

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

RESUMEN: En la siguiente investigación se aborda el tema de las sociedades de economía mixta, que involucran participación accionaria tanto del Estado como de los particulares. En este sentido, se brinda un análisis doctrinario sobre el concepto de este tipo de sociedades, su justificación, así como sus principales características. Junto a esto se mencionan algunos artículos de nuestra legislación que regulan el marco jurídico por el cual se rigen estas sociedades, así como un extracto jurisprudencial de la Sala II y un dictamen de la Procuraduría, donde se analiza a profundidad el régimen jurídico aplicable a las sociedades de economía mixta.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. Concepto.....	2
b. Naturaleza Jurídica.....	2
c. Justificación de las Sociedades de Economía Mixta.....	4
d. Actos y Contratos de la Sociedad.....	4
2. Normativa.....	5
a. Constitución Política.....	5
b. Ley General de la Administración Pública.....	6
c. Ley Orgánica del Poder Judicial.....	6
3. Jurisprudencia.....	7
a. Sociedad Pública de Economía Mixta.....	7
b. Iniciativa Municipal para constituir Sociedades de Economía Mixta.....	18

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. Concepto

"Las sociedades de economía mixta (con la participación de capitales estatales y privados). El calificativo de "mixtas" expresa la confluencia del derecho público y el privado. La participación estatal y la privada se da tanto en el capital como en la gestión de la sociedad en razón de un "interés general". Es indiferente la procedencia de los capitales, éstos pueden ser nacionales o extranjeros. Los elementos considerados por la doctrina como notas constitutivas de la institución son: a) razones de interés general que justifiquen la participación del estado. El "interés general" se entiende como complemento de los fines del Estado como tal. Debe hacerse la calificación en cada caso concreto, b) Coparticipación en el capital del Estado y con las personas de derecho privado, c) Coparticipación en la gestión del Estado con las personas de derecho privado. Entre los aspectos de importancia que debe señalar la ley que los regule, están los siguientes: Amplia participación (por ejemplo, en la legislación peruana se establecen porcentajes iguales del capital del sector privado y del sector estatal). El control de tal liberalidad es el derecho de veto que tiene el Estado y el régimen de designación de directores y miembros del Consejo de Vigilancia que tutela los intereses del Estado. El sistema se estructura para la formación, revisión, observación, aprobación y divulgación de las cuentas sociales. (En Perú se sigue el sistema de la Ley Alemana de Sociedades por Acciones). "En la actualidad, las sociedades de economía mixta constituyen un régimen de explotación económica bastante difundido, especialmente en lo que se refiere a las grandes empresas de servicios públicos y también a empresas industriales de interés general cuando el capital privado o estatal resulta insuficiente para su debida explotación o se trata de actividades en las que, por razones de conveniencia política o económica, se hace necesario el control del sector público".¹

b. Naturaleza Jurídica

"Respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad de economía mixta, hay dos puntos a esclarecer: la figura jurídica en sí y su carácter de derecho público o privado.

Respecto al primero, la calificación de la naturaleza jurídica no admite controversia; su mismo nombre lo indica: es una sociedad, es decir, que la participación estatal y privada en una empresa

adopta, como única y excluyente posibilidad, la figura jurídica de sociedad.

En cambio, respecto a la determinación de si la sociedad de economía mixta tiene un carácter de derecho público o privado, se han originado arduos debates doctrinarios y diversas tesis que podríamos agrupar en tres categorías: las que afirman el carácter de derecho público de la institución analizada (ley peruana N° 13836, art. 7); las que sostienen la posición privatista (como por ejemplo todas las leyes que someten las sociedades de economía mixta al derecho comercial) y la tesis que mayor reconocimiento tiene, que afirma el carácter semipúblico de las sociedades de economía mixta.

Ducouloux afirma que "La sociedad de economía mixta es un tipo semipúblico de empresa, que tiende a superar el esquema contractual, orientándose en el campo societario hacia la teoría institucional. Es necesario crear un derecho especial para las empresas de economía mixta, en consideración a las indispensables derogaciones que tiene que sufrir el derecho privado en este campo".

Greca llega a la conclusión de que no es posible aceptar "la teoría de que estas entidades tienen un carácter semipúblico, figura jurídica no prevista ni aceptada en las doctrinas del derecho", agregando que "las normas aplicables a dichas entidades serían, en unos casos, de derecho público y en otros de derecho privado, según fueren las circunstancias".

La misma tesis es esgrimida por Marienhoff, para quien las sociedades de economía mixta pueden ser "públicas" o "privadas", efectuando una estricta calificación de las primeras y afirmando que, "correlativamente, las sociedades de economía mixta que no reúnan los requisitos mencionados, deben tenerse por privadas".

El mismo tratadista hace una fundamentada distinción entre personas jurídicas de derecho público "estatal" y "no estatal", estudiando las diversas teorías al respecto y las consecuencias que de ello se derivan, concluyendo que, aunque los fines del Estado en las sociedades de economía mixta "sean de interés general, no es menester que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado, añadiendo que se trata "de un interés general" menos intenso que el que satisface el Estado como función esencial y propia de él".

Girón Tena, muy sagazmente, señala que el problema del contraste entre interés público y privado, aparece francamente superado, dado que la envergadura y extensión de estas empresas permite ofrecer el suministro de bienes y servicios a un precio indudablemente ventajoso para el consumidor y, al mismo tiempo,

una rentabilidad suficiente al capital de los particulares (experiencia alemana) razones éstas que deben prevalecer sobre la citada calificación."²

c. Justificación de las Sociedades de Economía Mixta

"Resulta de suma importancia analizar que tipo de actividades justifican la existencia de una sociedad de economía mixta y que razones fundamentan el régimen de excepción que se crea.

Benedi señala que la participación del Estado en las sociedades de economía mixta se encuentra justificada y debe perseguirse con las siguientes finalidades:

- "a) Desarrollar la agricultura y la industria.
- b) Mejorar los servicios públicos existentes.
- c) Establecer nuevos servicios públicos.
- d) Estimular la iniciativa privada, inclinándola hacia empresas de alta productividad y necesarias al desarrollo

Marienhoff juzga que la participación del Estado se justifica, en primer término, en actividades que se "refieran a servicios públicos industriales o comerciales, pero nada obsta a que se refieran a cualquier otra actividad, con tal de que ésta sea de interés general".

Arias Schreiber fundamenta dicha participación "en el deber común que tienen por delante el Estado y el inversionista particular".

Ramírez Baños, citando a Fragalle, indica que existen industrias cuya importancia "no sólo radica en la producción de bienes de uso general e indispensable para el público, sino también porque mantienen en el territorio del Estado una iniciativa de la que él puede servirse en el momento oportuno y que constituye un serio impulso para la economía nacional".

