convoquen o decidido que haya sido el inicio de la acción de responsabilidad, si dentro del plazo de un mes no la entablaren, éstos podrán ejercer la acción *ut singuli* en favor de la restitución del patrimonio social, no del individual que corresponde a la acción individual que tiene otros fundamentos. Podrán interponer directamente la acción social de responsabilidad sin decisión de la junta general, cuando la misma se funde en la infracción del deber de lealtad; sin embargo, bajo cualquiera de las formas que se llegue a interponer la acción social de responsabilidad, no significa que lo hagan en su propio favor, sino siempre en favor de restituir el patrimonio social y no el propio.

En tercer lugar si la sociedad por sí misma y los accionistas en nombre de la sociedad no instauran la acción social de responsabilidad contra los directores, los acreedores pueden ejercer este derecho que es subsidiario en relación a la sociedad y los accionistas, pero la condición a cumplir es que el patrimonio social sea insuficiente para satisfacer sus créditos; en este caso los acreedores tampoco ejercita esta acción en defensa propia de sus créditos, sino a favor de la restitución del patrimonio social.

La acción social contra los directores se encuentra establecida en la Ley 19.550 de la Argentina con un matiz parecido a la normativa española, puesto que habilita la legitimación activa a favor de la sociedad para interponerla con autorización previa por parte de la junta de accionistas, este tema puede ser tratado en la asamblea, aunque no haya estado incluido en el orden del día, pero es necesario que sea consecuencia directa de un asunto incluido en el mismo. El primer efecto de esta decisión recae sobre los directores o director

directores involucrados; pero también la LSC abre la posibilidad de transigir o renunciar a la acción, aunque se haya iniciado el proceso, otorgando a una minoría de al menos el cinco por ciento del capital social, la facultad de vetar la decisión de transigir o renunciar a la acción.

involucrado puesto que su remoción y reemplazo son inmediatos. La normativa argentina habilita también a que los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social puedan activar la acción social de responsabilidad, que seguramente deberá tener los mismos efectos respecto a los directores o director involucrado y la autorización previa de la junta de accionistas.

Además, faculta a que cualquier accionista pueda promover la acción social de responsabilidad contra los directores, si en el plazo de tres meses después del acuerdo de la junta ésta no hubiera sido iniciada, lo cual significa ejercitar la acción *ut singuli* cuya finalidad es perseguir la restitución del patrimonio social y no la individual por daño directo.

En la Ley 222 de 1995 de Colombia se estipula un régimen de acción de responsabilidad que tiene cierta similitud con lo dispuesto en las normas anteriormente revisadas, propiamente el art. 25 de la mencionada ley dispone expresamente que esta acción corresponde a la sociedad, la cual debe ser autorizada por la asamblea, aunque no se haya incorporado en el orden del día. La diferencia que establece la norma colombiana está en el señalamiento del quórum tanto para convocar a la asamblea como para la votación, de manera que estaríamos ante un quórum parecido al de las asambleas extraordinarias⁷²³. Para la convocatoria a esta asamblea general deben estar representadas al menos un veinte por ciento de las acciones.

Este porcentaje puede representar o no un reforzamiento respecto del quórum, porque para la asamblea general, el art. 424 del Código de comercio deja que los estatutos hayan fijado el porcentaje para las convocatorias, en cambio para las extraordinarias el art. 423 señala al menos una quinta parte; en caso que los estatutos hubieran fijado un porcentaje menor estaríamos ante un quórum reforzado; sin embargo al tratarse la autorización de inicio de acción social de responsabilidad, se trata de un tema de asamblea general. Dado el régimen que señala el art. 69 de la Ley 222 para las asambleas de segunda convocatoria o de derecho propio en los que pueden decidirse sobre estos

⁷²³ Art. 423 inc. 3º), que exige que si los estatutos no hubieran fijado el número se fija en no menos de la quinta parte de las acciones suscritas.

temas, poco aporta el porcentaje señalado, por otra parte el art. 423 del Código, referido a las asambleas extraordinarias, que para incluir en el orden del día señala que puede tratarse el conocimiento o la subsanación de graves irregularidades cometidas por la administración y por su puesto decidir que se inicie la acción de responsabilidad social contra los administradores.

Una segunda opción más viable y expedita es la que señala el art. 422 del Código respecto a que la asamblea ordinaria para examinar la situación de la sociedad, designar directores y considerar las cuentas del ejercicio debe realizarse de manera obligatoria una vez al año dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del ejercicio, en caso de no haber sido fijada la asamblea por los estatutos, ni convocada por los directores, por derecho propio la asamblea se reunirá el primer día hábil del mes de abril a las 10 a.m. en la oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad, de llevarse a cabo la asamblea en estas condiciones, el primer indicio de irregularidad es la falta de convocatoria.

En cuanto al quórum para la toma de decisiones, ésta debe estar constituida por la mitad más una de acciones representadas en la asamblea, lo cual en principio difiere de lo dispuesto en el código de comercio que solo exige mayoría de los votos presentes, salvando que la ley o los estatutos hayan regulado un quórum diferente como es el presente caso.

En el Código de Comercio de Bolivia, el régimen de la acción social de responsabilidad de los administradores, en primer lugar, no se encuentra con el denominativo exacto en el código ni en ninguna otra norma complementaria, de la forma como se designó en la normativa comparada revisada.

El C.Com., boliviano en el art. 323 dispone la acción de responsabilidad de los directores que en muchos aspectos es similar a la legislación comparada que se ha revisado, así dispone en términos generales el derecho de la sociedad a incoar la acción de responsabilidad contra los directores, gerentes y síndicos, excluimos a éstos últimos por las razones diferentes de su desempeño; entonces, con la finalidad de encuadrar esta acción de responsabilidad cabe

realizar una interpretación sistemática de los artículos del C.Com., que se encuentran relacionados con el mismo.

Para identificar que se trata de la acción social de responsabilidad del derecho comparado, es evidente con sus propias características, pero que en el fondo se trata de la acción que la sociedad puede instaurar contra los directores por los daños patrimoniales que han sido ocasionados por su acción u omisión en el desempeño de su cargo. La diferencia patente de este artículo, es que incluye a los gerentes en la posibilidad de ejercitar contra ellos la acción de responsabilidad, aspecto que merece un examen diferente por las connotaciones que rodean a su nombramiento y la disposición en sentido que el desempeño del cargo por parte de los gerentes no libera de responsabilidad a los directores, y ver si se trata de una responsabilidad conjunta o subsidiaria. El art. 321 del C.Com., es de ineludible concordancia con el art. 323, pues en este primero se separa la responsabilidad de los directores y además conduce a la posibilidad legal del enjuiciamiento por parte de la sociedad, los socios y terceros. Es que de las disposiciones expuestas se podría colegir en principio, que la acción de responsabilidad a los administradores y gerentes puede ser interpuesta por la sociedad, por accionistas y por terceros que hayan sufrido daño o perjuicio por la acción u omisión de los administradores sin diferenciar si corresponde por daño directo al patrimonio de la sociedad, si es la misma acción y bajo los mismos presupuestos cuando se trata de daños al patrimonio de los accionistas y de terceros, argumentos que han sido diferenciados en el derecho comparado. Por lo que se abren dos posibilidades, la primera es que todos los daños ocasionados por los directores y gerentes en su desempeño, sean al patrimonio de la sociedad, de los accionistas o de terceros y deben cumplir los mismos requisitos, lo cual ya nos muestra que esto no podría ni tendría que ser así, por lo mismo que de ser así, el accionista o el tercero para iniciar la acción tendrían que recibir la aprobación de la junta, lo cual de manera insalvable nos lleva a la segunda posibilidad, en la cual necesariamente se deben separar ambas acciones, es decir una es la responsabilidad social y otra la de responsabilidad individual.

Esta segunda opción, como posibilidad de incoar la acción de responsabilidad por parte de los accionistas y terceros tiene un fundamento muy fuerte y cierto, en sentido de que no tendría por qué obtener la previa aprobación de la junta general y menos que ese órgano nombre a quien deba incoar la acción. Los demás elementos de la construcción de esta acción individual en la economía jurídica boliviana serán tratados posteriormente.

Entre las cuestiones de forma que requiere el art. 323 del C.Com., está la aprobación por parte de la junta general y que la misma, nombre a los encargados de incoar la acción, en tanto que, para iniciar la acción contra los gerentes, además se precisa en forma previa una resolución del directorio. Pero estas cuestiones que parecen de forma encierran una serie de aspectos de fondo que dan lugar a consideraciones de si fuera el directorio en pleno, como cuerpo colegiado el pasible a que se le instaure la acción de responsabilidad, es decir de forma solidaria, en cuyo caso la cesación del directorio será plena, lo cual dará lugar a su remoción inmediata no definitiva, y su posterior e inmediato reemplazo por los directores suplentes, además del nombramiento del o de los encargados de llevar adelante la acción.

De manera que con la finalidad de organizar en sus partes los diferentes elementos que se han dispuesto dentro del art. 323 y que hacen a la acción de responsabilidad de la sociedad se realiza la separación en los siguientes contenidos.

4.1.a. Frente a la sociedad, accionistas y terceros

Para señalar con propiedad que la acción de responsabilidad que dispone el art. 323 del C.Com., es la que puede ejercitar solo la sociedad, no basta que en el mismo el legislador no haya hecho mención expresa o que no haya separado en dos tipos de acción para perseguir los daños ocasionados por los actos de los directores; de manera que se hace necesario encontrar las razones que podrían ocasionar la responsabilidad de los directores frente a la sociedad, a los accionistas y a terceros.

Si partimos del supuesto que un mismo acto del directorio puede ocasionar daño a la sociedad a los accionistas y a terceros, por el razonamiento lógico del bien mayor a proteger correspondería incoar la acción social de responsabilidad por la sociedad, puesto que el resarcimiento del daño a la sociedad arrastraría al de los accionistas y al de terceros, ya que todos han sido dañados con el mismo acto y la acción comprendería el total del resarcimiento. Sin embargo, conforme con el derecho comparado revisado, los accionistas y terceros de forma independiente, pero no simultánea, tendrían habilitada la acción social de responsabilidad y el daño a resarcir al estar relacionado con el daño a la sociedad necesariamente debe ser reintegrado al patrimonio de la sociedad y no al patrimonio de los socios ni de terceros, conforme se regula en la acción social de responsabilidad en la normativa española.

En tal caso correspondería la verificación de si la acción es incoada contra el directorio como órgano colegiado, es decir de manera solidaria, porque la resolución que ha ocasionado el daño ha sido aprobada por el total de miembros componentes del directorio; de no ser así, se activa la única causal de exoneración que prevé el C.Com., y bastaría la comprobación y reconocimiento de la disidencia por parte de uno de los directores, con lo que se llega a perforar la solidaridad, de lo cual resulta la exclusión del exonerado y la correspondiente aplicación residual de la solidaridad al resto de los directores. De manera que la verificación y reconocimiento de la disidencia válida para uno o más directores llega a definir cuántos y cuáles serán los componentes del directorio que asumirán la responsabilidad solidaria por los daños ocasionados a la sociedad.

Por otra parte, a efectos de imputación de responsabilidad a los directores por los daños causados a accionistas y terceros, es de tener en cuenta la teoría de que al no operar un contrato previo con los directores la responsabilidad a aplicar es la extracontractual, en cambio en el caso de la sociedad se aplica la responsabilidad contractual por existir de manera previa una relación jurídica contractual entre la sociedad y los directores, donde estos últimos han debido

prestar su aceptación al cargo y con ello han puesto sobre sus hombros todo el régimen de responsabilidad que les es aplicable por el desempeño de su cargo. Sobre lo mismo, cuando Urenda⁷²⁴ se refiere a los daños causados por los directores a terceras personas, parece diferenciar a éstas a la de los accionistas, por su categoría de ajenas y no ajenas respectivamente; así los accionistas no son ajenos a la sociedad, pero cabe hacer notar que tampoco tienen una relación contractual con los componentes del directorio; sin embargo el autor se refiere a la responsabilidad del directorio, directores y gerentes a la que cualquier persona afectada puede iniciar una acción judicial de índole comercial, civil, penal, laboral, etc., mientras se les pueda culpar por incumplimiento de obligaciones a fin de lograr el resarcimiento del daño patrimonial y la imposición de una pena inclusive; en tal apreciación se puede reconocer la aplicación de la responsabilidad por culpa. La separación de no ajenos en relación a los accionistas y la naturaleza del tipo de acciones que se pueden instaurar, cobra contenido porque el accionista es poco probable que pueda ejercitar acciones, comerciales, laborales, medioambientales, tributarias o de otra naturaleza, sino la acción de responsabilidad civil o penal relacionada con la naturaleza de la relación que le une a la sociedad y no otra, igualmente cabe recordar que los accionistas y terceros, en la norma se encuentran facultados para accionar contra los directores, pero como se expresó antes, el art. 323 dispone la aprobación previa por la junta.

4.1.b. La aprobación de la junta general

Respecto a la aprobación de la junta general como requisito previo para incoar la acción de responsabilidad contra los directores, así como el nombramiento de los encargados de llevar adelante la acción y la remoción con cesación de funciones por los directores y gerentes contra los que se inicie la acción; por lo que cabe repasar las disposiciones que rigen los mismos.

⁷²⁴ Urenda, Juan Carlos, Manual de la responsabilidad ...”, op. cit., pág. 38, en la que se refiere a que terceros puede ser cualquier persona, sea natural o jurídica, puede iniciar una acción judicial contra el directorio, directores, gerentes o representantes legales.

Al no existir la cláusula de liberación de inclusión en el orden del día que se encuentra en el derecho comparado, para la instalación de la junta general, de acuerdo a las competencias que señala el art. 285 del C.Com., el tema de la acción de responsabilidad contra el directorio y los directores debe estar incluido en el orden del día de la convocatoria a junta, puesto que no existe norma que habilite la inclusión de este asunto sin mención en el orden del día de la convocatoria; es más el art. 292 *in fine*, sanciona con nulidad el tratamiento y resolución de asuntos que no hayan sido incluidos en el orden del día. Esto significa que los propios componentes del directorio, por si mismos, por los síndicos o los accionistas que representen al menos el veinte por ciento del capital social, e inclusive cualquier accionista individual⁷²⁵; podrán solicitar se convoque a la junta y se incluya el asunto en el orden del día, en caso de no hacerlo dentro de los quince días siguientes a su solicitud, se habilita su opción de solicitar a la AEMP que convoque a la junta.

Ciertamente este mecanismo de organización respecto a la convocatoria a junta general y más aún, la inclusión en el orden del día de la acción de responsabilidad contra el directorio o los directores, pone en evidencia algún tipo de dificultad que se deberá franquear para llegar a la junta en que se responsabilice a los directores con las consiguientes consecuencias. Además, la inclusión del tema en la convocatoria, y la imposibilidad de lograr información previa a la celebración de la junta, anuncia que en la junta los directores deben prestar toda la información con la que en forma inicial puedan desvirtuar la posibilidad de inicio de la acción de responsabilidad. Por otra parte, se habrá de tener en cuenta el cumplimiento del quórum necesario para la instalación de la junta, el quórum legal para la aprobación del asunto, sin el cumplimiento de estos requisitos bien podría darse lugar a la impugnación de la resolución de la junta, puesto que el art. 302 del C.Com., dispone la impugnación del acuerdo inclusive por falta de requisitos en la convocatoria. Sin embargo, de no poder reunir el quórum necesario en la primera convocatoria, siempre existirá la

⁷²⁵ Cuando se cumplan los requisitos que señala el art. 291 referidos a que no se haya celebrado en más de una gestión junta general alguna.

posibilidad de instalar y celebrar la junta en segunda convocatoria, liberándose de cumplir los porcentajes de la primera convocatoria.

Por lo señalado en forma precedente, tanto la celebración de la junta general de accionistas como la aprobación de la acción de responsabilidad contra el directorio o los directores, son requisitos que no serían idóneos ni necesarios para que un accionista y terceros deban cumplir para incoar la acción de responsabilidad contra el directorio o los directores cuando su patrimonio ha sido dañado; lo cual confirma la posición de la evidente diferencia entre las acciones de responsabilidad que puede iniciar la sociedad y la de los accionistas y terceros.

4.1.c. La disidencia como presupuesto de la exoneración

El término disentir en su uso general significa opinar de modo distinto, en los términos que señala el código de comercio respecto a las decisiones del directorio, significaría que en las reuniones de directorio, cualquiera de los directores puede tener un criterio distinto de la mayoría y tiene la opción de hacer constar en acta su criterio diferente que se traduce como disidencia, acto que le es favorable, en caso de resultar daño en la ejecución de la resolución, pues la responsabilidad por culpa no será ejercitada en su contra, por lo tanto queda exonerado de la responsabilidad respecto a ese asunto.

En nuestra normativa, el acto de disentir tiene que ser expresamente presentada ante el colegio de directores, no se toman en cuenta como disentimiento el voto en blanco o la abstención, pues en ambas posiciones más bien parece adoptarse un punto neutral y no en contra como es la abstención o el voto en contra; el C.Com., exige que los directores disidentes hubieran hecho constar su disidencia, lo cual significa justamente que después del debate de posiciones en el cual se haya optado por el voto contrario que disiente de la aprobación del tema sujeto a aprobación, debe dejarse constancia sobre la posición en contra, no tendría valor el solo haber disentido en el debate y luego no haber votado en contra y hacer que su posición sea

expresamente inscrita en el acta, precisamente para evitar la presunción de culpa solidaria e ilimitada que impone el código.

El hecho de inasistencia voluntaria u obligada no dan como resultado la exoneración que confiere la disidencia, salvo que los estatutos o un reglamento interno del directorio habiliten que en casos de enfermedad o ausencia por viaje se pueda asistir a la reunión de directorio por vía telemática y poder emitir el voto sea aprobando o haciendo constar su posición contraria al acuerdo, que significa la disidencia⁷²⁶.

Como nota ilustrativa en relación a voto disidente que exige el C.Com., en el art. 323 Quijano⁷²⁷ desde la doctrina española realizó un análisis más exhaustivo sobre este tema, basado en la normativa societaria de 1951, cuando se refiere a la disidencia o lo que la doctrina española había designado como salvar el voto, considerando si podría ser valedero abstenerse simplemente o votar en blanco; funda su posición en que el órgano consejo de administración ha debido deliberar, es decir que sus componentes han debido realizar el tratamiento del asunto que en debate y en la tarea de contrastar las posiciones ha generado la votación en contra o el disenso frente a los demás directores en su posición, de manera que se llega a concluir en salvar el voto. En la actualidad la LSC en el art. 237 como causales de exoneración de la responsabilidad solidaria, no solo estipulan la oposición a la resolución dañosa, que daría por la vía del salvamento del voto, sino que además incluyen otros elementos probatorios como el hecho de no haber intervenido en la ejecución, el desconocimiento de la existencia de tal resolución, o que conociéndola hicieron todo lo posible para evitar el daño; de manera que así como la responsabilidad de los miembros del consejo de administración en las sociedades es amplia y en principio se le impone responsabilidad solidaria, también el legislador español ha incluido otras formas de salvar la

⁷²⁶ La Superintendencia de Empresas en Res. Adm. SEMP N° 36/2008 de 7 de marzo, autoriza a las S.A. la celebración de reuniones de directorio mediante videoconferencias, salvo que los estatutos hayan prohibido esta forma de reunión. El art. 311 del C.Com., sanciona con nulidad el voto por correspondencia en las reuniones de directorio.

⁷²⁷ Quijano Gonzales, J., "*La responsabilidad civil de los administradores...*" op.cit., pág. 268.

responsabilidad solidaria y no solo la de la disidencia o el salvamento del voto como se encuentra en la norma boliviana.

4.1.d. La condición de delegación de los gerentes

Dentro de las facultades que la ley otorga al directorio está la de poder delegar sus funciones ejecutivas, por lo cual puede nombrar uno o más gerentes sean especiales o generales los cuales pueden ser o no directores, impone la norma que las facultades y obligaciones de éstos estén expresamente señaladas, así como una serie de condiciones para su desempeño. Morales Guillén⁷²⁸ al respecto advierte que los gerentes ocupan un cargo sin limitación de tiempo, revocable en cualquier momento, con responsabilidad directa a pesar de la subordinación hacia el directorio y a facultades y obligaciones expresas, aspectos que son de tener en cuenta por las posibles incoherencias que pudieran ocasionar; al respecto es necesario realizar un análisis más detallado del nombramiento de los gerentes y la delegación de funciones que realizan los directores, así como las consecuencias que recaen en los primeros respecto a su responsabilidad delegada y la los segundos porque la norma no los excluye de su responsabilidad propia.

Antes de iniciar ese tratamiento cabe decir que la estructura organizativa del directorio por la misma naturaleza de sus tareas, conlleva su propia complejidad en vista que debe desplegar acciones continuas en su desempeño empresarial y societario, de manera que en ese entendido el legislador ha previsto conferir al órgano de administración la facultad de organizarse en forma interna conforme prevean los estatutos de la sociedad, pero preceptivamente le faculta para organizar con sus propios miembros un comité ejecutivo al que encomiende la gestión de determinados negocios ordinarios, pero éste comité está conformado exclusivamente por directores que son

⁷²⁸ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 384.

miembros del directorio⁷²⁹, a diferencia de los gerentes que pueden o no ser directores.

Esta forma de organización interna del directorio no modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores, pero tiene dos connotaciones sobresalientes; la primera es que los directores que integren el comité, podrían tener alguna agravante en cuanto a su responsabilidad al momento de imputar responsabilidades por culpa respecto a los daños ocasionados a la sociedad, socios o terceros; puesto que además de ser responsables como componentes del directorio, en mayor grado o de manera específica lo serían como directores integrantes de un comité dedicado a tareas de gestión de negocios ordinarios.

La otra consideración viene en sentido de que a la interpretación literal del artículo, donde se dispone que la organización del comité no modifica el régimen de obligaciones y responsabilidades de los directores, todos los miembros del directorio son responsables en la misma medida integren o no el comité; entonces resulta que de acuerdo a la norma boliviana, los directores que no participan del comité llegarían a ser responsables en forma igualitaria con los que sí lo integran aunque no hayan llevado adelante la ejecución de tareas que han ocasionado daños.

