

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EMPRESA PÚBLICA Y EMPRESA PRIVADA DEL ESTADO

LICDA. GLADYS E. DALSASO ARAUZ
LIC. GUILLERMO SALAS CAMPOS

INTRODUCCIÓN.

El paso del Estado "prescindente" o "gendarme", ocupado en forma casi exclusiva del orden público, la educación y la asistencia sanitaria, al Estado que asume un *rol* participativo en las actividades económicas conforme lo exige la evolución social para dirigir el desarrollo hacia el bienestar común, está, hoy, plenamente consolidado.¹

Al Estado benefactor ha sucedido el Estado gestor. Al mismo tiempo, a la concepción liberal-individualista de una administración pública con funciones muy limitadas, se ha venido a sobreponer "...la clara comprensión de lo que es y lo que debe ser la economía nacional y de las medidas apropiadas para alcanzar su máximo desarrollo y, como consecuencia de él, el mayor bienestar de toda la población".²

Claro que este fenómeno de una administración pública de fomento económico tomando en mano propia la gestión de actividades de producción no es en manera alguna reciente. Como dice GARRIDO FALLA:

"...el Estado abstencionista desapareció hace tanto tiempo que ya ni siquiera resulta correcto plantear el fenómeno del intervencionismo administrativo como una novedad reciente";³

aunque sí es factible afirmar, con FORSTHOFF, que el fenómeno se ha acentuado a partir de la Primera Guerra Mundial, adquiriendo dimensiones que lo han convertido en factor de importancia vital y rasgo característico de la moderna administración.⁴

Este activismo económico del Estado en ocasiones ha servido para asumir explotaciones aún intocadas por la iniciativa privada; en estos casos, por lo general, ha ocurrido que los riesgos del fracaso han desalentado las apetencias de los empresarios privados. En otras ocasiones el Estado ha asumido actividades que ya venían desarrollando los particulares, pero que estos han accedido a dejar en manos del Estado. Por último, ha sucedido que el Estado, observando la necesidad de que el interés común esté representado por su medio en la cuestión económica, asume un carácter competitivo en el desarrollo de las actividades de empresa, evento en que su gestión ha sido resistida por la iniciativa privada, por el comprensible temor a la disminución de su poder sobre el mercado.

En el sistema costarricense primordialmente dos estructuras jurídicas han servido al Estado para desempeñar *roles* protagónicos en la vida económica nacional: la empresa pública y la que en este estudio llamamos empresa privada del Estado, pero que bien podría denominarse empresa del Estado o empresa de propiedad estatal.

Este breve estudio está dirigido al planteo de las concepciones de ambos fenómenos, en estrecha vinculación, en el contexto del ordenamiento nacional. El encargo, hay que admitirlo, es comprometedor, pues entre otras cosas, las acepciones que los conceptos dichos tienen en la literatura dedicada al tema están en proporción directa con las reacciones que el tema provoca.⁵

1. Sobre esto puede verse el extenso trabajo de KAPLAN (Marcos), Aspectos del intervencionismo en América Latina contemporánea, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 34, año XII, enero-abril de 1979, pp. 3-44.
2. NOVOA MONREAL (Eduardo), Las empresas públicas y el Estado (algunas puntualizaciones jurídicas y prácticas), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 34, año XII, enero-abril de 1979, p. 46.
3. GARRIDO FALLA (Fernando), La empresa pública en el Derecho español, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, núm. 25, enero-diciembre de 1968, p. 115.
4. FORSTHOFF (Ernst), *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 656.
5. Un listado de tales acepciones en RUIZ MASSIEU (Francisco), Las formas jurídicas de la empresa pública en México, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 34, año XII, enero-abril de 1979, p. 90.

SECCIÓN I. EL CONCEPTO DE EMPRESA PÚBLICA

A. Rasgos definitorios (actividad, organización, finalidad).

Con todo acierto GORDILLO dice que: "...la frase empresa pública (y sus correlatos en otros idiomas: entreprise publique, public enterprise, empresa pública, öffentlichen unternehmung, etc.) ha ganado una aceptación universal, aunque su significado esté lejos de ser uniforme",⁶ lo cual nos obliga a detenernos para examinar el punto.

Esta ausencia de univocidad se debe, por una parte, a que el mismo fenómeno es estudiado en la ciencia jurídica por dos especialidades distintas y, en buena parte, antagónicas: el Derecho Comercial y el Derecho Administrativo; con lo que cada una ha pretendido imprimirle su particular espíritu —privatista o publicista—;⁷ agréguese a ello el hecho de que la sugestividad de la temática ha provocado un notable aporte de sociólogos, políticos y economistas, quienes se esfuerzan por darle relevancia al perfil correspondiente a su ciencia, y esto siempre con el sello propio de su particular pensamiento y personales convicciones.⁸ Súmese a esto el que la empresa pública, en cada país, ha surgido portando la herencia de las singulares circunstancias (sociales, políticas, económicas y jurídicas) del medio, lo que ha contribuido a acentuar aún más la ya es-

casa uniformidad que la rodea; al respecto, BAENA DEL ALCÁZAR estima:

"...las empresas creadas ex novo por el Estado no han surgido como consecuencia de planes económicos ni de una ideología determinada, sino ocasionalmente, en las más variadas circunstancias, bajo la presión de necesidades contingentes o duraderas no siempre exactamente individualizadas. Esto explica que exista una gran diversidad en las posiciones doctrinales sobre la materia. ..."⁹

Este carácter casual de la participación del Estado en la actividad empresarial es ejemplarizado por COTTINO al narrar lo siguiente:

"Se dice que un día el Estado, como último sucesor mortis causa, a falta de herederos legítimos en sexto grado, heredó de un ciudadano 350 acciones Italcable, encontrándose así socio sin quererlo de una empresa privada".¹⁰

Ante este panorama resulta fácil comprender el que la doctrina haya venido ofreciendo tan vasta variedad de acepciones del concepto empresa pública, al punto que un autor se ha atrevido a proponer una "no-definición de la empresa pública".¹¹

En definitiva, dos son las acepciones mayori-

6. GORDILLO (Agustín A.), *Empresas del Estado (empresas nacionalizadas, sociedades de economía mixta, sociedades del Estado, etc.)*, Buenos Aires, Ediciones MACCHI, 1966, p. 74. Se ha dicho también: "Una primera cuestión consiste en averiguar si puede darse un concepto unitario de la empresa pública. Lo que no puede proporcionarnos ninguna orientación excesivamente valiosa es la terminología empleada, pues se han utilizado y siguen utilizándose un conjunto de denominaciones que más bien acusan la confusión que contribuyen a aclarar el problema", BAENA DEL ALCÁZAR (Mariano), *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, Editorial Tecnos, 1966, p. 116.
7. Sobre esta antinomia, GALGANO (Francisco), sobre la estructura técnico-jurídica del concepto de empresario público, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, 1a. edición, vol. I, 1970, pp. 245-253.
8. Véase D'ALBERGO (Salvatore), *Impresa Pubblica*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografica-Editrice Torinese, vol. VIII, 1965, p. 379; así como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Tomás Ramón), Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 46, enero-abril de 1965, pp. 103-108.
9. BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 117.
10. COTTINO (Gastone), Participación pública en la empresa privada e interés social, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, p. 39.
11. Se trata de BONEO (Horacio), *Saber ver las empresas públicas*, San José, EDUCA, 1a. edición, 1980. Múltiples acepciones pueden verse en RIVERO YSERN (Enrique), Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 86, mayo-agosto de 1978, pp. 34-36; SOSA WÄGNER (Francisco), *Organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1a. ed., 1971, p. 77; MANZANEDO (J.A.), HERNANDO (J.) y GÓMEZ REINO (E.), *Curso de Derecho Administrativo Económico (ensayo de una sistematización)*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1970, p. 895; FERNÁNDEZ FARRERES (German), En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales; especial referencia al principio de subsidiariedad, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 80, mayo-agosto de 1976, p. 153; FERNÁNDEZ VÁSQUEZ (Emilio), Voz empresa pública, en *Diccionario de Derecho Público*, (Administrativo-Constitucional-Fiscal), Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1a. edición, 1981, p. 271;