En el Perú, dada su especial coyuntura económica, país de variados recursos y carente del necesario capital estatal para desarrollarlos (tanto en el sector minero, industrial, vial, etc.), la necesidad y urgencia de una regulación adecuada que proteja e incentive la constitución y funcionamiento de las sociedades de economía mixta en condiciones óptimas, se presenta no sólo como algo conveniente sino como un imperativo indiscutible."³

d. Actos y Contratos de la Sociedad

"Teniendo en cuenta que la sociedad de economía mixta es una entidad no estatal, los actos que ella emana no son actos

administrativos ni tampoco sus contratos serán administrativos. Esta última solución no es necesariamente la del derecho comparado, por ejemplo el francés, que ha tenido gran latitud en esta materia, pero sí es la que corresponde en el derecho argentino, considerando que la ley 13.064 toma como dato esencial para tipificar el contrato de obras públicas el que éstas hayan sido contratadas con fondos del tesoro de la Nación, criterio que en alguna medida se puede hacer extensivo a los demás contratos.

Desde luego, cuando afirmamos que sus contratos no son administrativos, lo decimos refiriéndonos a los casos en que los celebre con particulares; pero puede ocurrir que la sociedad celebre un contrato con una entidad estatal, en cuyo caso el contrato sí podrá ser administrativo, pero entonces en razón de ser parte contratante esta última entidad y no la sociedad de economía mixta: sería el caso típico de que la administración otorgara una concesión deservicios públicos a la sociedad."⁴

2. Normativa

a. Constitución Política⁵

Artículo 49.-

Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 3124 de 25 de junio de 1963.

Nota: La reforma introducida al presente artículo mediante Ley No. 3124 ha sido cuestionada mediante Acción de Inconstitucionalidad No. 02-009032-0007-CO. BJ# 59 de 25 de marzo del 2003

b. Ley General de la Administración Pública⁶

Artículo 3.-

1. El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario.
2. El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes.

c. Ley Orgánica del Poder Judicial⁷

Artículo 110.- (*)

Los juzgados de lo contencioso - administrativo y civil de hacienda conocerán:

- 1.- De los juicios contencioso-administrativos que se promuevan con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando estos sean lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las municipalidades y toda institución estatal, autónoma o semiautónoma, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas.
- 2.- De los juicios ordinarios no comprendidos en el inciso anterior, en que sean parte o tengan interés directo, el Estado, sus bancos y demás instituciones, así como las empresas de economía mixta, aun cuando tales juicios se relacionen con juicios universales.
- 3.- De todos los otros asuntos en que sean parte o tengan interés directo el Estado, sus bancos y demás instituciones, así como las empresas de economía mixta, aun cuando tales juicios guarden relación con juicios universales, salvo los casos en que, por norma expresa, correspondan ser conocidos por un juzgado civil de hacienda de asuntos sumarios.
- 4.- De todos los litigios que se establezcan contra las municipalidades y juntas de educación, siempre que al asunto, por su cuantía, no le corresponda ser conocido en un juzgado civil de hacienda de asuntos sumarios.
- 5.- De todos los asuntos referentes a denuncios de minas, tierras baldías, ventas judiciales y otros de índole administrativa con

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

tramitación judicial, en que sean parte o tengan interés directo el Estado, sus bancos, sus instituciones, o empresas de economía mixta, salvo que leyes especiales dispongan lo contrario. Si sobreviniere contención, el mismo juez tendrá competencia para conocer de ella y decidir lo que proceda, sea sumariamente, o en la vía ordinaria.

6.- En grado, de las resoluciones que dicten los juzgados civiles de hacienda de asuntos sumarios.

7.- De los conflictos de competencia entre juzgados civiles de hacienda de asuntos sumarios.

8.- De los demás asuntos que determine la ley.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley de Reorganización Judicial No. 7728 de 15 de diciembre de 1997. Alcance No. 61 a LG# 249 de 26 de diciembre de 1997.

3. Jurisprudencia

a. Sociedad Pública de Economía Mixta

"II.- De previo a analizar el recurso de ambas partes, procede aclarar que, la Sala no comparte lo manifestado por el apoderado especial judicial del actor, en cuanto a que la "Refinadora Costarricense de Petróleo, Sociedad Anónima", se rija, por el derecho privado, así como que sus trabajadores no sean servidores o funcionarios públicos, por lo que, de seguido se dirá. Ciertamente es que, por su régimen de conjunto y los requerimientos de su actividad o giro, la demandada es regulada por el derecho privado en lo que concierne a su actividad meramente comercial, pero también lo es que, en su organización, se rige por el Derecho Público, salvo norma expresa en contrario (artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública). El Magistrado Alvaro Fernández Silva, en un estudio rendido a Corte Plena, sobre la naturaleza jurídica de Recope, en lo que nos interesa, manifestó: "III.- MARCO JURIDICO APLICABLE... 5.- DECRETO EJECUTIVO N° 7927-H DE 12 DE ENERO DE 1978 CON VIGENCIA A PARTIR DEL 1° DE FEBRERO DE 1978 -REFORMADO EN SUS ARTICULOS 4, 9 Y 12, POR EL DECRETO EJECUTIVO N° 14666-H, DE 9 DE MAYO DE 1983-: En los Considerandos II y V de este Decreto se establece que, a través de la Ley N° 5508, se incorporó al Estado costarricense a RECOPE, manteniendo su condición de sociedad mercantil, sumándose a otro conjunto de empresas que requieren un marco mínimo de legalidad de los aspectos esenciales de su actividad y de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República. Se emite así el presente Decreto, que "reglamenta el funcionamiento de empresas

