

UNA REFLEXIÓN (SUSTANTIVA) SOBRE LA RECIENTE
“LEY DE LA EMPRESA PÚBLICA”

A REFLECTION (SUBSTATIVE) ON THE RECENT LAW OF
THE PUBLIC COMPANY

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 550-565

Ángel M.
GARCÍA y
Vilma M.
PAREDES

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: La Ley n° 466, de 26 de diciembre de 2013, “Ley de la Empresa Pública”, establece las condiciones en las que debe desenvolverse la empresa pública, en ésta se han incorporado nuevos tipos sociales al Código de Comercio, con procedimientos propios para su constitución y registro, en los cuales se identifican algunas contradicciones y aspectos jurídicos que no son claros, por lo que se hace necesario puntualizarlos con miras a tratar de aclararlos y de alguna forma hacer notar que se podría vulnerar la seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Empresa pública, tipo de empresa, proceso de constitución, inscripción en el Registro de Comercio.

ABSTRACT: The Law N°466, December 26th 2013, “Government Company’s Law” establishes the conditions in which the Government Companies should be managed and do their business. The mentioned Law had been incorporated to The Code of Commerce, new types of Companies, including their particularly procedure to set up and register the company at the Companies Registration Office. It has been identified that there are some contradictions in the procedures and there are legal aspects that are not clear. Because of this, is it necessary to identify them in order to get them cleared up and in some way point out that legal security could be infringe.

KEY WORDS: Public company, type of company, proces of establishing, registration in the Register of Commerce.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Principales aspectos conceptuales de la LEP.- III. El procedimiento de constitución de una empresa pública.- I. El Proyecto Ministerial.- 2 Proyecto de Decreto Supremo.- IV. La inscripción de la empresa pública en el Registro de Comercio.- I. Cuestiones generales.- 2. La inscripción de la empresa pública en el Registro de Comercio.

I. INTRODUCCIÓN.

Recientemente se ha publicado en la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, la Ley n° 466, de 26 de diciembre de 2013, "Ley de la Empresa Pública" [en adelante LEP], norma que, por un lado y en la perspectiva más amplia –política-, trata de adecuar el régimen de las empresas públicas del nivel central del Estado, a los pronunciamientos recogidos en la Constitución Política del Estado del 2009; de otro, supone en alguna medida una reordenación de la normativa existente hasta el momento, afectando incluso al CP, art. 228 ter, y también al CdC, art. 126, reubicando normativa y organizativamente hablando, a las diversas empresas de titularidad pública por medio de la creación del denominado "Consejo Superior Estratégico de las Empresas Públicas" (COSEEP).

En las líneas que siguen se trata de efectuar un comentario general acerca de los aspectos de orden sustantivo que recoge la norma en cuestión, sin entrar en otro tipo de consideraciones jurídico-políticas, que en modo alguno corresponden abordar en un análisis como el que se pretende. En esta línea de planteamiento, el objetivo es poner de manifiesto al lector interesado los principales aspectos conceptuales que rodean a la empresa pública en Bolivia, así como también el papel llamado a desarrollar por instituciones clásicas del tráfico jurídico mercantil, significativamente el del Registro de Comercio que, como es conocido, presenta la relevante peculiaridad de venir gestionado desde hace algunos años por FUNDEMPRESA¹, como entidad sin ánimo de lucro y en régimen de concesión administrativa.

¹ Fundación para el Desarrollo de la empresa, Concesionaria del Servicio Nacional de Registro de Comercio – SENAREC, mediante D.S. 26335 de 29 de septiembre de 2001.

• **Ángel Marina García-Tuñón**

Es Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, profesor titular de la misma universidad desde 1987, participa en forma continua en diferentes proyectos de investigación, escribe en forma constante artículos referidos a derecho mercantil. Ha tenido estancias en universidades de Inglaterra, Italia y Francia. Participa en Congresos nacionales e internacionales. En la actualidad participa como profesor invitado en el Postgrado de la U.A.G.R.M.

• **Vilma Margarita Paredes Villalba**

Es docente (Titular "A") en la Carrera de Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Es graduada de esta superior casa de estudios, Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas y doctorando de la Universidad de Valladolid. Coordinadora del Master de Derecho Empresarial y de los Negocios Internacionales en el Postgrado de Derecho de la U.A.G.R.M. que se desarrolla en su segunda versión.

El esquema que se propone para el comentario que sigue, parte de una primera referencia a los aludidos aspectos conceptuales que la LEP establece, para a renglón seguido incidir en algunas de las problemáticas que a buen seguro la aplicación de la norma va a suscitar; cerrará el sumario una reflexión final.

La LEP aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional se estructura en sesenta y siete artículos, doce disposiciones adicionales, once transitorias trece finales, una disposición abrogatoria y derogatoria y un anexo que incorpora un glosario de términos con sus respectivas definiciones. Si alguna reflexión de partida cabe establecer, esa debe hacer alusión al carácter reglamentista, de excesivo detalle que presenta, lo que no obsta para tener expresamente previsto su desarrollo reglamentario, tal como dispone la disposición adicional décimo segunda; sobre todo ello se volverá más adelante.