Esta forma de organización interna no es ajena en la legislación comparada, en la norma española de sociedades, la LSC dispone la delegación a uno o varios consejeros o inclusive a comisiones ejecutivas por parte del consejo en el art. 249, bajo el requisito de que se establezcan sus contenidos, los límites y las modalidades de la delegación, igualmente prevé que en caso de delegar alguna facultad en forma permanente sea a los consejeros o al comité, es necesaria la votación favorable de dos terceras partes de los miembros del consejo. Pero hay que destacar una diferencia muy significativa que es la que se infiere del contenido del mismo artículo, pues en él se diferencia el

⁷²⁹ El C.Com., en su art. 330, señala (COMITE EJECUTIVO) El directorio, si así lo prevén los estatutos, puede organizar un comité ejecutivo compuesto por directores para la gestión de determinados negocios ordinarios, ejerciendo vigilancia y control en su funcionamiento, así como el cumplimiento de sus atribuciones legales y estatutarias. La organización del comité, no modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores.

nombramiento del comité ejecutivo del que se refiere a la delegación a los consejeros que en “virtud de otro título” se le atribuyan funciones ejecutivas, los cuales están sujetos a la celebración de un contrato⁷³⁰ entre el director delegado y la sociedad, pero además debe ser aprobado con un quorum favorable de dos terceras partes de sus miembros.

En la norma boliviana, por una parte se encuentra la posibilidad de nombrar el comité ejecutivo, pero de manera casi similar se encuentra la facultad del directorio para nombrar gerentes con funciones netamente ejecutivas, el C.Com., dispone en el art. 327 la delegación a los gerentes, indicando que cuando el directorio delegue sus funciones ejecutivas de la administración, nombrando gerente o gerentes generales o especiales, sean o no directores sus facultades y obligaciones serán expresamente señaladas; de igual forma señala que el cargo de gerente será remunerado y su mandato revocable en cualquier tiempo por simple acuerdo del directorio. Esta delegación no excluye la responsabilidad de los directores. Tal disposición reviste importancia cuando señala que los gerentes responden ante la sociedad y terceros por el desempeño de su cargo, en la misma forma que los directores.

A manera de revisar la perspectiva del nombramiento del comité ejecutivo y las responsabilidades emergentes conforme señala la norma boliviana, acudimos a lo que Quijano⁷³¹ expresó en relación al nombramiento de la comisión ejecutiva que su conformación no tendría que hacer variar el principio del funcionamiento colegiado del consejo, tampoco varía la presunción de culpa en función a la participación conjunta en el acuerdo que causó el daño, salvando la vía de exoneración que se traduce en salvar el voto o la disidencia de la legislación

⁷³⁰ Este contrato debe contener los conceptos de retribución por el desempeño de las funciones ejecutivas que asume dicho director, indemnización si corresponde por el cese anticipado de sus funciones, cantidades a abonar por primas de seguro y otros; pero además la previsión de que el consejero no perciba duplicidad de pagos a través del contrato, el cual además debe guardar correspondencia con las retribuciones aprobadas por la junta general.

⁷³¹ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”* op.cit., pág. 294. Se ha de tener en cuenta que la norma de análisis del autor, corresponde a la ley de sociedades anónimas del año 1951, la cual es útil a efectos comparativos con la normativa boliviana. En la actualidad rige la Ley 1 de 2 de julio de 2010, la cual ha tenido la última modificación al 21 de julio de 2015.

boliviana; de manera que corresponde a lo que la norma boliviana señala en sentido de que no se modifica el régimen de responsabilidad y obligaciones de los directores. Consideración que en forma inicial se ajusta a la necesidad de interpretar la posición del legislador boliviano en cuanto a la organización del comité ejecutivo; pero donde existe una diferencia es en que la norma boliviana, impone a que el directorio debe ejercer vigilancia y control sobre el funcionamiento del comité e inclusive sobre el cumplimiento de sus atribuciones legales y estatutarias, lo cual degrada el principio de igualdad que pregona respecto al cumplimiento de obligaciones y responsabilidades de los directores.

Si el directorio como órgano tiene el deber de vigilancia y control sobre el cumplimiento de atribuciones legales y estatutarias del comité ejecutivo, claramente se puede ver que toma una posición de superioridad jerárquica sobre el comité ejecutivo, la misma ley le impone, lo cual daría como resultado que esa delegación de funciones hacia el comité ejecutivo queda en una condición de dependencia frente al directorio en relación a las actividades de gestión de determinados negocios ordinarios que le han sido encomendadas; pero que respecto al cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades generales no se modifican, por el mismo hecho que son miembros de un cuerpo colegiado; en el mejor de los casos podría interpretarse como una responsabilidad subsidiaria respecto a sus responsabilidades generales.

De otro lado está el hecho que los directores que conforman el comité ejecutivo no están restringidos, salvo dispongan de manera distinta los estatutos, tienen la obligación de participar en las reuniones del directorio y podrían poner en evidencia su disidencia respecto a las resoluciones que en su apreciación puedan causar daños, lo cual acarrearía también su oposición a integrar el comité ejecutivo en su caso; se acota al mismo el hecho que el comité ejecutivo no sería permanente sino temporal hasta que se cumpla su objeto, aspectos que darían lugar a un estudio de mayor profundidad que por ahora no corresponde realizar.

Conforme se expuso, el directorio además de poder constituir el comité ejecutivo, tiene la facultad de nombrar gerentes, sean generales o especiales, y delegar en ellos sus funciones ejecutivas; primero, estos gerentes pueden ser directores; segundo, que la delegación de facultades y obligaciones serán específicas; tercero que el ejercicio de sus facultades y obligaciones se cumplen bajo el instituto de la delegación; cuarto, que hay obligatoriedad de remuneración; quinto, la responsabilidad por su desempeño tiene el mismo contenido que el de los directores y sexto que la responsabilidad de los directores no queda excluida por el nombramiento de estos gerentes. Todo este contenido, que no es poco, cabe ir revisando uno a uno para que de manera organizada y sistemática se pueda entender el conjunto del mismo.

Una primera diferencia que se establece entre los directores y gerentes es que los directores tienen en principio un periodo para el desempeño de su cargo, en cambio los gerentes no; no hay diferencia en la revocación de su cargo, ya que tanto a los directores y a los gerentes se les puede revocar en cualquier tiempo; la diferencia está en que a los directores les revoca su desempeño la junta general, en cambio a los gerentes el directorio por medio de un acuerdo. La pregunta que queda pendiente es, si a un director que ha sido nombrado gerente por parte del directorio, este órgano le revoca el nombramiento, ¿le debe recaer por efecto cascada la revocación por parte de la junta?

La segunda cuestión referida a la delegación de funciones por parte del directorio, abre de igual forma dos posibilidades, que se trate de un director que ha sido nombrado gerente y de un gerente que no tiene ninguna relación con el directorio, éste último tiene una relación diferente a la que existe entre el director que es nombrado gerente como se verá.

En el caso del director que ha sido nombrado gerente, un primer aspecto es que se da por cierto que su nombramiento y la consecuente delegación de tareas obedece a la deliberación y resolución del pleno del directorio, en cuya

votación el nombrado gerente no habría intervenido⁷³²; entonces surge un primer supuesto de si su no intervención le libera de la aplicación de la responsabilidad solidaria e ilimitada como una causal de exoneración, la respuesta sería que no, puesto que de resultar que la elección ha sido errónea y el gerente en el cumplimiento de sus funciones ha ocasionado daños, su responsabilidad por culpa se subsume dentro de la responsabilidad solidaria del directorio, pero se sostiene que su responsabilidad por culpa sería agravada, por resultar de sus actos propios.

La doctrina ha trabajado ampliamente el instituto de la delegación, la cual, en su adaptación al régimen de obligaciones y deberes de los directores, implica su aplicación en el régimen de responsabilidad de los administradores en el que se ha planteado que quienes cumplen labores delegadas y ocasionan daño no están exentos de responsabilidad por sus actos, de manera que contraen responsabilidad por *culpa in comittendo* o *por culpa in omittendo*. Esta responsabilidad es aplicable a los directores que por delegación del directorio son nombrados gerentes; en tanto que los directores que quedan al margen de la delegación, cabe decir los que quedan dentro del directorio sin ser parte de delegación alguna, en caso de que los delegados ocasionen daño con sus actos asumen un régimen de responsabilidad por culpa en sus vertientes de la *culpa in eligendo*, *culpa in instruendo* y *culpa in vigilando*.

Se acude al instituto de la delegación más elaborado en el derecho civil, propiamente en el derecho de obligaciones, por el rol supletorio en cuanto a la delegación en el ámbito societario, como ya se dijo; es evidente que el régimen de delegación por las específicas características que contiene el ámbito societario obedecerá a sus propios fines como en el caso de la delegación de determinadas funciones ejecutivas por parte del directorio hacia un comité o hacia uno o más gerentes y, aunque ambas no tienen las mismas condiciones en cuanto al desempeño, si lo tienen en cuanto que no significan una exención de responsabilidad en relación a sus delegantes. Por lo que cabe revisar

⁷³² No se trataría de una abstención, voto en blanco o disidencia, se trata de no emitir el voto por conflicto de intereses.

cómo la delegación afecta a la responsabilidad de los directores no delegados, puesto que la norma boliviana indica que la delegación a los gerentes no “excluye” la responsabilidad propia de los directores, y la delegación al comité no modifica las obligaciones ni responsabilidad de los directores.

Respecto a la delegación de facultades Quijano⁷³³ afirmó en función a la normativa española LSA de 1951, que la delegación de facultades por parte del consejo de administración, no produce el efecto de desvincular al mismo de la obligación de administrar, y en todo caso solo podría modificarla en su contenido, puesto que la intensidad de la obligación de administrar de quienes no son delegados habría disminuido, por lo cual se percibe una consecuencia sobre el grado de sus deberes de diligencia. También sostiene que el hecho de delegar funciones ejecutivas y de administración por parte del consejo de administración, habría dado lugar a la creación dentro del consejo de administración de una especie de jerarquización dentro de la misma ya que los consejeros delegados quedan subordinados a los delegantes; para el caso de la S.A. boliviana este análisis se encuentra válido, pues se adapta a los directores que conforman el comité ejecutivo y también para el caso de los directores-gerentes, los cuales de alguna manera quedan subordinados a las decisiones del directorio; no obstante entre ambos, sean directores del comité ejecutivo o hacia los directores-gerentes se producen relaciones de coordinación desde el directorio. En relación a la jerarquización dentro de las tareas de gestión y ejecutivas no podría dejar de tener consecuencias en el régimen de responsabilidades, ya que quedaría fragmentado en las dos partes mencionadas, es decir los directores delegados al comité ejecutivo o al cargo de gerente y los directores no delegados.

Así respecto a los directores-gerentes cuando deba aplicárseles el régimen de responsabilidad por culpa como consecuencia de que sus actos ocasionen daños, estarían ante la categoría de la responsabilidad por culpa sea por comisión u omisión en sus actos, a los que la doctrina ha denominado

⁷³³ Quijano Gonzales, J., “*La responsabilidad civil de los administradores...*” op.cit., pág. 284.

responsabilidad por *culpa in comittendo* o *por culpa in omittendo*; lo que constituye apoyarse en el principio general de que cada uno asume responsabilidad por sus propios actos, es decir que deben responsabilizarse por la comisión u omisión en sus actos dentro las facultades y obligaciones de ejecución que les ha delegado el directorio, cuando hayan ocasionado daños o perjuicios a la sociedad, a los accionistas o a terceros. En cuanto a la responsabilidad de los directores que delegan no quedan excluidos de responsabilidad, sino conforme señalaba Quijano su responsabilidad quedaría atenuada o disminuida, por esa especie de jerarquía que se habría dado dentro del directorio, porque al no ser directos ejecutores de los actos quedarían en la obligación de controlar el desempeño de las facultades y obligaciones expresamente delegadas; ante la infracción de su deber quedarían como responsables solidarios e ilimitados junto a los directores gerentes.

Con relación a la delegación de gestión hacia el comité ejecutivo, los directores que no componen dicho comité tampoco quedan liberados de responsabilidad, por lo mismo que la ley prescribe de manera imperativa que su responsabilidad no se modifica; pero el régimen de responsabilidad del directorio de alguna manera a decir de Quijano, ha modificado la carga de su responsabilidad, es decir que sin estar exentos de sus obligaciones de administración con los contenidos de deberes generales que la ley les impone, dentro del régimen de responsabilidad por culpa orientan la misma hacia otros parámetros de responsabilidad por motivo de la delegación, ya que el mismo art. 330 del C.Com., dispone que el directorio asume ejercicio de vigilancia y control respecto al funcionamiento del comité, por lo que a ellos les corresponde la responsabilidad por *culpa in vigilando*. Aunque desde la doctrina se ha desarrollado que además les corresponde la responsabilidad por *culpa in eligendo* y por *culpa in instruendo*.

Un repaso ligero de cada una de las alternativas planteadas respecto a la delegación y la jerarquía del directorio frente a los directores miembros del comité ejecutivo y los directores-gerentes, por lo mismo que no se excluye de responsabilidad propia al directorio como efecto de la delegación, lleva a

deducir que entre las obligaciones del directorio respecto a las funciones delegadas, están la del deber de elegir a los miembros del comité y a los gerentes; tienen el deber de emitir instrucciones y de vigilar su actividad como parte del deber de diligencia general que les asigna la ley; deberes que según Quijano⁷³⁴, se encuentran vinculados a los supuestos de responsabilidad por *culpa in eligendo*, *culpa in instruendo* y *culpa in vigilando*. El primero de ellos se fundamenta en el hecho que haya mediado malicia, negligencia grave o abuso de facultades en la selección de los gerentes, que en el caso específico del director-gerente se identifica un probable conflicto en demostrar la responsabilidad por *culpa in eligendo* del directorio, puesto que el director ha obtenido en forma previa la elección por parte de la junta de accionistas.

La responsabilidad por *culpa in instruendo*, está basada en el deber de dar instrucciones por parte del directorio como una de sus obligaciones de administración, y tiene lugar cuando los gerentes han causado daño por ejecutar las instrucciones del directorio, o por no recibir instrucciones de dicho órgano; no obstante, tampoco la atribución de este tipo de culpa es diáfana y clara, sino que contiene una serie de dificultades que se relacionan con la verificación de instrucciones como parte constitutiva del deber de vigilancia, que además ordena a contrastar si ha habido transgresión de dicho deber, lo cual en sentido afirmativo generaría la responsabilidad por *culpa in vigilando*. Pero este supuesto de responsabilidad conforme lo describe Quijano⁷³⁵, es uno de los que requiere mayor cuidado en su apreciación, por motivos de la doble característica que significa dicho deber, es decir si se trata de un deber general o si es un deber específico en relación con la delegación realizada hacia los directores-gerentes. Uno de los puntos de conflicto a examinar es cuán rígida debe ser esa vigilancia, tomando en cuenta que el deber de vigilancia es amplio y no cualquier omisión da lugar a la aplicación de la responsabilidad, así como otras consideraciones que tienen que ver con su aplicación. Y aunque es

⁷³⁴ Ibídem, pág. 304 y vid. sgtes.

⁷³⁵ Ibídem, pág. 311.

evidente que para el caso boliviano este deber de vigilancia sobre las facultades y obligaciones delegadas hacia los gerentes, sean o no directores, tiene una connotación específica porque está relacionada con las instrucciones hacia la función ejecutiva de las resoluciones del directorio y su ámbito se encuentra por lo mismo más o menos delimitado, es necesario tomar en cuenta que dentro de la estructura orgánica de la S.A. concurre un órgano específico que tiene la función esencial de vigilancia y está compuesto por los síndicos, cuyas primeras atribuciones que la ley les asigna son las de fiscalizar la administración de la sociedad, asistir con voz pero sin voto a las reuniones del directorio, en ocasiones bajo sanción de responsabilidad solidaria e ilimitada en forma conjunta con los directores conforme se podrá ver en la parte correspondiente a los síndicos.

Volviendo al art. 330 del C.Com., se puede percibir que existiría una doble aplicación del deber de vigilancia respecto a las labores del comité ejecutivo, puesto que además de ese control de manera obligatoria también estarían sujetos a la vigilancia por parte de los síndicos por las atribuciones señaladas en el art. 335, inc. 1) y 2).

A manera de conclusión respecto a la delegación de funciones ejecutivas de la administración a directores-gerentes creemos que existe una diferencia jerárquica entre el directorio y los directores-gerentes sobre los que se han delegado funciones específicas y por tanto existen diferencias en cuanto al deber de cumplimiento de las obligaciones de administrar y por ende en la atribución de responsabilidades por los daños que ocasionen. Agregar que en cuanto a los gerentes no directores, el régimen de obligaciones al que obedecen es general puesto que está centrado dentro del marco de las atribuciones generales, sin embargo en cuanto a la delegación de sus funciones ejecutivas hacia los directores-gerentes, los supuestos de responsabilidad por culpa en función a sus deberes generales se refuerza, debido a que la responsabilidad de elegir, de instruir y de vigilar los actos de estos gerentes es obligación exclusiva de quienes los han nombrado.

El tercer aspecto de esta delegación tiene relación con la remuneración que deben recibir los gerentes, la cual es obligatoria, esto implica tener que seguir diferenciando a los directores-gerentes y los gerentes, ya que a los primeros además de tener remuneraciones por el desempeño del cargo de director, ¿se les agregarían las que les correspondan por el desempeño del cargo de gerente? Una peculiaridad que puede presentarse es que si el director-gerente renuncia al desempeño de la gerencia, se suprime la remuneración por este servicio y en caso inverso, ¿cuál sería el tratamiento en caso de renunciar al cargo de director y continuar con el de gerente?, la LSC española ha previsto esta situación, en el art. 249.3, en el que señala que si al consejero delegado se le atribuyen funciones ejecutivas, será necesaria la firma de un contrato entre el delegado y la sociedad, el cual además preciso ser aprobado por las dos terceras partes de sus miembros, votación en la cual se abstendrá el consejero delegado. En el contrato se prevén aspectos como las retribuciones por diferentes conceptos como primas de seguro o contribuciones al sistema de ahorro asignadas por su desempeño en tareas ejecutivas, y también la indemnización en caso de cese anticipado de sus funciones; este último concepto lleva a inferir que existiría una especie de relación de dependencia laboral entre la sociedad y el director delegado, lo cual de ser así daría como resultado que de cesar el contrato entre el director delegado y la sociedad y al ser indemnizado por cese anticipado, el mismo ya no volvería a ocupar el cargo dentro del consejo.

Del análisis realizado se encuentran varias situaciones a tener en cuenta: que la legislación boliviana sólo señala que el ámbito de desempeño de los gerentes será de funciones ejecutivas y de administración, que la remuneración es obligatoria, y que responden ante la sociedad y terceros en la misma forma que los directores. Respecto al directorio al realizar la delegación de tales funciones hacia los gerentes, su responsabilidad no les es excluida; de lo cual cabe señalar que no está claro si los gerentes asumen relación de dependencia laboral con relación a la sociedad, pero al asumir dichas funciones su posición como directores se modifica; el otro aspecto es que son delegados por el

directorio, y también revocados en su mandato por acuerdo del directorio, pero deben responder ante la sociedad y terceros de la misma forma que los directores, o sea de acuerdo a lo dispuesto por el art. 323 del C.Com., de donde se nota una probable contradicción ya que si la revocación del mandato de los gerentes corresponde decidir al directorio, en caso de que en el desempeño de sus actos haya ocasionado daños contra la sociedad o terceros, será la junta la que debe aprobar la acción de responsabilidad por tanto la revocación del mandato por parte del directorio queda sin ningún valor contra la resolución de la junta. Esta forma de aplicación es válida para los directores que hayan sido nombrados delegados y también para los que no lo sean.

Además, el cuarto punto a tratar es el que corresponde a la atribución de responsabilidades a los gerentes en igualdad de condiciones que los directores, aspecto que se encuentra relacionado totalmente con la delegación de facultades ya analizada; de lo cual corresponde interpretar primero, que se ha excluido la responsabilidad de los gerentes frente a los accionistas, pues la disposición expresa en concreto “*ante la sociedad y terceros*”. Luego está, que la forma en que deben ejecutar sus funciones es la misma que se requiere de los directores, es decir diligencia, prudencia y lealtad, porque el parámetro de la responsabilidad por culpa que ocasione daños sea por acción u omisión, será la misma que la que corresponda a los directores.

Del propio texto se asume que se refiere a la misma forma de responsabilidad, lo cual no implica necesariamente que sea trate de la misma intensidad de responsabilidad, puesto que la responsabilidad de los directores como cuerpo colegiado tiene un contenido que se sobrepone por la jerarquía que tiene origen en la delegación, de manera que con total nitidez se distingue que en la atribución por culpa descrita anteriormente, al directorio le corresponde en relación a su deber de diligencia, la responsabilidad por *culpa in eligendo*, *culpa in instruendo* y *culpa in vigilando*, en tanto que a los gerentes como ya se ha explicado la responsabilidad por *culpa in comittendo* o por *culpa in omittendo*.

Un último aspecto a considerar, que tiene correlación con los puntos desarrollados anteriormente, se trata de que la designación de los gerentes no es una causal de exclusión a favor de los directores sobre sus propias responsabilidades, lo que significa que de ninguna manera los directores podrían descargar su responsabilidad aludiendo la responsabilidad de los gerentes, por las razones ya expuestas.

Todos estos razonamientos, al no estar establecidos en el ordenamiento boliviano básico que rige para el desenvolvimiento de las sociedades anónimas, tienen como vía idónea su regulación en los estatutos y en los reglamentos internos, que tanto la junta de accionistas como el propio directorio pueden ordenar dentro del marco de la ley y los estatutos; pero que en definitiva son razones para el momento de encontrar fundamentos y directrices en la atribución de responsabilidades por culpa dentro de la acción por responsabilidad de la sociedad, denominada en el derecho comparado como acción social de responsabilidad.

4.2. Acción individual de responsabilidad

El motivo que impulsa la acción individual de responsabilidad en la legislación española es que el daño cometido por los directores esté en directa relación con los derechos e intereses de los accionistas o terceros; así Esteban Velasco⁷³⁶ relievra que la indemnización que se persigue con esta acción se destina a reintegrar el patrimonio concreto del socio o el tercero acreedor, bajo condición que la lesión sea directa e individual a los intereses de los socios o de terceros y, que la demanda que se instaure por estos motivos tiene la finalidad de restituir de manera directa el patrimonio personal y no social de

⁷³⁶ Esteban Velasco, Gaudencio, "La acción individual de responsabilidad", AA.VV., Rojo Ángel, Beltrán Emilio, Campuzano Ana Belén, Dir., 5ta. Ed., *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág., 162 y sgtes. En los que enfoca la problemática de la acción individual y el daño directo, puesto que un mismo acto puede ocasionar daño al patrimonio social y del socio o de terceros.

accionistas o terceros, dicha restitución debe realizar el administrador de manera personal y directa.