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

estatales estructuradas como sociedades mercantiles". De esa manera se dispone que CODESA, RECOPE, LA COMPAÑIA NACIONAL DE FUERZA Y LUZ, RACSA y cualquier otra empresa fundada por CODESA o que en el futuro llegue a ser propiedad o se incorpore al patrimonio del Estado, se registrará por las leyes que le sean aplicables, sus estatutos o reglamentos y por este Decreto, fijándose la fiscalización superior a cargo de la Contraloría General de la República. Dentro de los puntos a considerar como medulares, destacan la sujeción al Reglamento de Gastos de Viaje y de Transporte para Funcionarios Públicos, dictado por la Contraloría; el sometimiento de los proyectos de inversión al OFIPLAN, para determinar su sujeción al Plan Nacional de Desarrollo; exclusiva disposición de sus recursos a los fines asignados; y en materia de contratación un control a posteriori, de las negociaciones realizadas bajo la órbita del Derecho Mercantil... 6.- DECRETO EJECUTIVO N° 8444-T, DE 5 DE MAYO DE 1978: Apoya los programas constructivos de RECOPE y en especial, el del Muelle de Moín. Resulta interesante que, en su parte considerativa, aluda a que se trata de una empresa cuyo capital es patrimonio del Estado, cuya asamblea de accionistas está representada por el propio Consejo de Gobierno y que, por ser parte del Estado, sus objetivos deban estar involucrados dentro de los programas de desarrollo del Gobierno. 7.- DECRETO EJECUTIVO N° 11145-E-OP, DE 5 DE FEBRERO DE 1980: Establece el Sector Energía, con el cometido de cumplir con una serie de disposiciones en el campo energético y se integra, al mismo, a RECOPE. 8.- DECRETO EJECUTIVO N° 10855-H, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1979 EN RELACION CON EL 11464-H, DE 13 DE MAYO DE 1980: El primero creó el Fondo de Compensación Financiera en el Banco Central, en el cual se depositarán todos los recursos financieros, excepto títulos y valores de las instituciones que conforman el "sector público no financiero", dentro del cual, por disposición del segundo Decreto, se ubica a RECOPE. 9.- LEY N° 6588 DE 30 DE JULIO DE 1981: Se le otorga competencia al Servicio Nacional de Electricidad, para fijar el precio de venta de los productos de RECOPE, continuando la entidad bajo la fiscalización financiera de la Contraloría General de la República. 10.- LEY DE CREACION DE LA AUTORIDAD PRESUPUESTARIA N° 6821 DE 19 DE OCTUBRE DE 1982: Viene esta Ley a crear ese órgano, cuya función principal es la de emitir directrices de la política presupuestaria del Sector Público; incluso en los aspectos relativos a inversión, endeudamiento y salarios, clasificando, para esos fines institucionales, al Sector Público en: Sector Financiero Bancario, Sector Financiero no Bancario y Sector no financiero, comprendiéndose dentro de éste último a, "las empresas estatales e instituciones de esta naturaleza, como Ferrocarriles de Costa Rica S.A. (FECOSA) y demás instituciones que se crearen en el futuro". 11.- LEY N° 6835 DE 22

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

DE DICIEMBRE DE 1982 -CONOCIDA COMO DE LA ESCALA SALARIAL-: En su artículo 2, agrega un inciso d), al numeral 12, de la Ley de Salarios de la Administración Pública -N° 2166, de 9 de octubre de 1957-, de tal forma que viene a reconocer a los servidores del Sector Público, para efectos de aumentos anuales, el tiempo de servicios prestados en la Administración Pública o en el Estado; atendiéndose al criterio de "Estado patrono único". 12.- ARTICULOS 1, 2 INCISOS 1 Y 2, 3 INCISOS 1 Y 2, 11 INCISO 1, 13 INCISO 1, 111 INCISOS 1 Y 3, Y 112 INCISOS 1 Y 2, DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: Estas normas vienen a establecer, en conjunto, la sujeción que tienen los entes públicos al principio de legalidad y al ordenamiento administrativo... 15.- ARTICULO 2° DE LA LEY SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE LOS SERVIDORES PUBLICOS: En cuanto dispone en su párrafo 2°, que para los efectos de esta Ley, "serán considerados servidores públicos, las personas que en interés o por nombramiento del Estado, sus instituciones y empresas, desempeñen funciones en actividades y compañías que correspondan a la actividad de derecho privado". 16.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA: Dictámenes de la Procuraduría General de la República números C-178-81, C-261-81 y C-255-86, del 17 de agosto y 10 de noviembre de 1981, y 20 de octubre de 1986, respectivamente. En todos ellos se ratifica la clara naturaleza de empresa pública de la Refinadora, por el interés público prevaleciente en ella y por el dominio pleno de su capital social, por parte del Estado. 17.- JURISPRUDENCIA JUDICIAL: Sentencias de la Sala Segunda N°s 58, de 14.30 hrs. del 30 de abril de 1986; 81, 82, 90 y 92, de 9, 9.10, 15.10 y 15.30 hrs. del 5 de julio de 1989; 38, de 9 hrs. del 4 de abril; 68, de 10 hrs. del 6 de junio; 77, de 9.40 hrs. del 8 de junio; 107, de 10 hrs. del 27 de julio; 136 y 138, de 9.20 y 9.40 hrs. del 14 de setiembre; y, 149, de 15.20 hrs. del 3 de octubre; todas estas del año 1990; que han sustentado el criterio de Estado patrono único y, casos concretos, en los que se ha definido la naturaleza pública de empresas del Estado. Además, tiénese a la vista, resoluciones de la antigua Sala de Casación N°s 60, 61, 67, 68, 69, 70 y 71, de 15, 15.30, 15.40, 15.45, 15.50, 16, y 16.15 hrs.; todas del 11 de junio de 1980, en conflictos de competencia dentro de juicios donde intervino, como parte RECOPE y en los que se definió que, a pesar de estar estructurada como empresa mercantil y disponer el artículo 3°, inciso 2°, de la Ley General de la Administración Pública, que se regirá por el Derecho Privado, al tener interés directo en ella el Estado, como dueño de la totalidad de las acciones, califica plenamente como empresa estatal y, por ello, deben dirimirse los asuntos planteados por ella o contra ella, ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (artículos 49 de la Constitución Política y 86 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)... III.- MARCO DOCTRINARIO APLICABLE:

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

1.- CONCEPTO DE EMPRESA PUBLICA: El tratadista español, Eduardo García de Enterría, la define como "empresas organizadas y gestionadas por la Administración con las cuales actúa directamente en el mundo económico de la producción y de los servicios, fenómeno desconocido por el Derecho Administrativo clásico, que más bien sancionaba la incapacidad económica de la Administración y de sus organizaciones por la reserva expresa de dicho mundo a la sociedad" (Curso de Derecho Administrativo: Madrid, Editorial Civitas, 1975, página 234). Por su parte el conocido administrativista costarricense, Eduardo Ortíz Ortíz, con respecto a ellas dice: "... son entidades legalmente destinadas a auto-financiarse, con prescindencia de subvenciones, dotaciones o tributos especiales, a través de su actividad de competencia en un libre mercado. Esta su presunta parificación con el competidor privado dentro del mercado libre obliga a sujetar su organización y/o funcionamiento al derecho mercantil o, excepcionalmente, al civil, en bien de la rapidez, de la competitividad, y, sobre todo, de la libertad de maniobra. Las hay con forma institucional (bancos comerciales del Estado) o con forma de sociedad mercantil (RECOPE o subsidiarias de CODESA); en la primera hipótesis, el régimen mercantil sirve para fines impuestos por la ley orgánica de la institución y, por ello, debe constar de disposición textual, que se sobreponga a su forma institucional, pues, de otro modo, la institución estaría sometida por principio al Derecho Público; en la segunda hipótesis, el régimen mercantil se presume por la forma de organización, según el molde de las sociedades de capital. En ambos casos, por obra de los textos o de la estructura, el régimen de conjunto es el mercantil, salvo regla en contrario..." (Justicia Administrativa Costarricense: cuatro estudios: San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1990, páginas 119 y 120).