II. PRINCIPALES ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA LEP.

El artículo primero de la LEP viene a concretar su objeto, que se desdobra en las dos referencias ya mencionadas con anterioridad, de un lado, estableciendo el régimen de las empresas públicas del nivel central del Estado, que comprende a diferentes categorías o subtipos, a saber; empresas estatales, empresas estatales mixtas, empresas mixtas y empresas estatales intergubernamentales; dos observaciones al respecto, de un lado, que la LEP no recoge la totalidad del régimen regulador de las empresas públicas, ya que en el propio texto se alude precisamente a la complementariedad que tienen otras disposiciones, en particular y por lo que en este comentario interesa, el propio CdC, expresamente citado por la disposición adicional cuarta; de otro lado, que la LEP incorpora también disposiciones aplicables a otras formas de organización empresarial, caso de las “empresas grannacionales”², del art. 9 y de la “corporación”³, en este caso en los art. 10, del 16 al 23, y de las Sociedades de Economía Mixta, SAM del CdC.

La segunda de las referencias se centra en el Consejo Superior Estratégico de las Empresas Públicas, COSEEP, a modo de órgano o instancia directora de las políticas y estrategias de los entes regulados por la LEP.

Al margen de las puntualizaciones que más adelante se indicarán, las diversas categorías o subespecies de empresas públicas reglamentadas presentan, como lógicamente cabría presumir, el denominador común de que su capital social es de titularidad estatal y en razón a que se alcancen unos u otros porcentajes, la

- 2 Como modalidades a ubicar en las citadas categorías de empresa estatal mixta y de empresa mixta, además de venir restringidas a empresas públicas de países miembros de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América –Tratado de Comercio de los Pueblos ALBA-TCP-; restricción ésta cuyo encaje constitucional podría ser puesto en duda.
- 3 Forma de organización empresarial que agrupa a varias empresas públicas, al margen de su concreta tipología, ejerciendo funciones similares a las de una sociedad matriz, dominante o cabecera de grupo.

consecuencia será que entrarán en una u otra categoría. Así, en la empresa estatal el cien por cien del patrimonio –en verdad capital social-, es de propiedad del Estado; en la empresa estatal mixta entre el setenta y menos del cien; en la empresa mixta entre el cincuenta y uno y hasta el setenta; y en la empresa estatal intergubernamental entre el cincuenta y uno y hasta menos del cien por cien⁴; así también la empresa corporativa entre el noventa y siete y menos de cien⁵. Ahora bien, si esta referencia al capital es básica para determinar una u otra categoría o modelo de empresa pública, más relevante es averiguar si en su regulación se encuentran diferencias de régimen legal de cierta o alguna entidad. La respuesta es afirmativa, de manera que partiendo de un marco jurídico básico, por general o común a los diferentes tipos, en cada uno de los modelos regulados se pueden observar peculiaridades o especialidades, que en alguna medida asumen la circunstancia de que una parte de su capital social no es de titularidad pública; sobre algunas de estas previsiones se tratará en referencias posteriores.

En lo que para el presente comentario resulta de interés, la propia LEP establece un sistema de fuentes reguladoras de las empresas públicas, que en alguna medida es acorde con los planteamientos político-económicos actuales del Estado Plurinacional de Bolivia, que ponen de manifiesto un grado de intervencionismo amplio y plural. Amplitud, porque afecta a todos los niveles de las actividades económicas y pluralidad, ya que incluye aquella dualidad clásica de lo normativo –creando normas- y de lo productivo –el estado empresario-. Sin entrar en el debate, siempre legítimo, de lo acertado o no de estas formas de actuar, lo cierto es que tal sistema de fuentes es acorde con todas estas iniciativas macroeconómicas, de manera que junto a la propia LEP y a su desarrollo reglamentario, se hace expresa alusión a las disposiciones contenidas en el CdC, lo que es relevante por cuanto se dirá en otro momento, a las resoluciones del COSEEP y a la normativa específica de las empresas públicas. Si en sí misma la LEP es suficientemente significativa respecto de la política intervencionista del Estado, aún lo es más la atribución de competencias normativas a ese organismo que, recuérdese, es la “máxima instancia de definición de políticas, estrategias y lineamientos generales para la gestión empresarial pública”⁶.

Manteniendo un punto de vista que puede calificarse de tradicional en el ámbito de actuación de las empresas públicas en otros escenarios políticos e históricos, la LEP considera que la empresa pública objeto de regulación es un instrumento imprescindible para el desarrollo de sectores estratégicos del país, focalizados en los

4 Referencias contenidas en el art. 6; se complementan estas referencias cuantitativas con eventuales aportaciones privadas y/o públicas, nacionales y/o extranjeras.

5 La tipificación de la Corporación acarrea confusión en cuanto a su tipología debido a que se la define en principio como “una forma de organización empresarial”; pero luego se indica que puede ser tipificada como empresa estatal, o empresa estatal mixta, subsumiendo las formalidades para su creación a lo dispuesto para estos tipos de empresa pública.