Destaca importancia que para la activación de esta acción no le está permitido al socio ni al tercero utilizar esta vía para reclamar la parte individualizada del daño que se haya realizado al patrimonio social, que no debe confundirse con la legitimación que la ley concede a los accionistas para que realicen la acción social de responsabilidad que busca el reintegro del patrimonio social y no del individual, aunque se pueda pretender justificar que tienen repercusión en el patrimonio de socios y terceros, pero de manera indirecta.

La doctrina respecto a la acción individual de responsabilidad ha visto que se trata de conferir a socios y terceros una vía de tutela directa ante determinados supuestos; en sentido que el administrador desempeña actividades de gestión empresarial y también actividades de índole societaria; pero ambas constituyen actividades orgánicas del administrador, en cambio existen otras que realiza en su propio nombre a título personal, éstas constituyen actividades extra orgánicas. Ante las primeras cabe la aplicación de las normas societarias que determinan la acción individual de responsabilidad que pueden corresponder a relaciones orgánicas contractuales o extracontractuales; en cambio ante las segundas corresponde la aplicación de la responsabilidad civil por su naturaleza extracontractual. Siguiendo a Esteban Velasco⁷³⁷, vemos que el otro punto que plantea atención es la identificación de cuando el daño se califica directo, ya que ese es el presupuesto que activa la acción individual de responsabilidad, entonces el daño directo se produce cuando recae contra el patrimonio del socio o del tercero, sin que sea un reflejo de la afectación al patrimonio social. De manera que esta acción individual de responsabilidad contra los administradores se activa por sus actos ilícitos que causan daño directo a accionistas o terceros; la problemática se presenta en la verificación

⁷³⁷ *Ibíd.*, pág. 81 y sgtes. Un ejemplo expuesto sobre el daño directo es la no satisfacción de una prestación de contenido económico que la sociedad debe al accionista o a un tercero; respecto al daño indirecto expone el caso de presentación de balances con datos falsos que habilitan la distribución de utilidades ficticias y el simultáneo aumento de capital suscrito en parte por socios y en parte por terceros.

de los supuestos de hecho que ocasionan el daño directo y por otra parte están los ámbitos normativos a aplicar, que se encuentran entre el normativo mercantil o el normativo civil, lo cual marca diferencias en relación a aspectos como la prescripción de la acción.

Si bien las causales que ocasionan la posibilidad de entablar esta acción se encuentran de manera transversal en la normativa societaria que en relación a los socios deben nacer de los derechos que se derivan de su relación jurídica con la sociedad, como ataques a su posición jurídica o a sus derechos económicos; en el caso de terceros cuando sufran perjuicio que se traduzca en daño extracontractual sobre sus bienes o derechos; en los que se deberá dilucidar si corresponde a la responsabilidad individual de alguno de los administradores o corresponde a la pluralidad de los administradores.

La Ley 19.550 en el art. 279 es categórica al señalar que: “*Los accionistas y terceros conservan siempre la posibilidad de iniciar acciones individuales contra los directores*”; respecto al contenido de dicho artículo Gagliardo⁷³⁸ pone atención en que la redacción del mismo implica que la aplicación a la teoría orgánica no es automática, puesto que se deduce responsabilidad personal del director y no tiene en cuenta que éste actúa en ejercicio de esa función a favor de la sociedad.

Gagliardo⁷³⁹ expresa que en el proyecto de modificación de éste artículo, se excluye el siempre y se inserta el que las lesiones sean directas al interés del accionista y de terceros de manera individual, y señala que la redacción del art. 279 sin modificar, en su concreción encierra muchos aspectos como el que dicha acción no tendría plazo de prescripción, puesto que el accionista y terceros estarían “siempre” habilitados para ejercitar dicha acción, inclusive si la gestión de los directores ha sido aprobada; tampoco precisa ningún tipo de aprobación previa porque es un derecho propio del accionista y del tercero acreedor. Esta acción individual requiere que la lesión expresada por el

⁷³⁸ Gagliardo, Mariano, *Responsabilidad de los directores...*, op. cit., Tomo III, pag. 2183.

⁷³⁹ *Ibídem*, Tomo I, pag. 132.

accionista o tercero afecte en forma directa a su patrimonio personal. Gagliardo⁷⁴⁰ señala algunos ejemplos para planteamiento de esta acción, como la presentación de balances falsos con dividendos ficticios, programas engañosos, o la negatoria o impedimento de suscripción de acciones preferentes y otros. Se ha puesto en evidencia que la parte medular que sustenta esta acción es que la diferencia entre el daño directo e indirecto sea palpable y comprobable respecto al daño que ocasiona al patrimonio del accionista o tercero que entabla la acción en su beneficio propio.

La Ley 410 de 1971 que contiene el Código de Comercio de Colombia, establece en el art. 200 mediante la modificación al mismo, que la Ley 222 de 1995 realiza en el art. 24, el lineamiento básico de responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los daños que ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, sea por dolo o por culpa, luego en el art. 25 dispone la acción social de responsabilidad que ya se ha comentado; pero se infiere de la parte *in fine* del mismo artículo que teniendo en cuenta los supuestos y procedimientos de la acción social de responsabilidad que proceden para el mismo, los socios y terceros conservan sus derechos individuales. Así dispuesta la norma, tiene cierta similitud con la argentina, respecto a que, si bien la norma argentina ha incluido adverbio siempre, la norma colombiana deja abierta la posibilidad de que socios y terceros puedan entablar el reclamo por daños que hubieran sufrido por parte de los administradores, y al no tener mayor contenido la disposición conviene señalar que se activaría su tratamiento desde la visión de la teoría general de responsabilidad que remite al derecho civil

La normativa comercial boliviana nada específico ha dispuesto en relación a la acción individual de responsabilidad que los socios pudieran interponer cuando sus derechos patrimoniales han sido afectados, es decir de manera puntual conforme el derecho español y el argentino han establecido en sus

⁷⁴⁰ Gagliardo, Mariano, *Responsabilidad de los directores...*, Tomo III. op. cit., pag. 2187.

disposiciones legales, o la mención que insertó la normativa colombiana, sino que en el art. 321 señala de manera general que sistematiza los casos en que la responsabilidad de los directores es solidaria e ilimitada, lo cual en concordancia con el art. 323 no resulta conforme el análisis realizado ut supra la acción individual de los socios y terceros.

Se asume que no por eso los accionistas y terceros quedan desprotegidos, por lo que es necesario construir esta acción para el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieran sufrido por parte del directorio o los directores. Definir que esta acción tendría el sustento legal fundado en el art. 321 del C.Com., y tiene por objeto el resarcimiento del daño que accionistas o terceros hayan sufrido contra sus derechos o patrimonio, que de acuerdo a la doctrina revisada, respecto a estos derechos no existe responsabilidad contractual, por lo que se activa la responsabilidad extracontractual o responsabilidad civil, que tiene fundamentos en el derecho común prescrito en los arts. 984 y, 999 del C.Civ., cuyo postulado básico es la protección del perjudicado que ha sufrido un menoscabo patrimonial mediante un hecho dañoso sea éste culposos o doloso.

No obstante aquello, es necesario establecer el nexo causal entre el daño y la culpa por lo que corresponde revisar que estamos ante la responsabilidad extracontractual contenida dentro de los hechos ilícitos de orden civil, lo cual da lugar a variadas interpretaciones respecto a la atribución de la culpa, primero a diferenciarla totalmente de la culpa del ámbito penal porque no se trata de una sanción, sino que se refiere a la recomposición de un desequilibrio patrimonial⁷⁴¹; segundo se trata de la culpa subjetiva y como tal da lugar a que se debe demostrar el nexo causal entre el hecho y el daño.

De manera que en caso de la supuesta responsabilidad del directorio de la sociedad, salvo que el daño provenga de manera identificable y directa por

⁷⁴¹ Martínez Rave, Gilberto, "La responsabilidad civil extracontractual", AA.VV., Tamayo Jaramillo, Javier, Dir., *Tendencias modernas del Derecho Civil, Propuestas de reforma a la legislación civil*, Temis, Bogotá, 1989, pág. 393.

parte de un determinado director, se presume que se trata de responsabilidad solidaria del órgano y, se procederá en consecuencia aplicando primero la causal de exoneración dispuesta en el art. 323 del C.Com., y luego toda la carga normativa referida a la responsabilidad de los directores que se encuentre relacionada con los daños o perjuicios demandados por el accionista o a los terceros y en los que se cumplan los presupuestos de la culpa.

En conclusión, se trata de la acción de responsabilidad civil ejercitada por los accionistas y terceros, cuando sus derechos o patrimonio han sido dañados por los directores durante el desempeño de su cargo, fundada en la responsabilidad extracontractual del derecho común.

5. LAS PECULIARIDADES EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE LA SEM

En el presente capítulo se ha venido realizando una exposición detallada del funcionamiento de los órganos de la sociedad, entre los cuales por su significación, se ha prestado un mayor desarrollo a la responsabilidad de los administradores, y por el mismo motivo no se ha agotado su estudio justamente con la finalidad de dedicar los siguientes párrafos al contenido de la responsabilidad de los directores en la SEM de manera separada a objeto de mostrar en forma más evidente las diferencias más importantes entre los directores de la S.A. y los directores de la SEM, puesto que éstos últimos son objeto sustancial de este trabajo, aunque se deja constancia que de ninguna manera se podía abordar su estudio sin haber realizado el que corresponde a la S.A., porque el régimen de responsabilidad de los directores de la SEM está grandemente subordinado al que el C.Com., ha dispuesto para la S.A. y además porque en la SEM participan en un mismo cuerpo colegiado los directores del sector público que se apartan del régimen de los directores del sector privado, ya que los primeros obedecen a un régimen propio de la SEM, en tanto que los segundos al régimen de la S.A.

Por lo mismo, no se podría abordar su estudio sin conocer todas las afinidades, contrastes y diferencias que se producen entre el régimen de la SEM y la S.A.⁷⁴², partiendo también del hecho que la SEM no ha tenido un desarrollo influyente en el mercado societario boliviano, pero no por eso ha quedado en desuso, ni ha sido objeto de derogación tácita o expresa de la normativa de sociedades comerciales.

Más bien se trata de comprender cuál ha sido la intención del legislador al incorporar a la SEM entre los tipos de sociedad comercial, puesto que la Ley 466 de la Empresa Pública de 2013 tipifica a la SEM como un tipo societario comercial, pero no le asigna un régimen diferente al que tenía cuando no se encontraba tipificada como sociedad comercial, tampoco la complementa, sino que conserva incólume el régimen jurídico de la SEM conforme se hallaba dispuesto en el C.Com., desde el 1976. Asimismo, mantiene vigente la disposición de aplicar de manera supletoria el régimen normativo de la S.A., y al amparo de ella se debe organizar la SEM con grandes semejanzas respecto al régimen de la S.A. Así está presente en gran parte de la forma de su organización y constitución, en la estructura y régimen del tratamiento societario del capital social y muchas otras reglas que incluso han sido trasladadas a la LEP para su aplicación en las nuevas empresas del Estado, como las EM, EEM y EEI las cuales también han sido incorporadas al art. 126 del C.Com., en calidad de sociedades comerciales.

No se proporciona tampoco ninguna novedad al afirmar que en el régimen de la organización y funcionamiento del órgano administrativo materializado en el directorio, descansa gran parte del éxito del emprendimiento social que el sector público y privado puedan realizar en conjunto; pues en el accionar del directorio la parte más crítica está en el nombramiento, cese y responsabilidad de los directores, por lo que se debe trabajar sobre las concordancias y

⁷⁴² La Base empresarial vigente por tipo de sociedad que presenta el Registro de Comercio de Bolivia a cargo del concesionario FUNDEMPRESA al mes de agosto del año 2015 señala que las Sociedades Anónimas vigentes son 3.237 y Sociedades de Economía Mixta son 26; en cambio las S.R.L. son 48.441 y las Empresas Unipersonales son 214.994.

diferencias entre la SEM y la S.A., que en algunos casos sobrevienen del Derecho Administrativo por la participación económica del sector público en esta forma de organización.

Por otra parte, se han identificado en el C.Com., disposiciones que no están acordes con la evolución que ha tenido el funcionamiento de las sociedades comerciales hasta estos días, los desajustes se han venido presentando, y la forma de remediarlos a sido por vía de normas inferiores de los entes administrativos como la AEMP y anteriores entidades de control societario⁷⁴³, o por la inserción dentro de los estatutos de modalidades de nueva data para afrontar las situaciones como las que se planteen, como los Códigos de Gobierno Corporativo, por ejemplo. Pero en algunos casos la rigidez de la norma podría no aceptar o repeler este tipo de enmiendas internas, de manera que convendría plantear algunos aspectos que merecerían ser revisados en una futura modificación del Código de Comercio, a fin de otorgarle al régimen societario boliviano una nueva configuración adecuada a estos tiempos. La legislación comparada española resulta ser una fuente de evidente coherencia con esa posibilidad.

Por lo manifestado en relación al órgano de administración, sin que deba entenderse la desvalorización de los otros órganos que hacen a la estructura orgánica societaria de la SEM, cabe mencionar algunos justificativos del realce que se pretende dar al funcionamiento del directorio, del cual descende el régimen de responsabilidad de los directores; el primero desde el punto de vista de que la faz externa del emprendimiento empresarial de la sociedad se muestra a través del eficiente funcionamiento del órgano de administración, no de las juntas de accionistas ni de la buena o mala fiscalización de los síndicos.

⁷⁴³ Res. Adm. SNRC-DN N° 433/2003 de 3 de septiembre de 2003, en la que se regula el procedimiento para el incremento de capital en las S.A., Res. Adm. SEMP 0150/2005 de 19 de octubre de 2005, que dispone que las reuniones de directorio de las S.A. se pueden llevar a cabo dentro o fuera del país siempre que el Estatuto así lo autorice; Res. Adm. SEMP 0160/2005 de 14 de noviembre de 2005, referida a los representantes legales nacionales y extranjeros, Res. Adm. SEMP N° 0056/2007 de 8 de junio de 2007, referida a la publicación y formalidades de la convocatoria a asambleas y juntas de accionistas, Res. Adm. SEMP N° 36/2008 de 7 de marzo de 2008, autoriza celebración de reuniones de directorio de las S.A. a través de video conferencias.

Segundo que al no tener una regulación societaria mejor trabajada, las lagunas que surjan en la solución de esta problemática seguirán siendo suplidas por la norma general o conforme ha venido sucediendo acudiendo infructuosamente a la vía constitucional⁷⁴⁴, lo cual redundará en gravosos recursos desperdiciados en tiempo y dinero que hacen pensar en el replanteo del recurso arbitral como forma rápida y menos onerosa, tomando en cuenta dentro de las actividades de la SEM, las restricciones que impone la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje en relación a algunas materias reservadas a la explotación económica por parte del Estado.

Tercero, el régimen de la responsabilidad de los administradores de la SEM además de las disposiciones contenidas en los arts. 163, 164, 166, 167, 317, 318, 321, 322 y 323, del C.Com., incluye toda la normativa complementaria que regula el funcionamiento de las sociedades en general y algunas que en especial se dirigen a la S.A., los estatutos sociales y lo dispuesto en algunas leyes que reglan el desenvolvimiento del sector público, por la participación del sector público en cualquiera de los estamentos jerárquicos que la componen, los cuales arrastran en algunos casos a la SEM de estatus jurídico privado a tener que observar normas del Derecho Administrativo.

En términos generales al director de la SEM en aplicación del art. 164, del C.Com., se le impone el deber de actuar con diligencia, prudencia y lealtad, por lo cual no solo se debe concretar en el cumplimiento de la ley positiva, sino que debe adoptar una conducta basada en la fidelidad, que le obliga a actuar a favor de los intereses de la sociedad y no de sus propios intereses. Siendo así, la fidelidad y lealtad para todos los directores, deberes de conducta tan imperativos como son los deberes de cumplimiento de la ley, los estatutos y toda norma relacionada; puesto que el incumplimiento de cualquiera de estos

⁷⁴⁴ SC 0445/2011-R de 18 de abril de 2011; SC 2011/2010 de 3 de noviembre de 2010; SC 1121/2006-R de 8 de noviembre de 2006, SC 659/00-R de 5 de julio de 2000, SC 111/01-R, SC 574/01-R de 8 de junio de 2001, SC 744/00-R de 4 de agosto de 2000, y AC 0032/2007 de 24 de enero de 2007 en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado denegando la resolución por no haber hecho uso de la vía legal correspondiente, que era la civil y comercial para dilucidar aspectos de orden societario.

dos ámbitos de obligaciones conlleva la atribución de responsabilidad solidaria e ilimitada cuando ocasione daños y perjuicios resultantes de su acción u omisión.

La fuerza del poder público en los casos de responsabilidad de los directores de grandes sociedades anónimas se activa de manera más severa, lo cual nos lleva a la deducción de que en el caso de tener que ejercitar acciones de responsabilidad por hechos ilícitos contra los directores de la SEM, la fuerza del poder público parece que se vería obligada a efectuar un doble despliegue de la fuerza coercitiva, ya que, no solo se debe responder a la sociedad, a los accionistas del sector privado, sino al propio Estado como sector público y probablemente a la ciudadanía, por el elemento del control social que se ha incorporado en la CPEP del 2009.

Analizadas que han sido las diferentes posiciones doctrinarias y del derecho comparado revisado en el presente trabajo respecto a la responsabilidad de los administradores, con la finalidad inicial de centrarnos en el desarrollo doctrinal del ámbito jurídico boliviano, se toma la posición de Urenda⁷⁴⁵ cuando hace referencia a que la responsabilidad de los directores nace del acuerdo societario dentro de la estructura orgánica de la sociedad; luego hace referencia a las atribuciones que prescribe el art. 163 del C.Com., como fuente de la responsabilidad de los directores, y en conformidad con lo anterior enlaza dicha responsabilidad al incumplimiento o infracción de lo establecido en el contrato social, el mandato o de la ley, sobre lo cual deben responder con su patrimonio personal, conforme manifiesta lo dispuesto en art. 167 del C.Com. A estos dos artículos de aplicación general hay que añadir conforme lo hizo el autor las disposiciones específicas del régimen de la S.A., señaladas en los art. 321, 322 y 323 y complementar con las relacionadas para su aplicación integral, tomando en cuenta la especialidad que puede representar en la SEM.

⁷⁴⁵ Urenda, Juan Carlos, Manual de la responsabilidad ...”, op. cit., pág. 15 y sgtes.

5.1. Diferente nombramiento de los directores y presidente

No obstante, lo revisado y expuesto en los párrafos anteriores, el art. 429, inc.4) del C.Com., abarca en su contenido claras diferencias entre la S.A. y la SEM, como las condiciones y la forma de nombramiento y remoción de los directores, el nombramiento del presidente del directorio aspectos que pueden tener efecto en la atribución de responsabilidad a los directores de ambos sectores de manera diferente y en relación a las acciones que pueden ejercer los perjudicados.

Ovando⁷⁴⁶ tomando en cuenta lo señalado en el art. 429 del C.Com., plantea dos opciones en relación al nombramiento de los directores en la SEM, parte de que los estatutos deben contener el número de directores que serán nombrados, tomando como base las series de acciones, que como sabemos una corresponde al sector público y otra a las acciones del sector privado. Es que Ovando propone una primera opción en sentido que la distribución de los directores podría estar prevista en el convenio acordado entre las partes al momento de la constitución de la sociedad, con un acuerdo que podría determinar la composición del directorio con representantes de forma paritaria o desigual, es decir, en un número fijo de directores para cada sector, con independencia del número de acciones y en consecuencia del aporte al capital social de cada sector; una segunda opción sería que el convenio no contenga ninguna regla al respecto y que se asuma que el nombramiento de los directores sea proporcional a los aportes y por ende a la titularidad de las acciones que cada sector posea; en tal caso se observaría la participación mayoritaria o minoritaria para el nombramiento proporcional de los directores.

Las opciones que propone Ovando, coinciden con lo dispuesto en el inc. 4) del art. 429 del C.Com., pero aclara el autor, que cualquiera de las opciones esté inserta en el convenio, es decir como un preacuerdo para el nombramiento paritario o desigual, propuesta que resolvería en principio una cuestión de importancia, a todo lo cual podría ser favorable añadir el nombramiento del

⁷⁴⁶ Ovando Ovando, Jaime, *Sociedades Comerciales...*, Op. cit., pág. 590.

presidente del directorio que sería importante también definirla en el convenio, para de ahí incorporarla en los estatutos.

Entonces, cualquiera de las formas de nombramiento propuestas por Ovando tienen total correlato con lo dispuesto en el C.Com.; la primera obedece a una forma particular que podría optar la SEM, en el caso de la segunda opción se reconoce y aplica la técnica de nombramiento proporcional de directores de la S.A. Pero una forma diferente que cabe advertir es que el C.Com., nada dice respecto al nombramiento preceptivo de un director que represente a la serie que no alcance la proporción mínima para el nombramiento de un director, en el entendido que por ley son dos las series. Cabe considerar que el legislador expresamente ha dispuesto en el inc. 6) del mismo artículo⁷⁴⁷, el nombramiento de uno por cada sector para el nombramiento de los síndicos.

En el supuesto de aplicar la proporcionalidad de aportes y que los socios de cualquiera de los sectores no alcanzaren el mínimo proporcional del veinte por ciento del capital social que dispone el art. 316 del C.Com., y no se dispusiere nada al respecto en los estatutos, la presunción de que la representación en el directorio es proporcional, dejaría sin director a una de las series. Con lo cual ¿acaso los socios del sector que no alcance el veinte por ciento del capital social quedarían en imposibilidad de nombrar un director?