2.- DETERMINACION DE LA PUBLICIDAD DE LA EMPRESA CON BASE EN EL CONTROL EJERCIDO SOBRE ELLA POR UNA ADMINISTRACION PUBLICA: En forma abundante tratadistas de diversos países han tratado el tema. Así en Italia, privan las siguientes ideas: "... cuando la empresa sea desarrollada por un ente económico, aquélla, a su vez, será pública en tanto en cuanto esté ligada a otro ente titular de las finalidades públicas conexas con la empresa. Es decir: la

naturaleza pública del ente económico estará en relación con su posición de dependencia respecto de otro ente... o, si se quiere, con su naturaleza instrumental" -pág. 273- "la naturaleza pública de un ente económico no está en relación inmediata con la persecución de un fin público específico, sino con la posibilidad de que aquél sea orientado en tal forma, que su actividad corresponda a los intereses del ente al que pertenece" -pág. 275- (Quien así se expresa es Vittorio Ottaviano, en su artículo "Sometimiento de la Empresa Pública al derecho Privado", en la

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

obra colectiva titulada "La Empresa Pública": Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970). El reputado publicista Giuseppe Guarino, señala por su parte que: "Para que una empresa sea pública, desde un punto de vista sustancial, es ciertamente suficiente que el Estado u otro organismo público conserve el control del mando: empresas sustancialmente públicas son, entonces, también las sociedades por acciones, siempre que la mayoría de éstas y el poder de mandar, aunque sea a través de modos diversos, pertenezcan a órganos o entes públicos" (Pubblico e Privato nella Organizzazione e nella Disciplina delle Imprese, Giuffrè, Milano, 1968, Scritti per Alfonso Tesauro, Vol. 1, página 68). Igualmente en dicha obra, el tratadista Luigi Ferri, elabora un artículo denominado "Impresiones de un jurista sobre las haciendas con participación estatal predominante", y en las págs. 1570, 1575 y 1576 señala: "Para mí no hay duda de que el interés público, esté dentro o fuera, ha tomado y hecho instrumento suyo a la sociedad mercantil, que cesa así de tener como fin o causa el reparto de dividendos, convertido en mero elemento eventual" -pág. 1576- "La pantalla de la sociedad mercantil apenas sirve para encubrir esta realidad, si se tiene presente que, donde exista una "participación prevalente", el instrumento societario cae en manos del Estado y queda sujeto al servicio de sus fines. Decir que puesto que el ente (la sociedad) es privado, también la hacienda sigue siendo privada, es permanecer voluntariamente en la superficie sin profundizar en la realidad del fenómeno, que implica, en sustancia, una ampliación de la esfera pública a expensas de la privada, y, en consecuencia, una restricción del ámbito en que opera la autonomía privada" -pág. 1570-. En España, los diversos tratadistas le dan especial importancia al punto del control que ejerza el Estado sobre la empresa, para darle a la misma el carácter público. Así, los autores Ramón Martín Mateo y Francisco Sosa Wagner, en su obra "Derecho Administrativo Económico", Ediciones Pirámide, Madrid, 1974, págs. 115 y 116, sostienen: "Acotado así el concepto de empresa, es necesario indagar cómo el adjetivo pública modifica el sustantivo al que acompaña. Son muchas las opiniones doctrinarias sustentadas, sin embargo, a nuestro juicio la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público. Precisamente es esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública: en tanto hablaremos de empresa pública, insistimos, en cuanto ésta se halle controlada por el Estado u otro ente público"... "Cuestión aparte de la instrumentación es el fundamento del control, el título o basamento jurídico en que el control se apoya. Para su esclarecimiento debe distinguirse entre aquellas empresas con forma jurídica societaria y aquellas que no revisten esa forma. Para las primeras el fundamento puede

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

encontrarse en la idea de propiedad de las acciones que detenta el ente público, mientras que en las segundas el fundamento habrá que buscarlo en el encuadramiento en la organización estatal. Podría objetarse que también sobre las empresas privadas y, sobre todo, en las condiciones de la actual vida económica, el Estado ejerce un control -piénsese en todo el régimen de intervención administrativa en la industria, que luego se analiza- pero este tipo de control es distinto si a aquél se le caracteriza como una forma de "manejabilidad" que el Estado utiliza sobre sus empresas para adecuar su actuación a los objetivos de la política económica". En el mismo sentido, los tratadistas Eduardo García de Enterría y Miguel Sánchez Morón, en el artículo "Régimen Jurídico de la Empresa Pública en España, en obra colectiva correspondiente al seminario sobre la empresa pública y su régimen llevado a cabo por la Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, págs. 228 y 229, expresan: "la doctrina española y la jurisprudencia son unánimes en declarar que la publicidad de una empresa se determina por el control que sobre ella ejerce una administración pública. Poco importa, pues, el dato de la personalidad jurídica, si se es o no persona o si se tiene o no personificación pública o privada. El control, por lo demás, puede lograrse mediante formas de derecho privado (propiedad o posición mayoritaria en la sociedad) o mediante formas de derecho público (creación de un organismo público o ejercicio de potestades exorbitantes de dirección y control); puede ser directo o indirecto. En resumidas cuentas, toda unidad organizativa que produce bienes y servicios y que está sometida, de cualquier forma, al control de una administración pública constituye, en el derecho español, una empresa pública. Ello significa excluir de dicho concepto las participaciones públicas minoritarias". Concomitantemente en Francia, han predominado los criterios expuestos, según lo revelan los autores D. Linotte y A. Mestre, en su obra "Services Publics et Droit Public Economique, Iltec, París, 1982, pág. 230: "Por mucho tiempo, hubo discusiones doctrinales para determinar el punto a partir del cual una sociedad se convertía en sociedad mixta. La mayoría de los autores estaban conformes en que ello ocurría cuando el ente público era mayoritario hasta tener el control de la sociedad. Recientemente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha decidido optar por esta tesis, dando así por primera vez una definición de lo que es empresa pública. Dos condiciones deben darse conjuntamente para que la empresa entre en el sector público: es necesario que un ente público detente la mayoría de las acciones de la sociedad y que disponga de más de la mitad de los votos en el Consejo de Administración". Por su parte, el también autor francés, Jean Rivero, en su libro "Droit Administratif", París, Dalloz, 1983, en la págs. 507 y 510, acerca de las sociedades mixtas, señala: "Esta asociación (de ente