tarias del concepto en cuestión. La primera aplica el término en forma indiscriminada para referirse a toda empresa en sentido económico que se pueda ubicar en el sector público (y no solamente estatal) de la economía; desde esta posición, el concepto de empresa pública comprendería:

1) las comúnmente denominadas empresas-órgano (también llamadas empresas propias o explotación "en régie" o "regiebetrieb") que son unidades económicas sin personalidad jurídica propia y por ende sin autonomía; administradas directamente por la organización administrativa central, sea en un régimen de centralización o a lo sumo de desconcentración, pero nunca de descentralización;¹²

2) las comúnmente denominadas sociedades de economía mixta en que participan capitales estatales y privados;

3) las sociedades mercantiles cuyo capital está en manos del Estado;

4) las entidades descentralizadas que realizan actividad empresarial, regidas, por ende, alternativamente por el Derecho Público y el Derecho Privado, según la naturaleza de sus actos (también denominadas "empresas del Estado",

terminología que al parecer ha causado no pocas confusiones debido a que realmente no son más que entidades autónomas cuyo giro es de tipo comercial, por diferencia con las entidades autónomas típicamente administrativas).¹³

A esta concepción amplia de la empresa pública se adhieren, entre otros, GARRIDO FALLA, DROMI y MURILLO.¹⁴

La jurisprudencia nacional, en parte siguiendo el criterio del interés estatal —interés que se presume por su participación en el capital de la sociedad titular de la empresa—, en parte siguiendo la tesis del fin propuesto —el cual califica de público—, o bien examinando la fuente de capital social, el control estatal y algún privilegio característico de Derecho Público otorgado a la empresa, ha venido admitiendo en forma reiterada la concepción amplia de la empresa pública que atrás expusimos.¹⁵ Ha aplicado el concepto amplio incluso para formas societarias de actividad económica en las que el Estado actúa como simple accionista, lo cual, según se verá a lo largo de este trabajo, no tiene verdadero sustento.

Esta concepción de la empresa pública no se

MONTERO MORA (Isabel Irene) y VEGA ÁVALOS (Míriam Mayela), *La empresa pública*, San José, tesis para optar por el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982, pp. 139-143; STAMMATI (Gaetano), *La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado*, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, 1970, p. 51; MARTÍN MATEO (Ramón), y SOSA WÁGNER (Francisco), *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, Ediciones Pirámide, S.A., 2a. ed., 1977, p. 111; GUEVARA GUTH (Otto), *El control de las empresas públicas en Costa Rica*, San José, tesis para optar por el título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1985, pp. 7-14; VALERO AGÚNDEZ (Urbano), *La fundación como forma jurídica de empresas del sector público*, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1970, p. 287.

12. Aunque MURILLO considera que no existen en Costa Rica tales "empresas-órgano" —aún reconociendo su posibilidad legal—, la Procuraduría General de la República, recientemente, al examinar el caso del Departamento de Empresas Comerciales de la Dirección General de Aviación Civil, concluyó que se estaba en presencia de tal supuesto; confróntese MURILLO (Mauro), *Perfiles jurídicos de la empresa pública en Italia y en Costa Rica*, en *Revista de la Contraloría General de la República*, San José, núm. 15, diciembre de 1972, p. 77, y *Procuraduría General de la República*, oficio C-256-84 dirigido al Director General de Aviación Civil el 3 de agosto de 1984.

13. Véase DROMI (José Roberto), *Derecho Administrativo Económico*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, vol. I, 1983, pp. 76-78. Usan el término "empresas del Estado" en el sentido que se indicó, GORDILLO, *Empresas del Estado*. . . , p. 78; BREWER CARIAS (Allan R.), *Derecho Administrativo*, Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, vol. I, 1975, pp. 362-363.

14. GARRIDO FALLA (Fernando), *La empresa pública en el Derecho español*, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1970, p. 860; DROMI, *op. cit.*, vol. I, p. 78; MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*. . . , p. 20.

15. *SALA DE CASACIÓN*, núm. 45 de 15,30 hrs. de 17 de mayo de 1978, conflicto de competencia en juicio de R.B.H. contra el Estado y CODESA; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 106 de 13,00 hrs. de 22 de diciembre de 1978, incidente de jurisdicción en juicio de CODESA contra CALHIDRA, S.A.; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 61 de 15,30 hrs. de 6 de junio de 1980, competencia en juicio de M.L.M. y O.G.G. contra RECOPE y otros; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 67 de 15,40 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra Distribuidora DEMAYO, S.A.; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 68 de 15,45 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra J.G.L.O.; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 69 de 15,50 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra M.A.B.E.; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 70 de 16,00 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra Fernández y Argüello Limitada; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 71 de 16,15 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra H.V.R.

puede compartir por varias razones: dada su amplitud resulta ambigua; hace que la nomenclatura no exprese ningún fenómeno específico en cada ocasión que se utiliza, y más bien exige recurrir a concretas especificaciones, más o menos profusas, sobre el contenido que según el caso se le quiere dar a la frase; por su generalidad recoge empresas con una fenomenología jurídico-organizativa-funcional muy diversa, con lo que el concepto así entendido se vuelve proclive a confusiones y resulta de escaso valor práctico, amén de su difícil manejo. Tal concepción comienza por equiparar aquellas empresas que efectivamente se encuentran en el sector público desde la perspectiva jurídica (que son administración pública e integran el organigrama estatal), con empresas cuya inserción en el sector público sólo es posible desde una perspectiva netamente económica, pero que no forman parte de la administración pública (que son sólo propiedad del Estado). Este erróneo rasero, cuyo equívoco siempre termina por admitirse, conduce a la larga, en forma irremediable, a la formulación de excepciones, salvedades o aclaraciones, que en el fondo son verdaderas distinciones sustanciales entre la empresa pública propiamente dicha —*sensu strictu*— y otros esquemas organizativos de la actividad empresarial estatal, o sea aquellos regidos primordialmente por el Derecho Privado.

Por ello es preferible manejar una concepción que permita distinguir desde su sola enunciación el fenómeno a que se alude. Indudablemente esta precisión implica esfuerzo, pero ello se ve compensado por la salud de la relación terminológico-conceptual.