El C.Com., propone que en caso de no haberse establecido nada respecto al número de directores por cada sector, se presume la proporcionalidad en la representación en el directorio, con lo cual se validaría en la SEM la aplicación del régimen dispuesto para la S.A., que pide un veinte por ciento del capital social para nombrar un director, que en caso de no cumplirse impediría el nombramiento de un director por el sector que no lo alcance; sobre lo cual, la alternativa sería aplicar el régimen del nombramiento de los síndicos, dispuesto en el mismo art. 429, inc.6), apoyado por el art. 332 segundo párrafo y el art. 336 del mismo cuerpo legal. La segunda alternativa sería que se aplique lo

⁷⁴⁷ Aunque se advierte que el número de directores como mínimo es de tres, art. 307; en cambio en los síndicos es uno o más, por lo cual se ha dispuesto que podría ser al menos uno por cada serie, art. 336, ambos del C.Com.

dispuesto por el art. 308 del C.Com., parte *in fine*, que señala que en caso de existir diversas clases de acciones los estatutos pueden prever que cada una elija uno o más directores, reglando la forma de elección y remoción; de manera que estaríamos en el punto de partida de incorporación del nombramiento de un director por la serie que no alcance el mínimo dentro del convenio, es decir apartándose de las proporciones accionarias de cada sector.

Respecto a esta forma de enfrentar el nombramiento de los directores, la doctrina se ha pronunciado en sentido que la protección de las minorías no obedece a criterios políticos de representación proporcional para su ejercicio, sino que justamente en materia societaria, se trata de proteger derechos patrimoniales de orden privado contra las posibles agresiones que pudieran sufrir por la mayoría⁷⁴⁸.

La segunda parte tiene que ver con la forma del nombramiento, cualquiera sea el procedimiento de definición del número y atribución por series de acciones, los directores del sector público serán designados o nombrados por la o las entidades públicas titulares de las acciones del sector público, se entiende sin mediación de votación en junta, mientras que los directores del sector privado deben ser elegidos en la junta ordinaria, es decir, aplicando los procedimientos dispuestos para la elección de los directores de la S.A. Existen factores como el número de directores, periodo de funciones, capacidades requeridas, las formas de organización interna del directorio, sus resoluciones y gerencias, que, por tratarse de aspectos societarios de orden general, y al amparo de lo dispuesto en el art. 425 se adoptan en conformidad con el régimen de la S.A.

5.1.a. Los directores designados por el sector público

Cuando el C.Com., en el art. 429 inc. 4) se refiere al nombramiento de los directores del sector público se aparta de la forma en que el código dispone el nombramiento de los directores en las S.A., porque añade que el cargo de

⁷⁴⁸ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 376.

director del sector público se ejerce por designación; diferencia que establece una derogación al régimen de las S.A., más aun cuando la LEP en la Disposición Final Décima, I. num. 4., establece que el COSEEP deberá autorizar la designación o remoción de los representantes del sector público en los órganos de gobierno de las SEM como se tiene expresado; aunque esta disposición de nombramiento no tiene por qué contradecir que el designado como director del sector público no deba cumplir los requisitos que para ser director prescribe el C.Com.

Al respecto se muestran dos cuestiones intrínsecamente relacionadas, la primera referida a las formalidades de designación y también la remoción; la segunda a la calidad de los directores de este sector, que de igual manera conduce a dos opciones, la primera que se trate de personas particulares que son designadas por las autoridades competentes de la entidad titular de las acciones, y la segunda es que se trate de funcionarios públicos designados como directores de la SEM; no ingresamos a analizar que puedan ser personas jurídicas porque no están comprendidas entre las opciones dentro del C.Com., boliviano; asimismo no se encuentra en ninguna otra disposición equivalente a las que se vio en el derecho comparado.

En cuanto a las formalidades de la designación y de la remoción que aunque tienen un común denominador que es la forma y quienes deciden, conviene separarlos por los efectos diferentes de ambos.

En la designación de estos directores del sector público, el código dispone esta forma de nombramiento, por lo que al apartarse del procedimiento de las S.A., no se hace necesaria la junta de accionistas, ni siquiera junta especial de los accionistas del sector público, salvo la del primer nombramiento⁷⁴⁹ en la que a la convocatoria de junta ordinaria para el nombramiento de los directores, los

⁷⁴⁹ En los posteriores nombramientos, posiblemente no sea necesaria la junta, por la libre remoción de los mismos por parte de sus mandantes, lo cual implica sustitución inmediata, que legalmente debe ser ejercida por el suplente, sin que se pueda remover a éste en cualquier momento si el estatuto estableciera que los nombramientos siempre se realizaran en junta ordinaria y si el estatuto no determina nada al respecto la designación también puede hacerse en cualquier momento.

representantes del sector público solo deban consignar los nombres de los directores en la proporción que les corresponda.

La primera cuestión tiene total correspondencia con la segunda, es que el director designado sea una persona natural sin nexo laboral con la entidad titular de las acciones a las cuales va a representar en el directorio de la SEM; si bien pareciera que este aspecto no tiene mayor relevancia, no es así como se verá más adelante.

Es que en ésta designación, si bien el designado ejercerá el cargo de director representante de las acciones del sector público, asume el mismo con todas las prerrogativas, derechos, deberes y responsabilidades prescritas en el C.Com., no obstante, tiene relevancia conocer las condiciones legales que trae con su participación.

De acuerdo al ordenamiento administrativo ésta persona natural para fungir como director representante del sector público en la SEM, necesariamente debe adoptar una posición jurídica, así de acuerdo al art. 233 de la CPEP⁷⁵⁰, se trataría de un servidor público designado que no es parte de la carrera administrativa; el art. 5, inc. b) de la Ley del Estatuto del Funcionario Público, señala también que estos funcionarios no están sujetos a la carrera administrativa, no obstante la CPEP de manera general⁷⁵¹ y la Ley 1178 en el art. 28 establece el régimen de responsabilidad por la función pública, señalando que todo servidor público debe responder por los resultados emergentes del desempeño de su cargo, y determina la aplicación de la responsabilidad administrativa, ejecutiva, civil o penal en función a los resultados de la acción u omisión en sus actos. Pero todo este régimen se

⁷⁵⁰ El Art. 233 de la Constitución Política de Estado del 2009, expresa: Son servidoras y servidores públicos las personas que desempeñan funciones públicas. Las servidoras y servidores públicos forman parte de la carrera administrativa, excepto aquellas personas que desempeñen cargos electivos, las designadas y los designados, y quienes ejerzan funciones de libre nombramiento.

⁷⁵¹ Art. 235. Son obligaciones de las servidoras y servidores públicos: 1. Cumplir la Constitución y las leyes. 2. Cumplir con sus responsabilidades, de acuerdo con los principios de la función pública. 3. Prestar declaración jurada de bienes y rentas antes, durante y después del ejercicio del cargo. 4. Rendir cuentas sobre las responsabilidades económicas, políticas, técnicas y administrativas en el ejercicio de la función pública. 5. Respetar y proteger los bienes del Estado, y abstenerse de utilizarlos para fines electorales u otros ajenos a la función pública. El Art. 236. Son prohibiciones para el ejercicio de la función pública: I. Desempeñar simultáneamente más de un cargo público remunerado a tiempo completo...

ejecuta entre la entidad de sector público titular de las acciones en la SEM y la persona a quien ha designado como director en la SEM, como ya se expresó antes; para lo cual debe estar sujeto a un contrato de prestación de servicios con todas las cláusulas precisas como ser objeto, plazo y remuneración entre otras no menos importantes, las cuales surtirán efectos entre el contratado y la entidad contratante; y en principio, el contrato firmado con dicho director no tiene relación con la SEM⁷⁵².

Ante la SEM, de las tres cláusulas mencionadas dos revisten importancia, el objeto porque el servicio será prestado en la SEM, y la remuneración puesto que de acuerdo a la normativa debe ser fijada por la junta de accionistas; a dichos efectos de la posición del director, habrá que añadir que deberá cumplir el régimen de prestación de la fianza que exige el art. 312 del C.Com., a todos los directores, sin exclusión.

La otra opción es la viabilidad o inviabilidad de incorporar por parte de la entidad pública a un funcionario público de carrera para que éste ejerza la representación como director de la SEM, podría operar la viabilidad en caso de que el funcionario no tenga competencia o jurisdicción en asuntos relacionados con la sociedad; pero también podría operar la inviabilidad si se cumplen las prohibiciones de lo dispuesto en el art. 310, inc. 5) del C.Com., en este caso, de igual manera revisten importancia algunos aspectos como ser la remuneración y la prestación de la fianza⁷⁵³, por los efectos que podrían tener más adelante.

⁷⁵² Podría establecerse un convenio entre los titulares de las acciones del sector público y sus directores, conforme se tiene en el Anexo del Decreto 1278 de 2012 de la República Argentina, cuando regula la participación estatal en las S.A. en que mantiene participación minoritaria, a las cuales se ha denominado Sociedades Anónimas con participación estatal minoritaria. En éste convenio se incorporan aspectos como la calidad del director, es decir como funcionario público, la remuneración a recibir, pero la diferencia es que en la norma argentina, se incluye el cumplimiento preceptivo de los deberes que establece el Decreto y el Reglamento, los cuales serían de muy remota incorporación para los directores de la SEM boliviana, aunque no alejadas de la realidad práctica.

⁷⁵³ En el tema de la remuneración podrían producirse las incompatibilidades de la doble percepción de remuneraciones, si se aplican de forma literal lo dispuesto en la Ley Financial o del Presupuesto General de la Nación que en su emisión anual prohíbe el pago por dos fuentes que provengan del TGN. Pues de tratarse de un funcionario público, éste tendría un sueldo por su relación de dependencia con la entidad, y la remuneración por sus funciones como director

Respecto a la remuneración del director cuando se trata de una persona particular se resuelve mediante la asignación que fije la junta de accionistas; en cambio la del funcionario público debe estar expresamente señalada la renuncia a su remuneración como funcionario público o la renuncia a la remuneración dentro de la SEM, pues lo contrario acarrearía a esta persona otro tipo de responsabilidad por doble percepción de pagos, por lo que la resolución de designación debe prever este aspecto de manera puntual. No obstante, lo señalado que tiene que ver con la forma, la parte medular de la designación y remoción de los directores del sector público es la responsabilidad que conlleva el ejercicio de su cargo, como se verá más adelante.

Otro aspecto de importancia es el tratamiento de la prestación de la fianza que dispone el art. 312 del C.Com., para garantizar las responsabilidades que puedan emerger del ejercicio del cargo de director, garantía que debe ser depositada en forma previa al ejercicio del cargo y que se encuentra dentro del ámbito de control por parte del Registro de Comercio⁷⁵⁴. Es de tener en cuenta si cualquiera sea el designado, por contrato o funcionario público, la fianza sería pagada por la entidad a la cual representa o, en cambio, será pagada por los designados en forma personal, ambas formas tienen diferente efecto; si la fianza es pagada por la entidad del sector público, el director en realidad está traspasando su obligación a su mandante, lo cual parece justo, pero el otro efecto es que se pierde la esencia de la fianza, puesto que es para garantizar las responsabilidades emergentes de su desempeño.

En cambio, si el director designado tuviera que por sí mismo prestar la fianza se cumpliría el principio de la garantía de desempeño, pero parecería injusto cuando en su desempeño podría tener que aceptar las instrucciones de su

de la SEM significarían una segunda fuente de ingresos; salvo que renuncie a su remuneración como funcionario público.

⁷⁵⁴ El D.S. 16833 Reglamento de la Dirección General de Registro de Comercio y Sociedades por Acciones, en la cual se regulan las facultades del Registro de Comercio, señala en el art. 50 que la fianza de los directores y síndicos debe ser registrada ante esta entidad, sea mediante documento bancario, o cuando se trate de la anotación de bienes, el registro correspondiente.

mandante, que podrían en algún caso ser las causantes de que se le impute responsabilidad.

Entonces, en estos nombramientos se deberán tomar en cuenta los requisitos, impedimentos, el ejercicio personal y el régimen de responsabilidad de los directores que se encuentra regulado en el C.Com., ya que el libre nombramiento o designación de los directores del sector público, no deroga ni les exime de la aplicación de estos criterios establecidos por ley.

5.1.b. Los directores del sector privado

En relación a los directores del sector privado en la SEM, el art. 429, inc. 4), dispone su nombramiento y remoción de acuerdo a lo dispuesto para los directores de la S.A., es decir lo dispuesto en los art. 307 al 331, de manera que su nombramiento y remoción deben ser resueltos por la junta ordinaria de accionistas.

Lo peculiar en este nombramiento es que convocada la junta ordinaria y estando presentes los directores de ambas series de acciones, los accionistas con derecho a voto que correspondan al sector público no tendrían que emitir voto, Ovando señala que los directores del sector privado serían elegidos con la mayoría de votos de su sector, lo cual obedece a una cuestión lógica, pero que no está prevista en el ordenamiento. Habrá que tener presente que el convenio o los estatutos deben regular la forma y requisitos de este nombramiento, puesto que podría realizarse en una junta especial a la que concurren solo los accionistas del sector privado.

Es que el art. 429 del C.Com., en ese sentido solo expresa que los directores representantes de las acciones del sector privado, serán nombrados y removidos conforme dispone la Sección VIII, Capítulo V del Título III, en el cual se reglan la forma, los periodos, capacidad, impedimentos, fianza, desempeño, cesación de funciones, renuncia y la responsabilidad que origina el ejercicio de dicho cargo. De manera que los directores del sector privado en la SEM, sean o no socios, deben cumplir todos los requisitos señalados en el C.Com., para la

S.A., bajo la aplicación obligada de que en la junta general ordinaria los votos se emitirán solo por el sector privado, lo contrario no guardaría relación con el principio de equidad.

5.1.c. Nombramiento del presidente del directorio

El nombramiento del presidente del directorio de la SEM conforme dispone el art. 429 inc., 4) debe estar reglado en los estatutos, donde podría optarse por dos soluciones, la primera ya expuesta anteriormente, que señalaba se haya incorporado esta decisión en el convenio, de manera que solo quedaría trasladarla a los estatutos; la segunda que no se haya acordado nada en el convenio y que se regule la forma de elección en los estatutos y la tercera que se aplique lo dispuesto en el art. 313 del C.Com. De no haberse realizado ni la primera o segunda opción se aplica lo señalado en el art. 313 del C.Com., según la cual si el directorio tuviera la facultad de elegir al presidente, deberán hacerlo mediante el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, lo cual nos muestra que de ninguna manera podría optarse por una proporción menor a la mayoría absoluta; forma de elección que guarda relación con la proporción de aportes al capital social, que daría como resultado que el presidente del directorio siempre corresponderá al sector que tenga la mayoría de directores, independientemente de si es el sector público o el privado.

Pero en la SEM, también podría optarse una opción diversa, conforme señala la Ley 15.349 de Argentina, por la cual el nombramiento del presidente de la sociedad corresponde siempre al sector público⁷⁵⁵; de igual manera en la normativa colombiana que ha dividido a la SEM de acuerdo a los porcentajes de participación, así en las que el sector público tenga una participación mayor al noventa por ciento del capital, el presidente del directorio corresponde al sector público⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ la Ley 15.349 o 12.962 en el art. 7 dispone que el presidente de la sociedad, el síndico y por lo menos un tercio de los directores representarán y serán nombrados por la administración pública.

⁷⁵⁶ En las de menor porcentaje de acuerdo a lo que dispone el Código de Comercio.

Nótese que en la Ley 466 de la Empresa Pública⁷⁵⁷ el presidente ejecutivo de la Empresa Corporativa es designado por el Presidente del Estado de una terna propuesta por la Cámara de Diputados, y en las EM, EEM y EEI el presidente es elegido de entre los miembros del directorio que representen a la mayoría accionaria; en ésta última forma de elección del presidente del directorio se toma en cuenta la proporción accionaria de manera subsidiaria, quedando casi establecido que en las SEM el sector público se reserva el cargo de presidente para sí, aspecto que podría tener una variación ostensible en caso que el sector privado tenga la proporción mayoritaria del capital social, posibilidad poco remota, pero opción que no se debe dejar de mencionar.

Entonces, en la SEM boliviana el privilegio de designar presidente del directorio al director del sector público, podría estar inserto en el convenio de organización de esta sociedad y de éste descender a los estatutos, o en forma directa reglar dicho nombramiento en los estatutos.

5.2. Remoción de los directores de ambos sectores

La diferencia que establece el art. 429, inc. 4) del C.Com., para la remoción de los directores, tiene una connotación de necesario análisis por los efectos que puede causar la aplicación literal de tal disposición.

Primero, el hecho que los directores del sector público puedan ser removidos por sus mandantes en cualquier momento fractura la hegemonía que debe existir dentro del órgano colegiado denominado directorio.

Segundo, hay que partir de que si bien los directores que representen al sector privado deben observar las reglas dispuestas en el C.Com., que establece que los directores pueden ser nombrados para un desempeño en periodos de tres años, sin embargo la posibilidad de su remoción no está atada al periodo, sino como un factor de organización, pues debido a su desempeño y de caer en las

⁷⁵⁷ Vid. art. 23 y 36. II. inc. d) de la Ley 466 de la Empresa Pública.

causales de remoción que señala el mismo código, su remoción se podría dar antes del cumplimiento de su periodo, es decir en cualquier momento.

Otra causal de remoción establecida en el art. 319 del código, es la renuncia del director que tiene sus propias formalidades; pero en ambas situaciones será la junta de accionistas la que resuelva aceptar o no la renuncia o resolver la cesación del director para iniciarle la acción judicial de responsabilidad.

En el caso de los directores del sector público que pueden ser removidos en cualquier momento por sus mandantes, y no por la junta, conlleva el efecto de que, aunque no se puede ignorar la dependencia del director respecto a la entidad pública a la que representa, sin embargo, en su actuación dentro del directorio, su desempeño es personal, con todos los derechos, deberes y responsabilidades que regula la ley.

Entonces, éste director puede renunciar por los motivos que tenga, su renuncia obligatoriamente debe ser presentada al directorio, pero cabe considerar ¿primero a la entidad mandante y luego a la SEM? o ¿primero a la SEM y luego a sus mandantes?, o ¿de manera simultánea? Cualquiera de las formas tiene un efecto diferente, pues como parte de su obligación en la SEM el director tiene el deber de permanecer en sus funciones mientras se lleve a cabo la junta en la que se presente el nuevo director, o de no llevarse a cabo las formalidades para su aceptación por parte de la junta, ¿acaso se podría tratar de una simple sustitución de directores del sector público, mediante una breve comunicación?; en cuyo caso ¿cómo quedaría si el director estuviera renunciando por librarse de responsabilidad por sus actos?

Además, el director del sector público tiene gran probabilidad de ser nombrado presidente del directorio, por lo que los efectos de su renuncia o remoción en cualquier momento, tienen una alta significancia dentro del desempeño de la sociedad. Habrá que tener en cuenta que el director del sector público, independientemente de si la entidad que lo ha designado está o no de acuerdo, puede ser removido por instauración de acción de responsabilidad por sus acciones u omisiones dentro de la sociedad, en tal caso sus mandantes ¿tendrían algún recurso para oponerse a dicha medida?, la respuesta es no.

En ese caso en forma contraria a lo que dispone el art. 429, inc. 4), la remoción la realizaría la junta de accionistas, proceder de manera contraria, haciendo valer lo dispuesto en dicho artículo de manera literal, acarrearía la liberación injusta del director; además se hace necesario recordar que existen dos situaciones que hay que acatar, lo dispuesto por el art. 323 del C.Com., respecto a la aprobación de la gestión del director y la del art. 312 referida a la cancelación de la fianza prestada como garantía por su desempeño personal. Por lo que la disposición que faculta a los titulares de las acciones del sector público en la SEM, para remover en cualquier momento a los directores que los representan, no es de fácil cumplimiento por el hecho de que el desempeño del director es personal y sus responsabilidades también lo son, aunque esté sujeto a un contrato de servicio, sea un funcionario público y esté subordinado a recibir instrucciones de sus mandantes.

Sobre los directores del sector privado, las reglas son las que corresponden a los del régimen de la S.A., de manera que descendiendo estos a los estatutos y a los reglamentos del directorio, pueden ser cumplidas sin muchas dificultades. La debilidad que se encuentra en la libre remoción de los directores del sector público, radica en que podría determinar la obstaculización y liberación de su enjuiciamiento por responsabilidad, puesto que los miembros del directorio que eligen al presidente serán los que tengan la mayoría accionaria, que tampoco nada obsta que pudieran ser los del sector privado; de ahí que es justificado extrañar en el C.Com., la regulación del procedimiento para aplicar la supletoriedad en caso de que no se inicie la acción de responsabilidad contra los directores determinada por la junta.

5.3. Efectos sobre la responsabilidad solidaria e ilimitada

Las consideraciones realizadas *ut supra*, tienen relación con las acciones de responsabilidad que pudieran recaer sobre el directorio de la SEM en pleno o

sobre los directores de manera individual; en el primer caso corresponde la acción solidaria e ilimitada que dispone el art. 321 del C.Com., a la que hay que concordar con lo dispuesto en el art. 323 que dispone la causal de exoneración de la solidaridad, de manera que se proceda a la acción de responsabilidad de forma individual; es decir, después de aplicar la única causal de exoneración que dispone el C.Com., que es haber dejado constancia de su voto disidente respecto a la resolución que haya ocasionado daño, sea a la sociedad, a los socios o a terceros.

La imputación de responsabilidad al directorio en pleno, inusual pero factible, dejaría al directorio en manos de los directores suplentes hasta que los directores en forma individual se vayan liberando de la responsabilidad solidaria, en cuyo caso serían restituidos en sus funciones.

Las causales de responsabilidad de los directores, tanto del sector privado como el público son las mismas, hay que tener en cuenta que se trata de un cuerpo colegiado, por lo que la remoción del director o directores del sector público, cobra relevancia porque aunque la norma regulatoria de la SEM dispone una remoción *ad nutum*, el nexo legal entre el director y la sociedad, cualquiera sea el sector al que representa, exige el cumplimiento de dos modalidades para la remoción, la primera voluntaria cuando el director renuncia y la segunda obligada cuando la sociedad decide iniciar la acción judicial para pedirle el resarcimiento de los daños que hubiera ocasionado en su desempeño.

Entonces, todos los directores de la SEM dentro del cuerpo colegiado, se encuentran bajo las mismas condiciones respecto a su responsabilidad, la previsión normativa que dispone la libre remoción por parte de los entes titulares de las acciones del sector público, da lugar a que éste director deba observar su posición desde dos ámbitos, uno por su relación de dependencia del ente público y otro su rol dentro de la SEM, lo cual se muestra como someterlo a una especie de doble lealtad de su parte, tanto hacia la entidad que lo designó como ante la sociedad en la cual funge como director.