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

público y particular) se puede llevar a cabo bajo el juego normal del derecho de sociedades: el ente público suscribe acciones, que le confieren derechos como accionista en la asamblea general. Pero en la sociedad anónima, regida por el principio de mayoría, estos derechos no llegan a ser eficaces sino cuando el volumen de acciones en mano permite al ente público imponer su voluntad en la asamblea"... "En realidad la significación de este método (de asociación entre lo público y lo privado) es muy variable: si el Estado se contenta con controlar la gestión desde adentro, el método de economía mixta es simultáneamente una forma de información y de coordinación. Pero desde el momento en que el Estado posee un verdadero dominio de la empresa pública, que no se distingue de las otras estudiadas en el capítulo anterior (totalmente del Estado) sino por la penetración minoritaria del capital privado y por una mayor libertad". Finalmente el reputado autor, Benoit Jeanneau, en su publicación, "Droit des Services Publics et des Entreprises Publiques, Dalloz, París, 1984, en la pág. 47 al tratar el tema de la empresa pública, manifiesta: "La participación pública mayoritaria. Es el segundo rasgo de identificación de una empresa pública: la influencia preponderante, aun si es indirecta, que el Estado o ente público ejerce en el seno de los órganos deliberantes. Se sabe que, tomando en cuenta el derecho común de las sociedades, la jurisprudencia ha considerado como concreción de este criterio la titularidad de la mitad de las acciones más una. Basta al efecto, entonces, que el Estado tenga la mayoría del capital social; y esto directamente por sí o por la intermediación de un establecimiento público (institución pública) o de una sociedad madre. De suerte que de filial en filial el sector público puede extenderse "tan lejos como alcance la cadena de las participaciones mayoritarias directas o indirectas". Finalmente en Latinoamérica, se cuenta entre otras con la autorizada opinión del venezolano, Allan Randall Brewer Carías, quien en su obra "Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1962, pág. 122, refiere: "en la calificación de economía mixta de una sociedad también entran en juego las proporciones respectivas del capital público y privado, exigiéndose generalmente que exista una participación tal que los capitales público y privado compartan la dirección de la empresa. Por tanto, la existencia de una mínima proporción de capital privado en la empresa y, por tanto, de una influencia total del Estado, hará pensar más bien que se está en presencia de una sociedad comercial pública. Al contrario, si la presencia del Estado en el capital representa una mínima proporción, se estará en presencia antes de que en una empresa de economía mixta, en el llamado accionariado del Estado". En nuestro medio, el Profesor Eduardo Ortíz Ortíz, en su obra ya citada, indica: "En todo caso

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la empresa será pública, o lo contrario, por regla general, según sea público, o no, el socio que la controla o dirige, a través del paquete accionario. Si es dueño total de éste un ente público, la empresa será pública, y a la inversa. Si se trata de sociedad mixta, será empresa pública sólo si la domina el Estado u otro ente público socio, lo que no exige necesariamente que la mayoría de

las acciones esté en mano del ente público-socio; puede bastar al respecto una minoría que, por otros factores (ser la mayor de las minorías, inexistencia de mayoría absoluta en manos de un socio, privilegios estatutarios, etc.), resulte dominante de las asambleas correspondientes y, por ello, de la sociedad como un todo" -págs. 120 y 121-. "En síntesis: el interés y el carácter públicos de una empresa-sociedad mercantil pueden provenir fundamentalmente de tres tipos de causas, a saber: dominio de la sociedad por un ente público, normalmente por titularidad de la totalidad o de la mayoría del paquete accionario; fin público legalmente impuesto, a lo que puede equipararse cualquier otra excepción sustancial del régimen mercantil normal introducida por ley, aun en contra del socio público; o privilegios legales derogatorios de este mismo régimen en favor del socio público, que le permitan un dominio sobre los otros accionistas y una dirección de las actividades sociales" -pág. 122-. IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA REFINACION, PROCESAMIENTO Y COMERCIALIZACION DEL PETROLEO Y SUS DERIVADOS: La cláusula tercera de los estatutos sociales de la Refinadora, establece que la sociedad "tendrá, como objeto principal, la refinación y procesamiento de petróleo, gas y otros hidrocarburos, así como sus derivados". Por su parte, la Ley N° 6588 del 30 de julio de 1981, fijó como objetivos de la empresa: "refinar, transportar, comercializar a granel el petróleo y sus derivados, mantener y desarrollar las instalaciones necesarias para ello y ejercer, en lo que le corresponda -previa autorización de la Contraloría- los planes de desarrollo del sector energía, conforme al Plan Nacional de Desarrollo. No cabe duda de que, con vista de esos objetivos, la actividad de procesamiento y comercialización del petróleo y sus derivados, para que nunca falten, debe ser calificada como una actividad económica esencial, en la que el Estado tiene interés y, al ser la misma dirigida hacia los consumidores en general, debe buscarse su realización con los mayores índices de eficiencia y de productividad, lo que se logra mucho mejor bajo la configuración de una empresa mercantil, regida, en ese campo específico por el Derecho Privado, que es más flexible. En otras palabras, al tomar el Estado el control de RECOPE, por mandato de una Ley, en 1974, asumió directamente la prestación de un servicio público que estaba efectuando una empresa privada, pero sin privar a la colectividad de la agilidad ni de la eficiencia propios del empresario

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

particular. Sin embargo, en sus relaciones internas, quedó sujeta al principio de legalidad e incorporada al bloque de instituciones que componen el Sector Público, en su carácter de empresa pública, cuyo capital pertenece, íntegramente, al Estado. A mayor abundamiento, los mismos Tribunales de Trabajo han reafirmado esta tesis, al reputar de servicio público esencial la actividad de RECOPE, a los efectos de calificar un movimiento de huelga en esa compañía.

V.- DEFINICION DE LA NATURALEZA JURIDICA DE RECOPE, S.A.: 1.- EMPRESA PRIVADA: No cabe duda de que la Refinadora al constituirse originariamente, adoptando la figura jurídica de sociedad anónima, se rigió por entero por el Derecho Privado y continuó haciéndolo todavía, cuando en virtud del contrato de protección y desarrollo industrial, N° 53/62, empezó a explotar una actividad económica esencial, a los fines del Estado Costarricense: el procesamiento y comercialización del petróleo y sus derivados. Es a partir del momento en que se da el traspaso de la totalidad del capital accionario, que pasa a manos del Estado, a través de la Ley N° 5508, de 17 de abril de 1974, que la Refinadora adquiere la fisonomía de empresa estatal constituida como sociedad mercantil, para la explotación de la aludida actividad económica esencial. Desde entonces y hasta la fecha, acorde con los criterios doctrinarios y jurisprudenciales esbozados, es calificada como "empresa pública"...