6 El COSEEP está auxiliado por la “Oficina técnica para el fortalecimiento de la empresa pública”, OFEP, todo ello en los términos establecidos en el art. 15 LEP.

hidrocarburos, en la minería, en la energía, las telecomunicaciones y el transporte. Ahora bien, no concluye esa consideración estratégica en las menciones que expresamente cita la norma, sino que el COSEEP podrá "identificar" otros a los que atribuir tal carácter. Es evidente que una previsión de esta naturaleza y alcance puede generar un grado de arbitrariedad susceptible de poner en duda elementales reglas de seguridad jurídica, no ya solo por el hecho de cómo justificar esa decisión, sino porque a tal declaración le sigue, en la práctica, un ejercicio cuasimonopolístico de las actividades económicas en cuestión.

Retomando la temática relativa al sistema de fuentes de la empresa pública, resulta de interés destacar que, de acuerdo con lo establecido en el art. 7 LEP, el régimen legal de las empresas públicas incluye al CdC, con la particularidad de que la estatal mixta, la mixta y la estatal intergubernamental tales disposiciones serán las recogidas en ese texto para la sociedad de economía mixta, mientras que respecto de las empresas estatales la remisión se hace respecto de las que regulan "el desarrollo de los actos y operaciones de comercio con personas naturales y/o jurídicas".

En un plano más concreto, el art. 11 aborda la siempre compleja materia de la solución de controversias en el ámbito de actuación de las empresas públicas, cuando éstas operan en territorios sometidos a fuertes políticas intervencionistas, en los que algunas decisiones responden a planteamientos más políticos que de estricto orden económico. Asumiendo, de nuevo, la legitimidad de este modo de actuar, la norma en cuestión aboga en la solución de todo tipo de controversias por cauces arbitrales o también jurisdiccionales. Así, cuando se trate de solventar controversias entre los socios de las empresas estatal mixta, mixta o intergubernamental, antes de acudir a esas vías de solución deberán agotarse las instancias de conciliación y, extintas, éstas, quedarán expeditas aquéllas. En caso de litigios entre diferentes empresas públicas, al margen de la modalidad que presenten, el cauce de solución será en todo caso el establecido por la normativa en materia de conciliación y arbitraje.

Centrando ahora el análisis en el ámbito más sustantivo de la regulación establecida por la nueva legislación, la constitución de una empresa pública presenta un procedimiento peculiar; que se inicia con la elaboración de un Proyecto a instancia del Ministerio proponente, encontrando complementación con un segundo Proyecto, en este caso de Decreto Supremo, que debe incluir el reconocimiento –futuro- de personalidad jurídica, apruebe la aportación de capital y se acompañe mediante anexo de los estatutos destinados a regir su actividad. Publicado este último –Decreto Supremo-, la empresa adquirirá personalidad jurídica, debiendo registrarse en el Registro de Comercio, momento a partir del cual estará habilitada para ejercer actos y operaciones de comercio, todo esto según determina el art. 24 LEP⁷.

7 De acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta, se reitera el sometimiento de las empresas, en este caso estatales, a las disposiciones del CdC, quedando excluidas de lo determinado por el art. 10 de dicho texto.

Pues bien y aunque se aborde en epígrafe aparte, éste va a ser el tema fundamental del comentario, el relativo al papel y funciones que corresponde desarrollar al Registro de Comercio ante la solicitud de inscripción que los representantes legales de la empresa pública deberán cursar obligatoriamente, tal y como se desprende con toda claridad de la última de las previsiones citadas; también en las líneas que siguen se hará referencia a aspectos sustantivos del contenido de aquellos dos proyectos.

III. EL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE UNA EMPRESA PÚBLICA.

La LEP dedica diferentes preceptos a la regulación del proceso de constitución de la empresa pública, en principio sin diferenciar entre las distintas modalidades organizativas previstas en el ya citado art. 6, al menos en cuanto se refiere a sus actuaciones más relevantes. Destacar también que el texto carece de la precisión terminológica que sería de desear, ya que utiliza en ocasiones la referencia “empresa estatal” como sinónimo de “empresa pública”, cuando en realidad ésta representa el género y aquélla una especie de éste.

Dejando de lado estas deficiencias de técnica legislativa, en un primer momento la LEP en materia de constitución –creación- diferencia entre empresas estatales en sentido estricto, art. 24, y de estatal mixta, empresa mixta y empresa estatal intergubernamental, art. 25, si bien con algunos elementos comunes, en concreto, el denominado Proyecto Ministerial y el Proyecto de Decreto Supremo aprobatorio de la empresa pública; en las líneas que siguen daremos un breve repaso a estas actuaciones comunes a la creación de todo tipo de empresa pública, para a continuación referirnos, también de forma breve, a las más específicas que recoge el último de los preceptos citados.