En cuanto al primero, este director podría estar expuesto a una situación parecida a la de los directores de las S.A. con participación minoritaria, que emergen del Decreto 1278 en la República Argentina, es decir que deben obedecer o recibir instrucciones precisas sobre la orientación de su desempeño dentro de la SEM, más aun si estuviera expuesto a un contrato de servicios que de alguna manera limita su independencia o grado de autonomía para el ejercicio de sus funciones; pero además que al asignarle la categoría de funcionario público le hace pasible a los deberes y responsabilidades por la función pública, que tienen una diferencia con las responsabilidades de los directores reguladas en el C.Com.

Las responsabilidades que asume como miembro del directorio de la SEM, relacionadas con la diligencia, prudencia y lealtad en su desempeño, si bien de alguna manera pueden ser compatibles con las de su calidad de funcionario público, sin embargo tienen dos titulares diferentes dispuestos e inclusive obligados a exigir su cumplimiento; de manera que por un lado el Estado le pide una conducta como servidor público y por otro la SEM le pide el cumplimiento de una conducta como director; el incumplimiento o infracción a cada una de ellas le acarrea una diferente forma de sanción.

Así en su categoría de funcionario público se le podrían aplicar las sanciones que correspondan a la responsabilidad ejecutiva, administrativa, civil o penal determinadas por la Ley 1178 (SAFCO)⁷⁵⁸, la Ley del Estatuto del Funcionario Público y los Reglamentos de responsabilidad por la función pública e inclusive, la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz⁷⁵⁹; en cambio por su desempeño como director de la SEM, en caso de que en su desempeño haya causado daños o perjuicios a la sociedad, los socios o terceros corresponde iniciarle en la vía judicial la acción de responsabilidad; es de tener en cuenta que los motivos de ambas modalidades de sanción son también diferentes, pues para aplicar

⁷⁵⁸ La S.C. 0045/2006 de 2 de junio, entendió que las Sociedades de Economía Mixta con mayoría accionaria por parte del Estado deben sujetar su desenvolvimiento a las disposiciones de la Ley SAFCO e impone la intervención de la Contraloría General del Estado. Por otra parte de reciente data, el D.S. 28631 de 8 de marzo de 2006, en el art. 35, señala que las SEM, dispone que por tener el Estado parte del paquete accionario, deben sujetarse a lo dispuesto por el art. 5 de la Ley 1178 SAFCO.

⁷⁵⁹ Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, Ley de investigación de fortunas.

sanciones en la vía administrativa el daño sería al Estado, en cambio en la vía comercial-societaria por los daños a la SEM, a los socios o a terceros.

En el fondo, respecto a la responsabilidad del director del sector público que se encuentra en esa especie de observancia de doble lealtad, y que por esa razón actúe orientando, dirigiendo o tomando decisiones dentro del directorio de acuerdo a instrucciones recibidas de la entidad estatal que le ha designado, el C.Com., no señala nada sobre la posibilidad de trasladar la responsabilidad por los daños a la entidad estatal instructora. Sobre este particular, la legislación española LSC en el art. 236.3., cuando se refiere a los administradores de hecho, dispone que la responsabilidad de éstos se extiende también a *“aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*, en sentido parecido la Ley 19.550 de la Argentina en su art. 54⁷⁶⁰, se refiere al dolo o culpa del socio o del controlante, señala: *“El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa... o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar...”*, reglas de la legislación comparada que ponen en evidencia que en ocasiones como en el caso de la SEM podría presentarse la situación que el director designado por el sector público reciba instrucciones de sus mandantes y que la aplicación de las mismas ocasione daños a la sociedad, a los socios o terceros, pudiendo en tal caso los mandantes ser responsables solidarios para el resarcimiento de los daños.

⁷⁶⁰ El art. 54 de la Ley 19.550 expresa: *“El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva. **Inoponibilidad de la personalidad jurídica.** La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.”*

”

6. LAS ACCIONES Y LOS LEGITIMADOS PARA RECLAMAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE LA SEM

El C.Com., en el art. 323 señala que la acción de responsabilidad será incoada con aprobación de la junta, y conforme se señaló anteriormente debe concordarse con el art. 321, que estipula que los directores son responsables solidaria e ilimitadamente frente a la sociedad, los socios y terceros, las causales se encuentran determinadas en los cuatro incisos del mismo artículo; en la SEM se aplican ambos, lo que se extraña en el C.Com., es que no haya señalado conforme se verifica en la legislación comparada, la legitimación de la sociedad y la subsidiaria de los accionistas y terceros para iniciar la acción a favor del resarcimiento de los daños ocasionados a la sociedad.

La acción de responsabilidad necesita la aprobación de la junta general de accionistas, que resolverá el nombramiento de los encargados de llevar adelante la acción, ya se aclaró en parágrafos anteriores que esa previsión sería solo en caso de la acción social o iniciada por la sociedad por los daños causados a la SEM, porque para la acción de responsabilidad por parte de los socios o de terceros, o acción individual de responsabilidad en la legislación comparada, que persigue los daños directos a sus derechos o patrimonio individual, resultaría erróneo disponer que la junta ordinaria deba aprobarlas.

La legitimación activa para iniciar la acción de responsabilidad resulta de la resolución de la junta de accionistas, la particularidad en la SEM sería que al no haber normativa sobre la posibilidad subsidiaria de que cualquier accionista o tercero pueda llevar adelante la acción, con probabilidad sería difícil que la junta determine la iniciación de la acción de responsabilidad cuando debe enjuiciar a su representante, sea este del sector público o del sector privado; más aún si se hubieran dado instrucciones por parte de una entidad pública o

privada⁷⁶¹, como titular de acciones en proporción mayoritaria en el capital social de la SEM.

De ser así, queda totalmente habilitada la posibilidad de que el Estado a través de un representante del sector público se haga cargo de iniciar la acción de responsabilidad a los directores. Aunque nada obsta que este tipo de situación pueda habilitar también a un representante del sector privado a través de los procedimientos que señala el C. Com., para la convocatoria sea por el síndico, los accionistas minoritarios, o por parte de un solo accionista conforme disponen los arts. 289, 290 y 291.

Otro panorama parecido se puede encontrar en el análisis de la delegación de responsabilidades a los gerentes, aunque queda claro que esa delegación de funciones no exime de responsabilidad a los directores, pero tampoco se debe confundir su deber de controlar con una prerrogativa de influir en las decisiones.

En cuanto a la acción de responsabilidad iniciada por terceros con la finalidad de resarcir los daños directos a sus intereses patrimoniales, tampoco se ha regulado nada en el C.Com., pero el criterio mayoritario de la legislación comparada es que solo puede ser ejercitada cuando el patrimonio social es insuficiente para satisfacer sus créditos; el C.Com., ha dispuesto que los terceros sólo pueden accionar preferentemente, cuando la sociedad se encuentre en estado de quiebra.

V. LOS SÍNDICOS O COMISIÓN FISCALIZADORA

1. LOS SÍNDICOS, FACULTADES Y RESPONSABILIDADES

⁷⁶¹ Cuando las acciones del sector privado tengan como titular otra sociedad comercial u otra persona jurídica de carácter privado.

La estructura orgánica de la S.A. está constituida además del órgano de deliberación – junta de accionistas y el órgano de administración – directorio, por el órgano de fiscalización interna – sindicatura o Comisión Fiscalizadora cuando la sindicatura es plural. La principal función de éste órgano es la fiscalizar la administración de la sociedad, con el cuidado de no intervenir en la gestión del directorio, para lo cual el C.Com., establece las competencias generales, pudiendo la sociedad regular dentro de los estatutos aspectos específicos a su propio giro, dimensión y características que le sean inherentes. Sus competencias además de las generales de exigir el cumplimiento de la ley, los estatutos, reglamentos y resoluciones de la junta se pueden clasificar en tres sentidos; el primero respecto a las juntas y accionistas, el segundo respecto al directorio y el tercero en relación con los estados financieros.

La intervención respecto a temas del directorio se despliega desde la convocatoria a juntas extraordinarias y de manera supletoria a juntas ordinarias; ya que pueden hacer que se incluyan en el orden del día de la convocatoria, asuntos que estimen necesarios; de asistir a las juntas de directorio con voz, pero sin voto; atender denuncias escritas por parte de los accionistas; no pueden votar sobre la aprobación de balances y cuentas referidas a su gestión. En relación con el directorio deben asistir a las reuniones del directorio pudiendo intervenir con voz, pero sin voto, verificar el cumplimiento de la fianza y el deber de vigilancia sobre los actos del directorio que ya se ha mencionado. En relación a los estados financieros debe examinar los libros, documentos contables y todo tipo de registros, puede practicar arqueos y exigir la elaboración de balances especiales, revisar el balance y estados de resultados debiendo presentar un dictamen ante la junta de accionistas; asimismo podrá conocer y solicitar la realización de auditorías externas con autorización previa de la junta de accionistas.

Respecto a las tareas que se asignan a los síndicos el contenido mayor y especial está en la revisión y realización de tareas propias de los profesionales en contabilidad y auditoría como son las de practicar arqueos, verificar valores,

dictaminar sobre el contenido de los estados financieros; de manera que también pueden clasificarse las funciones de los síndicos en los de forma y los de fondo. Sin redundar en los de forma, los de fondo se refieren a sus tareas propias de vigilancia de la gestión que de acuerdo al contenido del C.Com., más se refieren al contenido y elaboración de los estados financieros, de manera que se hace casi un imperativo práctico que las labores de los síndicos en el caso de la SEM; que al ser constituidas por al menos dos personas, éstas debían ser un abogado y un auditor financiero o contador público para constituir la comisión fiscalizadora y afrontar de manera acertada las competencias y atribuciones que les son encomendadas por la ley y los estatutos.

En las disposiciones del C.Com., respecto a la SEM, de manera concreta se señala que en el estatuto se debe incluir disposiciones respecto a los síndicos, pero expresamente el art. 429 inc. 6) requiere que tanto el sector público como el privado tienen derecho a nombrar un síndico o representante en el órgano de fiscalización interna de la sociedad, a partir de ahí en la SEM el mínimo de síndicos de la SEM será de dos miembros, los cuales de manera colegiada deben constituir la comisión fiscalizadora.

De la revisión de las reglas que regulan este órgano en el régimen de la S.A., se puede colegir que los síndicos pueden ser o no accionistas, ya que el art. 332 señala que en caso de ser dos síndicos, uno de ellos necesariamente será elegido por los accionistas minoritarios, situación que no podría verificarse en la SEM, significando una derogatoria al régimen de la S.A., por disposición de la ley puesto que necesariamente se nombrará un síndico por cada sector accionario.

La previsión normativa que señala que puede organizarse como Comisión fiscalizadora cuando la sindicatura es plural pone de manifiesto la importancia de este órgano, que en tal caso toma para su funcionamiento la estructura del directorio y cualquier característica específica debe estar regulada en los estatutos; entre las disposiciones generales se prevé que la designación y remoción de los síndicos está a cargo de la junta de accionistas; los requisitos para optar al cargo son tener capacidad para ejercer el comercio y estar

domiciliado en el lugar de la sede social, entre los impedimentos el más notable es que no pueden ocupar estos cargos los directores, gerentes ni empleados de la sociedad.

Una atribución que merece análisis dentro de las facultades de los síndicos es la asignación del derecho-deber de información e investigación administrativa que puede extenderse a ejercicios anteriores a su designación, es decir que parece lógica esta atribución por el deber de información que se precisa en este tipo de funciones, pero su contenido tiene una connotación que trae a revisión lo dispuesto en el art. 323 del C.Com., que se refiere a la extinción de responsabilidad de los directores y síndicos por la aprobación de su gestión, tema al que se hizo referencia anteriormente; en concreto, el artículo en análisis⁷⁶², deja abierta la posibilidad que el síndico en el desempeño de sus funciones, decida en base a las atribuciones que tiene asignadas realizar investigación administrativa que conduzca a la apertura de responsabilidades a los directores o anteriores síndicos, las cuales es probable que no tendrían trascendencia por lo ya mencionado respecto a la extinción de responsabilidades de los directores y síndicos.

La información e investigación en todo caso se centraría para efectos de seguimiento en aquellos casos en que síndicos o directores se encuentren judicialmente procesados por responsabilidades en el desempeño de sus cargos.

En la SEM además de lo estipulado en el inc. 6) del art. 429, no se establece ninguna otra disposición, de manera que se aplica todo el régimen de fiscalización interna de la S.A., salvo la del nombramiento preceptivo de dos síndicos en la SEM.

1.1. Remuneración y reemplazo

⁷⁶² El art. 340 expresa: (EXTENSION DE FUNCIONES SOBRE EJERCICIOS ANTERIORES) Los derechos de información e investigación administrativa pueden extenderse a ejercicios anteriores a su designación.

La remuneración de los síndicos por el ejercicio de su cargo no es potestativa, éstos deben ser remunerados aún no se hayan producido utilidades en la gestión, esta disposición tiene total asidero en las constantes labores de desempeño del cargo, su remuneración estará fijada por la junta de accionistas sea con una suma fija o con un porcentaje de las utilidades del período; en la remuneración de los síndicos no opera el tope porcentual establecido por el C.Com., para los directores que es del veinte por ciento, pero se deduce que tampoco podría superar este porcentaje. Los estatutos contendrán la forma de remuneración y en caso de establecer un porcentaje sobre las utilidades, el mismo tendría que guardar relación con varios aspectos de interés de la sociedad, los socios y de las tareas que se les asignan, habrá que tomar en cuenta también para la asignación de la remuneración, las responsabilidades que devienen del ejercicio del cargo.

Se encuentran dos características en el ejercicio del cargo de los síndicos: la primera tiene que ver con la sucesión en el reemplazo de los mismos y la segunda con la intervención del directorio en el nombramiento del síndico; es que el legislador ha dispuesto que cuando la vacancia sea definitiva o temporal o sea por impedimento legal se proceda con el reemplazo por el suplente, en caso de que el suplente se encuentre bajo las mismas condiciones que el titular, procederá a convocar de inmediato a junta de accionistas de la clase que corresponda, para nombrar el síndico que complete el periodo respectivo. En este caso hay que separar éstos aspectos, así el que se refiere a una vacancia definitiva de la temporal y la que se refiere al impedimento legal. De producirse la vacancia definitiva esta podría tener por motivo por ejemplo la renuncia irrevocable del síndico, en tal caso primero se llama al suplente para la continuación del ejercicio de tales funciones; pero el art. 342 del C.Com., hace reenvío a la aplicación del art. 319, de manera que en el régimen del art. 338, se deroga y debe continuar en funciones hasta el pronunciamiento por parte de la junta de accionistas, conforme está dispuesto para el director.

En la vacancia temporal, si ésta llega a producirse por aplicación de acción judicial de responsabilidad contra el síndico, de igual manera se procede al

reemplazo por el suplente; pero en caso de impedimento o prohibición legal del síndico ésta puede conducir a revisar si el impedimento es por incumplimiento de los requisitos que establece el art. 334, o se trata del mismo impedimento legal del ejercicio en caso de que la junta haya decidido accionar judicialmente contra el síndico; dos cuestiones diferentes. En el primer caso el impedimento podría haberse producido en origen, es decir que la junta ordinaria al momento de designar al síndico no observó o no tuvo conocimiento de la causal de impedimento del síndico o que el impedimento sea sobrevenido a su designación; en el segundo el impedimento será temporal mientras dure la acción de responsabilidad, luego de la cual de declararse judicialmente probada la responsabilidad del síndico la vacancia es definitiva, pero si resulta improbadada, el síndico será restituido.

En cuanto a la intervención del directorio para convocar a junta de accionistas será potestativa, puesto que puede convocar a junta general o junta de la clase de acciones a la que corresponda para el nombramiento del síndico, en las dos opciones la junta se determina en extraordinaria en aplicación de lo dispuesto en el art. 329, sobre el cual ya se hizo referencia anteriormente, puesto que la designación del síndico será solo para el lapso de tiempo que falta para completar el período.

1.2. Responsabilidades y fianza

De acuerdo a lo establecido en el art. 340, 341 y 342 del C.Com., se pueden considerar las responsabilidades de los síndicos como amplias y complejas, debido a dos aspectos puntuales; primero que tienen responsabilidad por sus actos propios y segundo porque tienen responsabilidad conjunta con los directores. La primera parte de las responsabilidades que el legislador ha dispuesto para los síndicos tiene relación con el cumplimiento de su desempeño en general que se refiere a las obligaciones señaladas por ley, los estatutos y reglamentos a los cuales denominamos, por actos propios, debido a que esta responsabilidad se origina en el desempeño personal del síndico, lo cual redundará en su labor de vigilancia sobre el cumplimiento de normas

generales y especiales o específicas en todos los actos que se realicen al interior de la sociedad, por parte de los otros órganos sociales; además de las atribuciones y deberes propios que debe o deben ejecutar los síndicos conforme a las que privativamente les asigna el art. 335 del C.Com., y las que se encuentran asignadas en forma transversal en el plexo normativo de la S.A. a las que ya se hizo referencia.

Sobre el incumplimiento de estos deberes emerge contra ellos la acción de responsabilidad de conformidad a lo dispuesto en el art. 323, que requiere aprobación previa de la junta general; debiendo tomar en cuenta que ante una interpretación literal del artículo se puede notar que el legislador solo se refiere a los síndicos en cuanto al ejercicio de la acción y no les favoreció expresamente con la causal de exoneración señalada en caso de haber hecho constar su disidencia⁷⁶³, la prescripción y la extinción de la responsabilidad que solo ampara a los directores en el caso de la causal de exoneración y a los directores y gerentes en el caso de la extinción. Aspectos que ya fueron tratados en la parte correspondiente a la responsabilidad de los directores.

La segunda parte del art. 341 del C.Com., establece responsabilidad solidaria de los síndicos por los actos u omisiones de los directores, aunque no se haya producido daño; sobre lo cual se puede apreciar que a la responsabilidad propia por el incumplimiento de sus obligaciones, se suma esta otra que es por los actos u omisiones de los directores lo cual agrava la posibilidad de accionar judicialmente contra los síndicos; porque resultaría ser que cuando se accione judicialmente contra los directores por acción u omisión solidariamente también se lo hará contra los síndicos, de manera que la acción de responsabilidad instaurada contra el o los directores tendrá necesariamente efectos contra el síndico porque la acción u omisión del director conllevaría implícita el incumplimiento al deber de control y vigilancia debida que el síndico debió

⁷⁶³ El art. 337 del C.Com., dispone la Sindicatura Plural que recibe la designación de Comisión Fiscalizadora, indica que los estatutos regularán su funcionamiento y organización, y llevarán un libro de actas. Lo cual significa que deben establecerse reuniones y levantan actas sobre sus decisiones, lo que podría conducir a que el Síndico disidente pueda apelar a la aplicación por analogía de la causal de exoneración de responsabilidad, salvo que el estatuto regule de manera diferente.

ejercer sobre los actos del o los directores. La única forma de exonerarse de esta responsabilidad sería convocando a la junta extraordinaria de conformidad con lo establecido en el art. 335 inc. 6), de no hacerlo la aplicación de la responsabilidad solidaria sería inminente.

La parte *in fine* del segundo párrafo del art. 341 que se refiere a la aplicación solidaria de la responsabilidad de los síndicos por los actos u omisiones de los directores aunque no se produzca daño, resulta ser totalmente sorprendente a los fines jurídicos de su aplicación ya que el presupuesto de la responsabilidad resulta ser el daño, Morales Guillén⁷⁶⁴ apunta que la responsabilidad se abre cuando se causa daño y califica la aplicación de esta responsabilidad sin daño como una aberración; este artículo y la mayoría de los que corresponden al régimen de los síndicos provienen de la Ley 19.550 de la Argentina, de manera que se hace necesaria la comparación de los artículos referidos a lo señalado. Así el art. 297 de la Ley 19.550 tiene el siguiente texto: *“Solidaridad, También son responsables solidariamente con los directores por los hechos y omisiones de éstos cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones assemblearias.”* En cambio, el art. 341 del Código de comercio boliviano establece en el segundo párrafo: *“Son también solidariamente responsables con los directores por los actos u omisiones de esto aunque no se produzca daño.”* De manera que en el C.Com., boliviano se habría hecho una mutilación a la norma argentina, que dio como resultado la responsabilidad sin causa o sin daño que rompe la estructura jurídica de la responsabilidad. No se profundiza más en el tema porque no existe asidero que justifique esta calificación de la responsabilidad que hace el C.Com., boliviano; sin embargo, de la revisión del Proyecto de Código de Comercio en la versión del 2010, no se ha copiado este artículo, aunque el régimen de responsabilidad de los síndicos tampoco ha sido establecido de manera clara.

Por otra parte, cabe mencionar que por aplicación del art. 342 del C.Com., se activa el art. 312 sobre la prestación de fianza por parte de los síndicos para

⁷⁶⁴ Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado...*, Op. cit., pág. 399.

garantizar las responsabilidades provenientes de su desempeño en las condiciones que dicho artículo establece.

En el derecho comparado que se ha revisado, se ha mencionado que la normativa argentina establecida en la Ley 19.550 en varios de sus artículos ha sido la fuente de la parte que corresponde al régimen de sociedades del C.Com., boliviano; no obstante en lo referido a la fiscalización de la S.A., la norma argentina establece tres ámbitos de fiscalización; el primero, la Fiscalización privada a cargo de un síndico o la plural organizada como Comisión Fiscalizadora; el segundo por el Consejo de Vigilancia integrado por tres a quince socios designados por la asamblea; y el tercero por la Fiscalización estatal permanente que ejerce funciones de vigilancia durante su funcionamiento, disolución y liquidación y en forma permanente revisa los actos más trascendentales de las sociedades anónimas, por ejemplo cuando éstas hagan oferta pública de acciones o bonos, por la cuantía determinada por autoridad competente, sean sociedades de economía mixta, realicen operaciones de capitalización o requieran dinero o valores al público, exploten concesiones o servicios públicos.

Entre las tres formas de fiscalización de la S.A. que establece la Ley 19.550, la fiscalización permanente es la que ha tomado la legislación boliviana denominándola fiscalización interna de la sociedad anónima; si bien algunos artículos son totalmente iguales, existen algunas características en la norma argentina que son diferentes a las establecidas en la norma boliviana como cuando los síndicos toman la estructura de comisión fiscalizadora, estos tendrán siempre un número impar de miembros, otra es que para ser síndico se precisa ser abogado o contador público titulado o puede ser una sociedad civil constituida por abogados y contadores públicos con responsabilidad solidaria.

