

CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICABILIDAD A PETROLEOS DE VENEZUELA S.A., Y A SUS EMPRESAS FILIALES, DE LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO DE COMERCIO RELATIVAS A LA QUIEBRA

Jose Muci-Abraham

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
en la Universidad Central de Venezuela*

La tendencia invasora del Estado sobre las diversas áreas de la economía, que en el siglo pasado constituían un coto reservado a la iniciativa privada, ha enfrentado a los juristas con la problemática relativa a la determinación del régimen jurídico aplicable a las empresas formadas por el Estado y también a aquéllas que después de haber tenido un diverso origen han llegado a ser poseídas por el Estado, mediante la adquisición de un porcentaje de acciones que le otorgan una participación decisiva en el manejo de los asuntos sociales.

Como los hechos, con su presencia inocultable, se anticipan siempre a las normas de derecho, y éstas, por tanto, no siempre han sido fraguadas a la medida de aquéllas, resulta impropia la determinación de las viejas reglas aplicables a las nuevas realidades. Esta tarea, asaz dificultosa, ha tenido que ser cumplida en relación con las empresas del Estado.

Debido a que las empresas del Estado, para lograr una mayor elasticidad en sus operaciones, adoptan las formas jurídicas del derecho privado, y muy especialmente la estructura propia de la compañía anónima, uno de los problemas más frecuentes consiste en decidir hasta qué punto les son aplicables las normas del derecho privado, especialmente en aquellos casos en los cuales tales normas pugnan con la finalidad pública de esas empresas. Y entre los puntos más espinosos suscitados por esa determinación se cuenta el dilema de saber si a las empresas en referencia son aplicables las normas de derecho común relativas a la quiebra. Este asunto ha merecido nuestra particular atención. A manera de ejercicio, hemos considerado el problema de la aplicación, a las empresas públicas, de las normas relativas a la quiebra, en relación con las empresas más importantes con que cuenta el Estado venezolano: Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales. Las consideraciones que siguen tratan de alumbrar el camino, para proponer una solución razonable a una cuestión de tanta relevancia.

I. PRESUPUESTOS DE LA QUIEBRA

De la letra del artículo 914 de nuestro Código de Comercio, y de la doctrina elaborada en torno a la institución de la quiebra, se infiere que ésta presupone, para su declaración, estos cuatro elementos:

- 1) La condición de comerciante del deudor;
- 2) La cesación del comerciante en el pago de sus obligaciones;
- 3) La naturaleza mercantil de las obligaciones exigibles, y
- 4) La imposibilidad de considerar que la situación del comerciante configura un "estado de atraso".

Vamos a analizar, uno a uno, los presupuestos del estado de quiebra antes enumerados:

1. *La condición de comerciante del deudor*

Las normas relacionadas con la quiebra se aplican sólo a los comerciantes, sean éstos individuales o sociales. Comerciantes son, conforme a la disposición del artículo 10 del Código de Comercio, "... los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles". Las disposiciones sobre la quiebra, pues, conciernen a la "cualidad de comerciante", expresiones que utiliza el artículo 109 *eiusdem*. Para el deudor no comerciante, esto es, para el deudor civil, existe la institución paralela del concurso de acreedores (cesión de bienes y concurso necesario). De manera que pueden ser declarados en quiebra tanto el comerciante persona natural como las sociedades mercantiles, sean comerciantes al por mayor o al detal, venezolanos o no. Al comerciante capaz se equipara el menor autorizado para comerciar, quien se reputa mayor en el uso que haga de la respectiva autorización (artículo 12 del Código de Comercio). Las disposiciones sobre la quiebra se aplican por igual al comerciante en general o en particular, y a comerciantes determinados, como los corredores, vendederos y comisionistas (artículos 66, 82 y 376 *eiusdem*). Para que sea declarado en quiebra un comerciante no es indispensable que se halle vivo, ni que ejerza actualmente la profesión, pues normas especiales del Código de Comercio reglamentan la quiebra del comerciante fallecido y del comerciante retirado.

Sociedades mercantiles son aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio, y las que revisten la forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, cualquiera sea su objeto, salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria (artículo 200).

Si el comerciante colectivo es una sociedad con socios solidariamente responsables, se plantea en doctrina la posibilidad de aplicación extensiva a los mismos, de la normativa sobre la quiebra, aunque los socios no sean comerciantes. Las asociaciones en participación no pueden ser declaradas en quiebra, porque carecen de personalidad jurídica (artículo 201 del Código de Comercio). Las sociedades en liquidación, por el contrario, puesto que conservan su personalidad jurídica hasta la finalización de aquélla (artículo 1.681 del Código Civil), pueden ser declaradas en quiebra. No se aplica el procedimiento de quiebra a los factores o representantes, porque no ejercen el comercio en nombre propio y por tanto no adquieren la cualidad de comerciante.

El procedimiento de quiebra no se aplica a las entidades públicas político-territoriales (la Nación, los Estados, el Distrito Federal, y los Distritos y Municipios), las cuales, de conformidad con el artículo 7º del Código de Comercio, "no pueden asumir la cualidad de comerciantes", aun cuando están facultados para ejecutar actos de comercio, y en cuanto a estos actos quedan sujetas a las leyes mercantiles.

La finalidad de esta disposición no es prohibir a dichos entes el ejercicio del comercio, sino impedirles que puedan jurídicamente ser calificados de comerciantes, lo cual excluye la posibilidad de que puedan ser declarados en quiebra, por circunscribirse tal institución únicamente a los comerciantes.

2. *La cesación del comerciante en el pago de sus obligaciones*

El artículo 914 del Código de Comercio considera que la cesación de pagos del comerciante es un presupuesto de la quiebra. La ley no precisa el significado del concepto de cesación de pagos, lo cual ha forzado a la doctrina a tratar de determinarlo. Las expresiones cesación de pagos fueron tomadas del Código de Comercio

francés de 1807, sin que desde entonces hasta ahora haya habido acuerdo sobre sus rasgos determinantes.

La doctrina extranjera y los primeros comentaristas de nuestro Código de Comercio han tratado de deslindar los conceptos de insolvencia y cesación de pagos. La insolvencia se configura cuando el comerciante posee un activo inferior a su pasivo, y viene a ser la causa más importante de la cesación de pagos, pero indudablemente que ésta puede obedecer a causas distintas a la insolvencia. La cesación de pagos viene a ser impotencia del comerciante para hacer frente a sus obligaciones, exteriorizada a través del incumplimiento de las mismas.

Los conceptos de insolvencia y cesación de pagos no pueden equipararse, porque el comerciante en dificultades puede ingeniárselas para disfrazar su situación económica, haciendo esfuerzos para realizar todos aquellos actos dirigidos a evitar la paralización material de los pagos. El comerciante deshonesto podría valerse, en este orden de ideas, de operaciones ruinosas, anormales y extraordinarias que aparenten una ficticia solvencia, es decir, una engañosa capacidad patrimonial para hacer frente a sus obligaciones. Cuando la ley mercantil alude a la cesación de pagos está queriendo significar que mientras la actividad mercantil se mantenga aún a expensas de maniobras desesperadas, no puede afirmarse, en rigor de conceptos, que haya cesación de pagos. La apariencia jurídica juega en esta materia un papel importante: mientras los acreedores no conozcan el estado deficitario del comerciante, evidenciado por su incumplimiento, aquél no puede reputarse fallido.

También ha pretendido la doctrina establecer el linderó divisorio entre cesación de pagos e incumplimiento, sin que exista acuerdo sobre si el incumplimiento constituye la causa o el efecto de la cesación de pagos. Para la mejor doctrina, la cesación de pagos es un fenómeno económico indispensablemente preexistente a la declaración de quiebra, que se exterioriza a través del incumplimiento.