2.- MOTIVOS DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO PARA CONSIDERAR A RECOPE, S.A. COMO EMPRESA PUBLICA: a.- POR LA PROPIEDAD DEL CAPITAL SOCIAL: Ha quedado debidamente clarificado que, a través de la Ley N° 5508, de 17 de abril de 1974, el Estado costarricense adquirió la totalidad de acciones de capital de la Refinadora Costarricense de Petróleo, Sociedad Anónima. Así las cosas, atendiendo a la doctrina citada, RECOPE es una empresa pública, porque su órgano administrativo de máxima jerarquía, se encuentra dominado por el Estado, representado por el Poder Ejecutivo...; de donde resultan las decisiones a tomar y la fijación de las políticas de gestión de la empresa, sin sujeción a la voluntad de otros grupos de control accionario, que ya no existen.

b.- POR EL CONTROL DE MANDO QUE EJERCE EL PODER EJECUTIVO SOBRE RECOPE S.A.: Dado el pleno control del capital social, con que cuenta el Poder Ejecutivo, es éste el que tiene acaparadas las facultades de administración y de dirección de la empresa, con lo que la influencia de los criterios de Sector Público y de la política del Gobierno, en materia económica, salarial y energética, son incuestionables... con lo que se excluye toda participación privada o ajena a los poderes públicos, en la toma de decisiones, amén de la inexistente participación particular en el capital social.

c.- POR LA RELACION DE INSTRUMENTALIDAD EXISTENTE ENTRE EL ESTADO Y RECOPE S.A.: Ha quedado definido que, a través de RECOPE, el Estado costarricense explota una actividad económica esencial y lo hace con un carácter

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de exclusividad -cuasi monopolio-, en el que de no calificar esa empresa como pública, se estaría contrariando el numeral 46 de la Constitución Política. De la información recabada, se desprende que, desde inicios de la década de los años setenta, surgió, en el seno del Gobierno de turno, la inquietud de ubicar en la órbita estatal la actividad de procesamiento y comercialización del petróleo y sus derivados; pero sin crear una nueva entidad estatal que la asumiera, de ahí que imperó la tesis de tomar el control accionario de la empresa privada que la explotaba y que la misma continuara operando la actividad bajo ese mismo esquema. Retomando las palabras del Profesor Eduardo Ortíz Ortíz, vertidas en un estudio inédito por él realizado, sobre las empresas públicas, "una sociedad anónima en la que el Estado o cualquier otro ente público, como..., sea socio único o mayoritario, es necesariamente un ente público, que constituye una empresa pública y que no puede en ningún caso ser catalogada como entidad privada. Esa sociedad se rige por el Derecho Público, en la medida de lo necesario para la realización del fin público que persigue, así como por el Derecho Mercantil cuando así también sea aconsejable en función del mismo fin público".

ch.- POR EL CARACTER DE SERVIDORES PUBLICOS QUE SE LE HA DADO A LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE RECOPE S.A.: Efectivamente, esa categoría les ha sido otorgada por los Tribunales de Trabajo, al exigírseles el cumplimiento del numeral 395, inciso a), párrafo 2º, del Código de Trabajo, en cuanto ordena el agotamiento de la vía administrativa, de previo a interponer, en estrados, un proceso ordinario laboral contra "el Estado o sus instituciones". Además, en cuanto a despidos, la jurisprudencia laboral ha empleado el criterio de juzgar con rigurosidad las faltas cometidas, por formar parte del bloque de instituciones públicas. Igualmente, se ha venido aplicando el criterio de Estado patrono único, para efectos de reconocimiento de la antigüedad en otras instituciones del Sector Público. Finalmente, como dato también relevante, en la "Convención Colectiva de Trabajo, Recope-Sitrapequia, 1980-1982", en la cláusula 143, se dispuso remunerar los viáticos y gastos de transporte de los trabajadores, conforme al Reglamento de Gastos de Viaje y Transporte para Funcionarios o Empleados del Estado, aprobado por la Contraloría General de la República (en cumplimiento del Decreto Ejecutivo N° 7927-H de 12 de enero de 1978). Por otro lado, en la cláusula 146, se pactó que, a los empleados les resultaría aplicable la escala de salarios, establecida en la Ley de Salarios de la Administración Pública.

d.- POR LA APLICACION LA LEY N° 6588 DE 30 DE JULIO DE 1981 Y DEL DECRETO EJECUTIVO N° 7927-H DE 12 DE ENERO DE 1978 Y SU REFORMA POR DECRETO EJECUTIVO N° 14666-H DE 9 DE MAYO DE 1983: Sirve esta normativa para dejar inmersa a RECOPE dentro del marco propio de los entes y de las entidades sujetos al Derecho Público. De esa

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

manera queda ubicada dentro de los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo y de la fiscalización superior, en materia financiera, de la Contraloría General de la República. 6.- POR LA APLICACION DE LOS DECRETOS EJECUTIVOS N°s 8444-T DE 5 DE MAYO DE 1978, 11145-E-OP DE 5 DE FEBRERO DE 1980 Y 10855-H DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1979 EN RELACION CON EL 11464-H DE 13 DE MAYO DE 1980: Por medio de esa normativa se ratifica la naturaleza jurídica de la Refinadora como empresa pública, su ubicación dentro del sector público no financiero y su participación en el Sector Energía integrado por el Poder Ejecutivo. e.- POR LA APLICACION DE LA LEY DE CREACION DE LA AUTORIDAD PRESUPUESTARIA -N° 6821 DE 19 DE OCTUBRE DE 1982-: De acuerdo con la clasificación institucional que formula esa Ley, RECOPE S.A. se encuentra comprendida dentro del "sector público no financiero" y, por ende, sujeta a todos los lineamientos y directrices formulados por la Autoridad Presupuestaria, pues su actividad no es típicamente financiera, sino de procesamiento y comercialización del petróleo y sus derivados -aunque bien se conoce la práctica estatal reiterada de tomarla como entidad de crédito, para solventar los apuros financieros del Gobierno, lo que se hace por actos administrativos o por "normas atípicas"-. Esa clasificación institucional ha venido siendo repetida, entre otras, por la Junta Directiva

del Banco Central de Costa Rica -véase La Gaceta No. 30 del martes 12 de febrero de 1991 en sus págs. 22 y 23-, donde se ubica a RECOPE en el Sector Público, concepto éste mucho más amplio que el de Estado -que emplea la Constitución Política-, o el de Administración Pública -que utiliza la Ley General de la Administración Pública-. Por cierto, que esta última normativa, de carácter general, resulta implícitamente modificada por la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, en cuanto posterior y especial, de ahí que deba adecuarse la aplicación tajante del artículo 3°, inciso 2°, de aquélla, en cuanto excluye de la aplicación del Derecho Público a las empresas estatales constituidas como sociedades mercantiles, calificando entonces, para todos los efectos, a sus empleados y funcionarios, como servidores públicos y, a la entidad, como empresa pública. f.- POR LA APLICACION DE LA LEY N° 6835 DE 22 DE DICIEMBRE DE 1982: Esta Ley, que tuvo como antecedente la Ley General de la Administración Pública y la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, en cuanto a la unificación del concepto de Estado, viene a plasmar, normativamente, la teoría que la doctrina, y nuestros Tribunales Laborales, habían dado en llamar "Estado: patrono único"; por medio de la que se tiene al Estado como un único empleador, para el reconocimiento de la antigüedad laborada (Véase sentencia N° 1388, del Tribunal Superior de Trabajo, dictada el 3 de noviembre de 1958 y el fallo de la antigua Sala de Casación, N° 95 del 6 de