Proponemos una acepción estricta de la empresa pública, con exclusión de aquellas actividades empresariales organizadas mediante un esquema societario en las que el Estado —*lato sensu*— tenga participación en el capital social o en la administración.¹⁶

El concepto de la empresa pública comprende, entonces, únicamente a aquellos entes caracterizados por:

1) ser íntegramente estatales (por diferen-

cia con las sociedades cuyo capital social está en manos del Estado sólo parcialmente);

2) ser expresamente estatales (es decir, no adoptan la forma externa de una sociedad mercantil como resulta de las sociedades anónimas constituidas por el Estado, y, son semejantes a las instituciones autónomas);

3) tener personalidad jurídica propia;

4) dedicarse a una actividad económica (por diferencia con las entidades autónomas de giro típicamente administrativo, llamadas comúnmente administraciones erogatorias);

5) no estar sometidas primordialmente al Derecho Privado, sino alternativamente al Derecho Público y al Derecho Privado (a diferencia de las empresas privadas del Estado, principalmente sometidas al Derecho Privado, y a semejanza de las entidades autónomas de giro comercial, en las que hay alternativas de regímenes jurídicos).

La empresa pública, en sentido propio, posee así rasgos del ente autónomo típicamente administrativo en tanto que emite actos administrativos; sus empleados se equiparan a los funcionarios públicos; sus títulos tienen fuerza ejecutiva; sus bienes son inembargables; no puede ser declarada en quiebra; integra plenamente el organigrama estatal desde que conforma la administración descentralizada del Estado y está sometida al Derecho Público en todo aquello que toca al servicio público que tiene a su cargo. Posee también rasgos de la empresa privada del Estado en tanto que su giro comercial, como es lógico, lo desarrolla sujeta al Derecho Privado.¹⁷ Dados sus rasgos, la publicidad de estas empresas es denominada "pasiva" por la doctrina;¹⁸ pudiendo denominarse "activa" la privacidad a que están sujetas.

La doctrina apunta diversos motivos por los que debe admitirse plenamente la aplicabilidad, aunque sea alternativa con el Derecho Público, del Derecho Privado a la actividad del ente público que desarrolla actividad de empresa. OTTAVIANO estima que de la circunstancia de que el ente público empresario ejerza en el seno

16. Se sigue la tesis de GORDILLO, *Empresas del Estado*. . . , p. 77 y parcialmente la de BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 122.

17. Coinciden en este aspecto DROMI, *op. cit.*, vol. I, pp. 269-278; BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 333; MARTÍN MATEO y SOSA WÁGNER, *op. cit.*, p. 112; GORDILLO, *Empresas del Estado*. . . , p. 78; SOSA WÁGNER, *op. cit.*, p. 80; este último, para referirse al tema de obligaciones y contratos en la empresa pública habla de "relaciones 'ad extra'", regidas por el Derecho Privado para facilitar su funcionamiento considerablemente, lo que no ocurriría si se sometiera al Derecho Administrativo.

18. Sobre el particular, véase SOSA WÁGNER, *ibid.*, p. 79.

del mercado se extrae la consecuencia de la sujeción de su actividad al régimen establecido para la empresa privada; considera asimismo que la empresa pública, en cuanto debe competir con la empresa privada en un plano de igualdad, debe poder desarrollarse con la misma rapidez de los empresarios privados; condición, esta última, que vendría a menos si se le sujeta a aquella normativa creada para una administración que actúa como autoridad, con potestad de *imperium*.¹⁹

La interaplicabilidad del Derecho Público y del Derecho Privado está expresamente reconocida por la Ley General de la Administración Pública en su artículo 3, inciso 2) en relación con el artículo 1, ibídem. BREWER-CARÍAS, sobre este punto, considera:

"En el mundo contemporáneo ya no existe la distinción matemática en la aplicación de las ramas del Derecho Público o Privado a los sujetos de Derecho Público, sino que, en realidad, hay siempre una interaplicación de las mismas a dichos entes públicos, con preponderancia de uno u otro, según la naturaleza de la actividad".²⁰

Esta dualidad de régimen jurídico a que se ve sometida la empresa pública hace que en algunos casos la flexibilidad típica del Derecho Privado se vea entrabada por la predominancia de la sujeción a procedimientos y requisitos, que el Derecho Público conlleva; al mismo tiempo, en ocasiones las prerrogativas del Derecho Público quedan inermes en ciertas relaciones debido al marcado carácter privado de éstas. BAENA DEL ALCÁZAR, sobre el particular, expresa:

"En el caso de la empresa pública nos encontramos ante una institución que está afectada por una clara ambivalencia conceptual, ya que se encuentra a mitad de camino entre el Derecho Público y el Derecho Privado por desenvolverse de una forma intermedia entre los sistemas administrativos de un pasado reciente y los mecanismos de las empresas privadas que se ha anexionado. Su aparición supone la rup-

tura, señalada en el derecho español por García de Enterría, de la ecuación matemática: actividad administrativa = servicio público = régimen exorbitante de Derecho Común".²¹

Por nuestra parte, concebimos la empresa pública como un eslabón más en un proceso de *despublización* de la actividad económica pública. El punto de arranque de esta evolución hacia el modelo privado es la denominada empresa-órgano, que es antecedente directo de la empresa pública y el ciclo termina con la aparición de la actividad económica pública en forma jurídica privada, o sea la empresa privada del Estado. Claro que, como señala GIANNINI, de la empresa pública (o ente público-empresa) a la empresa que puede llamarse pública (aunque nosotros la denominaremos mixta o privada, según el caso) sólo porque teniendo forma de sociedad de capitales un ente público es el partícipe o accionista mayoritario, dominante o minoritario, el paso es brevísimo.²²

ACTIVIDAD.

La empresa pública desarrolla una actividad económica, esto es, una actividad organizada para la producción y el cambio de bienes y servicios.²³

Son aplicables, por ende, a la actividad empresarial así desarrollada, las nociones de continuidad y sistematicidad propias de la noción general de empresa. Esta continuidad y sistematicidad se evidencian solamente cuando la actividad empresarial tiene carácter principal respecto de toda la gama de actuaciones que el ente lleva a cabo; hay, pues, profesionalidad en el desarrollo de la actividad económica —en el sentido que esta palabra se usa con referencia a la empresa comercial—, si el ente público tiene dentro de sus funciones el ejercicio de la actividad de empresa.²⁴

A la afirmación anterior hay que hacer la

19. OTTAVIANO (Vittorio), Sulla sottoposizione dell'impresa-pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, anno XII, 1962, p. 273.

20. BREWER-CARÍAS (Allan R.), Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, San José, Colegio de Abogados-Asociación Costarricense de Derecho Público, 1981, p. 38.

21. BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 126, in fine.

22. Véase GIANNINI (Massimo Severo), Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 112.

23. Al respecto, DROMI, *op. cit.*, vol. I, p. 80.

24. Sobre este punto, DROMI, *op. cit.*, vol. I, p. 80.

precisión de que aun cuando el ente público haya sido constituido para perseguir fines del todo diversos a los de la actividad empresarial, si para el logro de ellos realiza actividad que pueda calificarse de empresarial, esto es suficiente para dotarlo de la calidad de empresario. OTTAVIANO al respecto, sostiene ideas convergentes cuando expone:

"En efecto, basta que el empresario realice frente a los terceros una actividad que tenga objetivamente las características de la empresarial para que ésta deba someterse a las normas sobre la empresa, siendo irrelevantes para aquellos los motivos internos de naturaleza altruista que quien desarrolla tal actividad pueda eventualmente perseguir".²⁵

La actividad de la empresa pública debe mantener el carácter de economicidad, por lo que no se puede resolver en prestaciones que prescindan de los costos de producción; siendo, *contrario sensu*, necesario que al menos exista el intento de que tales costos de producción del bien o el servicio objeto del cambio vengan cubiertos por cuanto se obtenga de él. En este sentido, la actividad de la empresa pública se contrapone a la de la administración, ya que ésta, precisamente por perseguir la satisfacción directa del interés público, no viene ligada al recaudo de una contraprestación de aquellos a quienes beneficia. La acción de la Administración tiene, efectivamente, un costo, pero éste viene soportado por todos los ciudadanos y no sólo particularmente por aquellos que en cada ocasión adquieren sus beneficios. En todo caso, aun cuando el administrado pague un monto determinado por alguna prestación administrativa, ésta reviste más el carácter de contribución al mantenimiento del servicio público que de precio, dado que este monto no procura cubrir los costos de producción. Nótese en todo caso cómo —adrede— no se habla de una idoneidad para la obtención de riqueza —es decir, para producir ingresos superiores a los costos de producción— en tratándose de la actividad de la empresa pública, sino más bien de una tendencia a la compensación de los fac-

tores productivos empleados, es decir, una aspiración hacia la autosuficiencia económica, cual es el rasgo primordial del elemento teleológico de la empresa pública.

La destinación al mercado de la actividad de la empresa pública no implica necesariamente un régimen de competencia, dado que —como explica MURILLO— bien puede ejercitarse en régimen de monopolio.²⁶ Lo que sí es imprescindible, y de esa manera entendemos el requisito de la destinación al mercado, es que el tercero que se sirve de los bienes o servicios producidos por la empresa pública sea libre de hacerlo. Si el tercero debe necesariamente servirse de los bienes o servicios producidos por el ente público-empresa, se utilizaría un poder de imposición que prescinde del cambio.²⁷ Este requisito es denominado como del necesario desarrollo en régimen de Derecho Privado de las relaciones "ad extra" del ente público.

ORGANIZACIÓN.

La empresa pública, o ente público como lo denomina la doctrina italiana,²⁸ se caracteriza por ser expresamente estatal, esto es, integra sin lugar a dudas el organigrama de la administración pública, ubicada en la administración descentralizada. Esto significa que la empresa pública no adopta nunca la forma jurídica privada de sociedad mercantil sino que, por contrario, recurre siempre a estructuras publicistas para el desarrollo de sus actividades.

La doctrina señala algunos caracteres básicos propios de la empresa pública; nótese cómo no hablamos de requisitos, pues se trata de rasgos que normalmente se presentan pero que en manera alguna son exclusivos; estos caracteres son:

- 1) personalidad jurídica propia (esto como contraposición a la denominada "empresa-órgano" o servicio sin personalidad jurídica);
- 2) presupuesto propio legalmente asignado;
- 3) patrimonio estatal;
- 4) capacidad de autoadministración (es esta una de las características típicas de la

25. OTTAVIANO (Vittorio). Sometimiento de la empresa pública al Derecho Privado, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 269; en igual sentido BIGIARI (Walter), *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, CEDAM, S.N.E., 1948, 99, 55 y ss.

26. Véase MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*, p. 20.

27. Sobre este punto, OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, p. 671.

28. Véase CASANOVA, *Impresa e azienda (le imprese commerciali)*, Torino, Tipografica-editorice Torinese, 1a. edizione, 1974, p. 198.

descentralización y consiste en la asignación de una competencia específica para resolver todos los problemas que plantee la actuación del ente sin recurrir a la administración central);

5) es de creación estatal (el medio idóneo es únicamente la ley, de acuerdo con los artículos 121 y 189 de la Constitución Política);

6) está sometida a controles gubernativos, financieros y parlamentarios (gubernativos, consistentes en la designación —y remoción— del ente por parte del Poder Ejecutivo; financieros, en cuanto a que la Contraloría General de la República aprueba los presupuestos y cuentas consuntivas y vigila la ejecución de los primeros; parlamentario, en cuanto a la posibilidad de la Asamblea Legislativa de encuestar la actividad de cualquier administración);²⁹

7) en cuanto emita actos administrativos, queda sujeta al control contencioso-administrativo.³⁰

Tal y como explica MURILLO, tres figuras organizativas de la empresa pública —o empresa-ente público, como él lo llama— son factibles en el Derecho costarricense.³¹ Tales son la institución autónoma, la semiautónoma y los consorcios entre municipalidades.

La institución autónoma es un modelo organizativo genérico para el desarrollo de la actividad empresarial, que igualmente conviene para estructurar los llamados entes erogatorios o entes públicos típicamente administrativos. Su rasgo característico es la autonomía administrativa consagrada constitucionalmente, y su sujeción a la ley en materia de gobierno.³²

Las instituciones semiautónomas no son más que un expediente inventado para eludir el procedimiento agravado establecido por el artículo 189.3 constitucional para la creación de instituciones autónomas, que implica una aprobación del proyecto de creación por mayoría calificada. Por lo demás "...constituyen un modelo organizativo sustancialmente idéntico a aquel de las instituciones autónomas, y son siempre sometidas a la misma regulación que atiende a estas últimas".³³

Las municipalidades pueden convenir entre ellas la constitución de organismos cuyo cometido esencial sea la ejecución de servicios. Estos consorcios son concebidos por MURILLO como un modelo organizativo apto para el desarrollo de actividades empresariales.³⁴

FINALIDAD.

Sobre este punto no existe unanimidad doctrinal. Los autores se debaten entre aceptar el fin lucrativo del Estado en la empresa pública y rechazarlo. ARENA, por ejemplo, lo rechaza; para ello dice que los entes públicos tienen un fin social que es inconciliable con el fin económico propio del empresario.³⁵ Pero, forzado quizás por evidencias de la realidad, termina por admitir que el Estado puede ejercer una actividad económica por vía indirecta, por medio de órganos o de otras personas jurídicas facultadas para la búsqueda del lucro.³⁶

Sin la concepción del concepto de lucro tiene rasgos característicos —de objetividad, comprensividad de toda la gama de relaciones de empresa y abstracción— en tratándose de la empresa pri-

29. Sobre la autonomía administrativa, véase ORTIZ ORTIZ (Eduardo), La autonomía administrativa en Costa Rica, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núms. 8 y 9, abril y junio de 1967.

30. Al respecto, GORDILLO, *Empresas del Estado*. . . , pp. 38-40.

31. MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*. . . , p. 41.

32. Véase artículo 188 constitucional.

33. MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*, p. 45. Este autor sostiene que las instituciones semiautónomas hasta ahora creadas no pueden considerarse empresas públicas debido a la ausencia de autosuficiencia económica.