Para algunos cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento, puesto que lo esencial en el comercio es el riguroso cumplimiento de las obligaciones. No puede haber quiebra —se dice— sin incumplimiento, resultado irrelevante el verdadero estado patrimonial del deudor. Para otros el incumplimiento viene a ser un efecto de la cesación de pagos y, por tanto, subsecuente a dicha cesación. El incumplimiento —se arguye— es sólo un fenómeno jurídico, consecuencia del estado de impotencia patrimonial, que le preexiste. Se afirma que la institución de la quiebra ha sido concebida como un medio de defensa trascendente contra la insolvencia y no contra el incumplimiento. Para remediar este último existen otras vías legales en todos los sistemas jurídicos. Así, el Código Civil venezolano, para el caso de inejecución de la obligación por una de las partes, prevé tanto la posibilidad de solicitar la ejecución de aquélla como la de resolver el contrato (artículo 1.167). Además, el incumplimiento puede tener una causa excusable y sería injusto provocar la quiebra sólo por un descuido, un olvido o un imponderable ocurrido al comerciante.

El deslinde entre los conceptos de incumplimiento y cesación de pagos no ha podido lograrse con transparencia. Nuestra jurisprudencia alude al incumplimiento como causa de la cesación de pagos, y por tanto de la quiebra. Mas, si bien en ciertas sentencias puede apreciarse tal elemento como definitivo, en otras, por el contrario, se declara insuficiente por sí solo para comprobar la situación de quiebra del comerciante.

También se ha hecho un esfuerzo dogmático para diferenciar los conceptos de cesación de pagos y suspensión de pagos. Luego de la incorporación, en nuestro Código de Comercio de 1904, de la institución del "atraso" —diversa de la quiebra—, el rigor hermenéutico imponía establecer una clara distinción entre el estado de suspensión de pagos y el de cesación de los mismos, y a cuál institución caracterizaría cada uno, si a la quiebra o al atraso. Generalmente se diferencian ambos conceptos haciendo énfasis en la transitoriedad del estado de la suspensión de pagos,

que permite por tanto la recuperación del equilibrio económico del comerciante; esto no acontece en la situación de cese en los pagos, a la cual se atribuyen perfiles definitivos y carácter irreversible. En nuestro derecho no existe el formalismo, y, por ello, el uso indistinto de las mencionadas expresiones podría darse, especialmente si se trata del vocablo suspensión, ya que la norma definidora del atraso (artículo 898 del Código de Comercio) habla de retardar o aplazar los pagos y no de suspenderlos; pero unos y otros, al fin y al cabo, son términos equivalentes, que llevan ínsitos el factor tiempo y expresan transitoriedad; cosa distinta ocurre cuando se habla de cesación, ya que el dispositivo legal del artículo 914 del Código de Comercio es terminante al respecto: la quiebra, según dicha norma, importa una condición general y duradera de ruina económica, que hace imposible la continuidad del negocio.

Aunque el concepto de cesación de pagos, como resulta de lo expuesto, se halla cubierto por un denso follaje de confusión, nos parece meridiano que dicho concepto alude a un estado definitivo de impotencia económica que impide el cumplimiento de sus obligaciones por parte del comerciante, estado del cual es un síntoma el incumplimiento de sus obligaciones mercantiles.

3. *La naturaleza mercantil de las obligaciones exigibles*

Para que proceda la quiebra es menester que la cesación de pagos afecte obligaciones de carácter mercantil. Así lo expresa con diafanidad el artículo 914 del Código de Comercio: "El comerciante que no estando en estado de atraso... cese en el pago de sus obligaciones mercantiles...". La cesación en el pago de las obligaciones civiles asumidas no tiene por consecuencia la quiebra del comerciante. Para que el acreedor por compromisos no mercantiles pueda demandar la quiebra del comerciante, debe justificar la cesación de pagos de las deudas mercantiles (artículo 931 *eiusdem*). Si las obligaciones incumplidas no son de naturaleza mercantil, no hay lugar al procedimiento de quiebra, porque es ésta una institución característica de los comerciantes. De acuerdo con lo dicho anteriormente, si el acreedor lo es por deudas mercantiles, la exigencia legal, a los efectos de obtener la declaratoria de quiebra, se circunscribe a probar la naturaleza mercantil de las obligaciones incumplidas y a explicar todos los hechos y circunstancias constitutivos del estado de cesación de pagos del deudor; mientras que si la deuda es de carácter civil, el interesado deberá probar, además de los extremos indicados, la existencia de su propia acreencia, aun cuando ésta no sea exigible todavía.

En el ordenamiento jurídico venezolano el desequilibrio del patrimonio civil da origen, eventualmente, a los procedimientos conocidos como cesión de bienes (artículo 1.934 del Código Civil) y concurso de acreedores (cesión de bienes, artículos 789 al 806, y concurso necesario, artículos 807 al 812, todos del Código de Procedimiento Civil), pero el comerciante no puede sino solicitar su quiebra, pues la ley dispone expresamente que "no puede intentar el beneficio de cesión de bienes" (único aparte del artículo 914 del Código de Comercio).

Las características de las deudas no pagadas del comerciante, a los fines de calificar la cesación de pagos, son cualitativas y cuantitativas. Las primeras se refieren a la naturaleza de la deuda, que en todo caso debe ser mercantil, sin que importen que sea preferencial o quirografaria, ni la causa de la falta de pago. A la naturaleza mercantil de la deuda la doctrina adosa otros requisitos, como la certeza de la misma, su liquidez y su exigibilidad. Las características cuantitativas apuntan al número o *quantum* de los pagos incumplidos que se requieren a los efectos de calificar el estado de cesación de pagos. En esta materia existe un verdadero casuismo, tanto en los fallos como en los autores, registrándose los más variados pareceres, inclusive el de que un solo incumplimiento basta para calificar aquel estado.

4. *La imposibilidad de considerar que la situación del comerciante configura un "estado de atraso"*

Según el artículo 914 del Código de Comercio, citado anteriormente, "el comerciante que no estando en estado de atraso... cese en el pago de sus obligaciones mercantiles, se halla en estado de quiebra". La inexistencia del "estado de atraso" es, por tanto, un presupuesto negativo de la quiebra, el cual, pese a la aparente simplicidad con que la ley lo enuncia, compendia un conjunto de circunstancias que suscitan numerosos problemas interpretativos.

Como el atraso supone que el activo del comerciante exceda "positivamente" del pasivo, cuando el activo sea igual o inferior al pasivo no procede el estado de atraso, sino la quiebra.

Igualmente, para que proceda el "estado de atraso" se requiere que el comerciante, "por falta de numerario, debido a sucesos imprevistos o causa de cualquier otra manera excusable se vea en la necesidad de retardar o aplazar sus pagos", de lo cual se deduce que si la falta de numerario del comerciante es motivada por sucesos previsibles o inexcusables, lo que procede no es el atraso sino la quiebra.

Para que proceda el "estado de atraso" es menester que el comerciante se encuentre "en la necesidad de retardar o aplazar sus pagos", con lo cual alude la ley a una situación de iliquidez transitoria; si esa iliquidez no es transitoria, sino definitiva, estaremos en presencia de la quiebra.

Cabe destacar, finalmente, que la legitimación en el atraso está radicada en cabeza del comerciante que reúna las condiciones antedichas. Es él, únicamente, quien puede solicitar que se "le autorice para proceder a la liquidación amigable de sus negocios, dentro de un plazo suficiente que no exceda de doce meses". En el procedimiento de quiebra, por el contrario, la legitimación radica en cabeza del deudor y de los acreedores, siendo de advertir que algunos sostienen, adicionalmente, que la quiebra puede ser declarada de oficio.