Entre los impedimentos para el ejercicio de la sindicatura se incorpora a directores, gerentes y empleados de la sociedad u otra controlada o controlante; en cuanto al tiempo de ejercicio no puede exceder tres ejercicios y su remoción puede ser dispuesta por la asamblea inclusive sin causa, salvo oposición del 5% del capital social; las demás características en cuanto a

clases, retribución son iguales, pero en cuanto a la responsabilidad por su desempeño el régimen es igual al de los administradores, es decir que la aprobación de los estados contables no implica la liberación de su responsabilidades; además en forma transversal se establecen líneas de responsabilidad solidaria e ilimitada por daños a la sociedad y a los accionistas por ejemplo en la emisión de acciones.

Cuando se organice el Consejo de vigilancia, estará compuesto por no menos de tres ni más de quince accionistas designados por la asamblea con posibilidad de ser reelegidos, pero con funciones revocables en cualquier momento; cumplen las funciones asignadas a los síndicos, en especial la de fiscalizar la gestión del directorio bajo una estructura similar a la del directorio; la particularidad es que en caso que la sociedad organice el Consejo de vigilancia podrá prescindir de la sindicatura, lo cual significa que la S.A. puede optar entre el establecimiento de la fiscalización permanente o el consejo de vigilancia, pero no puede prescindir de la Fiscalización Estatal en función a las particulares características de cada sociedad anónima.

En el caso de la sociedad anónima colombiana la fiscalización privada está a cargo del revisor fiscal; en la SEM colombiana por autoridad de lo previsto en los arts. 461 y 468 de la Ley 410 que contiene al Código de Comercio, se aplica el régimen dispuesto para las sociedades anónimas, teniendo en cuenta que para que se apliquen estos preceptos, la SEM tendrá que tener un aporte estatal de menos del noventa por ciento en su capital social, las que tengan un aporte estatal igual o superior al noventa por ciento estarán sujetas al régimen de las Empresas industriales y comerciales del Estado E.I.C.E.; por lo cual el régimen del Revisor fiscal solo despliega su aplicación en las SEM que cumplen con el porcentaje de aporte al capital referido. El cargo de revisor fiscal es cualificado de forma parecida al régimen argentino, pues para ocupar el cargo de revisor fiscal es inexcusable tener el título de contador público, además con la restricción que ningún profesional podrá desempeñar el cargo en más de cinco S.A. En cuanto a las inhabilidades y forma de elección son compatibles con las otras normas revisadas, la elección y remoción es

atribución privativa de la junta de socios y se les asigna igual periodo de desempeño que a los directores; en cuanto a sus funciones la característica relevante sería la de colaboración con las entidades gubernamentales de inspección y vigilancia debiendo prestarles los informes que soliciten. La norma colombiana incluye un listado de facultades de vigilancia de los síndicos en su mayoría referidos a los estados económicos, la contabilidad y la obligación de presentar un informe sobre la legalidad de los actos de los administradores, la conservación de registros contables y correspondencia y sobre la custodia y conservación de los bienes de la sociedad.

La responsabilidad que se atribuye a los revisores fiscales es la penal por comisión del delito de falsedad en documentos privados, cuando haya autorizado balances con graves inexactitudes y, también responsabilidad civil con aplicación de multas por incumplimiento o cumplimiento negligente; será la Superintendencia de Sociedades en la vía administrativa la encargada de aplicar las sanciones.

El régimen de vigilancia general está dispuesto de manera transversal en el código y otras normas complementarias, éstos no pueden sustraerse de su deber de ejercer vigilancia sobre el cumplimiento de los otros órganos a los preceptos de la ley, los estatutos, las decisiones de la asamblea y los de la junta directiva; pero esa vigilancia no es pasiva de simple verificación del error o vulneración a dichas normas, en todo caso debe ser activa de observación para su rectificación o encause a la normativa, caso contrario debe hacer uso de las prerrogativas que la ley le asigna para impugnar dichas resoluciones; poner en evidencia las mismas ante la asamblea o en su caso ante las autoridades administrativas de control societario.

La estructura organizativa de la S.A. española recae en la presencia de dos órganos, la junta general de accionistas como órgano de formación de la voluntad social y el órgano de administración encargado de la gestión y representación de la sociedad; Broseta Pont⁷⁶⁵ al igual que la mayoría de los doctrinarios españoles se pronuncian respecto a que no existe un tercer órgano

⁷⁶⁵ Broseta Pont, Manuel, *“Manual de Derecho Mercantil”*, op. cit., pág. 388.

de fiscalización sino más bien se trata sólo de una instancia de control externo que es ajena a la sociedad.

Quijano⁷⁶⁶ realiza una apreciación de los regímenes que denomina de tipo dualista en los cuales están diferenciados los órganos de gestión de los de vigilancia; el Código de comercio de 1885 en los art. 34 al 41 dispone el régimen de preparación, contenidos y presentación de las cuentas anuales tanto para el empresario individual como para las sociedades.

La Ley 1 de Sociedades de Capital del 2010 prescribe que el órgano de administración de la sociedad tiene como deber la formulación de las cuentas anuales⁷⁶⁷, de manera que al tener este órgano bajo su atribución la elaboración de éstos documentos así como el informe de gestión y la memoria se puede colegir, que el órgano de vigilancia o síndicos incorporados en otras legislaciones como la boliviana y argentina o el revisor fiscal de la colombiana tienen asignadas entre otras las tareas descritas en el régimen de las cuentas anuales de la LSC española, pero no en todo su contenido, puesto que la presentación de la memoria y el informe de gestión son responsabilidad de los directores o directorio. En las legislaciones nombradas en cambio, la elaboración de las cuentas anuales si bien deben tener la anuencia mediante dictamen por parte de los síndicos, sin embargo, más bien parece que obedece a una labor mixta o de coordinación entre los directores y el síndico o síndicos. Esta apreciación surge porque el balance y el estado de resultados si bien

⁷⁶⁶ Quijano Gonzales, J., *“La responsabilidad civil de los administradores...”*, Op. cit. pág. 26.

⁷⁶⁷ El régimen de elaboración y presentación de cuentas anuales se encuentra en el Título VII de la Ley de Sociedades de Capital, Ley 1 de 2010; abarcando desde el art. 253 hasta el 284 en los cuales, se detalla desde los plazos de presentación, los encargados de suscribirlas, el contenido detallado y estructura de los estados financieros, los aspectos formales e intrínsecos de su contenido; sus modalidades. Se entiende que como parte complementaria está la elaboración y presentación de la memoria como un documento de apoyo, ampliación y explicación de las cuentas anuales que abarque criterios de valoración sobre los mismos, así como sobre los propósitos e impactos que trascienden del balance sobre los negocios de la empresa; las transacciones de mayor significación deben ser justificados y fundamentados, el número de empleados y sus remuneraciones, así como otros pagos por honorarios, activos. El régimen de verificación de las cuentas que debe estar a cargo de un auditor de cuentas nombrado por la junta general de accionistas bajo un régimen detallado del contenido del trabajo a desarrollar y el régimen de responsabilidad a estos profesionales, y también el procedimiento de aprobación de las cuentas, la aplicación del resultado de la gestión y en su caso la distribución de dividendos; finalmente el depósito ante el Registro de Comercio, la publicidad de las cuentas, el régimen de sanciones.

tienen en esencia un contenido numérico, el resultado que traducen se refiere a la gestión de los administradores, de manera que será de interés de ambos órganos la elaboración de estos documentos de manera adecuada, veraz y fidedigna, para el uno por mostrar resultados y para el otro por su deber de vigilancia que la ley le asigna.

2. POSIBILIDAD DE OTROS ENTES DE FISCALIZACIÓN EN LA SEM

En el derecho comparado que se ha revisado en el presente trabajo, se ha puntualizado que en la SEM por esa participación del Estado en el capital social, ésta sociedad ha debido sujetar sus actos en todo el desempeño de sus actividades de manera un poco más amplia a la fiscalización de entidades estatales; se dice un poco más amplia, porque la S.A. de por sí está sometida no solo a la fiscalización interna por parte de los síndicos, sino también a la de entidades públicas de registro comercial que controlan ciertos aspectos formales y algunos no sólo formales de su actividad, a entidades de regulación del mercado cuando la actividad es regulada, a las de orden tributario y muchas otras; pero la SEM además de aquellas que son de orden general, debe atender a otros entes fiscales o públicos por el hecho de su participación en su composición accionaria, en algunos casos al amparo de la CPEP, otros en virtud a leyes que descienden del texto constitucional, resultando ser una de las peculiaridades de la SEM.

2.1. Por la Asamblea Legislativa Plurinacional

A diferencia de la S.A., la SEM al encontrarse integrada por el sector público, además de la fiscalización desplegada por los síndicos hasta antes de la aprobación del texto constitucional 2009, podía ser fiscalizada por las Comisiones de las Cámaras del Poder Legislativo. El mandato expreso se

encontraba en el art. 59, numeral 22, de la CPE del 2004, que disponía la fiscalización de las sociedades de economía mixta.

La CPEP del 2009, en el art. 158, numeral 20 señala como una de las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional el control y fiscalización de las empresas públicas, las de capital mixto y toda entidad en la que tenga participación económica el Estado; la diferencia en relación al texto del 2004 es que éste último se refiere en concreto a que las Comisiones de ambas Cámaras ejercen la fiscalización de la SEM, no mencionaban a las empresas públicas, sino incluían a las entidades autónomas, autárquicas y semi autárquicas, es decir que se referían también a la fiscalización de entidades que podían no tener una estricta correspondencia con la participación económica del Estado como determina el art. 158.20 de la Constitución 2009.

Cuando señala las de capital mixto, el texto constitucional parece en concreto referirse a las empresas públicas de capital mixto, que después de la promulgación de la Ley 466 de la Empresa Pública, se apropiaría a las EM, EEM y EEI, pero luego señala y toda entidad en la que tenga participación el Estado, de manera que en la interpretación de esta parte del precepto constitucional se dispone el control y fiscalización de la SEM.

Queda supuesto que la Asamblea Legislativa Plurinacional a través de las diferentes comisiones o por medio del ente ejecutor del control y fiscalización del Estado como es la Contraloría General del Estado u otro mecanismo cumplirá el mandato constitucional en el marco del Reglamento de la Cámara de Diputados, como señala el numeral II del mismo art. 158 de la CPEP.

Más aun cuando se trate de las SEM de actividades referidas a los hidrocarburos del art. 363.II de la CPEP, que ante este mandato constitucional la sociedad de economía mixta resulta ser parte sustancial en las actividades de hidrocarburos, que además tienen señalada que una institución autárquica de derecho público que esté bajo la tuición del Ministerio del ramo se deberá responsabilizar por la regulación, supervisión control y fiscalización de las actividades de toda la cadena productiva hasta la industrialización. Por lo que ante estas amplias facultades de fiscalización que emanan de la CPEP, las

cuales se sobreponen a la fiscalización interna a cargo de la comisión fiscalizadora, se puede colegir que se pueden producir dos alternativas; la primera que mediante ley se regule la obligación de que los síndicos deban presentar informes a dicha entidad creada por mandato constitucional, sobre los cuales base sus controles y fiscalización; y la segunda que el propio organismo instale dentro de la SEM una comisión fiscalizadora y de control que haga seguimiento a las actividades de la sociedad.

2.2. Por la Contraloría General del Estado

La CPE del 2004, señalaba en forma expresa que la Contraloría General de la República tenía el control fiscal sobre las operaciones de las SEM⁷⁶⁸, en cambio el texto constitucional del 2009, dispone que la Contraloría General del Estado ejerce la función de supervisión y control externo posterior sobre la administración de las entidades públicas y de aquellas en que el Estado tenga participación o interés económico. De donde por el hecho de que el Estado tiene aportes de capital en la SEM, que significa participación del Estado, se abre la posibilidad de esta supervisión o fiscalización. Además, la CPEP confiere a ésta entidad la facultad de determinar indicios de responsabilidad administrativa, ejecutiva, civil y penal en las funciones que cumple; sin dejar de lado que se encuentra vigente el plexo normativo que descende de la Ley 1178 Ley del Sistema de Control Fiscal (Ley SAFCO).

Respecto a estas disposiciones cabe referirse en relación a la diferencia entre la fiscalización interna que ejercen los síndicos en la SEM y la externa que podría resultar de la supervisión o fiscalización por parte de la Contraloría

⁷⁶⁸ El art. 155 de la CPE del 2004, señala: La Contraloría General de la República tendrá el control fiscal sobre las operaciones de entidades autónomas, autárquicas y sociedades de economía mixta. La gestión anual será sometida a revisiones de auditoría especializada. Anualmente publicarán memorias y estados demostrativos de su situación financiera y rendirá cuentas que señala la Ley. El Poder Legislativo mediante sus comisiones tendrá amplia facultad de fiscalización de dichas entidades. Ningún funcionario de la Contraloría General de la República formará parte de los directorios de las entidades autárquicas cuyo control esté a su cargo, ni percibirá emolumentos de dichas entidades.

General del Estado, de lo cual vemos en primer lugar que la fiscalización interna está regulada por el Código de comercio, en tanto que la fiscalización externa deviene de la CPEP y la Ley 1178 y sus reglamentos; en segundo lugar la fiscalización de los síndicos es sobre las operaciones en curso, en cambio la de la Contraloría es posterior; de la fiscalización de los síndicos puede resultar la apertura de la acción de responsabilidad ante estrados judiciales, en tanto que de la fiscalización de la Contraloría se determinan indicios de responsabilidad administrativa, ejecutiva, civil y penal que tocan al ámbito normativo del procedimiento administrativo en primera instancia, para luego proceder por la vía judicial en su caso.

Es que la diferencia está en que el síndico o Comisión Fiscalizadora presentan su informe escrito a la junta general de accionistas, para que ésta determine instaurar la acción de responsabilidad, en cambio la Contraloría General del Estado presenta un informe anual sobre su labor una vez al año ante la Asamblea Legislativa Plurinacional; pero se trata de un informe general puesto que si la Contraloría llegara a determinar en su fiscalización que dentro de las SEM existen indicios de responsabilidad sea administrativa, ejecutiva, civil o penal, debe proceder conforme a los reglamentos de orden administrativo que regulan los procedimientos de esta forma de fiscalización, así como la aplicación del procedimiento administrativo previo a que en Dictamen del Contralor se determine la responsabilidad que corresponda; salvando la penal que tiene por característica su aplicación inmediata en la vía penal.

Las similitudes son que ambos entes de fiscalización no deben, ni pueden intervenir en la gestión administrativa; asimismo ambos pueden examinar los balances, libros y otros documentos, así como realizar arqueos y verificación de valores, con la diferencia de que el uno es interno e inmediato el otro es post.

La problemática de la SEM se identifica ante un escenario integral, porque además del señalado por el nombramiento y remoción de los directores del sector público, este otro de la Comisión Fiscalizadora y otras entidades que pudieran realizar tareas de control y fiscalización, se manifiesta el del régimen

normativo que deben observar las SEM, en todas sus modalidades, es decir la SEM de hidrocarburos y las otras SEM en actividades diferentes, y se diferencia la primera porque en esta SEM de hidrocarburos siempre el sector público tendrá una participación de más del cincuenta y uno por ciento, en las otras el porcentaje de participación de ese sector puede variar, aunque si se tratara de actividades declaradas estratégicas con seguridad deberán tener la misma participación o mayor; de ahí que en el entendido que la SEM debe organizarse bajo la normativa del C.Com., es una unidad empresarial privada, no obstante la aplicación del derecho privado, cuando la participación estatal alcanza al cincuenta y uno por ciento o más, es probable que en la SEM deban aplicarse en su funcionamiento normas de derecho público, como las que corresponden a las licitaciones y todo el procedimiento de adquisición de bienes y servicios que devienen de los sistemas que establece la Ley 1178, SAFCO. De producirse esta situación la SEM ingresaría en la aplicación de normas que probablemente obstaculicen los procedimientos ágiles que sostienen a las sociedades comerciales privadas, pero lo importante sería que no se deje a la interpretación ocasional cuando se presente el problema, sino que debe regularse con claridad bajo qué circunstancias se realiza la fiscalización en las SEM por parte de entidades públicas, cuáles y bajo qué normativa debe desenvolver sus actividades la SEM por ejemplo en el caso de los directores del sector público y en el caso de la adquisición de bienes y servicios entre los más importantes.

VI. RECAPITULACIÓN

Hay que partir de que la estructura de los órganos de gobierno de las SEM, es la misma que la de la S.A., por lo mismo que el C.Com., ha dispuesto que de manera supletoria el régimen de ésta última sea aplicado en todo lo que no se haya regulado para el funcionamiento de la SEM, y no son pocos los motivos por los que la SEM ha de acudir al régimen de la S.A., por lo que en este

capítulo se analiza el funcionamiento de los órganos de la sociedad apuntando las diferencias o peculiaridades de la SEM.

El régimen normativo de la S.A., tanto en su estructura como en el funcionamiento de los órganos es aplicado a la SEM, la junta de accionistas, el directorio y la comisión fiscalizadora o síndicos, cada una con sus propias funciones cuidando que se sobrepongan unas sobre las otras, por lo que el C.Com., como cuerpo normativo perfectible contiene las características, elementos y requisitos que deben cumplir cada uno de ellos, pero hay que reconocer que tanto por el transcurso del tiempo como por la innegable dinámica mercantil que ha desbordado en nuevas formas de realizar las actividades, han creado situaciones que deben ser enfrentadas mediante la actualización de las normas; así a raíz de la problemática surgida en las grandes sociedades transnacionales, han debido surgir respuestas que dieron lugar a que en la mayoría de los ámbitos mercantiles se implanten Códigos de buen gobierno corporativo, no ya de manera remedial sino de manera preventiva.

La junta de accionistas en sus diferentes clases con sus propias características cada una, tienen elementos o condiciones comunes como la necesaria convocatoria, la deliberación, la votación para resoluciones y las actas, y otras que las diferencian como la obligatoriedad de realizar al menos una junta en la gestión cuando es ordinaria y de forma contraria la extraordinaria no tiene el imperativo de su realización, puede realizarse en cualquier tiempo y las veces que sea necesaria.

El C.Com., establece las competencias de cada una de ellas, diferente la una de la otra en los asuntos que deban ser tratados en las juntas, asuntos que deben anunciarse en forma previa dentro de la convocatoria, acto imperativo para éstos dos tipos de junta pero excusable en el caso de la junta sin convocatoria o junta universal que tiene como condición la concurrencia del total de las acciones del capital suscrito; por lo cual se la denomina junta especial, como lo es también la que puede realizarse válidamente con la

conurrencia de un grupo especial de accionistas para considerar y resolver determinados asuntos que les pueden afectar.

El régimen de las juntas en la SEM, desde las clases de junta hasta los requisitos de la convocatoria, los quorum, la elaboración de las actas y el régimen de impugnación no tiene diferencias relevantes respecto a la de las S.A. Elementos como el quorum son parámetros fundamentales para la instalación de la junta y la aprobación de los asuntos que son considerados en ella; el quorum es diferente para cada tipo de junta, su importancia radica en que si no se llega a completar el quorum necesario para cada ocasión no es posible instalar ni aprobar las resoluciones, hacerlo sin observar los mismos, acarrea la posibilidad de impugnación por nulidad por cualquiera que se crea afectado y pueda demostrarlo ante la autoridad judicial; de manera que las resoluciones de las juntas para que tengan los efectos que se persiguen al haberlos aprobado, solo son posibles si se cumplen todos los actos y formalidades señaladas por el C.Com..

El directorio como órgano de administración de la SEM, tiene una composición mínima que es preceptiva, la peculiaridad está en la composición obligada por representantes del sector público y sector privado, las formas y motivos de esa composición han sido revisados en el capítulo. La particularidad entre estos directores es la forma del nombramiento y la remoción de ellos, pues el C.Com., dispone la diferencia, lo cual no implica diferencia en las funciones y responsabilidades que asumen, en las que guardan igualdad de condiciones para ambos. La revisión de todo ese régimen conduce a verificar paso a paso sustanciales variaciones que hacen la diferencia entre los directores de la S.A. y la SEM, de manera que pueden verificarse aspectos que pueden ocasionar desigualdades por ejemplo en la forma de atribución de responsabilidades de los directores, más aun cuando el mismo C.Com., dispone formas de delegación de facultades que podrían interpretarse desde la doctrina como un deslinde de la responsabilidad, que no se concreta como tal, por lo mismo que

el C.Com., ha dispuesto que la responsabilidad de los directores no se excluye ni modifica por razón de tales delegaciones.

Una mirada a las normas de gobierno corporativo como un código de ética en el desempeño del órgano central de las sociedades anónimas, como es el directorio o consejo de administración muestra la renovación normativa que debe imperar de no ser posibles en las codificaciones, en las normas internas como son los estatutos, así los códigos de gobierno corporativo no ser preceptivas en principio, ahora tampoco son facultativas porque la realidad impone su aplicación.

Por último, el régimen del funcionamiento del órgano de fiscalización de la sociedad sin particularidades en la SEM en su formación y estructura, si muestra la posibilidad de que la participación económica del sector público como accionista de la SEM abre la posibilidad de la fiscalización por parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional y la Contraloría General del Estado.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Si se tuviera que encuadrar el impulso o fomento de la Sociedad de Economía Mixta dentro de un modelo económico, en forma casi inequívoca se diría, estamos en el intervencionista, porque en éste la participación económica del Estado abarca desde la planificación hasta el control de la economía de un país; positivo o negativo depende del momento económico en el que se aplica, puesto que con mayor o menor intensidad en la mayoría de los países ha sido empleado, con o sin reconocimiento de los mismos. A lo largo de la historia se ha visto que el sector público y el sector privado juntos han participado en emprendimientos económicos para ejecutar obras de interés general y prestar servicios públicos en los que la forma jurídica que han debido adoptar es la de la sociedad de economía mixta SEM, aunque la finalidad de ambos sectores no haya sido la misma. En Bolivia después del 2009 se identifica el modelo económico como el de economía plural que contiene como una forma de organización económica a la empresa mixta, sin suprimir a la SEM.

SEGUNDA: La intervención económica del Estado en la economía del Estado no es ni ha sido un camino recto y diáfano, pues a la vez que se limitaron ciertas libertades individuales justificando el fin social, no se restringe la iniciativa económica privada pero se activa la pública, en la que se puede decidir por la intervención económica del Estado bajo el principio de subsidiariedad o la coiniactiva, cada una con sus efectos diferentes, pero lo cierto es que no se está lejos de que a raíz de esa intervención se produzcan desajustes en el equilibrio de fuerzas que se supone deben prevalecer en el mercado, ya que no ha sido nada inusual que el Estado en su rol de interventor establezca reglas de política presupuestaria, financiera y fiscal favoreciendo mediante incentivos y privilegios al sector público de la economía, instalada mediante las empresas públicas y también las SEM.