I. El Proyecto Ministerial.

La constitución o fundación de una empresa pública, al margen de la concreta modalidad que pueda presentar, responde siempre a una iniciativa política, vinculada en buena lógica al desarrollo de una actividad considerada estratégica. De acuerdo con lo establecido en los citados arts. 24. l. a) y 25. l. a), el Proyecto Ministerial representa la primera de las actuaciones a cumplimentar. En alguna medida este documento viene a plasmar la justificación que en opinión del Ministerio afectado aconseja la creación de la empresa pública en cuestión, todo lo cual debe ir acompañado del llamado “estudio de factibilidad”, que debe entenderse como una especie de plan de viabilidad económico-empresarial o plan de negocio, al que podrán incorporarse otros factores a considerar de diferente naturaleza y contenido. A mayores de lo antedicho, este documento deberá completarse con un proyecto de estatutos, cuyo

contenido, en gran medida, deberá ser acorde con la concreta tipología de empresa estatal de que se trate⁸.

En relación al proyecto de estatutos que ha de incorporar el documento analizado, es el art. 27 LEP el que recoge los aspectos mínimos a incorporar a su contenido. Son varias las referencias que preceptivamente deben establecerse, tendentes a identificar jurídica y económicamente a la nueva persona jurídica que responde a la categoría de empresa estatal. Partiendo de la denominación y el domicilio, materias sobre las que la LEP nada indica⁹, mención relevante es la relativa al "monto del capital autorizado y capital pagado y el régimen de aumento y disminución del capital autorizado y pagado"; referencias éstas que encuentran explicación en el Anexo Glosario de la LEP, entendiéndose por capital autorizado el montante máximo de capital que la sociedad podrá tener; capital suscrito, o capital que los socios se obligan a pagar en un período determinado, y capital pagado, o capital que los socios han pagado o apartado al tiempo de la constitución de la sociedad¹⁰; de alguna manera la previsión viene a recoger la posibilidad de lo que en el derecho comparado, entre otros el español, se ha dado en denominar "principio del desembolso mínimo", es decir, de que la aportación del socio en concepto de capital se haga escalonadamente a partir de la constitución de la sociedad; una cifra será la que represente el capital autorizado, a modo de cuantía máxima del capital social, otra la del capital pagado, o capital efectivamente aportado en ese momento constitutivo y la tercera, la que el socio ha de afrontar su pago en un tiempo posterior; planteamiento que encuentra reproducción en los supuestos de aumento o reducción, ya sean concretadas estas actuaciones respecto del capital autorizado o en relación al capital pagado¹¹.

Otras referencias de especial interés tienen que ver con aspectos esencialmente financiero-económicos, en concreto respecto de la constitución de reservas

- 8 Una prueba de esa imprecisión terminológica a la que en el texto se aludía líneas arriba, se plasma precisamente en la norma contenida en el art. 24.1.a), precepto rotulado con la referencia "creación de las empresas estatales"; recuérdese que la empresa estatal es el primero de los tipos de empresas públicas que establece el art.6, por lo que no se entiende muy bien que se indique en aquél la necesidad de especificar la "tipología de la empresa pública".
- 9 Es suficientemente conocido el problema que plantea el control de homonimia en el tráfico jurídico boliviano, materia que requiere de una ordenación general a todos los niveles y que ha de pasar, necesariamente, por la creación de una especie de registro central de denominaciones sociales, entendida esta última referencia como sinónimo de elementos identificativos y diferenciadores de las personas jurídicas o lo que es lo mismo desde el punto de vista del tráfico jurídico-económico, de las sociedades mercantiles –de capital–.
- 10 Queda al margen lo previsto en el art. 30 LEP, que establecen los requisitos para la validez de los respectivos acuerdos de aumento/disminución del capital autorizado/pagado; resumidamente, se parte de la premisa de que tales decisiones han de asegurar la mayoría accionarial del Estado, pasando en unos casos por la exigencia de un Decreto Supremo o Ley al efecto, o bien en otros por la decisión/acuerdo del Directorio o de la Junta de Accionistas.
- 11 Siendo la interpretación propuesta en el texto la nos parece más razonable, a falta de otras menciones en los estatutos sociales, serán de aplicación las disposiciones que sobre tales materias establece el CdC, arts. 127 y siguientes, y normativa que, en su caso, pueda considerarse complementaria; apuntar también que este tipo de disposición plantean siempre problemas de interpretación sobre el alcance que puedan tener las reglas propuestas, sobre todo a la hora de ejercitarse por quien corresponda el control de legalidad que se deriva, por ejemplo, de la obligatoriedad de inscripción en el Registro de Comercio.

especiales, reglas para soportar pérdidas y distribución de utilidades. Se parte de reconocer una amplia autonomía de la voluntad, sin más limitaciones que las que la propia LEP establece, art. 31, sobre reserva legal¹² y art. 32, sobre distribución de utilidades¹³.

Sea suficiente lo mencionado hasta el momento, debiendo tener en cuenta que este documento analizado resulta igualmente necesario para el resto de tipos de empresas públicas, tal y como recoge expresamente el art. 25.I.a) LEP. Respecto de las reguladas en esta última disposición, señalar que junto al Proyecto Ministerial y al de Decreto Supremo, el apartado b) añade que ha de acompañarse la “minuta de constitución de la empresa suscrita entre todos los socios bajo condición suspensiva”, que incluye también el pertinente proyecto de estatutos; pues bien, señalar que aquella condición que considerará cumplimentada con la publicación en la Gaceta Oficial del Estado del Decreto Supremo¹⁴.