II. TIPIFICACION DE PETROLEOS DE VENEZUELA COMO EMPRESA MERCANTIL

La Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, promulgada el 29 de agosto de 1975, reservó al Estado, por razones de conveniencia nacional, todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiere, en los términos señalados por la susodicha Ley, la cual declaró de utilidad pública y de interés social las actividades mencionadas anteriormente (artículo 1º). Dispuso igualmente la susodicha Ley, que el comercio exterior de los hidrocarburos estará bajo la gestión y el control exclusivo del Estado, quien lo ejercerá directamente por el Ejecutivo Nacional o a través de entes creados o que se crearen para realizar los fines de la Ley (artículo 2º). En el artículo 5º de la Ley en comento se dispuso que el Estado ejercería las actividades que le habían sido reservadas directamente o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones. A tales fines, se estableció (artículo 6º) que el Ejecutivo Nacional organizaría la administración y gestión de las actividades reservadas, con sujeción a ciertas bases, en una de las cuales se faculta al Ejecutivo para crear, con las formas jurídicas que considere convenientes, las empresas que juzgue necesarias para el desarrollo regular y eficiente de tales actividades, pudiendo atribuirles el ejercicio de una o más de éstas, modificar su objeto, fusionarlas o asociarlas, extin-

guirlas o liquidarlas y aportar su capital a otra u otras de esas mismas empresas. Se previó que las empresas serían de la propiedad del Estado, y que en caso de revestir la forma de sociedades anónimas, podrían ser constituidas con un solo socio. Se contempló la atribución a una de las empresas de las funciones de coordinación, supervisión y control de las actividades de las demás, pudiendo asignársele la propiedad de las acciones de cualesquiera de esas empresas. En el artículo 7º de la Ley que se reseña se dispuso que las empresas ya mencionadas se registrarían por la Ley en comento y sus reglamentos, por sus propios estatutos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional y por las demás de derecho común que les fueren aplicables. Se decidió, igualmente, que los directivos, administradores, empleados y obreros de las empresas en referencia no serán considerados funcionarios o empleados públicos, y que, sin perjuicio de lo anterior, a los directivos o administradores de las mismas se les aplicarían las disposiciones de los artículos 123 y 124 de la Constitución de la República.

Mediante Decreto Nº 1.123, de 30 de agosto de 1975, reformado mediante Decretos Nº 250, del 23 de agosto de 1979, y Nº 855, del 24 de setiembre de 1985, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 6º de la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, en Consejo de Ministros, creó una empresa estatal, bajo la forma de sociedad anónima, que cumpliría y ejecutaría la política que dicte en materia de hidrocarburos el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, en las actividades que le fueran encomendadas (artículo 1º). El citado Decreto contiene las normas que integran el acta constitutiva de la citada empresa, las cuales fueron redactadas con suficiente amplitud para que sirvieran a la vez de estatutos de la empresa (artículo 2º). Se dispuso en el Decreto que se reseña que "la sociedad se denominará Petróleos de Venezuela, girará bajo la forma de una sociedad anónima, tendrá como domicilio la ciudad de Caracas y el término de su duración será de cincuenta (50) años contados a partir de la fecha de inscripción del presente documento en el Registro Mercantil" (Cláusula Primera). En la Cláusula Segunda del Documento Constitutivo de Petróleos de Venezuela S.A. se establece que la sociedad podrá emitir obligaciones; promover, como accionista o no, otras sociedades que tengan por objeto realizar actividades en materias determinadas; otorgar créditos, financiamientos, fianzas, avales o garantías de cualquier tipo, y, en general, realizar todas aquellas operaciones, contratos y actos comerciales que sean necesarios o convenientes para el cumplimiento del mencionado objeto. En la Cláusula Tercera del citado Documento Constitutivo se previó que la sociedad se registraría por la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos, por sus reglamentos, por el citado Documento Constitutivo, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional y por las de derecho común que le fueren aplicables. En la Cláusula Cuarta se estatuyó que el capital de Petróleos de Venezuela S.A. es de ochenta y dos mil millones de bolívares (Bs. 82.000.000.000,00), suscrito por la República de Venezuela en su totalidad, pagado parcialmente hasta la cantidad de ochenta y un mil millones ochocientos cuarenta mil bolívares (Bs. 81.000.840.000,00), y que dicho capital está representado por tres mil doscientas ochenta (3.280) acciones nominativas, no convertibles al portador, con un valor de veinticinco millones de bolívares (Bs. 25.000.000,00) cada una (Cláusula 5º), las cuales no podrán ser enajenadas ni gravadas en forma alguna (Cláusula 6º). El Documento Constitutivo, acto continuo, reglamenta la estructura y el funcionamiento de los órganos societarios que normalmente se contemplan en el Código de Comercio, como las Asambleas, y una Junta Directiva o Consejo de Administración, denominado Directorio en el caso de la especie.

También se disciplinan, en el documento que se reseña, las funciones del Presidente, del Vicepresidente y del Representante Judicial de la empresa, se dictan

normas sobre su ejercicio económico, y se prevé la designación anual por la Asamblea Ordinaria de un Comisario Principal y su suplente, quienes podrán ser reelegidos, y a quienes se confieren "las atribuciones que establece el Código de Comercio". Finalmente, en el artículo 4º del Decreto Nº 855 "se encomienda al Procurador General de la República efectuar la participación correspondiente al Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda y cumplir las demás formalidades de ley".

Lo expuesto con anterioridad parece caracterizar a Petróleos de Venezuela como una empresa mercantil, primero que nada, y antes que todo, porque tiene la forma de compañía anónima, y ese solo hecho, de acuerdo a la disposición del artículo 200 del Código de Comercio, le imprime carácter mercantil, cualquiera sea su objeto, a más de que sus actividades, según lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, deben hallarse orientadas, en primer término, a "llevar al máximo el rendimiento económico de la exportación", lo cual tipifica claramente el ánimo de lucro que debe presidir la gestión de Petróleos de Venezuela, a la cual es dable calificar, por ello, de empresa mercantil por la forma (de compañía anónima) y también por su objeto, de capital totalmente público. A las circunstancias que hemos destacado para afirmar el carácter mercantil de Petróleos de Venezuela, relacionadas con su forma y con su objeto, se agregan otras connotaciones que vigorizan ese carácter mercantil, a saber: Petróleos de Venezuela se rige, por mandato de la Ley mencionada anteriormente (artículo 7º) y de su Documento Constitutivo, por dicha Ley, por sus reglamentos, por el citado Documento Constitutivo, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional y "por las de derecho común que le fueren aplicables", con lo cual se ha querido aludir, indudablemente al estatuto que rige a las compañías anónimas; sus directivos, administradores, empleados y obreros no son considerados legalmente funcionarios o empleados públicos; cuando el Documento Constitutivo de Petróleos de Venezuela hace referencia a su forma mercantil, expresa que dicha compañía "girará bajo la forma de una sociedad anónima", y entre las acepciones del verbo "girar" se encuentran únicamente estas dos de posible aplicación al caso de la especie: "desarrollo de un negocio" o "realización de operaciones mercantiles de una empresa"; Petróleos de Venezuela puede emitir obligaciones, que son títulos que sólo pueden expedir las compañías mercantiles, de acuerdo con la normativa contenida tanto en el Código de Comercio como en la Ley de Mercado de Capitales; de acuerdo a su Documento Constitutivo, Petróleos de Venezuela puede "realizar todas aquellas operaciones, contratos y actos comerciales necesarios o convenientes para el cumplimiento de su objeto" lucrativo; la estructura de capital de Petróleos de Venezuela es la propia de las compañías anónimas y sus órganos societarios son, en términos generales, coincidentes con los que normalmente se prevén en las compañías de comercio; al Comisario de Petróleos de Venezuela se le confieren "las atribuciones que establece el Código de Comercio", y, finalmente, el Documento Constitutivo de la susodicha empresa fue objeto de la correspondiente participación al Registrador Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda.

Resulta transparente, en conformidad con lo expuesto, que Petróleos de Venezuela es una empresa mercantil de capital público, sujeta, entre otras normas, a las de derecho común que le fueren aplicables. Ahora bien, como ni en la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, ni en los reglamentos de dicha Ley, ni en el Documento Constitutivo y Estatutario de Petróleos de Venezuela, ni en disposición alguna dicada por el Ejecutivo Nacional, se excluye del régimen de la quiebra establecido en el Código de Comercio a las empresas estatales que se constituyan en conformidad con la citada Ley (exclusión que forzosamente tendría que ser expresa) resulta obligado concluir que

Petróleos de Venezuela está sometida, en principio, a las normas relacionadas con el instituto de la quiebra previstas en el Código de Comercio. Lo anterior es también aplicable a las empresas filiales de Petróleos de Venezuela (constituidas por las ex concesionarias de hidrocarburos), las cuales están sujetas, en términos generales, al mismo orden jerárquico normativo señalado con precedencia. Vale la pena observar que cuando el legislador quiso excluir del régimen de derecho común mercantil a las empresas estatales que fueron previstas en la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, con fundamento en el carácter público de las mismas, hizo esta exclusión de manera inequívoca, por ejemplo, al permitir la constitución de sociedades anónimas con un solo socio (artículo 6º).