34. Véase MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*. . . , p. 45 bajo la forma de "Fundación pública", constituida por las corporaciones locales; ALBI estudia en el Derecho español esta modalidad de empresa pública; véase ALBI (Fernando), *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, Editorial Aguilar, 1960, pp. 329-346; posibilidad que VOGEL admite para el Derecho alemán bajo la denominación "Mancomunidad local" o "Corporación pública de Derecho Municipal"; VOGEL (Klaus), Las empresas públicas en la República Federal Alemana, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 760.

35. ARENA (Andrea), Contribución a la sistematización jurídica de los entes públicos que ejercen actividad económica, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. ed., 1970, p. 120.

36. ARENA, *op. cit.*, p. 122.

vada, en la empresa pública tiene proyecciones de consideración aún más delicada. Hay un conjunto de fines políticos, económicos y sociales que el Estado se propone conseguir por medio de la empresa pública que, definitivamente, entablan una relación simbiótica con la noción de lucro. Esto no quiere decir en manera alguna que lo que se dice respecto del lucro en la empresa privada resulte inaplicable en la empresa pública. Si como ya se ha dicho, el lucro no es el más calificado móvil en la empresa privada, no puede exigirse, a fortiori, que el lucro sea un elemento esencial de calificación de la empresa pública. El propósito de lucro en la empresa pública —que está siempre por la propia naturaleza de la actividad que desarrolla— debe siempre adaptarse a los principios del interés general.³⁷

No obstante las anteriores precisiones, que implican una concepción muy poco amplia a la tesis de un Estado no lucrativo, nuestra opinión es que, sin perjuicio de lo ya dicho, el Estado puede *publicar* un fin lucrativo. La actividad empresarial del Estado en los monopolios fiscales es un indicador claro de tal posibilidad.³⁸ Está claro que para perseguir intereses públicos no es necesario

utilizar los instrumentos del Derecho Público. Los fines lucrativos de la empresa pública pueden coincidir —y generalmente coinciden— con los fines públicos que el Estado se ha propuesto alcanzar; esta relación se da precisamente porque el despliegue de la actividad lucrativa de la empresa pública se vuelve un medio para la consecución del fin público del Estado. De aquí surge la relación de instrumentalidad de la empresa pública para con el Estado, relación que hace a GORDILLO afirmar que la empresa pública es un medio para ulteriores fines del Estado, más que un fin en sí misma.³⁹

El fin de lucro en la empresa no es incompatible, entonces, con la administración pública.⁴⁰ Tal y como lo hemos señalado al distinguir el lucro como medio y el lucro como fin mediato, conviene diferenciar el momento de la actuación del fin lucrativo del momento de su devolución a la sociedad; este segundo momento, en palabras de GARCÍA-TREVIJANO FOS, no puede desnaturalizar jurídicamente el primero.⁴¹ Es este el caso inverso del concesionario de un servicio público, quien teniendo un fin privado (el lucro), lo actúa a través de un medio público (el servicio).⁴²

SECCIÓN II. EL CONCEPTO DE EMPRESA PRIVADA DEL ESTADO

A. Rasgos definitorios (actividad, organización, finalidad).

Como ya lo habíamos anticipado al manifestar el rumbo de la evolución del desarrollo de actividades económicas por parte del Estado (cuyos estadios representativos son empresa-órgano; empresa-pública y empresa privada del Estado),

en esta última llegamos ". . .justamente al último eslabón que une el Derecho Público al Derecho Privado",⁴³ es decir, al punto cumbre de la *despublicación* de la administración pública.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señala esta evolución de la participación estatal en la vida económica diciendo:

37. Véase ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (César), *Empresa pública y servicio público*, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 499.

38. Véase MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*. . . , p. 20.

39. Véase GORDILLO, *Empresas del Estado*. . . , pp. 18-19. "La empresa del Estado, en cambio, sólo constituye un medio instrumental del Estado; . . .", dice MARIENHOFF (Miguel S.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, vol. I, 1965, p. 430. En igual sentido RUIZ MASSIEU (José Francisco), *Estudios sobre la nueva administración pública mexicana*, México D.F., Editorial LIMUSA, 1a. edición, 1981, p. 193.

40. "Lo Stato o, in generale, il pubblico potere può avere di mira, nell'esercizio dell'attività economica, un fine puramente finanziario; alla pari di un privato, il conseguimento di utili e profitti, . . .". CASANOVA, *Impresa e azienda*, p. 178.

41. Sobre esto, GARCÍA-TREVIJANO FOS (J.A.), Aspectos de administración económica, en *Revista de administración pública*, Madrid, núm. 12, setiembre-diciembre, 1953, p. 37.

42. Sobre este tema puede ahondarse en FIORINI (Bartolomé A.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial La Ley, vol. II, 1968, pp. 791-793; así como en ALESSI (Renato), *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Editorial Bosch, vol. I, 1970, pp. 213-217; lo mismo que en OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa publica a la medesima regolamentazione di quella privata*, pp. 274-277.

43. ALESSI, *op. cit.*, p. 225.

"La asunción de empresas económicas por la Administración para satisfacer las exigencias del interés público supone la culminación de todo un proceso evolutivo de las ideas políticas y económicas que ha cristalizado en un *modus vivendi* que caracteriza la sociedad occidental: el sistema de economía mixta".⁴⁴

El Estado puede asumir el desarrollo de una actividad económica valiéndose para ello de un esquema organizativo comercial, fundamentalmente de dos maneras:

1) en el primer caso, puede que el Estado constate la existencia de determinadas sociedades mercantiles cuyo capital está en manos privadas y que desee incorporarlas al sector económico bajo su control, pero sin despojarlas de su forma y funcionamiento normales. Ante tal evento, procede a la adquisición —paulatina o instantánea, por compra o por expropiación— del paquete accionario, constituyéndose así en el accionista mayoritario o único de la sociedad. Lo relevante del caso, según las observaciones de GORDILLO, es que la dirección de la empresa no la realizará el Estado por los cauces tradicionales —administrativos— sino desde adentro mismo de la sociedad y por sus propios cauces comerciales tradicionales, es decir, reuniendo la asamblea de accionistas en la que los funcionarios que el Estado designe serán los únicos presentes —o los que detentan el más voluminoso paquete accionario—, y sometiendo a su consideración y decisión quiénes hayan de ser en adelante los directores de la sociedad y a qué pautas deberán ajustar la dirección de la empresa. En nuestro medio, RECOPE es un buen ejemplo de esto;⁴⁵

2) en un segundo supuesto, puede ocurrir que el Estado, luego de tener en su poder los elementos necesarios para constituir una empresa en sentido económico, decida darle ab initio una

forma jurídica privada. En CODESA tenemos un buen exponente de este evento.