TERCERA: Bolivia habiendo nacido con la Constitución Política del Estado del 1826 con un modelo económico liberal, en forma posterior ha debido adaptarse a las condiciones socioeconómicas de la realidad y desde la constitución del 1938 se ha incorporado a la corriente del constitucionalismo social, ha incorporado los derechos sociales y económicos modulando los derechos individuales como el de propiedad al cumplimiento de la función social. Se puede afirmar que en Bolivia no se ha aplicado un modelo económico exclusivo y excluyente pues la intervención del Estado en la economía y la iniciativa económica privada con más o menos intensidad la una de la otra han sido una constante; así en la Constitución Política del Estado del 1961 se incorpora precariamente a las sociedades mixtas dentro del régimen económico y financiero, hasta que en la Constitución Política del Estado del 1967 se incorpora en forma expresa a la Sociedad de Economía Mixta como entidad habilitada para participar en la explotación económica de recursos, aunque no se tenía un régimen jurídico que la desarrolle. En forma posterior con la promulgación del Código de Comercio del 1977 se incluye la normativa de la Sociedad de Economía Mixta, en los arts. 424 al 442.

En la Constitución Política del Estado del Estado Plurinacional del 2009, la SEM queda asignada a actividades en hidrocarburos junto a YPFB bajo la condición de una participación no menor al cincuenta y uno por ciento del capital social; lo cual no significa que no pueda organizarse en otras actividades. Finalmente, la LEP en el año 2013 al introducir la modificación del art. 126 del C.Com., y otras disposiciones afectan al régimen jurídico de la SEM con varias derogaciones. La LEP cumplió con el objetivo de que las sociedades anónimas en las que el Estado tenía participación, sea proveniente de los procesos de capitalización o de nacionalización, las cuales debían modificar su estatus jurídico al de sociedad de economía mixta y mediante ésta ley se convierten en empresas del Estado, sean EM o EEM y con ello además logró que no modifiquen sustancialmente su desenvolvimiento dentro del derecho privado.

CUARTA: En la legislación comparada la normativa argentina le ha asignado a la SEM el Decreto-Ley 15.349 de 28 de mayo de 1946, ratificado por la Ley 12.692 de 15 de diciembre de 1995 denominándola Ley de Sociedades de Economía Mixta, que en forma supletoria acude en lo especial a la Ley 19.550 Ley de Sociedades Comerciales y en lo general al Código de Comercio. Pero el régimen de participación económica mixta no está solo en la SEM, sino en también en la Ley 19.550 cuando se refiere a la Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria y a la Sociedad Anónima con participación estatal minoritaria del Decreto 1278. Toda esta normativa muestra que la SEM aun teniendo una normativa propia, se encuentra replicada como género en la Ley de sociedades comerciales 19.550 y en el Decreto 1278 pues la participación estatal mayoritaria o minoritaria, independientemente de las ponderaciones que se señalan en la participación mixta del capital social contiene la participación económica del Estado, lo cual ratifica que en su género son sociedades de economía mixta, lo que varía es el tratamiento normativo de cada una de ellas.

QUINTA: En la normativa colombiana, la SEM ha recibido atención desde la constitución del 1886, hasta la actual vigente desde el 1991, la evolución

normativa de esta sociedad muestra su importancia, que siendo en principio categorizada como una entidad estatal ha ido variando en ese vaivén, casi lógico de la SEM, entre el derecho privado y derecho público, hasta que en el Código de Comercio de 1971 haya quedado como una sociedad comercial con sus propias características; no obstante en 1998 con la Ley 489 de Organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, la SEM modifica su estatus privado y muda hacia la estructura y organización de la Administración Pública. Las reformas aplicadas a la SEM cobran importancia a través del porcentaje de participación del Estado en el capital social, el cual determina la aplicación del régimen administrativo o del régimen privado del código de comercio; no obstante para su correcta ubicación ha debido acudir a la interpretación por la Corte Constitucional, por las contradicciones y conflictos normativos que habrían dado lugar a que las SEM caigan en una especie de limbo jurídico, debiendo inclusive diferenciarlas por el tipo de actividad que desempeñan, así algunas SEM prestadoras de servicios públicos han debido adoptar un nuevo estatus jurídico como E.S.P. mixtas, aunque en el fondo genéricamente son Sociedades de Economía Mixta.

SEXTA: En el análisis del régimen normativo español se verifica que la SEM no ha tenido una norma expresa que la regule, ha estado presente en la gestión de los servicios públicos desde 1929 como empresa mixta en ocasiones y como sociedad de economía mixta en otras; en lo posterior ha sido la normativa administrativa el ámbito en el que ha evolucionado la participación económica del Estado junto a los privados, puntualmente en el régimen de contratación estatal, el cual ha recibido la influencia de la normativa comunitaria, que exige que tanto los privados como el Estado mantengan una participación equilibrada que esté en consonancia con aspectos como la libre circulación de capitales y regulando las condiciones especiales que deben mantener ambos sectores cuando realizan un emprendimiento económico juntos.

SÉPTIMA: Las posiciones doctrinales adoptadas en los ámbitos normativos revisados, si bien tienen un contenido general que no es ajeno al derecho

boliviano por las fuentes que nos relacionan, sin embargo se basan en normas y jurisprudencia que en ocasiones no se ajusta a las condiciones específicas en las que se encuentra el plexo normativo boliviano; así se ha identificado en los cambios normativos operados en el conjunto de las disposiciones legales que rigieron y rigen en el país, las de años anteriores a los años noventa, las de los noventa y las del 2006 en adelante, como no podría ser de otra manera han recibido la influencia del derecho continental, pero que necesariamente se reajustan con la posición política y modelo económico que quiere aplicar el gobierno. El Código de Comercio del año 1977⁷⁶⁹ no ha sido modificado en su integridad⁷⁷⁰, así como el Código civil de 6 de agosto de 1975⁷⁷¹, éste último menos que el primero, ya que al código de comercio por el mismo hecho de su especialidad y el avance vertiginoso del comercio ha desprendido de su contenido una serie de institutos que la componían, pero en lo que toca al derecho societario poco se ha modernizado su estructura y regulación propia conforme hicieron Argentina y Colombia con leyes específicas que rijan a las sociedades comerciales, las mismas que inclusive fueron complementadas para su actualización de manera continua y en detalle como hizo España.

OCTAVA: Bolivia, por el mismo hecho de no haber fomentado con fuerza el desarrollo económico a partir de la empresa privada, o haberlo hecho de manera restringida, salvo en los años noventa, no ha sentido con fuerza la necesidad imperiosa de regular de manera más moderna el sistema normativo de sociedades comerciales de manera que se ajusten a la realidad internacional, porque si bien el desarrollo interno que muestran los índices de

⁷⁶⁹ Vigente desde el 1° de enero de 1978; el anterior Código de Comercio fue promulgado el 13 de noviembre de 1834.

⁷⁷⁰ Ha sido modificado por la Ley 1654 de 28 de julio de 1995, Ley 1770 de 10 de marzo de 1997, Ley 1834 de 31 de marzo de 1998, Ley 1883 de 25 de junio de 1998, Ley 2495 de 4 de agosto de 2003, Ley 2427 de 28 de noviembre de 2002, Ley 3076 de 20 de junio de 2005, Ley 466 de 23 de diciembre de 2014, y otras disposiciones como ser decretos supremos y resoluciones que han modificado aspectos puntuales, más aun después del 2003 en que se ha modificado la estructura del órgano ejecutivo y el modelo económico ha sido modificado en la Constitución Política del Estado del 2009.

⁷⁷¹ Vigente desde abril de 1976, el anterior Código Civil fue el Código Civil Santa Cruz de 1831

crecimiento de organización y existencia de sociedades comerciales⁷⁷² es escaso, el contacto comercial con el exterior es fluido y Bolivia no se puede sustraer al mismo, ni puede hacerlo de la corriente globalizadora del comercio internacional. Es que justamente el desarrollo de las actividades que se han denominado estratégicas como ser telecomunicaciones, hidrocarburos, transporte, minería y los servicios públicos son los rubros en los que inclusive la CPEP ha dispuesto la participación del sector público junto a los privados en empresas y sociedades de economía mixta; más aún, experiencias sobre el emprendimiento económico mixto en el ámbito latinoamericano han demostrado resultados favorables sostenibles en el tiempo. Por lo que se afirma que pese a que la SEM, como tipo societario no tiene una presencia cuantificable numerosa, sin embargo, no ha sido abandonada en su uso y en momentos ha jugado un rol de mucha importancia.

NOVENA: El legislador boliviano en el C.Com., ha dispuesto que la SEM es una persona de derecho privado y en todo lo que especialmente no se haya establecido para su desempeño, debe acudir supletoriamente a la normativa de la S.A., a partir de lo cual queda entender las razones de tal determinación, la primera sería porque el régimen de la S.A es casi completo⁷⁷³; segundo, contiene una estructura y organización social básica la cual puede ser completada para su funcionamiento por los estatutos de acuerdo a las características adecuadas a su magnitud, su giro social y otros factores propios. A partir de ahí la SEM se distingue de la S.A. por tres aspectos esenciales y uno colateral, el primero es la participación del Estado como accionista; el segundo las características especiales de los aportes al capital que puede realizar el Estado y sus efectos; finalmente el tercero, la diferencia en el nombramiento y remoción de sus representantes en el directorio de la SEM; el efecto colateral es que por la participación del Estado, este tipo social

⁷⁷² El Registro de Comercio de Bolivia a cargo del concesionario FUNDEMPRESA al mes de agosto del año 2015 señala que las Sociedades Anónimas vigentes son 3.237 y Sociedades de Economía Mixta son 26; las S.R.L. son 48.441 y las Empresas Unipersonales son 214.994

⁷⁷³ Debe acudir a las cláusulas generales de las sociedades comerciales del código de comercio por varios motivos, por ejemplo, por los requisitos para constituirla.

que está regulado en la legislación privada en determinadas circunstancias debe declinar hacia la normativa pública.

DECIMA: No obstante lo señalado en el punto anterior, la supletoriedad dispuesta respecto del régimen de la S.A., dentro de las diferencias específicas con la SEM, no es tan accesoria como se supondría, puesto que como norma supletoria debiera acudirse a ella sólo para algunos aspectos no contemplados en la regulación propia, en el caso de la SEM, el régimen de la S.A., resulta ser más bien la normativa que la sustenta en la mayoría de sus lineamientos generales de organización, por lo cual el estudio detallado de la normativa de la S.A. en éste trabajo, se hace insoslayable y de importancia para establecer con precisión las diferencias que en algunos aspectos parecen ser muy exiguos a primera vista, como la designación y remoción de los directores del sector público por parte de sus titulares en cualquier tiempo, pero no lo son.

DÉCIMA PRIMERA: La promulgación de la Ley de la Empresa Pública en diciembre del 2013, ha modificado el contenido del art. 126 del C.Com., tipificando a la SEM como una sociedad comercial junto a las empresas estatales EM, EEM y EEI, y dispone para estas últimas que en forma preferente deben aplicar la LEP y de manera subsidiaria el C.Com. Con la incorporación de la SEM a los tipos sociales comerciales no se percibe la variación con el cambio dentro del C.Com., pero sí se advierten las derogaciones que la LEP introduce hacia el régimen de la SEM, puntualmente sobre las que tienen aportes al capital por el Nivel Central del Estado, o que por su actividad hayan sido categorizadas como estratégicas, con el riesgo que puedan ser generalizadas en función a la analogía.

DÉCIMA SEGUNDA: El directorio de la SEM con las mismas obligaciones y responsabilidades del directorio de la S.A., genera en su interior a través de la diferencia de nombramiento y remoción de los directores del sector público una imprecisión respecto a la posición de los directores del sector público al momento de revisar la forma de su remuneración, su probable cualidad de funcionarios públicos, el pago de la fianza obligatoria y la responsabilidad por

sus actos que ocasionen daños patrimoniales a la sociedad, los socios o terceros. Los principios de derecho aplicables a la responsabilidad de los directores no hacen diferencia entre los mismos, salvo las causales de exoneración que sean probadas todos los miembros del directorio tienen responsabilidad solidaria e ilimitada por sus actos u omisiones que causen daño.

DÉCIMA TERCERA: La facultad de delegación que atribuye la norma al directorio para asignar a un comité ejecutivo la gestión de determinados negocios ordinarios, o la que le faculta a nombrar gerentes para funciones ejecutivas, no tienen la misma intensidad de delegación, puesto que al comité son designados solo directores, mientras que los gerentes pueden ser o no directores, situación que pareciera en el fondo modificar el grado de responsabilidad puesto que la responsabilidad por culpa es de orden personal, sin embargo el código señala que la responsabilidad de los directores no se modifica por la delegación de funciones al comité ejecutivo, ni se excluye cuando se delega a los gerentes.

DÉCIMA CUARTA: La norma comparada que se ha analizado contiene la diferencia entre la acción social y la acción individual de responsabilidad, el Código de comercio boliviano no hace ésta precisión lo cual no significa que los socios y terceros queden desprotegidos en su derecho de exigir la responsabilidad de los directores por actos de comisión u omisión que les hayan causado daños de orden patrimonial o en sus derechos sociales, la variación está en los procedimientos, puesto que para iniciar la acción social el daño a la sociedad debe ser directo, y la legitimación activa la detenta la propia sociedad, sin inhabilitar que socios o terceros bajo determinadas condiciones puedan accionar para el resarcimiento del daño patrimonial a favor de la sociedad. En cambio, en la acción individual de responsabilidad a los afectados sean socios o terceros el daño también debe ser directo, y al no tener dentro del C.Com., una disposición que habilite su acción les queda acudir a la vía judicial invocando la responsabilidad extracontractual de los

directores; de manera que se puede afirmar que el régimen de acciones de responsabilidad dentro del Código de comercio se encuentra incompleto.

DÉCIMA QUINTA: Con la participación del sector público en la actividad comercial mediante la SEM, así como el Estado puede cumplir su encargo social, traducida en perseguir la mejora de la calidad o cobertura de servicios públicos, sentar presencia en algún sector económico considerado estratégico o el fomento actividades económicas en áreas deprimidas, puede resultar una ocasión para que el sector privado deba asumir facultades de poder en función a su objeto social, lo cual puede dar lugar a que los mecanismos institucionales del Estado desplieguen con tal motivo, un control y fiscalización de los recursos del Estado superando el propio de las SEM a través de la comisión fiscalizadora o los síndicos, lo cual daría lugar a una superposición de mecanismos de control que resultaría a todas luces perjudicial a las actividades operativas y administrativas de la sociedad generando graves tensiones al interior de la sociedad que desincentivan el interés de los privados a participar en la organización de las SEM.

DÉCIMA SEXTA: Las peculiaridades de la SEM en relación a la libre remoción de los directores del sector público, en caso de ser representados por funcionarios públicos, produce efectos al interior y exterior de la sociedad; al interior porque la libre remoción puede ocasionar un atisbo de que el director pueda ser removido por sus mandantes y soslayar la responsabilidad por sus actos que causen perjuicio, sin que deba entenderse como una sobreprotección que nace en la propia norma. La Ley de la Empresa Pública dispone la responsabilidad solidaria e ilimitada frente a la empresa de conformidad al C.Com., y adicionalmente aplica la responsabilidad por la gestión en el marco de la Ley de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, tanto para la empresa pública como para las sociedades de economía mixta. Los efectos al exterior que, si bien pareciera que no deben afectar a la sociedad, si lo hacen, puesto que, como funcionario público, el director está sometido a la responsabilidad por sus actos regulada por la Ley SAFCO en la que se

establece la responsabilidad civil, administrativa, ejecutiva y penal. Bajo este escenario se verifica la falta de claridad para saber cuál es el ámbito al que debe responder en primer orden el director nombrado por el sector público.

DÉCIMA SÉPTIMA: Los códigos o lineamientos de buen gobierno corporativo de ser normas optativas, en otros ámbitos geográficos como el europeo y algunos latinoamericanos se han convertido en imperativas, no tanto como una obligación normativa en sí misma, sino más bien como un requerimiento del mercado de capitales para el mantenimiento de la transparencia de la administración de las sociedades comerciales, más aún las cotizadas. En Bolivia el mercado de valores tiene un desarrollo exiguo, de manera que no se han implantado estos códigos con tanta fuerza, más bien disposiciones de los sectores financieros han incorporado normas de gobierno corporativo, de transparencia y control en las nuevas leyes. Del mismo modo el ente público de control y fiscalización de las empresas AEMP ha emitido unos Lineamientos de buen gobierno corporativo que contiene varios principios y elementos de los códigos con mayor desarrollo; pero esos lineamientos, por ahora son de aplicación potestativa por parte de las sociedades comerciales bolivianas.

DÉCIMA OCTAVA: Finalmente la SEM queda siendo una sociedad comercial genérica diferenciada de las demás sociedades comerciales por la participación económica del sector público en la actividad empresarial, toma como régimen para su desempeño el derecho privado, pero sin poder dejar del todo la influencia y aplicación del derecho público, por lo que se queda en ese *tertium genus* que termina siendo el punto débil de esta sociedad, al no poder desprenderse del todo de la autoridad del poder del Estado, que en determinadas circunstancias⁷⁷⁴ puede constituirse en otro elemento de incertidumbre que podría disuadir a los privados a asociarse con el sector público. El régimen de la sociedad de economía mixta se ha mantenido estático por muchos años, hasta las modificaciones que introduce la LEP, entre cuyos efectos se apunta que la ha acercado más al ámbito normativo

⁷⁷⁴ Dependiendo del modelo y sistema económico que adopte el gobierno.

administrativo, aunque en el art. 126 del C.Com., se la haya incorporado como un tipo social de las sociedades comerciales.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, N° 24.

AA.VV., José Miguel Embid Irujo (Dir.), *Introducción al derecho de sociedades de capital, Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

AA.VV., *Las Sociedades de Economía Mixta en el Orden Nacional*, Tesis de la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Carrera de Derecho, Bogotá D.C., junio 2004.

AA.VV., *Nuevas perspectivas del Régimen Local, Estudios en homenaje al Profesor José Ma. Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

AA.VV., Rojo Angel, Beltrán Emilio, Campuzano Ana Belén, Dir., 5ta. Ed., *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AA.VV., Tamayo Jaramillo, Javier, Dir., *Tendencias modernas del Derecho Civil, Propuestas de reforma a la legislación civil*”, Temis, Bogotá, 1989.

AA.VV., Vitolo, Daniel Roque, Embid Irujo, José Miguel, Directores, *El derecho de sociedades en un marco supranacional, Unión Europea y Mercosur*, III Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Ed. Comares, Granada, 2007.

Aguilar Zuluaga, Ignacio., *Estatización e Intervencionismo*, https://www.google.com.mx/?gws_rd=ssl#q=Aguilar+Zuluaga+%2C+I.+%2C+Estatizacion+e+Intervencionismo

Alborch Bataller, Carmen, “Reflexiones en torno a la iniciativa económica privada e iniciativa pública en la Constitución española”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Ed. Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, Valencia, 1980, pág. 157-173.

Alonso Ureba, Alberto, *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de Empresa Pública Local*, Univ. Complutense – Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1988.

Aranguren Urriza, Francisco José, “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Causas, efectos y extinción”, AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, N° 24.

Arce Ortiz, Elmer Guillermo, “Informalidad, Derecho y Derecho Social”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 5, Enero 2008, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, Ed. El País, pág. 145-165.

Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios constitucionales de la Libertad de Empresa, Libertad de comercio e Intervencionismo Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Asbun, Jorge, “*Constituyente y Reforma Constitucional en Bolivia*”, Ed. El País, Santa Cruz de la Sierra, 2005.

Berdún Chéliz, Pilar, Intervencionismo y gasto público en Europa 1870 – 1920; Acciones e investigaciones Sociales, <https://papiro.unizar.es/ojs/index.php/ais/article/view/210>, 15 de enero 2015.

Bernal Gutiérrez, Rafael, “El Código de Comercio Colombiano (Historia y proyecciones)”.

Biasco, Emilio, *Las participaciones estatales en la Constitución Uruguaya*, Exposición en el Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público-Responsabilidad del Estado y Jurisdicción, Sala de Actos del Palacio Municipal de la Intendencia Municipal de Montevideo, 26.XI.1998.

Böhrt Irahola, Carlos, “*Introducción al nuevos sistema constitucional boliviano*”, Miradas Nuevo texto constitucional, Idea Internacional, La Paz, Bolivia, 2010.

Borja Colón de Carbajal Fibla, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa”, Artículos Doctrinales; Derecho Administrativo, Noticias Jurídicas, Octubre, 2009.
<http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho-Administrativo/200910-43829474723947563.html>, martes, 17 de marzo de 2015.

Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 11ª. Ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

Burzaco Samper, María, “La planificación en la Constitución española: la transformación de un título inédito e inadecuado título competencial”, <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/509>, enero 2016.

Cabezas Caballero, David, *Compendio de Derecho Comercial*, 3ra. Edición, Ed. Tupac Katari, Sucre-Bolivia, 2002.

Cabezas Caballero, David, *Nociones de Derecho Comercial*, Ed. Tupac Katari, Sucre-Bolivia, 1995.

Cachón Blanco, J.E., *La sociedad anónima, cien preguntas clave y sus respuestas*, 3ra. Ed., Dickinson S.L., Madrid, 2000.

Cancio Meliá, Jorge, “*La Constitución Económica: Promesas incumplibles*”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Num. 7, 2002, pág. 49-101.

Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 10^a. Ed. Actualizada y ampliada, Tomo I y II, La Ley, Buenos Aires, 2011.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo I*, Sexta Ed. Actualizada, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Cohen, Moira, “Jurisprudencia en materia de responsabilidad de los Directores de sociedades anónimas en el régimen jurídico uruguayo”, *Revista de Derecho Comercial*, Tercera Época, Numero 5- 2012, Fundación de Cultura Universitaria, IDC. pág 39-48

Coll Walter, Osvaldo, *Intervención Judicial de Sociedades*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

Cordero Carraffa, Carlos H., *Constitución Política del Estado-Versión Pedagógica*, Edit. Gente Común, Seg. Ed., La Paz, Bolivia, 2010.

Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

Davalos, Pablo, “Neoliberalismo político y Estado social de derecho”; <http://www.puce.edu.ec/documentos/NeoliberalismoyEstadosocialderecho.pdf>. París, 1996.