Distinta a la situación de las empresas previstas en la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (que no tienen previsto un régimen especial de liquidación), es el caso de ciertas sociedades respecto de las cuales el legislador ha considerado que no deben aplicarse ni el procedimiento del atraso y ni el procedimiento de la quiebra. Ello ocurre, *exempli gratia*, con las instituciones regidas por la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, las cuales, según el artículo 190 de la misma, están sometidas a un régimen de liquidación especialmente creado para ellas, excluyente del atraso y de la quiebra (Cf. Muci-Abraham, José. "Aspectos de la Novísima Reforma de la Legislación Bancaria". Baquisimeto, 1988. Págs. 32 y sgtes.). En el caso de las sociedades sometidas al Control de la Comisión Nacional de Valores, por aplicación del artículo 11 de la Ley de Mercado de Capitales (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.744 Extraordinario, de fecha 22 de mayo de 1975), "la Comisión Nacional de Valores deberá supervisar e intervenir en los términos que establezca el Reglamento, los procesos de quiebra y liquidación" a ella referidos, al extremo de que "la designación de los Síndicos y liquidadores deberá contar con la opinión favorable de la Comisión Nacional de Valores", y éstos están en la obligación de "suministrar a dicho organismo toda la información que les sea requerida". En el caso particular de los fondos mutuales de inversión de capital variable o de una sociedad administradora (Véase Nemirovsky, Hugo. "Ley de Mercado de Capitales". Caracas, 1989. Pág. 406), aunque no existe un procedimiento especial de liquidación, la Comisión Nacional de Valores estableció en las "Normas relativas a la organización y funcionamiento de las sociedades administradoras de fondos de mutuales de inversión", que cuando ocurriera la liquidación o quiebra de un Fondo, el Presidente de la Comisión Nacional de Valores o las personas que él designe ejercerán las funciones que el Código de Comercio atribuye a los liquidadores y síndicos (artículo 37). Existen, como se observa, situaciones especiales en las cuales el legislador ha segregado a ciertas sociedades del ámbito de aplicación de las normas del derecho común sobre la quiebra, y otras en las cuales ha considerado que se deben introducir temperamentos o correctivos, dada la especial consideración que merecen los intereses en juego. Nada de esto ocurre en la normativa que rige a las empresas previstas en la Ley Orgánica que Reserva al Estado el Comercio y la Industria de los Hidrocarburos.

Aunque son muy escasos los estudios doctrinales sobre la quiebra de las empresas estatales, existen autores, especialmente en Francia, que sustentan tal posibilidad, como Georges Vedel ("Derecho Administrativo". Editorial Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 637), y A. de Laubadere ("Droit Public Economique". N° 617. Pág. 787). Este último autor apoya su opinión en una Ley francesa del 25 de enero de 1985. En Austria, por el contrario, se ha establecido que la disolución o liquidación de las Empresas del Estado sólo puede hacerse mediante una Ley especial (Brewer-Carías, Allan Randolph. "Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado". Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1967. Pág. 120).

En Venezuela, Brewer-Carías ha afirmado que, desde el punto de vista teórico, “dada la calidad de comerciantes de estas empresas, procedería instaurarse un procedimiento de quiebra contra ellas” (Allan Randolph Brewer-Carías. *Ibid.*) De igual manera, Caballero Ortiz también se ha pronunciado en favor de la tesis de la quiebra. Caballero Ortiz fundamenta su posición en el hecho de que: a) no existe disposición alguna que lo impida; b) la viabilidad del proceso de quiebra fue “reconocida” por el Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada de 1976, y c) “las medidas de ejecución (preventivas o ejecutivas) son posibles aún para las empresas prestatarias de un servicio público, imponiendo la ley sólo la obligación de notificar al Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, a fin de que se tomen las medidas necesarias para que no se interrumpa la actividad” (Caballero Ortiz, Jesús. “Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982. Pág. 330).

III. PETROLEOS DE VENEZUELA S.A. ES UNA EMPRESA PUBLICA

Petróleos de Venezuela S.A., como ha sido señalado *supra*, es una sociedad mercantil de capital totalmente público, pues sus acciones pertenecen, íntegramente, a la República. Así se desprende, de manera indubitable, de la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley Orgánica que Reservó al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, conforme a la cual el Estado podía ejercer las actividades objeto de reserva a través del Ejecutivo Nacional o “por medio de entes de su propiedad”. Por otra parte, las empresas filiales de Petróleos de Venezuela S.A. son también compañías de capital íntegramente público, mas con la variante de que sus acciones no pertenecen a la República directamente, sino que las mismas son propiedad de la Empresa a la cual fueron conferidas las funciones de coordinación, supervisión y control de las actividades de las filiales (artículo 6º, Base Segunda, *eiusdem*): Petróleos de Venezuela S.A. En consecuencia, tanto Petróleos de Venezuela S.A. como sus filiales son Empresas del Estado. Esta circunstancia tiene por consecuencia que a dichas empresas resulten aplicables, en principio, las siguientes reglas generales:

1) Se hallan sometidas, en principio, al Derecho Privado, por lo cual puede afirmarse que estas sociedades han sido colocadas, con las excepciones que se indicarán de seguida, “en las mismas condiciones jurídicas que los particulares” (Brewer-Carías, Allan Randolph. “Régimen Jurídico de las empresas Públicas en Venezuela”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981. Pág. 39). Por lo tanto, estas empresas, salvo las derogaciones o excepciones que hayan sido establecidas en los textos normativos, son disciplinadas por el Derecho común. Ahora bien, por encontrarse sometidas al Derecho Privado:

a) A su personal le resulta aplicable la legislación laboral. Así se desprende de las disposiciones contenidas en los artículos 8º y 24 de la Ley Orgánica que Reservó al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos. A tenor del artículo 8º, “los directivos, administradores, empleados y obreros de las empresas a que se refiere el artículo 6º de la presente Ley, inclusive los de la Corporación Venezolana del Petróleo una vez convertida en sociedad mercantil, no serán considerados funcionarios o empleados públicos”; no obstante, a los directores o administradores de dichas empresas se les aplican las prohibiciones de contratar consigo mismos y de desempeñar, de manera simultánea, más de un destino público remunerado, consagradas en los artículos 123 y 124 de la Constitución. Por su parte, el artículo 24 en comento dispone que “los trabajadores de la industria petrolera, con excepción de los integrantes de las Juntas Directivas de las empresas, gozarán de estabilidad en el trabajo y sólo podrán ser despedidos por las causales expresamente consagradas en la legislación laboral”;

b) Las actividades de la empresa, es decir, sus relaciones con los proveedores, clientes y terceros, se encuentran regidas o disciplinadas por el Derecho Privado. Sin embargo, el legislador venezolano ha establecido numerosas excepciones a dicho principio general, como son, *ad exemplum*, las reglas especiales previstas en el Decreto 2.189, de fecha 7 de junio de 1977 (*Gaceta Oficial* N° 2.089 Extraordinario, de 23 de setiembre de 1977), contenido de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, las cuales rigen "para los contratos de esa naturaleza que celebren los Ministerios, los Institutos Autónomos, las Empresas del Estado y cualesquiera otros entes de la Administración Pública Nacional", y

c) El "beneficio", al igual que en las sociedades mercantiles de capital privado, es uno de sus objetivos, mas no el único. En apoyo de esta afirmación basta citar aquí la disposición contenida en el artículo 3° de la Ley Orgánica que Reservó al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, conforme a la cual "la gestión del comercio exterior de los hidrocarburos se efectuará teniendo como objetivos esenciales los siguientes: "Llevar al máximo el rendimiento económico de la exportación...". En todo caso, estimamos conveniente destacar que la declaración de principio de la Ley era innecesaria, pues la obtención de beneficios es uno de los objetivos de toda compañía, pues permite a las Empresas del Estado hacer frente a los gastos de funcionamiento y de inversión. Sin embargo —parece oportuno insistir en ello— la búsqueda de la rentabilidad no es la única finalidad de una empresa pública, ya que este objetivo debe ser conciliado con el interés colectivo o general (Cf. Caballero Ortiz, Jesús. *Op. cit.* Pág. 291).