Tanto en uno como en otro caso, la totalidad de las relaciones entre el Estado y la empresa se rigen por el Derecho Privado, sin que ello intervenga el grado de participación o control por el Estado.⁴⁶

La participación estatal "*iure privato*" en las actividades comerciales tuvo inicialmente una finalidad de salvamento; más adelante los motivos han sido muy diversos, tales como garantizar a la colectividad el control en la gestión de empresas que desarrollan servicios públicos; modernizar actividades productivas existentes; limitar las perniciosas consecuencias de los monopolios de hecho; diversificar las exportaciones; o bien intervenir desde lo interno —por así decirlo— en el mundo económico, dado que asegurándose la dirección de la sociedad titular de la empresa se obtienen por lo general más rápidas respuestas al fin de satisfacción ulterior de necesidades de la colectividad que tan sólo disponiendo incentivos fiscales.⁴⁷

La empresa privada del Estado, así, ratifica una realidad socioeconómica típica de nuestro tiempo: la actuación del Estado como empresario asumiendo un papel competitivo, sustitutivo o complementario frente a la empresa privada.⁴⁸

Al igual que la empresa pública y puesto que está organizada como una sociedad comercial, la empresa privada del Estado posee personalidad jurídica propia, como también se dedica —es obvio— a una actividad económica (sea o no un servicio público); pero a diferencia de la empresa pública, la empresa privada del Estado no es íntegramente estatal (al menos no necesariamente), ni está sometida alternativamente al Derecho Público y al Privado, sino que, por el

44. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Tomás Ramón), citado por WITKER (Jorge), El *holding* como instrumento de control y coordinación de las empresas públicas; su eventual aplicabilidad a la realidad jurídico-económica de México, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 34, año XII, enero-abril de 1979, p. 105. MURILLO por su parte estima que "En efecto, la empresa-órgano, la empresa-ente público y la empresa-ente privado, constituyen tres estadios representativos de un movimiento tendiente a liberar a la administración de la rigidez tradicional en la cual ha venido funcionando, hasta llegar al punto en el cual no se puede hablar más de administración pública: la utilización de las personas jurídicas privadas", MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*. . . , p. 26.

45. Véase GORDILLO, *Empresas del Estado*. . . , p. 63.

46. Véase GORDILLO, *Empresas del Estado*. . . , p. 63.

47. Sobre estos motivos, véase OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, p. 670; MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*. . . , p. 22. CASANOVA, por su parte, agrega a estos los puramente políticos, financieros, de seguridad nacional o defensa militar, de valorizar zonas deprimidas o subdesarrolladas; véase CASANOVA (Mario), Evolución de la disciplina de las empresas públicas en Italia. Empresa pública y empresa privada en la Constitución, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. II, 1a. edición, 1970, pp. 1404-1406.

48. DROMI, *op. cit.*, p. 297, solamente habla de competitividad.

contrario, es expresamente persona de Derecho Privado —como sociedad comercial que es— sujeta primordialmente al Derecho Comercial, y en tesis de principio admite con facilidad la participación de capital de los particulares.⁴⁹ Podemos entonces decir que si en la empresa pública subsiste la alternabilidad de los regímenes público y privado, en la empresa privada del Estado la sumisión al Derecho Privado adquiere una extensión mucho mayor: adquiere el sesgo de preponderancia, cuando incluso todo lo referente a la organización de la empresa deviene materia sometida al Derecho Mercantil.⁵⁰

Confirma el régimen aplicable a estas empresas —por lo general estructuradas como sociedades anónimas— el que no dicten actos administrativos; que no puedan apremiar sus créditos como si fueran títulos ejecutivos a menos de que éstos revistan el carácter de tales conforme al Derecho Común; que sus bienes puedan ser embargados y ejecutados por sus acreedores y que estos no integran el patrimonio público; que el régimen de sus empleados sea de Derecho Laboral y no estatutario, y que su déficit no esté permanentemente cubierto por el presupuesto estatal. No es de extrañar que, precisamente por tratarse de un instrumento que el Estado utiliza para la consecución de fines públicos ulteriores, la empresa privada del Estado —sin perjuicio del régimen de Derecho Común que en general la rige— pueda ostentar algún privilegio típico de Derecho Público en atención a las características de la actividad que desarrolla; pero esto no altera en lo más mínimo su propia naturaleza y bien entendido es más bien una excepción que confirma la regla. Estas leves alternativas al régimen de Derecho Privado que podrían acontecer en la empresa privada del Estado, son vistas como algo natural por GARCÍA-TREVIJANO FOS, quien al hablar de la intervención del Estado en la vida

económica nacional a través de la gestión directa dice que ésta "... si bien no es una varita mágica que transforma lo que toca, tiene el efecto de "variar" en algunos puntos la disciplina privada de las instituciones".⁵¹

De lo que venimos exponiendo se deduce con facilidad que es errónea una concepción de la empresa privada del Estado (aunque se la llame empresa pública-ente privado) que la pueda ubicar como empresa o sociedad "privilegiada", como lo hace GUEVARA GUTH.⁵² No se entiende cómo un rasgo de carácter secundario y sólo excepcional puede servir para definir la empresa privada del Estado, uno de cuyos exponentes es CODESA. Menos clara resulta aún tal concepción si a tal empresa se le ubica en el mismo grupo de clasificación que el ocupado por aquellas sin relación alguna con el Estado sino sólo con una empresa privada total o parcialmente de su propiedad, es decir, el grupo de empresas filiales y subsidiarias de CODESA. Decimos esto porque tanto CODESA —empresa privada del Estado— como a sus filiales y subsidiarias GUEVARA GUTH se empeña en enmarcarlas en el grupo de sociedades controladas por el Estado, y lo cierto es que ello no es así: en CODESA el Estado es accionista mayoritario, pero ningún vínculo hay entre las filiales y subsidiarias de CODESA y el Estado; es decir lo contrario es confundir el Estado con lo que es su propiedad; no hay, pues, posibilidad alguna de llevar ambos tipos de empresa a un tronco común cuyo punto de unión sea el control del Estado. Todavía la nomenclatura empleada para referirse a las empresas filiales y subsidiarias de CODESA es más inadecuada, pues la llama "sociedades que solicitan el concurso del Estado", cuando lo que realmente sucede es otra cosa: solicitan el concurso no del Estado sino de una empresa en la que éste es sólo accionista; esta objeción es sin perjuicio de

49. Véase DROMI, *Ibíd.*; GORDILLO, *Empresas del Estado*. . . , pp. 76-77.

50. Al respecto, confirma FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 667.

51. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Aspectos de la administración*. . . , p. 63.

52. Véase GUEVARA GUTH, *op. cit.*, vol. I, pp. 20-29, quien propone una clasificación de la empresa privada del Estado (que llama empresa pública-ente privado) así:

—Empresa pública-ente privado:

a. sociedades controladas por el Estado:

a.1. sociedades privilegiadas (CODESA);

a.2. sociedades que solicitan el concurso del Estado (filiales y subsidiarias de CODESA);

a.3. sociedades de interés público;

a.4. sociedades nacionales de inversión;

b. sociedades nacionalizadas (RECOPE);

c. sociedades de economía mixta (CNFL, CODESA, LACSA).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

considerar además que es preferible el uso del término "empresa" antes que el de "sociedad", pues este último solo hace referencia a un esquema organizativo del primero, el cual contiene —como ya se ha expuesto—, no sólo el aspecto organizativo o estático sino también el aspecto dinámico de la actividad económica. Otra puntualización es necesaria: no es correcto ubicar en sectores diversos lo que se llama, según la terminología de GUEVARA GUTH, "sociedades controladas por el Estado" y "sociedades nacionalizadas", pues es a todas luces evidente que el control estatal no es ajeno a la empresa nacionalizada por medio de la asamblea de accionistas, y que una empresa controlada por el Estado puede devenir tal luego de un proceso de nacionalización. Categoría merecedora de especial atención es la que el autor en referencia denomina "sociedades de interés público", calificadas como tales por tener un monto mínimo de capital fijado por ley y haber obtenido por concesión la autorización de prestar un servicio público. Ni la prestación de un servicio público, ni el requisito de reunir un capital mínimo implican un control directo por parte del Estado de estas sociedades, como corresponde según el grupo donde GUEVARA GUTH las ubica. No conviene tampoco, utilizar un concepto jurídico indeterminado —interés público— para describir con precisión un fenómeno como el que apunta; además de que no se ve qué rasgos tan característicos sean aquellos que le hagan merecedora de un renglón especial dentro de la tipología de la empresa privada del Estado.