Prestando atención en este momento al contenido de los Estatutos de la empresa estatal mixta, mixta e intergubernamental, el art. 28 LEP dispone el marco legal aplicable, del que son de comentar algunas previsiones destinadas a reflejar la pluralidad de socios y su posible distinta naturaleza. Así y entre otras, se establece como principio general la intransmisibilidad de las acciones propiedad del Estado o de las ETAs, la nominatividad obligada de las acciones, reglas de funcionamiento de la Junta General¹⁵ y del Directorio¹⁶ y de las fianzas a prestar por directores y síndicos¹⁷.

2. Proyecto de Decreto Supremo.

El segundo de los requisitos que condiciona la válida constitución de la empresa pública viene representado por el Decreto Supremo, modelo de fuente formal del ordenamiento jurídico boliviano, destinado a plasmar o materializar la decisión político-legislativa de constituir una entidad de tal naturaleza.

Se trata de un condicionante que opera para todo tipo de empresas públicas, si bien para la estatal el art. 24.I.a) indica que está destinado a aprobar “la creación de

12 Establece la obligación de constituir una reserva legal, detrayendo de las utilidades líquidas y efectivas obtenidas un cinco por ciento, hasta la mitad del capital pagado; reservas que sólo podrán utilizarse para la compensación de pérdidas.

13 Sometiendo esta materia a lo establecido en las directrices generales formuladas por el COSEEP.

14 Otras particularidades cabe añadir en relación a la constitución de la empresa estatal mixta, empresa mixta y empresa estatal intergubernamental, por ejemplo, la relativa a la participación de las ETAs –Entidades Territoriales Autónomas-, especie de administración municipal.

15 Arts. 33 a 35 LEP.

16 Arts. 36 a 39 LEP.

17 Según el art. 39, los directores de la empresa estatal deberán prestar fianza en la forma y cuantía establecida en los estatutos; respecto de tales cargos en el resto de empresas públicas, lo harán en la forma establecida en los estatutos y por la cuantía o monto determinado por la Junta General de accionistas; en todo caso se prevé la posibilidad de contratar pólizas de seguro para la prestación de fianza de directores y síndicos; respecto de éstos, art. 59 LEP.

la empresa estatal, reconozca su personalidad jurídica, apruebe el aporte de capital y los estatutos, que deberán adjuntarse como anexo”, mientras que para el resto, art. 25.I.d), simplemente se alude al “Proyecto de Decreto Supremo”. Hasta qué punto esta omisión o silencio puede resultar trascendente, es algo difícil de evaluar, pero que aun encontrando explicación posible, el tema pudiera tener trascendencia desde otro punto de vista, en concreto al tiempo del ejercicio del control de legalidad que deberá llevar a cabo el Registro de Comercio; sobre esto volveremos más adelante.

Buscando una explicación a ese tratamiento formalmente diferenciado, probablemente podamos encontrarla en los apartados II, IV y V del art. 25 LEP, aunque entendemos que no se trata de una solución totalmente satisfactoria. En concreto, se alude a que una vez se haya publicado en la Gaceta Oficial el Decreto Supremo, deberá tramitarse el Anteproyecto de Ley que autorice la aportación de capital y promulgada ésta y aportados los capitales por los socios restantes, deberá protocolizarse la minuta de constitución, junto con los estatutos, ante la Notaría de Gobierno; el paso siguiente y último será el registro de la empresa en el Registro de Comercio, lo que la habilita “para realizar actos y operaciones de comercio”. En suma, mientras que en el caso de la empresa estatal, recuérdese que la totalidad del capital social de titularidad del estado, es la publicación del Decreto Supremo en la Gaceta Oficial el detonante en la atribución de personalidad jurídica, en los restantes tipos de empresas públicas esa adquisición de capacidad jurídica se pospone a otro momento/requisito, en concreto y en principio, a la protocolización de la minuta de constitución y de los estatutos ante la Notaría de Gobierno¹⁸; sea suficiente lo mencionado por el momento, a fin de proponer una hermenéutica razonable y razonada sobre esa disparidad de tratamiento legal.

IV. LA INSCRIPCIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA EN EL REGISTRO DE COMERCIO.

I. Cuestiones generales.

Junto a la regulación de esta fase inicial del proceso de constitución de una empresa pública, que presenta similitudes y diferencias en razón al tipo concreto de que se trate, no debe olvidarse de que se trata de sujetos dotados de personalidad jurídica, es decir, autónomos e independientes respecto de todos y cada uno de sus elementos integrantes, y destinados al ejercicio de una actividad susceptible de afectar a terceros. Esta capacidad de relacionarse, en definitiva capacidad de obrar, hace que el legislador haya obrado, en este caso acertadamente, sometiendo a unas u otras al deber de inscripción registral. Será a partir de este momento cuando la empresa pública estará dotada de dicha facultad, que posibilita la realización de

¹⁸ A este acto deberá seguir la ya mencionada inscripción en el Registro de Comercio, que habilita a la empresa pública “para realizar actos y operaciones de comercio”, art. 25.V. LEP.

actos con trascendencia jurídica, o lo que es lo mismo, le permite materializar aquella capacidad jurídica que deriva, ya de la publicación del Decreto Supremo en la Gaceta Oficial, ya de la protocolización de la minuta de constitución y de los estatutos ante la Notaría de Gobierno.