2) El legislador venezolano ha establecido reglas especiales derogatorias del Derecho común, con fundamento en el carácter público de las empresas, entre las cuales se encuentran las siguientes:

a) El régimen financiero de estas sociedades mercantiles, personas públicas de Derecho Privado, no escapa a las reglas de la contabilidad pública. En efecto, estas empresas tienen un "Presupuesto de Gestión", el cual, luego de ser aprobado por los directores de las sociedades, debe ser remitido, por intermedio del organismo de adscripción, a la Oficina Central de Presupuesto, así como a la Oficina Central de Coordinación y Planificación. La aprobación definitiva de los Presupuestos de estas sociedades compete al Presidente de la República en Consejo de Ministros (artículos 61 y 62 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario);

b) Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales se hallan sometidas a controles de tipo administrativo y financiero. Así se desprende, entre otras, de las disposiciones contenidas en los artículos 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 26 del Reglamento de dicha Ley, conforme a las cuales el organismo contralor tiene facultades para practicar auditorías y ejercer funciones de control de gestión, y

c) En consideración de la "decisiva" participación accionaria del Estado, el legislador venezolano ha previsto un fuero especial para los procesos en los cuales las empresas públicas sean demandadas (artículos 42, ordinal 15; 182, ordinal 2°, y 185, ordinal 6°, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Ni Petróleos de Venezuela S.A., ni ninguna de sus filiales, goza de los privilegios o prerrogativas procesales que la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional otorga a la Nación, mas el Procurador General de la República se halla legitimado para intervenir en los litigios en los cuales estas empresas sean parte, toda vez que la República tiene interés en las resultas de los mismos (artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República).

En el deseo de revisar exhaustivamente la proposición de que Petróleos de Venezuela está sometida, en principio, a las normas relacionadas con el instituto de la quiebra previstas en el Código de Comercio, tratemos de indagar ahora si existen

razones jurídicas, valederas y atendibles, que pudieran justificar la no aplicación de esas normas a Petróleos de Venezuela.

IV. SIGNIFICACION JURIDICA DEL ARTICULO 7º DEL CODIGO DE COMERCIO

A estas alturas de nuestro estudio, después de haber destacado el carácter mercantil de las actividades que realiza Petróleos de Venezuela, y la aplicación a dicha empresa, y a sus compañías filiales, en principio, de las disposiciones que regulan el estatuto de la quiebra, pienso que debemos regresar al texto de una norma mencionada en el Capítulo I *supra*, con el objeto de establecer su verdadera significación jurídica y la amplitud de su esfera de vigencia. Me refiero al artículo 7º del Código de Comercio, con arreglo al cual "la Nación, los Estados, el Distrito Federal, los Distritos y los Municipios no pueden asumir la cualidad de comerciantes, pero pueden ejecutar actos de comercio; y en cuanto a estos actos quedan sujetos a las leyes mercantiles". El regreso a esa disposición, en la búsqueda tanto de su espíritu como de sus alcances, obedece a que las actividades realizadas por Petróleos de Venezuela, y por sus empresas filiales, están reservadas al Estado, por razones de conveniencia nacional, de acuerdo al artículo 1º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, y a que tanto Petróleos de Venezuela como sus empresas filiales no son otra cosa que medios, instrumentos, para que el Estado ejerza dichas actividades reservadas (artículos 2º y 5º *eiusdem*). En este orden de ideas, la precitada Ley es clara al disponer que el Estado puede ejercer directamente tales actividades, por órgano del Ejecutivo Nacional, o por medio de entes de su propiedad. Si las actividades reservadas fueran ejercidas por el Ejecutivo Nacional, nadie dudaría sobre la aplicación del artículo 7º del Código de Comercio. Al ser ejercidas dichas actividades por medio de entes de la exclusiva propiedad del Estado venezolano, resulta pertinente formularse la interrogación sobre el alcance del artículo 7º del Código de Comercio. El hecho de que el Estado no ejerza directamente dichas actividades reservadas, sino que lo haga por medio de entes de su propiedad, ¿excluirá de plano la aplicación del artículo 7º del Código de Comercio, con la consecuencia de que resultarían aplicables a Petróleos de Venezuela, y a sus empresas filiales, las disposiciones del derecho mercantil común sobre quiebra?

La disposición del artículo 7º de nuestro vigente Código de Comercio fue incorporada a nuestro Código del 20 de enero de 1904, que comenzó a regir el 19 de abril de ese mismo año. Tal disposición, como lo señala Arismendi, fue tomada del Código de Comercio italiano promulgado el 31 de octubre de 1881, que entró en vigor el 1º de enero de 1882, también conocido como "Código Zanardelli" (Arismendi, José Loreto. "Códigos venezolanos vigentes, comparados y anotados con los de otras legislaciones". Caracas, 1909. Tomo I. Pág. 3). La referida disposición pasó a nuestro vigente Código de Comercio del 23 de junio de 1919, no habiendo sufrido alteraciones en las cuatro reformas parciales de que este último Código ha sido objeto, el 4 de julio de 1938, el 17 de agosto de 1942, el 1º de setiembre de 1945 y el 23 de julio de 1955.

Vivante, uno de los más insignes comentaristas del Código de Comercio italiano de 1882, al comentar la aludida disposición, afirma que "no son comerciantes el Estado, la Provincia, el Municipio, porque no se ocupan profesionalmente de negocios mercantiles. Los negocios a que se dedican pertenecen a determinadas ramas de la Administración Pública y las operaciones que realizan son propias del Estado, del Municipio o de la Provincia; estas actividades, por mucha importancia que tengan, no pueden desnaturalizar el carácter dominante y fundamental de los

entes públicos, constituidos para la tutela del derecho y de la economía nacional”, “la definición del comerciante que da el Código bastaría para eliminar toda duda, ya que dichas entidades no realizan el comercio por profesión habitual, pero además el artículo 7º lo ha resuelto expresamente. Los organismos públicos en cuestión pueden verificar actos de comercio, asumir la gestión de grandes haciendas, como los ferrocarriles, alumbrado, los tranvías; pero no adquieren la cualidad de comerciantes” (Vivante, César. “Tratado de Derecho Mercantil”. Madrid, 1932, Nº 108. Págs. 174 y 175). Cita Vivante el significado que se quiso dar al artículo en comentario por la Memoria Manzini, en la cual se lee: “Ciertamente el Estado, la Provincia y el Municipio son siempre lo que son por su esencia, y no pueden jamás dejar de ser eso. Cualquier acto especial y accidental de su vida no puede alterar la naturaleza interna y perenne de estos grandes institutos sociales” (*Op. cit.* Pág. 175, Nota 1). Añade Vivante que no se quiso añadir al artículo 7º la mención de los “establecimientos públicos”, porque no repugnaba a la naturaleza y a la constitución de algunos de éstos la cualidad de comerciante.

El problema sobre la eventual extensión a Petróleos de Venezuela, y a sus empresas filiales, del concepto de Estado a que alude el artículo 7º del Código de Comercio, obedece a que las actividades de dichas empresas están reservadas al Estado mismo, quien podría ejercerlas directamente, por intermedio del Ejecutivo Nacional, caso en el cual resulta excluido el concepto de “comerciante”, y, por vía de consecuencia, la aplicación de las disposiciones sobre la quiebra. ¿Hasta qué punto, por el hecho de que la actividad reservada se lleve a cabo por medio de entes de la propiedad exclusiva del Estado, se va a alterar esa situación excluyente del concepto de comerciante y de las disposiciones relativas al instituto de la quiebra? Al reservarse una actividad al Estado, y ejercerla en forma monopólica, como ocurre en el caso de la especie, parece que esa actividad pasaría a engrosar el concepto mismo del Estado, sin que el solo ropaje dado a la empresa pudiera —para utilizar las mismas expresiones de Vivante— desnaturalizar el carácter dominante y fundamental de estos sujetos, constituidos por razones de conveniencia nacional, para el manejo de una actividad vital para la economía venezolana.