agosto de 1975). Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 6835, conocida como de "la escala salarial", el concepto de "Estado: patrono único", es reforzado con la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público -Ley N° 6955 de 24 de febrero de 1984-. La vigencia de ese marco normativo, apreciado en conjunto, hizo que el concepto de Estado, empleado por la jurisprudencia, se ampliara al de Administración Pública, hasta llegar, finalmente, al actual de Sector Público". Así las cosas, la Sala, avala la tesis del estudio rendido por el Magistrado Alvaro Fernández Silva, que otorga naturaleza jurídica de empresa pública, a la Refinadora Costarricense de Petróleo, Sociedad Anónima, a la que se le ubica, institucionalmente dentro del Sector Público no financiero, calificando a sus empleados y a sus funcionarios, para todos los efectos, como servidores públicos."⁸

b. Iniciativa Municipal para constituir Sociedades de Economía Mixta

"En la sociedad mixta se unen el sector público y el privado, para alcanzar, conjuntamente, un objetivo económico. Lo característico de estas empresas es la participación de ambos sectores, tanto en la propiedad del capital social como en la gestión de la empresa.

En la actualidad, se ha acuñado un concepto más amplio de sociedad mixta, en el cual se incluyen no sólo las alianzas entre el sector público y privado, sino también entre sujetos de éste último, por lo que las sociedades de economía mixta, también conocidas como join-venture, son definidas como: '...el desarrollo de una actividad empresarial de forma conjunta y a priori de manera temporal entre socios que comparten el capital. Los motivos fundamentales por los que compañías deciden crear una sociedad mixta son: *La transferencia de tecnología o el desarrollo en común de un nuevo proceso o producto. *Soslayar los contingentes y otras restricciones a las importaciones. *Aunar esfuerzos y competencias para alcanzar unos logros que no se podrían obtener de forma separada. *Compartir costes y riesgos- *Adquirir recursos que no están disponibles en el mercado'.

Algunos autores hacen una distinción entre empresas mixtas públicas y mixtas privadas. Señala la Licda. Valverde Kooper, al respecto:

'En Italia se le considera privadas, en Alemania e Inglaterra se le reconoce status público y en Francia se resuelve caso por caso, que parece ser el criterio más adecuado, dada la diversidad de modalidades. Un criterio importante es el régimen de privilegio que ostenta el Estado frente a los demás socios, independientemente de su participación social. Ahora bien,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

normalmente si tal participación es mayoritaria, el Estado asume ciertos privilegios (en cuanto a la integración de los órganos en cuanto al poder de decisión) que inclina la balanza hacia la publicación de la entidad. El mejor ejemplo lo constituye CODESA a la que la jurisprudencia nacional considera parte de la Administración Pública'.

Sobre este mismo aspecto, el Dr. Mauro Murillo expresa:

'Una desnaturalización de la sociedad se produce ciertamente cuando la administración es propietaria de la totalidad del paquete accionario. La presencia de socios privados se considera indispensable con el objeto que no se desvirtúe el fin de la sociedad'.

De acuerdo con la legislación vigente las corporaciones municipales están autorizadas para constituir sociedades públicas de economía mixta, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1.- Independientemente del esquema organizativo que adopte la sociedad mixta, el cual, por lo general, es el de la sociedad anónima, este tipo ente serán siempre de naturaleza pública, toda vez que el legislador se inclinó por esta opción atendiendo al criterio del control del ente público sobre el capital de la empresa. Sobre el particular, las palabras de Dr. Mauro Murillo resultan pertinentes:

'Un tratamiento aparte merecen las empresas públicas, especialmente las configuradas como sociedad anónima, que son las que usualmente se entienden como tales. Estas sociedades son empresas públicas cuando el capital accionario es propiedad de entes públicos, en su totalidad o en su mayoría. Lo que interesa es entonces el control de la empresa por parte del sector público, mediante el mecanismo de la propiedad accionaria.

Se supone que una sociedad anónima, constituida como tal conforme al Código de Comercio, es por principio un ente privado. En nuestro medio se encuentran empresas públicas que no son reguladas por ley (como las subsidiarias de CODESA), otras autorizadas a crearse como sociedades bajo reglas especiales (como ASBANA); otras afectadas, posteriormente a su creación, por ley especial (RECOPE, ZONA FRANCA) y otras creadas directamente por ley (CODESA)...'. '...La practica ha sido muy variada, pero predomina la tendencia a entendernos como entes públicos, normalmente no estatales. Se ubican como no estatales solo para, por supuesto, no someterlo a una legislación más rigurosa... De toda suerte su ubicación como públicos es muy dudosa. Más lógico resulta ubicarlos como entes privados, aunque sometidos a regulaciones especiales'.

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

También la Procuraduría General de la República ha seguido el criterio del control de los entes públicos sobre el capital de la empresa, para calificar a una entidad organizada bajo las figuras privadas como empresa pública. En efecto, en el Dictamen C-080-86 indicamos:

'Como puede observarse, si bien en principio el derecho privado regula la actividad de las empresas públicas o estatales, es lo cierto que el legislador ha considerado oportuno y conveniente establecer disposiciones tendientes a dirigir y fiscalizar su funcionamiento. Ello hace, por ejemplo, que queden sujetas a las directrices de la Autoridad Presupuestaria, incluso en los aspectos relativos a inversión, endeudamiento y salarios. De este modo, en el caso que nos ocupa, a tenor de lo preceptuado por el artículo 2º inciso c), en concordancia con el 15 de la Ley N° 6821 de 19 de octubre de 1982, Fertilizantes de Centro América S.A., como empresa estatal, forma parte del sector público no financiero...'

Por su parte, en el Dictamen C-063-96 del 3 de mayo de 1996 expresamos:

'En razón de su actividad, BICSA está regida por el Derecho Comercial y más aún por el Derecho del país en donde se constituyó y ejerce primordialmente sus operaciones. Desde esa perspectiva, es una sociedad anónima de nacionalidad extranjera y sujeta, por ende, al ordenamiento extranjero. El régimen de su actividad es, pues, de Derecho Privado, igual que lo es el régimen de su organización, sea el de sociedad anónima.