Esta materia, de diferenciación entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar; la consideramos de especial trascendencia, sobre todo respecto de en qué momento una y otra se adquiere por la empresa pública; y si a esto se vincula el ejercicio del mencionado control de legalidad por parte del registro de Comercio y su alcance, nos encontraremos ante una cuestión en verdad relevante desde el punto de vista jurídico privado; a todo ello dedicaremos las próximas páginas.

De acuerdo con el conjunto de previsiones a las que se ha hecho mención en las líneas precedentes, parece observarse un tratamiento diferente de la materia ahora abordada en razón al tipo de empresa pública de que se trate. Así, si hablamos de la empresa estatal ex art. 24 LEP, es la publicación del Decreto Supremo en la Gaceta Oficial el requisito que viene a determinar la adquisición de personalidad jurídica, mientras que respecto de los restantes tipos ese efecto parece conseguirse con la protocolización de la minuta de constitución y de los estatutos ante Notaría de Gobierno, art. 25. IV. LEP. Ambas previsiones, no obstante las diferencias que cabe observar, resultan a nuestro modo de ver algo inexactas, ya que en realidad condicionan los efectos propios del otorgamiento de personalidad jurídica a una actuación posterior; a saber, la inscripción en el Registro de Comercio. De forma expresa y respecto de cualesquiera de los modelos de empresa pública, art. 24. II para las empresas estatales, y art. 25.V. para el resto de modelos, ambas previsiones vienen a coincidir en que la inscripción de la empresa pública en el Registro de Comercio las habilita para realizar actos y operaciones de comercio; dicho de otro modo, hasta que no se haya producido la repetida inscripción, la empresa pública no podrá realizar actos y operaciones de comercio y de realizarlos pesará sobre los mismos el vicio de nulidad absoluta o radical, a modo de sanción general respecto de los actos realizados sin capacidad de obligar.

Mientras que el vigente art. 133 CdC responde y es acorde a los planteamientos clásicos en materia de constitución de personas jurídicas societarias mercantiles o comerciales, contrato formalizado en documento público y publicidad del mismo a través de la institución registral¹⁹, de lo que se deriva el doble efecto de la adquisición de capacidad jurídica y de la capacidad de obrar; en alguna medida la LEP viene a alterar esa sistemática clásica. En efecto, cuando los repetidos preceptos relativos a la empresa pública aluden a la adquisición de personalidad jurídica y a la necesidad de protocolizar unos y otros documentos ante Notaría de Gobierno, en verdad de lo que está dotando a estos entes jurídicos es, únicamente, de la denominada

19 Dato éste que diferencia al proceso analizado del establecido para las sociedades civiles, art. 754 CC de Bolivia.

capacidad jurídica, es decir, del reconocimiento de la mera o simple posibilidad de ser titular de derechos y deberes y no de su ejercicio frente o para con terceros.

Si se presta atención al conjunto de previsiones recogidas en el ordenamiento jurídico general, el plasmado en el CC, ahí podemos encontrar el apoyo argumental a la interpretación propuesta. Una atenta lectura de diferentes preceptos, en particular arts. 3 y 4 para las personas naturales y 54 para las llamadas personas colectivas, permite concluir afirmando que al igual que lo establecido en la generalidad de los ordenamientos jurídicos de influencia romanista, a todo sujeto, con independencia de su concreta calificación legal, persona natural o persona colectiva –nuestro especial modelo que representa la empresa pública-, se le pueda atribuir dos ámbitos de capacidad diferentes. De un lado y en primer término, la capacidad jurídica, que se adquiere en un caso por el mero nacimiento de la persona natural y en otro por la cumplimentación de algún requisito o condición, por ejemplo, la publicación del Decreto Supremo en la Gaceta Oficial o, también, protocolizando minuta de constitución y estatutos ante Notaría de Gobierno. La consecuencia o efecto será que dicho sujeto podrá ser titular de derechos y deberes, a modo de expectativa que deberá cumplimentar con requisitos posteriores, de manera que pueda llegar a materializar, cumplimentar, unos y otros. En el particular supuesto de la empresa pública, pertenezca a una u otra modalidad y en su consideración en todo caso de persona colectiva en la terminología del CC, el art. 54 permite con toda claridad separar sendos ámbitos de referencia, capacidad jurídica y capacidad de obrar, que puestos en contexto con la previsión establecida en el art. 4 del mismo texto, sirve para concluir que para la LEP el acto de publicación del Decreto Supremo y el de la protocolización ante Notaría de Gobierno supone el otorgamiento de capacidad jurídica, de personalidad jurídica en su equívoca terminología²⁰.