Betancourt, al comentar el Código de Comercio venezolano, considera que la norma del artículo 7º del Código de Comercio establece una limitación o incapacidad que priva de la posibilidad de adquirir la condición de comerciante “aun cuando se tenga capacidad para contratar y se ejecuten habitualmente actos de comercio”, es decir, que en su concepto el Estado no puede adquirir la condición de comerciante aun cuando ejecute habitualmente actos de comercio, si las actividades que legalmente le están permitidas tienen esa consecuencia. Señala el prenombrado autor que permitir que el Estado adquiera la cualidad de comerciante, introduciría una grave desigualdad en el ejercicio profesional, “en detrimento de las personas naturales o jurídicas que sí pueden ejercer el comercio, consideración hecha de los privilegios con que podrían contar los entes públicos, de lo que están privados los particulares”, y añade, a renglón seguido, que “parece inconcebible que la Nación o un Estado o un Distrito o una Municipalidad pudieran ser por ejemplo declarados en quiebra” (Betancourt, Enrique. “Código de Comercio venezolano”. Caracas, 1967. Pág. 107).

Rocco, citado por Morles, al comentar la disposición del artículo 7º del Código de Comercio italiano de 1882, del cual el artículo 7º de nuestro Código de Comercio es una simple copia, dice que la prohibición inserta en este artículo es aplicable “en general a todas las personas jurídicas públicas, porque es, en efecto, un principio general, y, por tanto aplicable por analogía, a todos los casos análogos”, rechazando así la tesis sustentada por Bolaffio de que se trata de un precepto *exceptional* y, por tanto, no ampliable por analogía (Morles Hernández, Alfredo. “Curso de Derecho Mercantil”. Caracas, 1989. Tomo I. Págs. 431 y 432).

Se sostiene que "la prohibición para los entes públicos de adquirir la condición de comerciantes no los priva de ejecutar actos de comercio, aisladamente o en forma habitual, quedando sometidos a las leyes mercantiles. Esta última parte de la norma ha sido modificada en cuanto concierne a la jurisdicción competente para conocer de las acciones contra el Estado y los entes públicos (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), de modo que las leyes mercantiles se siguen aplicando en el orden sustantivo" (Morles Hernández, Alfredo. *Ob. cit.* Tomo I. Pág. 432).

Entiende Mármol que "la disposición legal es hasta cierto punto inoficiosa: Si el ente público efectúa actos de comercio, lo hará en función de la realización de un cometido estatal diferente a la búsqueda de una ganancia. Por ello, la norma deberá ser entendida en general para todos los entes públicos, enumerados o no por el artículo 7º, salvo cuando se desprenda otra cosa de la constitución que se haya dado al mismo". "La importancia práctica de calificar a un ente de comerciante —o excluirlo de dicha clasificación— se basa en la aplicabilidad para el ente de las normas sobre la quiebra. En la tendencia administrativa moderna, incluso se está reivindicando para las empresas del Estado el carácter de comerciales —confróntese, por ejemplo, el estatuto de Peróleos de Venezuela en la Ley que reserva al Estado la explotación de los recursos petroleros— pero, normalmente, se prevé paralelamente un procedimiento de liquidación que sustituya al de quiebra cuando se den los respectivos supuestos" (Mármol Marqués, Hugo. "Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General". Caracas, 1983. Págs. 127 y 128).

Hay quienes consideran que la situación es compleja cuando se trata de empresas del Estado (totalmente poseídas por éste o de economía mixta, o de empresas con participación accionaria del Estado), en razón de que tales empresas están sometidas a un régimen de concurrencia de normas de derecho público y normas de derecho privado. Se ha sustentado sobre el particular que "cuando las empresas adoptan la forma de sociedad mercantil adquieren la condición de comerciantes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Comercio" (Véase Morles Hernández, Alfredo. *Op. cit.* Tomo I, Págs. 432 *in fine* y 433).

En el proyecto de "Ley Orgánica de Entidades Descentralizadas", elaborado por la Comisión de Administración Pública, en 1971, se establecía que "las empresas del Estado se registrarán por las disposiciones del derecho mercantil, civil y laboral, salvo expresa determinación en contrario de esta Ley" (artículo 58), y se preveía la hipótesis de quiebra de una empresa del Estado (artículo 64). En tal supuesto, si el Ejecutivo Nacional consideraba conveniente hacer excluir de la masa de la quiebra algunos bienes de la fallida, podía indicárselo al Juez de la causa, expresando la forma de reemplazo del valor de los bienes excluidos ("Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional", Tomo II. República de Venezuela. Comisión de Administración Pública. Caracas, 1972. Págs. 494 y 495).

De todo lo anteriormente expuesto en este Capítulo del presente estudio se deduce que no existe uniformidad de pareceres sobre los alcances de la disposición contenida en el artículo 7º de nuestro vigente Código de Comercio, al menos en lo relacionado con su posible aplicación a entes públicos distintos de la Nación, los Estados, el Distrito Federal, los Distritos y los Municipios. Con relación a estas entidades expresamente mencionadas en el citado artículo, no cabe la menor duda que ellas pueden realizar actos de comercio en forma ocasional o habitual, sin asumir en ningún caso la cualidad de comerciante, por lo cual jamás les sería aplicable la normativa del derecho mercantil común sobre la quiebra. El problema reviste mayor complejidad cuando se trata de entes públicos diferentes a los expresamente mencionados en el artículo 7º, pues de acuerdo a las doctrinas reseñadas podría aplicárseles el artículo 7º por analogía, como lo sustenta Rocco, o negárseles

de plano su aplicación, como lo postula Bolaffio, al conceptualizar que la disposición del artículo 7º tiene carácter excepcional y es, por tanto, de estricta interpretación. Entre estas dos opiniones cabalga la de Mármol, quien hace extensiva la norma a todos los entes públicos, "salvo cuando se desprenda otra cosa de la constitución que se haya dado al mismo".

La verdad es que probablemente, en 1882, cuando esta norma se insertó en el Código de Comercio italiano, de donde procede, no se pensaba en la existencia de establecimientos públicos, ni se tuvo en mira la compleja función económica que desempeña el Estado de nuestro tiempo. Esto plantea la necesidad de interpretar el viejo texto del artículo 7º del Código de Comercio dentro de un nuevo contexto, donde el Estado, por la vía normativa, o a través de su febril actividad, bien en forma directa, o bien a través de diversos entes, realiza actividades económicas que antes se consideraban extrañas a su radio de acción.

V. APLICACION DEL ARTICULO 7º DEL CODIGO DE COMERCIO EN EL CASO DE PETROLEOS DE VENEZUELA S.A.

La reserva, en favor del Estado, por razones de conveniencia nacional, de las actividades señaladas en el artículo 1º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, y la posibilidad de que el Estado ejerza tales actividades directamente o por medio de entes de su propiedad, nos induce a insertar estos entes —sólo cuando tengan su origen en un instrumento legal, entendidos estos términos *lato et improprio sensu*— dentro del concepto de Estado, con lo cual a ellos resulta aplicable el artículo 7º del Código de Comercio, el cual impide que se les pueda considerar comerciantes, aun cuando realicen actividades mercantiles. Tal doctrina tiene por consecuencia la no aplicación a tales entes —creados por un instrumento legal— de las disposiciones relativas al instituto de la quiebra, las cuales, sólo en principio, habíamos considerado que les eran aplicables, en el Capítulo II, *supra*.