Sin temor a equívoco, puede afirmarse que el desarrollo de actividades económicas públicas bajo formas jurídicas privadas encuentra hoy común aceptación en la doctrina.⁵³

ACTIVIDAD.

La empresa privada del Estado ejerce en forma primordial una actividad comercial; actividad que bien podría denominarse "económica simple" y que es típicamente privada.

Sin embargo, existen actividades "calificadas" que también pueden ser asumidas por la empresa privada del Estado. Hablamos en este caso de los denominados servicios públicos y las actividades económicas de interés público. Sobre el servicio público⁵⁴ se ha dicho que aunque se trata de actividades cuasiesenciales para el Estado —por lo que casi siempre las asume en régimen monopolístico—, bien han sido explotadas por los particulares por la vía de la concesión.⁵⁵ Se trata de actividades tales como la de transporte o el suministro de energía eléctrica, que la empresa privada del Estado puede ejercer como concesionaria en las mismas condiciones que un particular lo haría. Las actividades económicas de interés público son aquellas que revisten interés especial dentro del marco estatal pero que por la ausencia del requisito de regularidad en la prestación no pueden acceder al calificativo de servicios públicos.⁵⁶ Puesto que las actividades económicas de interés público no son servicios públicos, y que pueden ser desarrolladas por los particulares con la sola autorización del Estado, la empresa privada del Estado puede asimismo desarrollarlas.

Solamente las funciones públicas, debido a que son primarias y esenciales funciones del Estado, no pueden ser desarrolladas por la empresa privada del Estado, así como por ningún particular a nombre propio. Estas funciones (de justicia, de orden público, de seguridad, de administración financiera, etc.) entrañan siempre función pública,

53. Véase GIANNINI (Massimo Severo), *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1a. edición, 1980, in totum; Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, pp. 101-109, GARCÍA-TREVIJANO FOS (J.A.), Concepción unitaria del sector público, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, pp. 79 y ss. A pesar de ello, se ha sostenido el criterio de que aun cuando la actividad económica pública se desarrolle bajo forma jurídico-privada, ésta debe considerarse adscrita al sector público y por ende sujeta a la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria; véase *Contraloría General de la República*, oficio núm. 7491 dirigido a la Presidencia Ejecutiva de CODESA el 14 de agosto de 1984; criterio que coincide con el pensamiento de la *Procuraduría General de la República*, oficio C-202-79 dirigido a la Vicepresidencia de CODESA el 13 de setiembre de 1979.

54. Sobre este tema, véase ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique), *El servicio público*, San José, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1a. edición, 1983, in totum.

55. Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, Concepción unitaria del sector público, p. 71; DROMI, *op. cit.*, p. 7; ROMERO PÉREZ, *ibid.*, p. 36.

56. Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, *ibid.*, p. 72; DROMI, *ibid.*

permanecen consustanciales al Estado mismo y éste no las puede ceder a esferas secundarias.

ORGANIZACIÓN.

La empresa privada del Estado utiliza preferentemente la forma de sociedad por acciones. Si los institutos privados son, en general, los más idóneos para el ejercicio de la actividad empresarial, la sociedad por acciones es, por su flexibilidad y agilidad, la forma que más garantías da de un ejercicio económico sin lentitudes burocráticas, abierto a la participación de las iniciativas privadas y útil para que, oportunamente, la empresa privada del Estado sea traspasada en forma íntegra al sector privado.

En la empresa privada del Estado, la forma societaria acondiciona en buena forma la función económica por ejercitar con el tipo de organización; digámoslo con palabras de BUONOCORE: es imposible ejercitar una empresa económica según los principios y las normas de la administración pública.⁵⁷

Las bondades de la forma societaria en la organización de la participación directa del Estado en la economía son consideradas por STAMMATI en los siguientes términos:

"Esta característica, conexas inicialmente a las circunstancias que han determinado la formación de una buena parte del patrimonio industrial del Estado, ha llegado a ser posteriormente, mediante la prueba positiva dada por la experiencia, un principio organizativo que se ha considerado oportuno observar sistemáticamente para asegurar, a la gestión de las empresas del sector público, el mayor grado posible de elasticidad y capacidad empresarial. La estructura privatista no ha sido solo un aspecto formal. Ha representado la plataforma sobre la cual la intervención ha encontrado la posibilidad de una amplia colaboración con el capital privado. En efecto, son numerosas las empresas controladas por el Estado en que hay importantes participaciones de los privados en acciones".⁵⁸

GUARINO considera, acertadamente, que el esquema de las sociedades comerciales ha sido dispuesto especialmente en función de las empresas, y que facilita a éstas la plena utilización de sus capacidades.⁵⁹

Una precisión, sin embargo, se hace necesaria: si bien la forma societaria es un medio idóneo para la consecución de buenos resultados en la empresa privada del Estado, no se le puede concebir como "con poderes mágicos" y decir que es plena garantía de acierto. En la gestión de la empresa, la aptitud del esquema organizativo es sólo un elemento más dentro de un complejo de factores que determinan —todos juntos— el éxito o fracaso. Paralelos a la estructura organizativa más adecuada deben existir una administración capaz de conjugar lo técnico-comercial con los elementos, nunca ausentes, políticos y económicos, y, por otra parte, los modernos controles que una actividad ágil exige. Es la coherencia entre estos factores —y no únicamente el esquema organizativo— lo que puede garantizar resultados compatibles con las expectativas sociales.

En otro orden de ideas, es bueno tener presente que BROSETA PONT se ha ocupado de formular algunas objeciones no sólo a aquella sociedad en la que la participación del Estado concurre con la de los particulares —aun cuando el Estado ostente mayoría; sociedad que llama "de economía mixta"— sino también a la que es creada *ex novo* con participación exclusivamente estatal, que da en denominar sociedad anónima pública unipersonal.⁶⁰

Con respecto a la primera, estima, en lo que por ahora nos interesa, que el hecho de que las acciones en poder del Estado se declaren intransmisibles infringe un requisito esencial de la sociedad anónima: la transmisibilidad de tales títulos. Considera además que la existencia misma de la sociedad de economía mixta —usando su terminología— es un intento, de antemano fallido, por conciliar lo inconciliable, debido a que en su seno late un permanente conflicto entre el interés público del Estado accionista y el interés privado de los accionistas de tal naturaleza.