De Chazal Palomo, José Antonio, *Manual de Derecho Empresarial*, Ed. UPSA, Santa Cruz, 2002.

Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, 10^a. Ed. Actualizada, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid, 2004.

Dromi, Roberto, *Empresas Públicas de Estatales a Privadas*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

Duque Domínguez, Justino, *CE y Derecho Mercantil*, Civitas, 1979.

Durán Ortiz, Limberg, *Manual de Derecho Comercial, Parte general*, Ed. El País, Santa Cruz de la Sierra, 2002.

Durán Ribera, Willman Ruperto., “La Constituyente en Bolivia: Naturaleza y Base Normativa”, Revista Boliviana de Derecho, N° 2., Julio 2006, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia

Ehmke, Horst, “*Economía y Constitución*”, ReDCE, N°5, Enero-Junio de 2006.

Esteban Velasco, Gaudencio, “La acción individual de responsabilidad”, AA.VV., Rojo Angel, Beltrán Emilio, Campuzano Ana Belén, Dir., 5ta. Ed., *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2013; pág. 161 al 246.

Esteban Velasco, Gaudencio, “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, N° 24, pág. 59-130.

Farrando Miguel, Ignacio, *El Deber de Secreto de los Administradores de Sociedades Anónimas y Limitadas*, Civitas, Madrid, 2001.

Fernández de la Gándara, Luis; Gallego Sánchez, Esperanza, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, 2da. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Fernández Farreres, Germán, “*En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad*”, Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, abril de 1976

Ferney Moreno L., *Teorías de la Constitución Económica*, Rev. Contexto, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1743>, 20 de febrero 2015

Ferreira Tamborindeguy, Hector, “Autonomía de la voluntad y responsabilidad de los administradores”, Revista de Derecho Comercial, Tercera Epoca, Numero 5- 2012, Fundación de Cultura Universitaria, IDC. pág 49-58

Font Galan, Juan Ignacio, “La empresa”, en Jiménez Sánchez, Guillermo J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 5ta. Ed., Tecnos, Madrid, 1999,

Font Galán, Juan Ignacio, “Notas sobre el modelo económico de la Constitución Española de 1978” *Revista de Derecho Mercantil*, 1979.

Gagliardo, Mariano, *Cuestiones societarias*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

Gagliardo, Mariano, *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, Tomos I, II y III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

Gandarillas Marco, Tahbub Marwan, Rodríguez Gustavo, *Nacionalización de los Hidrocarburos en Bolivia, La lucha de un pueblo por sus recursos naturales*, Icaria Editorial, Barcelona, 2008.

García de Enterría, Javier, “La sociedad anónima. Las acciones. Las obligaciones en **AA.VV. Menéndez, Aurelio (Dir.)**, *“Lecciones de Derecho mercantil”*, Cuarta Ed., Thompson Civitas, Navarra. 2006.

García Ruiz, Encarnación, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid-Barcelona, 2006.

García, Mauricio, Estatismo y la renuncia del liberalismo. <http://riosmauricio.com/?p=1536sthash.0xHDVC2g.dpuf>. pág. 3.

García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Ed., Madrid, 1999.

García-Pelayo, Ramón y Gross, Nuevo Diccionario enciclopédico Larrouse, Tomo I, Ed. Larousse, Buenos Aires, 1984.

George, Susan, “Breve historia del neoliberalismo: veinte años de economía de elite y las oportunidades emergentes para un cambio estructural.”, en la Conferencia sobre soberanía económica en un Mundo Globalizado, Bangkok, marzo de 1999, <http://www.rcci.net/globalizacion/llega/fg099.htm>

Gherzi, Carlos Alberto, *Cuantificación Económica Daños por Gestión Empresaria*, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2001

González-Varas Ibáñez, Santiago, “¿Réquiem por los servicios públicos?”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas del Régimen Local, Estudios en homenaje al Profesor José Ma. Boquera Oliver*, Coord. Baño León, José María, Climent Barberá, Juan, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 1345-1362.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, 1º Ed., F.D.A., Buenos Aires, 2013.

Gosálvez Sologuren, Gonzalo, “Estructura y organización económica del Estado”, Miradas Nuevo texto constitucional, Idea Internacional, La Paz, Bolivia, 2010

Greco, Orlando, *Diccionario de Economía*, 3ra. Ed., Valleta Ed., Buenos Aires, 2006.

Iglesias, Juan Luis, García de Enterría, Javier, “*Los órganos sociales de las sociedades anónima y limitada*”, en AAVV, Dir. Aurelio Menéndez, *Lecciones de Derecho Mercantil*, cuarta ed., Thompson-Civitas, Navarra, 2006,

Iñiguez de Salinas, Elizabeth, *Apuntes históricos del Banco Central de Bolivia e instituciones conexas*, Segunda Ed., La Paz-Bolivia, 1982.

Jiménez Sánchez, Guillermo, J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 5ta. Ed., Tecnos, Madrid, 1999. Pag 147 a 156- empresario, contrato social, ente colectivo

Juárez Chicote, José Ignacio, “La Contratación administrativa (II): El contenido de los contratos administrativos”, AA.VV. *Manual de Derecho Administrativo (I)*, Ed. COLEX, Madrid, 1997.

Junyent, Bas, Francisco, *Sociedad y empresa*, El Derecho, Buenos Aires, 2006

Levy Meruvia, C. Enrique, *Índice alfabético del Código de Comercio*, Ed. Los Amigos del Libro, La Paz, 1982.

Llebot, José Oriol, “Los deberes y responsabilidad de los administradores”, AA.VV., Rojo Ángel, Beltrán Emilio, Campuzano Ana Belén, Dir., 5ta. Ed., *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2013; pág. 23 al 55.

López de Medrano, Félix, *La Separación de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Librería Bosch, Barcelona, 1986.

Lopez Lopez, María Teresa, Utrilla de la Hoz, Alfonso, *Introducción al Sector Público Español*, Tercera Ed. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

Loza Tellería, Gabriel, *Bolivia. El modelo de Economía Plural*, Ed. Vínculos, La Paz, Bolivia, 2013

Machicado Rocha, Edwin A., *Sistemas Económicos Sistemas Jurídicos Pluralidad y Correspondencia de Sistemas*, Ed. Poiésis, La Paz-Bolivia, 2010.

Mambrilla Rivera, Vicente, “Fidelidad y lealtad como deberes generales de los administradores de las sociedades anónimas”, AA.VV., Vitolo, Daniel Roque, Embid Irujo, José Miguel, Directores, *El derecho de sociedades en un marco supranacional, Unión Europea y Mercosur*, III Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Ed. Comares, Granada, 2007., pág. 209-236.

Mansilla, Hugo Celso Felipe, *“Una comparación entre dos textos constitucionales”*, Miradas Nuevo texto constitucional, Idea Internacional, La Paz, Bolivia, 2010.

Marienhoof, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I.

Marina García-Tuñon, Ángel, Paredes Villalba, Wilma, “Una reflexión (sustantiva) sobre la reciente “Ley de la Empresa Pública”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 18, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, jul 2014.

Martínez Rave, Gilberto, “La responsabilidad civil extracontractual”, AA.VV., Tamayo Jaramillo, Javier, Dir., *Tendencias modernas del Derecho Civil, Propuestas de reforma a la legislación civil*”, Temis, Bogotá, 1989, Pág. 391 a 404.

Martin-Retortillo Baquer, Sebastián, *“Principios del sistema económico en la Constitución Española”*, Cuadernos de Derecho Judicial, La intervención administrativa en la economía, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 13 – 26.

Martorell, Ernesto Eduardo, *“Los directores de las Sociedades Anónimas”*, Depalma, Buenos Aires, 1990.

Mayorga, Fernando, Paz, Ricardo, *Sociedad civil y democracia participativa*, Friedrich Ebert Stiftung, La Paz, 1999.

Méndez Morales, Armando, *¿Estatismo versus Liberalismo? Exposición realizada el día 28 de junio de 2013, con motivo de la presentación de la Fundación Milenio del libro titulado: “Estatismo y liberalismo: Experiencias de Desarrollo”, efectuada en la ciudad de Cochabamba.*

Menéndez Menéndez, Aurelio, *“Constitución económica, sistema económico y Derecho Mercantil”*, en HPE (Hacienda Pública Española), N° 94, 1985, pág. 47 -77.

Miranda Mendoza, Fernando E., *Gobierno Corporativo en Bolivia-Conflicto de intereses en los directores de sociedades comerciales*, Kipus, Cochabamba, 2016.

Molina Fernando (ed.), Doria Medina Samuel, Oporto Henry, *El Estado de la Economía, ¿Cómo salir del ciclo privatización-nacionalización-privatización?*, Editorial Presencia S.R.L., Bolivia, 2010.

Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes*, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994.

Morales Guillén, Carlos, *Código de Comercio concordado y anotado*, Ed. Gisbert, La Paz, 1999.

Morales, Rolando, “Goni y Evo: Restricciones y oportunidades”, AA.VV. *Estatismo y Liberalismo*, Fundación Milenio, La Paz, Bolivia, 2012, pág. 27-62.

Morales, Rolando, *Estatismo y Liberalismo, Goni y Evo: Restricciones y oportunidades*.

Nava Negrete, Alfonso, Empresa Pública y Sociedad Anónima del Estado, *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*, T. XV , Num. 57, enero-marzo de 1965.

Noguera de la Muela, Belén, “Las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración pública-privada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico”, Observatorio de Contratación Pública, 9/04/2012; <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.50/relcategoria.121/relmenu.3/chk.d38367a4231a7ec12e8af66e915269c1>

Ojeda Elvis, Bolivia: *Entre la Economía de Mercado y el Estado Social*, Fondo Editorial de los Diputados, La Paz, 2002.

Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994.

Ovando Ovando, Jaime, *Sociedades Comerciales Doctrina y legislación nacional*, Plural, La Paz, Bolivia, 2008.

Paredes Villalba, Wilma, *De la Capitalización a la Nacionalización: un análisis de derecho comercial*, Ed. El País, Santa Cruz, Bolivia, 2007.

Paz-Ares, Cándido; “Las Sociedades Mercantiles”, Lecciones de Derecho Mercantil, Aurelio Menéndez, (Dir.), Cuarta Ed., Thomson – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Portellano Diez, Pedro, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidad de Negocio*, Civitas, 1996.

Prada Alcoreza, Raúl, “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado”, en *Bolivia Nueva Constitución Política del Estado, Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 2010.

Prado Robles, Gustavo A., “Ciclos liberales e intervencionistas en la política Económica de Bolivia” en AA.VV. *Estatismo y Liberalismo, Experiencias en desarrollo*, Fundación Milenio, La Paz-Bolivia, 2012, pág. 1-24.

Puchades Navarro, Miguel, “*La Constitución Económica*”, AAVV. Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya, Tomo II, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000.

Quijano Gonzales, Jesús, “*La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*”, Primera reimpresión, Univ. de Valladolid Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1985.

Quijano González, Jesús, “Derecho Mercantil y Constitución Económica”, en *Legislación Mercantil*, Lex Nova, 1995, págs. 1 – 21.

Resico, Marcelo F., ¿Qué es la Economía Social de Mercado?, Introducción a la Economía Social de Mercado, Edición Latinoamericana, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

Rey Vázquez, Luis E., “La organización administrativa descentralizada: El caso de las empresas y sociedades estatales”, *AFUC*, 16, 2012, ISSN:1138-039X, pag. 977-992;

Reyes Villamizar, Francisco, *Análisis económico del Derecho Societario*, Segunda Ed. Actualizada, Legis, Colombia, 2013.

Rivera, José Antonio, Jost Stefan, Molina Rivero, Gonzalo, *La Constitución Política del Estado Comentario Crítico*, 3ra. Ed., Ed. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Cochabamba, Bolivia, 2005.

Rodríguez Cairo, Vladimir, “Principio de subsidiariedad económica del estado en la Constitución Política del Perú”, *Quipukamayoc*, Revista de la Facultad de Ciencias Contables, Vol. 21 N° 40, 2013, UNMSM, Lima-Perú.

Rodríguez Carrau, Guzmán y Larraburu Acebedo, Florencia, “Una visión sinóptica sobre la responsabilidad de los directores y administradores de las sociedades anónimas”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, Montevideo-Uruguay, Enero-Junio 2013, N° 34, pág. 123-149.

Rodríguez-Zapata, Jorge, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996.

Rojo, Ángel, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la constitución”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, pág. 309 – 341.

Rubio Llorente, Francisco, “La libertad de empresa en la Constitución”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1966, págs. 431 – 437.

Saavedra Bejarano, Celín, *Administración Pública, Fundamentos, Gestión y Responsabilidades*, Sucre, Bolivia, 2012.

Sáchica, Luis Carlos, “Regulación de la Empresa Pública en Colombia”, pág. 512. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/>

San Miguel, Walker, *Recursos y Procedimientos Administrativos del Sistema de Regulación Sectorial*, Ed. Eddy Peñaloza, La Paz-Bolivia, 2000

Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones del Derecho Mercantil*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1995.

Sánchez Calero, Fernando, *Principios del Derecho Mercantil*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998.

Sánchez Calero, Fernando., *Instituciones del Derecho Mercantil I (Introducción, Empresa y Sociedades)*, Vigésima Primera Ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1998

Santiago Iglesias, Diana, *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, lustel, Madrid, 2010.

Seldon, Arthur, Pennance, F.G., *Diccionario de Economía*, Colección de libros “oikos”, 1964.

Serra Rojas, Andrés, *El Intervencionismo del Estado en la Economía*, en Avances del Derecho Administrativo, Económico y Social, UNAM, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1274/4.pdf>.

Trigo, Félix Ciro, *Las Constituciones de Bolivia*, 2da. Ed. Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, La Paz, 2003.

Urenda, Juan Carlos, Manual de la responsabilidad de los gerentes, directores y síndicos; Ed. Plural, La Paz-Bolivia, 2012.

Uría, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

Uría, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Vigésimo octava Ed., Marcial Pons, Madrid, 2001,

Uría, Rodrigo, Menéndez Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.

Vanasco, Carlos Augusto, *Manual de Sociedades Comerciales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

Vargas, Hernández, José G., “Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo”, *Rev. Mad.* N° 17, septiembre de 2007, pág. 66-89.

Vicent Chulia, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 15ª. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Zorrilla Arena, Santiago, Silvestre Méndez, José, *Diccionario de Economía*, Tercera Ed., Limusa, México D.F., 2012.

REVISTAS

Borradores de la Economía, Núm. 692 – 2012, La Economía Petrolera en Colombia. (parte I)

Cuarto Intermedio, Bolivia Permanencias y Transformaciones (1986-2011), Edición Aniversario, 99-100, Noviembre 2011. Oscar Zegada Claire, “Del Neoliberalismo al Neoestatismo: veinticinco años de cambios en Bolivia, pág 138 – 153.

Ecopetrol Energía limpia para el futuro, Cap. 2. La fundación de Ecopetrol o el pragmatismo de la clase dirigente colombiana, [www. Ecopetrol.com.co](http://www.Ecopetrol.com.co).

ANEXO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

ARGENTINA

Constitución de la Nación Argentina; 22 de agosto de 1994

El Código de Comercio Ley 2.637 de 9 de octubre de 1889 c

Ley 340 de 25 de septiembre de 1869, Código Civil

Ley 2.637 de 9 de octubre de 1889, Código de Comercio

Ley 12.962 (D.L. 15.349/46 de 28 de mayo de 1946) ratificatoria de la Ley de Sociedades de Economía Mixta.

Ley 13.653 de 31 de octubre de 1949; Régimen y funcionamiento de Empresas del Estado

Ley 19.550 de 20 de marzo de 1984; Ley de Sociedades Comerciales

Ley 17.811 de 16 de julio de 1968; Funcionamiento de la Bolsa de Valores

Ley 20.705 de 13 de agosto de 1974; Ley de Sociedades del Estado.

Ley 22.903 de 9 de septiembre de 1983; Ley modificatoria de la Ley de Sociedades Comerciales

Ley 25.188 de 29 de septiembre de 1999; Ley de ética en el ejercicio de la función pública

Ley 26.425 de 4 de diciembre de 2008; Ley del Sistema Integrado Previsional Argentino.

Decreto 1278 de 25 de julio de 2012, Reglamento de representantes y directores designados por las acciones y participaciones accionarias del Estado Nacional

COLOMBIA

Constitución Política de la República de Colombia, de 5 de agosto de 1886.

Constitución Política de Colombia, de 4 de julio de 1991

Ley 57 de 1887; Código Civil.

Ley 153 de 1887, de 15 de agosto de 1887; Reforma a los Códigos Nacionales.

Ley 126 de 3 de noviembre de 1938; Suministro de luz y fuerza eléctrica a los Municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas.

Ley 54 de 15 de diciembre de 1939, Facultades extraordinarias al Presidente de la República

Ley 151 de 11 de diciembre de 1959; Empresas y establecimientos públicos descentralizados.

Ley 142 de 11 de julio de 1994; Régimen de los servicios públicos domiciliarios.

Ley 143 de 11 de julio de 1994; Régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.

Ley 222 de 20 de diciembre de 1995; modificatoria del Libro II del Código de Comercio.

Ley 226 de 20 de diciembre de 1995; Desarrollo del art. 60 de la Constitución Política – enajenación de la propiedad accionarial estatal.

Ley 446 de 7 de julio de 1998; Descongestión, eficiencia y acceso a la justicia – protección a accionistas minoritarios.

Ley 489 de 29 de diciembre de 1998, Ley de organización y funcionamiento de las entidades de orden nacional.

Decreto 1157 de 18 de junio de 1940; Fomento de la economía nacional.

Decreto 1050 de 5 de julio de 1968; Normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional.

Decreto 3130 de 26 de diciembre de 1968; Estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional.

Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, Código de Comercio de Colombia.

Decreto 128 de 26 de enero de 1976, Estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y representantes legales.

Decreto 130 de 26 de enero de 1976; Normas sobre Sociedades de economía mixta.

Decreto 189 de 24 de enero de 2008, Reglamento al art. 97 de la Ley 489 de 1998.

Decreto 529 de 24 de marzo de 1999; reglamenta parcial el Estatuto orgánico del Sistema financiero y la Ley 489 de 1998.

Sentencia C-372 de 1994 – Inconstitucionalidad contra el art. 6 del Decreto 130 de 1976.

Sentencia C-332 de 1996 – Procedimientos a seguir para la enajenación de participaciones del Estado en las sociedades de economía mixta.

Sentencia C-065 de 1997 – Organización del sistema de control fiscal financiero.

Sentencia e Constitucional C – 702 de 1999, varios artículos de la Ley 489 fueron declarados inconstitucionales,

Sentencia C-953 de 1999 – Asociación de Empresas Industriales y Comerciales del Estado

Sentencia C-736 de 2007 – Libertad de configuración legislativa en régimen de la sociedad de economía mixta.

ESPAÑA

Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978

Ley 19/1989 de 25 de julio; Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades.

Ley de 26 de diciembre de 1958; Régimen jurídico de las Entidades Estatales Autónomas.

Ley 7/1985, de 2 de abril; Reguladora de las Bases del Régimen Local

Ley 5/1995 de 23 de marzo; Régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

Ley 6/1997 de 14 de abril; Organización y funcionamiento de la administración general del Estado.

Ley 13/2003 de 23 de mayo; Reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Ley 26/2003 de 17 de julio; Modifica Ley de mercado de valores y Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ley 33/2003 de 3 de noviembre; Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Ley 30/2007 de 30 de octubre; Contratos del Sector Público.

Ley 2/2011 de 4 de marzo; de Economía Sostenible.

Ley 31/2014 de 3 de diciembre; Modifica la Ley de sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Real Decreto-ley 8/1981 y la Ley 45/1981 se constituye el Instituto Nacional de Hidrocarburos INH, holding público que ya ajustaba su funcionamiento

R.D. de 22 de agosto de 1885; Código de Comercio.

R.D.L. 781/1986 de 18 de abril; Texto refundido de las disposiciones legales del Régimen Local.

R.D.L. 1564/1989 de 22 de diciembre; Texto refundido de la Ley de Sociedades anónimas.

R.D.L. 2/2000 de 16 de junio; Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

R.D.L. 3/2011 de 16 de noviembre; Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

R.D.L. 1/2010 de 2 de julio; Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Decreto de 17 de junio de 1955; Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Decreto de 24 de junio de 1955; Texto refundido de la Ley de Bases del Régimen Local.

Decreto 1022/1964 de 15 de abril; Ley de Bases del Patrimonio del Estado.

Decreto 3588/1964 de 5 de noviembre; Reglamenta a la Ley del Patrimonio del Estado.

Sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto Teckal.

Sentencia del TJCE de 11 de enero de 2005; asunto Stadt Halle(as.c-26/03).

Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 2003 (asunto C-463/00).

Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992.

Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993.

Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004.

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_es.htm,

“Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a Asociaciones público-privadas y Derecho comunitario sobre contratación pública y concesiones” [COM (2005) 569 final - no publicado en el Diario Oficial]. Última modificación: 02.01.2006, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004DC0327>.

BOLIVIA

Constitución Política del Estado de 1826, 1938, 1961, 1994, 2004.

Constitución Política del Estado de 2009.

D.L. N° 14379 de 25 de febrero de 1977; Código de Comercio

Ley 1178 de 20 de julio de 1990

Ley 466 de 26 de diciembre de 2013, Ley de la Empresa Pública

D.S. 28631 de 8 de marzo de 2006; Reglamento a la Ley de Organización del Poder Ejecutivo.

D.S. 1978 de 16 de abril de 2014; Régimen transitorio para la creación de empresas públicas de tipología estatal.

Proyecto de Código de Comercio, de 2010, adecuado a la Constitución Política del Estado

S.C.P. N° 0022/2015 – S3 de 16 de enero.

S.C. N° 0445/2011-R de 18 de abril de 2011

S.C. N° 188/02-R de 27 de febrero de 2002

S.C. N°1261/01-R de 28 de noviembre de 2001

S.C. N° 0445/2011-R de 18 de abril de 2011

S.C. N° 2011/2010 de 3 de noviembre de 2010

S.C. N° 1121/2006-R de 8 de noviembre de 2006

S.C. N° 659/00-R de 5 de julio de 2000

S.C. N° 574/01-R de 8 de junio de 2001

S.C. N° 744/00-R de 4 de agosto de 2000

A.C. N° 0032/2007 de 24 de enero de 2007