El hecho de que el Estado pueda optar entre ejercer las actividades reservadas por propia cuenta o por medio de entes, creados por él y de su exclusiva propiedad, no puede acarrear la consecuencia de que se desconozca que estos entes, en el fondo, son el Estado mismo, revestido de una forma peculiar, para poder obrar de manera adecuada a la naturaleza de las actividades que le han sido reservadas. La figura de los entes —creados y poseídos por el Estado— no puede por sí sola sepultar la presencia del Estado en el ejercicio de las actividades reservadas. Entes de esas características, son, en fin de cuentas, el Estado mismo, con un ropaje que le permite moverse elásticamente en el campo de las actividades reservadas. Ello es tan cierto que el Estado, a más de creador, es el único dueño de esos entes, sin que pueda serlo nadie más. Si se admitiera que los entes pueden ser declarados en quiebra, se estaría admitiendo, en alguna forma, que el Estado puede quebrar parcialmente.

Pero hay otra circunstancia, en adición a los razonamientos que anteceden, para insertar a los entes que realizan actividades reservadas —cuando son creados en virtud de un instrumento legal— en el concepto de Estado a que alude el artículo 7º del Código de Comercio. En efecto, varios de los efectos de la sentencia declaratoria de quiebra no podrían producirse en el caso de los entes que realizan las actividades reservadas. Esos efectos han sido clasificados en efectos patrimoniales y en efectos personales, y los primeros en efectos sustantivos y en efectos procesales.

Entre los efectos patrimoniales de la sentencia declaratoria de quiebra se cuenta el desapoderamiento. La sentencia declaratoria de quiebra —y aún antes, el auto que decreta las medidas preventivas— ordena la ocupación judicial de todos los

bienes del fallido, y el desasimiento se produce de pleno derecho en virtud de la referida decisión. Es por ello que el artículo 939 del Código de Comercio establece que por el hecho de ser declarado un comerciante en estado de quiebra, queda inhabilitado para la administración de todos sus bienes, para disponer de ellos y para contraer sobre ellos nuevas obligaciones. Las facultades de las cuales se despoja al deudor le son transferidas al Síndico, en representación de los acreedores, desde el momento de la sentencia. Esto constituye una aplicación a la quiebra de la disposición del artículo 1.863 del Código Civil, según el cual "el obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber". El desasimiento es indisponibilidad de los bienes, y la finalidad del desampoderamiento es formar el activo de la quiebra, mediante la reunión de los bienes y derechos de contenido patrimonial, y asegurar a los acreedores la conservación de su prenda común. Los síndicos tienen por misión, a objeto de lograr la finalidad del procedimiento concursal, realizar la liquidación del patrimonio del deudor, para distribuir el producido, a prorrata, entre los acreedores del concurso (*par conditio creditorum*).

Ahora bien, tratándose, como ocurre en el caso de la especie, de una actividad exclusivamente reservada al Estado, por razones de conveniencia nacional, difícilmente podría admitirse que los entes creados por él y que en nombre suyo realizan esa actividad puedan ser desposeídos de sus bienes, solamente utilizables para realizar una actividad que nadie más podría legalmente efectuar, y menos aún podría aceptarse que tales bienes, de los cuales fueran despojados dichos entes, pasaran a manos de los síndicos, para su administración, porque esta administración quebrantaría el existente monopolio de ejercicio de la actividad reservada al Estado.

Entre los efectos personales de la sentencia que declara la quiebra, se cuenta el hecho de que el fallido no rehabilitado no puede conservar ni reasumir la condición de comerciante (artículo 941 del Código de Comercio), a menos que por virtud del convenio recobre la administración de sus bienes y la capacidad mercantil para cumplir las obligaciones contraídas (artículo 1.024 del mismo Código), o que sea declarado excusable (artículo 1.057 *eiusdem*). Esta disposición se refiere al comerciante individual o persona natural, pero tiene que ver, igualmente, con los socios de las compañías de comercio que sean declaradas en quiebra. Dispone el artículo 1.043, en este orden de ideas, que "si la quiebra hubiere sido de una compañía de comercio, ninguno de los socios podrá ser rehabilitado sino después de extinguidas todas las deudas sociales...". Como quiera que, de acuerdo con los instrumentos legales pertinentes (artículo 6º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos), las empresas que se juzgue necesario constituir para realizar las actividades reservadas "serán de la propiedad del Estado", las interdicciones legales a que por efecto de la quiebra son sometidos los socios de la compañía de comercio fallida, podrían afectar al Estado venezolano, lo cual chocaría de manera frontal con la disposición del artículo 7 del Código de Comercio venezolano, según la cual el Estado no puede adquirir la cualidad de comerciante, y, por tanto, no puede ser declarado en quiebra.

Aun en el supuesto de que se considere que las sociedades mercantiles con participación pública, y por ende Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, sí son comerciantes, lo cual parece incontestable para algunos, un importante sector de la doctrina administrativa estima que estas sociedades, sin embargo, no pueden ser declaradas en quiebra, ya que el carácter público de las empresas conllevaría una excepción, en esta materia de la quiebra, a la aplicación del Derecho Privado. (Riverò, Jean. "Derecho Administrativo". Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984. Págs. 528 y sgtes.).

En todo caso, estimamos importante destacar que la reserva de la industria y comercio de los hidrocarburos, y posterior asunción de dichas actividades, tuvo como fundamento "razones de conveniencia nacional" (artículo 1º de la Ley Orgánica que reservó al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos). Esas mismas razones de conveniencia nacional, de interés general o colectivo, sirven de fundamento a la necesidad de la continuidad de las operaciones, y las mismas tienen mayor peso y relevancia que el interés particular de unos acreedores que han visto cómo una Empresa del Estado cesa en sus pagos e incumple sus obligaciones, y es principio que señorea en el campo del Derecho Administrativo que el interés particular debe ceder frente al interés general cada vez que los mismos se encuentren en pugna.

Con fundamento en las argumentaciones que anteceden, es mi parecer que a Petróleos de Venezuela S.A. le es aplicable en plenitud la disposición del artículo 7º del Código de Comercio, y, de consiguiente, que no obstante la mercantilidad de las obligaciones que realiza, no puede adquirir la cualidad de comerciante, con la consecuencia de que no puede ser declarada en estado de quiebra.

La anterior conclusión pone de relieve que existe un vacío legislativo en lo atinente a una eventual liquidación de Petróleos de Venezuela, pues resultaría inconcebible que esa liquidación pudiera ser provocada por sus acreedores mediante juicios individuales o singulares, o que dichos acreedores se hallen condenados a la indefensión. Ese vacío debe ser colmado con urgencia mediante normas apropiadas a la especialidad de la situación.

La clave para resolver el vacío legislativo se encuentra, a nuestro juicio, en la disposición del artículo 7º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, el cual establece que "las empresas a que se refiere el artículo anterior se regirán por la presente Ley y sus Reglamentos, por sus propios estatutos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional y por las del derecho común que les fueren aplicables". Da la impresión que este precepto ha establecido un orden jerárquico en la aplicación de los diversos instrumentos en él mencionados: primero, se aplican a dichas empresas la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos y sus Reglamentos, luego sus propios estatutos, a continuación las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional, y por último, para las situaciones de derecho que no se hallen cubiertas por las anteriores reglas, las disposiciones del derecho común. Parece lógico mirar en esta enumeración un orden jerárquico, porque en los primeros lugares de la enumeración se encuentran una Ley Orgánica y sus Reglamentos, que se hallan circunscritos al área de la actividad petrolera, que constituye el centro de gravedad de la reglamentación, y a ellos le siguen los estatutos de los entes, y en último lugar se colocan las disposiciones de derecho común, como para colmar cualquier vacío que los anteriores instrumentos pudieran presentar, y lograr así el cumplimiento del "principio de la plenitud hermética del orden jurídico". Así vistas las cosas, nos parece que un Reglamento de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, podría contener disposiciones apropiadas sobre la liquidación de Petróleos de Venezuela, llegado el caso. Este Reglamento podría contener una disposición expresa que la excluya del procedimiento de quiebra. Se evitaría, de este modo, toda posible discusión sobre el tema. El vacío normativo existente sería colmado y la duda remanente quedaría disipada a través de dicho Reglamento, el cual, en el orden jerárquico señalado, y por vía de excepción, estaría por encima de las disposiciones de derecho común, es decir, del Código de Comercio.