Sobre la primera objeción formulada hay que admitir que el mismo fenómeno ocurre en la realidad cotidiana con la sociedad anónima privada:

57. BUONOCORE, cit. p. MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*. . . , nota 147.

58. STAMMATI (Gaetano), La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 52.

59. GUARINO, *op. cit.*, pp. 54-56; coincide con esta apreciación FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 666-667.

60. BROSETA PONT (Manuel), Las empresas públicas en forma de sociedad anónima, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, vol. XLI, núm. 100, abril-junio de 1966, pp. 277-286.

esta es "cerrada y familiar"; se combinan un número de socios apenas superior al mínimo legal con una circulación de acciones prácticamente inexistente, por lo que estos títulos se mantienen en forma casi indefinida en manos de un pequeño núcleo de personas unidas por vínculos familiares o de afecto.⁶¹ Por otra parte, esta singular derogatoria al régimen común de las sociedades anónimas estatales —justificada por demás en el deseo de asegurar un control permanente por parte del Estado sobre la empresa— bien entendida en su contexto global no posee tal carácter como para despojar a la sociedad comercial de su naturaleza.⁶²

Con respecto al conflicto que BROSETA PONT percibe entre el interés público del Estado y el privado de los particulares, la argumentación para superarlo no es menos contundente que para la objeción anterior: el interés prevalente es, y siempre debe ser, el interés social, interés que está determinado por la voluntad de la mayoría accionaria; los intereses propios de cada socio permanecen siempre ajenos al interés social. Pero aun dejando de lado esta solución —que el mismo BROSETA PONT admite—, ¿acaso es extraño el conflicto de intereses entre los socios en la sociedad comercial común?

Acerca de la "sociedad anónima pública unipersonal" BROSETA PONT se pronuncia partidario de no aceptarla como posible. Para ello recurre a afirmar que en tal caso el estatuto social no es expresión de la voluntad de los fundadores sino de un acto de imperio del ente público; que no hay verdadera asamblea de accionistas, pues no hay deliberación alguna —lo que, es como es obvio, ocurre igual en la sociedad unipersonal sobrevenida—; que no hay régimen de acciones, pues las que existen no son verdaderamente parte alícuota del capital social, ni instrumento de financiamiento y mucho menos medio para medir la intensidad en el ejercicio de los derechos de cada socio.

Pero lo cierto es que aun cuando BROSETA PONT se esfuerce por demoler esta sociedad unimembre originaria, la misma es una realidad indiscutible: el imperio de las normas que han autorizado su constitución, urgido por los requerimientos de las circunstancias económicas, se ha sobrepuesto a los principios tradicionales de la sociedad anónima, relativizándolos. Aparte de ello, la problemática de la sociedad anónima unipersonal no ha dejado de ser, en doctrina, una cuestión insoluta, por lo que su aceptación es, en resumen, un problema posicional; vale agregar que al ejercer la opción no se puede menospreciar el valor práctico de la respuesta escogida, y en ese sentido es sintomático que el legislador no se haya detenido a esperar la convergencia doctrinal sino que eligiera la opción positiva.

MANTILLA MOLINA, apoyándose en autores como BRUNETI, CERVANTES, SOPRANO, MICHOD, GRISOLI, BOTER y LAGOS OLLIVER, explica su pensamiento en punto a este tópico así:

"... si se prescinde del significado original de la palabra sociedad (y la semántica nos enseña en cuántas ocasiones una palabra llega a significar cosas opuestas a su primitiva significación), y si se tiene en cuenta que la sociedad es un negocio jurídico, pero no necesariamente un contrato, ningún inconveniente lógico existe para considerar la existencia de sociedades de un solo socio, que vendrían a ser la destinación de un patrimonio a un fin especial, a través de la estructura tradicional de la sociedad mercantil".⁶³

FINALIDAD.

Son aplicables a la empresa privada del Estado todas las observaciones formuladas en torno al elemento teleológico en la empresa privada común y en la empresa pública.

Respecto de la primera, vale recordar sobre todo las observaciones de MORA y BIGIAVI, quienes estiman que el lucro debe considerarse siempre en abstracto, es decir, haciendo caso

61. Véase KOZOLCHIK (Boris), En busca de una teoría del Derecho en el desarrollo económico: El proyecto de reforma jurídica USAID-ROCAP, Universidad de Costa Rica, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núm. 19, junio de 1972, pp. 39-40; lo mismo ocurre en México, según RUIZ MASSIEU, *Estudios jurídicos*. . . , p. 188.

62. Véase TAGAND (Róger), *Le régime juridique de la société de économie mixte*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, pp. 51-52; DUCOULOUX (Claude), *Les sociétés de économie mixte en France et en Italie*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963, p. 72.

63. MANTILLA MOLINA (Roberto L.), *Derecho Mercantil*, México D.F., Editorial PORRÚA, S.A., 1984, p. 345.

omiso de si efectivamente la empresa rinde algún tipo de utilidades. En otras palabras, lo que importa no es la realidad de las utilidades, sino la capacidad empresarial de rendirlas.⁶⁴ Desde que, como oportunamente señala Vincenzo PANUCCIO, la noción de lucratividad debe emplearse siempre advirtiendo que en todo caso, en el ámbito de cualquier empresa, el elemento teleológico es de considerar sobre un plano puramente objetivo, con prescindencia de los factores subjetivos que siempre se encuentran en quienes lo plasman en la realidad; además, la cobertura analítica del aspecto teleológico debe ser globalizante, esto es, comprensiva de toda la gama de actividades económicas desplegadas por la empresa. Esto último por cuanto observaciones puntuales y no coyunturales son siempre parciales y no conducen a conclusiones susceptibles de generalizarse.⁶⁵

En lo concerniente al lucro en la empresa pública, conviene no olvidar lo dicho en el sentido de que un sinnúmero de fines mediatos (políticos, económicos y sociales) ejercen influencia sobre la noción de lucro; situación que no es distinta

tratándose de la empresa privada del Estado, sino que, más aún, en ocasiones adquiere proyecciones de muy delicada consideración.

CONCLUSIÓN.

A la luz de lo expuesto es factible concluir que, sin lugar a dudas, los conceptos de empresa pública y empresa privada del Estado son claramente diferenciables. En ambos casos encontramos elementos distintivos fácilmente individualizables, cuya comprensión correcta nos induce a pensar en el equívoco que significa denominar genéricamente como empresa pública a todo fenómeno de participación estatal en la vida económica. Claro que la estimación de estos conceptos no agota de ninguna manera la tratativa del tema del protagonismo económico estatal. Hay una vastedad de aristas cuya exposición tocará hacer posteriormente. Por ahora será suficiente *ius pública* de por medio; en tanto que en la empresa privada del Estado la participación de este último siempre será bajo formas jurídico-privadas, de preferencia la sociedad anónima.

64. Véase MORA (Fernando), Sociedad, asociación y cooperativa, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núm. 16, noviembre de 1970, a propósito del lucro en la cooperativa; BIGIAMI, op. cit., p. 57.

65. Puede consultarse PANUCCIO (Vicenzo), *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.N.E., 1974, p. 134.