En lo que respecta a la capacidad de obrar, debe entenderse como aquella que permite el ejercicio de los derechos y obligaciones cuya titularidad corresponde a un sujeto determinado. Supone, pues, un paso adelante respecto de la capacidad jurídica, ya que mientras que ésta es una mera abstracción de titularidad²¹, la que ahora nos ocupa supone cumplir o exigir el cumplimiento de deberes y derechos o, en los términos de la propia LEP, “realizar actos y contratos de comercio”. De acuerdo con este planteamiento, que como se ha afirmado en otro momento resulta propio y común a aquellos ordenamientos jurídicos vinculados al Derecho Romano, capacidad jurídica y capacidad de obrar son referencias conceptuales vinculadas,

20 Interpretación que por otra parte también es acorde con algunas de las reglas contenidas en el CdC vigente, por ejemplo, con el ya citado art. 133, norma que viene a refrendar esa separación propuesta entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, o como señala esta norma, “sujetos de derecho”.

21 Abstracción que en modo alguno supone o debe interpretarse en el sentido de irreal o teórica; la referencia presenta una perspectiva funcional, de ejercicio de derechos y obligaciones, que en este caso está vedado para quien únicamente goza de esta modalidad de capacidad; piénsese en el menor de edad como ejemplo prototipo de sujeto dotado de capacidad jurídica, es titular de derechos y deberes, pero su ejercicio viene prohibido hasta alcanzar la mayoría de edad o condicionado a través de la imperativa intervención de su representante legal.

género y especie, causa y efecto, ya que ésta última necesariamente requiere de la anterior:

A modo de conclusión de este apartado de nuestro esquema, cabe señalar que la LEP no ha sido rigurosa con la utilización de expresiones o términos clásicos de los ordenamientos jurídicos latinos/romanistas. No obstante y mediante el siempre útil recurso a las previsiones comunes, por generales, es posible reorientar su interpretación en los términos que se han propuesto.

2. La inscripción de la empresa pública en el Registro de Comercio.

El proceso de constitución de la empresa pública concluye “debiéndose registrarse en el registro de comercio, hecho que la habilita para ejercer actos y operaciones de comercio”, art. 24. II, o, también, “el registro de la empresa en el registro de comercio la habilita para realizar actos y operaciones de comercio”, art. 25.V, ambos de la LEP.

Es de general conocimiento que la operatividad y funcionamiento del Registro de Comercio en Bolivia presenta la peculiaridad de estar gestionado en régimen de concesión administrativa²² por la entidad FUNDEMPRESA, que ha logrado en estos años importantes niveles de calidad y reconocimiento. Siendo mucho lo que queda por hacer, no es menos cierto que se trata de una de las instituciones que gozan de mayor prestigio entre quienes participan del tráfico económico y que probablemente requiere de nuevas regulaciones destinadas a perfeccionar un sistema que soslaya la figura del profesional registrador y la sustituye por un conjunto de técnicos sin referencias personalizadas.

No es esta sede oportuna para llevar a cabo un comentario en profundidad acerca del sistema elegido por el legislador boliviano a la hora de ordenar el registro de comercio, temática en verdad más que interesante y que daría para un comentario específico, debiéndonos centrar en exclusiva en el ejercicio del control de legalidad que éste está obligado a realizar al tiempo de la inscripción de la empresa pública.

La primera de las cuestiones a la que debe darse adecuada respuesta es sí, precisamente, ese control de legalidad debe ejercitarse al tiempo de la inscripción de la empresa pública y, complementariamente a ello y de responderse afirmativamente, afecta a todos o a parte de los tipos de empresa pública reglamentados por la LEP. Ambas cuestiones van indisolublemente unidas en su respuesta, de manera que resulta incuestionable que todos y cada uno de los modelos de empresa pública recogidos en el art. 6 LEP, están obligados a registrar su proceso constituyente en el registro de comercio, arts. 24. II y 25.V. y como consecuencia de ello, el titular

22 En verdad que el sistema propuesto se aleja de lo que es una praxis generalizada tanto en los países del entorno boliviano, como respecto de otros ámbitos de referencia, por ejemplo, los europeos continentales.

del registro deberá llevar a cabo su función de calificación, es decir, de control de legalidad.

Siendo esta afirmación punto de partida y de llegada en nuestro planteamiento, cabría poner en duda esa operatividad del registro de comercio, teniendo en cuenta que se trata de empresas públicas, que cuentan con el refrendo en su proceso constituyente del correspondiente Decreto Supremo, es decir, con el respaldo directo del legislador:

A nuestro modo de ver no deben confundirse aspectos que resultan diferentes, ya que una cosa es la decisión del poder ejecutivo, legítima por legal, de constituir una empresa pública, que encuentra materialización en aquella disposición legal –Decreto Supremo- y otra muy distinta la revisión –control de legalidad- del marco jurídico que ha de regir la existencia del nuevo ente, conforme a las previsiones establecidas en la propia LEP y las que puedan resultar complementarias, fundamentalmente las del CdC.