Las anteriores consideraciones y conclusiones son específicamente aplicables a Petróleos de Venezuela S.A., empresa que fue creada, como ya se dijo (Véase *supra*, Cap. III), mediante Decreto Ejecutivo, lo que significa que tiene su origen

en un instrumento legal, al cual sirve de apoyo, a su vez, la Ley Orgánica por razones de conveniencia nacional reservó al Estado la industria y comercio de los hidrocarburos. Al haber sido creada Petróleos de Venezuela S.A. mediante Decreto Ejecutivo, su identificación con el Estado aparece diáfana, debiendo sustentarse, aún en el caso de que se estuviera en desacuerdo con hacer tal identificación, que dicha empresa estatal no puede ser declarada en estado de quiebra, porque la quiebra conduce a la cesación definitiva de las actividades de una sociedad mercantil o de un comerciante individual, y resulta obvio que mediante un procedimiento concursal no se puede poner fin a actividades reservadas al Estado por razones de conveniencia nacional, y que son ejercidas por un ente de su exclusiva creación. Si Petróleos de Venezuela S.A. fue creada mediante Decreto, sólo un instrumento legal de igual rango podría disponer su desaparición, a la cual conduce la quiebra.

VI. LAS EMPRESAS FILIALES

Una consideración especial merecen las empresas filiales de Petróleos de Venezuela S.A., por no haber sido creadas mediante instrumento legal alguno. Tales empresas fueron creadas por las ex concesionarias de hidrocarburos (por instrucciones del Ejecutivo Nacional, de acuerdo a lo previsto en la Base Cuarta del artículo 6º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos), quienes posteriormente cedieron y traspasaron la totalidad de sus acciones a Petróleos de Venezuela S.A., la cual devino, de ese modo, en única propietaria de la totalidad de dichas acciones. Trátase, en el caso de las filiales, de empresas que tuvieron un origen exclusivo en los dominios del Derecho común mercantil, y que debido a su forma de compañías anónimas, en forma primigenia adquirieron el carácter de comerciantes, por ser compañías mercantiles, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 200 del Código de Comercio. La situación de las filiales, como se observa, es muy diferente a la de Petróleos de Venezuela S.A., pues el origen de las mismas tuvo una característica totalmente diferente. Frente a ellas cabe preguntarse: ¿Cuál fue el efecto de que las acciones representativas del capital de dichas empresas fueran adquiridas totalmente por Petróleos de Venezuela S.A.? ¿Cuáles cambios pudo producir, en la consideración jurídica de las mismas, la reserva que, por motivos de conveniencia nacional, se hizo en favor del Estado, para el desempeño exclusivo de determinadas actividades? Las empresas filiales nacieron al cobijo del Derecho Privado, y no fueron creadas por el Estado, sino por las ex concesionarias de hidrocarburos. La posterior adquisición de la totalidad de sus acciones por el Estado, a través de Petróleos de Venezuela S.A. ¿habrá producido un cambio en el estatuto legal de tales empresas, que nacieron únicamente al amparo del Derecho Privado? Por el hecho de que dichas empresas son totalmente poseídas por el Estado a través de Petróleos de Venezuela S.A., no cabe duda que tales empresas merecen la calificación de públicas, con todas las consecuencias legales que tal calificación apareja, ya vistas con precedencia (véase *supra*, Cap. III), entre las que se cuenta el hecho de que han sido colocadas "en las mismas condiciones jurídicas que los particulares", lo que significa que están sometidas al derecho común, salvo las derogaciones o excepciones que hayan sido expresamente establecidas en los textos normativos. Pareciera, pues, que tales empresas sí podrían eventualmente ser declaradas en estado de quiebra. Recuérdese, que las filiales son empresas públicas, pero sometidas a las reglas del derecho común mercantil, en la medida en que no exista normativa que las segregue de ese régimen. Ahora bien, en mi modesto parecer, la incompatibilidad entre la normativa propia de la quiebra y el monopolio legal creado a favor del Estado sobre la actividad reservada —evidenciada muy especialmente por la imposibilidad de que el Síndico

prosiga tal actividad, lo cual se traduciría en una frustración de los cometidos de la quiebra—, me llevan a concluir que tal incompatibilidad tiene el efecto tácito o virtual de segregar a las empresas filiales del régimen propio de la quiebra.

La Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, al “reservar” al Estado, por razones de conveniencia nacional, el ejercicio de determinadas actividades, y al disponer que las mismas sólo pueden ser ejercidas directamente por el Estado, o por medio de entes de su propiedad, y por nadie más, excluye de plano la posibilidad de que tales entes (las empresas filiales) puedan ser declaradas en quiebra, pues tal declaratoria tendría el efecto, contrario a lo dispuesto por la mencionada Ley Orgánica y el Código de Comercio (en lo que atañe al instituto de la quiebra), debe resolverse en favor de la precitada Ley Orgánica, a la cual debe concedérsele primacía, tanto por ser posterior (*lex posteriori derogat priori*) como por tener un rango superior a la ley ordinaria, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 163 constitucional. La Ley Orgánica, con su “reserva”, tiene el efecto de limitar subjetivamente el alcance de las normas que gobiernan el instituto de la quiebra, al sustraer a las “empresas filiales” de su campo de aplicación.

Las disposiciones legales que regulan la quiebra del comerciante partieron de un prototipo, de lo que acontece generalmente: que los acreedores pueden posesionarse de los bienes del deudor fallido, y administrarlos, por intermedio de los Síndicos, hasta la liquidación final. Esto supone la sustitución o relevo del deudor fallido en el ejercicio de sus actividades propias. Este prototipo no se compadece con la hipótesis excepcional de actividades que sólo pueden ser continuadas por quien las ejercía antes, en razón de que le han sido legalmente “reservadas”, con carácter exclusivo y excluyente. Como las leyes proceden por generalización de tipos, y no en forma casuística, el supuesto de ejercicio de actividades reservadas quedó fuera de las previsiones del instituto de la quiebra, lo cual no constituye una crítica a la legislación mercantil común (anterior, por lo demás, a la Ley de reserva), sino tan sólo la constatación de una realidad incontestable.

Resulta obvio señalar que la sola incompatibilidad entre las actividades “reservadas” y los cometidos asignados al Síndico en los procesos de quiebra, hace inaplicables *in totum*, en el caso de la especie, las normas que regulan aquella institución, pues las mismas no fueron concebidas para su aplicación parcial, ni tienen sentido si son privadas de cualquiera de los mecanismos que la componen.

Como quiera que las filiales realizan igualmente las actividades reservadas al Estado, por razones de conveniencia nacional, las mismas, desde el momento mismo en el cual la totalidad de sus acciones le fue transferida a Petróleos de Venezuela S.A., pasaron, de derecho, a estar regidas por el orden jerárquico normativo establecido en el artículo 7º de la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos. Dichas empresas filiales, en consecuencia, para evitar toda duda en un tema que suscita tan encrespada controversia, podrían ser expresamente excluidas de la posibilidad de ser declaradas en quiebra por un Reglamento de la mencionada Ley Orgánica, lo mismo que hemos postulado en el caso de Petróleos de Venezuela S.A.

VIII. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente considerado y expuesto se deducen las siguientes conclusiones:

1) Petróleos de Venezuela S.A. no puede ser declarada en quiebra, aunque realice habitualmente actos de comercio, por aplicación del artículo 7º del Código de Comercio.

Las empresas filiales de Petróleos de Venezuela S.A., constituidas por las exconcesionarias de hidrocarburos, tampoco pueden ser declaradas en quiebra, porque la incompatibilidad entre el régimen propio de la quiebra y el ejercicio monopólico de la actividad reservada, tiene el efecto de una exclusión o segregación virtual de las empresas filiales al imperio de aquel régimen.

2) Sería recomendable dictar un Reglamento de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, en el cual se establezca diáfamanamente que ni Petróleos de Venezuela ni sus empresas filiales pueden ser declaradas en estado de quiebra, y en el cual se prevea, al propio tiempo, un régimen de liquidación de dichas empresas, en resguardo de los intereses de sus acreedores, llegado el caso.