Reafirmando las propias previsiones contenidas en la LEP, que en este caso actúa a modo de fuente especial, el propio CdC recoge fundamentación suficiente como para poder establecer la obligación de inscripción de toda empresa pública. Recuérdense que aquella norma considera al texto mercantil general como fuente subsidiaria, art. 7.I, por lo que resultará de obligada aplicación en todo aquello que no esté expresamente previsto o reglamentado por la LEP. Como establece el art. 129 CdC, la función registral, en suma de control de legalidad, consiste en “la comprobación del cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales” y verificada esa adecuación, procederá su inscripción o registro, de lo que deriva en última instancia la adquisición de capacidad de obrar:

Esta forma de enfocar el tema nos conduce directamente a otra temática también importante, en concreto a qué es objeto de inscripción o registro. A falta de previsión expresa al respecto en la LEP, la cuestión debe reconducirse al precepto citado en última instancia, de manera que será objeto de registro, “el contrato constitutivo o sus modificaciones”. Trasladando esta referencia a sede de los arts. 24 y 25 LEP, la cuestión estriba ahora en determinar cuáles de los documentos recogidos en estos preceptos han de considerarse como “contrato constitutivo”. Una primera interpretación podría consistir en abogar por que todo el conjunto documental que implica el proceso de constitución de la empresa pública, debiera ser objeto de inscripción; ante esto se abrirían dos posibilidades distintas, una, someter todo ese conjunto documental al control del registro, la segunda, que tal control se limite en exclusiva a la verificación de los aspectos estrictamente de orden sustantivo, es decir, minuta de constitución y estatutos. Otra interpretación, en la línea de esta última propuesta, consiste en que aquella inscripción sólo deberá afectar al documento propiamente constitutivo, incluyendo claro está el marco estatutario, dejando fuera

Proyecto Ministerial y Decreto Supremo. Una tercera propuesta podría integrar planteamientos diversos por mixtos, de incluir referencias explícitas a estos dos documentos, sin entrar en ningún caso en el análisis o control de su contenido, junto al indicado soporte sustantivo de la constitución –documento público de constitución y estatutos–.

Sobre cuál de las alternativas propuestas cabe decantarse no resulta del todo sencillo, si bien parece posible realizar cuando menos algunas precisiones. En efecto, no parece en ningún caso, ni razonable ni amparado jurídicamente hablando, que por parte del registro de comercio se realice un control de legalidad sobre un Proyecto Ministerial y menos aún sobre un Decreto Supremo; ambas actuaciones son propias de un ámbito competencial, sobre el que la institución registral carece de legitimidad alguna para dictaminar sobre su contenido. Dicho esto, sí parece razonable que en la inscripción de la empresa pública se aluda expresamente a uno y otro documento, es decir, se fundamente y deje constancia de la decisión política y legislativa –Proyecto Ministerial y Decreto Supremo– que en última instancia ampara la constitución de la empresa pública. En la misma orientación, carecería de sentido alguno que el registro procediera a revisar una disposición que cuenta incluso con el respaldo que supone su publicación en la Gaceta Oficial.

Sentada esta premisa, nos parece claro que la inscripción debe operar sobre esa documentación sustantiva, la que se incorpora a la minuta de constitución, incluyendo lógicamente los estatutos sociales. Y es aquí donde el registro de comercio debe centrar su actuación, en los mismos términos y con el mismo alcance que cabría esperar respecto de cualquier otro supuesto de inscripción obligatoria. En el caso que nos ocupa, el marco legal de referencia será, *prima facie*, el establecido en la LEP, que podrá encontrar complementación si fuera necesario en el CdC.

De esta forma, el registro de comercio deberá proceder a revisar todas y cada una de las previsiones sustantivas recogidas en la documentación sometida a examen. Al igual que en cualquier otro supuesto societario, la resolución que adopte podrá ser o no conforme a la solicitud de inscripción. De ser positiva, sabemos la consecuencia, que no es otra más que la atribución a la empresa pública de la capacidad de obrar. En caso contrario, es decir, de haber observado el registro alguna irregularidad que suponga el no haberse respetado debidamente las previsiones de la LEP, será de aplicación lo establecido en el art. 129 CdC en su apartado segundo. Así, deberán subsanarse los defectos puestos de manifiesto en la correspondiente nota explicativa de la negativa o bien dentro de los cinco días siguientes a esa notificación de rechazo, podrá interponerse apelación ante la Corte Superior de Justicia del Distrito del domicilio legal de la sociedad²³.

23 Praxis la apuntada en el texto que resulta infrecuente y que se viene sustituyendo por un protocolo de actuación propuesto por FUNDEMPRESA; puede consultarse en su página web.

Entendemos que cuanto se ha expuesto es conforme a lo establecido en la nueva legislación de esta Ley n° 466, de 26 de diciembre de 2013. Pero resulta indudable también que es posible plantearse dudas acerca del comportamiento que va a seguir en esta temática la concesionaria del Registro de Comercio en Bolivia. No se nos oculta que teniendo en cuenta la actual coyuntura sociopolítica, el control de legalidad sobre las empresas públicas sea un mero trámite, casi automático a la propia petición de inscripción o registro. De ser así, será un mal ejemplo, un trato discriminatorio respecto de otros sujetos actuantes en el tráfico económico y en definitiva un modo de actuar que venga a poner en duda la propia seguridad jurídica; esperemos que no sea así. El tiempo quitará o dará razones.