Esta sujeción a un régimen de actividad y de organización de Derecho Privado, ha determinado que algunos de los Bancos consideren que BICSA BAHAMAS es una empresa privada. Empero, esa conclusión deja por fuera un aspecto importante cuál es el de la propiedad de la sociedad y los criterios en orden a la determinación del carácter público o privado de una empresa, que no son extraños a nuestro ordenamiento. Al respecto, tenemos que la Corporación es propiedad exclusiva de los Bancos del Estado y de la Junta Liquidadora del Banco Anglo, sea el capital social pertenece en su totalidad a entidades públicas, quienes ejercen, en razón de esa titularidad del accionariado, el control absoluto sobre las decisiones de la empresa. Tenemos, así, una persona jurídica cuyo capital social no solo en su mayoría sino en su integridad es dominado por entes públicos; de lo que se sigue un dominio en la Junta Directiva que dota a los socios públicos de un poder preponderante, mejor dicho absoluto, de decisión o de gestión sobre la entidad. Son estos elementos (cfr. M, DURUPTY: Les entreprises publiques, I, PUF, 1986, pp. 210-211, D, LINOTTE-A, MESTRE: Services publics et Droit Public Economique, I, Litec,

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Paris, 1982, p. 230) los que doctrinariamente determinan que una empresa pueda ser calificada de pública, aún cuando se esté en presencia de una persona de Derecho Privado. Sencillamente, no existe una identidad necesaria entre la naturaleza jurídica, pública o privada, de un ente y su personalidad jurídica. Esta puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado, según la organización y régimen que se le dé a la empresa. Lo importante es el hecho de que aún cuando se trate de una persona de Derecho Privado, por ejemplo, una sociedad anónima, la empresa puede ser pública si se dan los elementos definidores antes señalados (Cfr. A. De LAUBADERE: *Droit Public Economique*, Dalloz, 1983, p. 668; E, GARCIA DE ENTERRIA-T, FERNANDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1989, p. 415 y E, GARCIA DE ENTERRIA- M, SANCHEZ MORON: 'Régimen jurídico de la Empresa Pública en España', *La empresa pública y su Régimen*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1981, pp. 228-229). Permítasenos, sobre estos aspectos, las siguientes transcripciones:

'...la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público. Precisamente es sólo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública, en tanto hablaremos de empresa pública en cuanto ésta se halle en su gestión mediatizada por el Estado u otro ente público'. SOSA WAGNER: *La organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, 1971, pp. 77-78, citado por E, RIVERO YSERN: 'Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas'. *Revista de Administración Pública*, N. 86-1978, p. 36.

'El tratamiento tradicional y predominante en la doctrina es la consideración de la empresa pública como un ente de Derecho privado, como hemos puesto de manifiesto. Ello venía provocado por la confusión entre naturaleza del ente y régimen de su actividad, que también denotaba nuestro Derecho positivo. Pero existe otro factor que ha influido, a nuestro juicio, en la configuración de la empresa pública como ente de Derecho privado, y este factor ha sido la crisis profunda que el intervencionismo económico ha originado en la organización administrativa tradicional.

(....)

La capacidad de personificación del Estado, que se va a plasmar fundamentalmente en las empresas públicas, da al traste con este esquema organizativo, adecuado para satisfacer los fines públicos tradicionales.

(....).

Este planteamiento, a mi juicio, está absolutamente desfasado, y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

como en otras ocasiones, autores, si bien los menos, han denunciado la situación, pronunciándose por el carácter de entes públicos respecto de las empresas públicas', E, RIVERO YSERN: 'Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas'. Revista de Administración Pública, N. 86-1978, p. 40.

Conforme los criterios antes señalados, existirá una empresa pública aún cuando el capital social no esté en su totalidad dominado por el ente público, a condición de que éste domine la mayoría de ese capital. BICSA es una empresa propiedad absoluta de los entes públicos'.

Por su parte, en la O.J. 050-96 del 30 de julio de 1996 aclaramos que:

' la naturaleza de empresa pública no incluye la aplicación del régimen jurídico de la organización y de la actividad de BICSA propios del resto de los entes públicos y, por ende, no implica que deban serle aplicables las disposiciones relativas a los bancos públicos del Estado. Se opone a dicha asimilación la personalidad jurídica de BICSA CORPORATION y particularmente, la circunstancia de que se trata de una empresa -ciertamente propiedad de los bancos estatales- constituida en otro país y conforme las normas que rigen la constitución de los bancos en ese ordenamiento'.

Si bien es cierto que no ha existido intersubjetividad sobre el concepto de empresa pública entre los estudiosos que se han ocupado del tema, entendiéndose de empresas mixtas, en las que existe una participación de un ente corporativo municipal, el legislador las clasifica como sociedades públicas. Aunque el término de sociedades públicas no es el mejor, lo cierto del caso es que, no cabe duda, de que el legislador, independientemente de la forma organizativa que adopte la entidad, optó por calificarlas de pública.

Con base en lo anterior, las municipalidades están autorizadas a constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su participación en la sociedad sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social(14), con lo que se da la condición de empresa o sociedad pública(15), o tengan el control de la gestión, aunque su participación sea la de un socio minoritario, cumpliéndose, de esta forma, con el primero, de varias requisitos, que exige el legislador para conformar este tipo de sociedad.

2.- La segunda condición que se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico para constituir este tipo de entidad, es que el objeto de la sociedad debe estar referido a la obtención de los

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

finances que debe cumplir el ayuntamiento. Dada la naturaleza de las municipalidades, entes territoriales de base corporativa, su competencia se circunscribe a la prestación de los servicios públicos locales con el fin de satisfacer, de forma oportuna y adecuada, los intereses de los munícipes. No en vano, el artículo 169 de la Constitución Política, le atribuye a la corporación municipal la administración de los servicios locales del cantón. Asimismo, el artículo 3 del Código Municipal reproduce la norma constitucional, mientras que el artículo 1, concibe al gobierno municipal como el instrumento del municipio para promover y administrar los intereses de los vecinos residentes del respectivo cantón. El Tribunal Constitucional, en los votos números 2237-96 y 2238-97, al respecto indicó lo siguiente:

‘...según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra interferencia que sea incompatible con el concepto de ‘lo local’.

Desde esta perspectiva, el objeto de la sociedad mixta no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

3.- Otro aspecto, no menos importante, es que el radio de acción de la sociedad, es decir, su domicilio y su ámbito de actividad, necesariamente, estaría circunscrito al territorio del cantón de la municipalidad respectiva. Desde esta perspectiva, la actividad principal de la entidad tendría que realizarse dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal.

No se puede perder de vista que, el artículo 3 del Código Municipal, señala que la jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón respectivo, por lo que la sociedad mixta que se formara debería estar sujeta a la misma limitación. Además, como indicamos en el punto dos, el objeto de la sociedad ha de ser coincidente con los fines del municipio, sea la administración de los intereses y servicios locales.

4.- Un último asunto que regula el Código Municipal para conformar una sociedad mixta, lo constituye la exigencia de que la iniciativa es exclusiva del Alcalde municipal. Al Concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz, es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde municipal.”⁹

FUENTES CITADAS:

- 1 BATALLA, Elvira. Las Entidades de Derecho Público en el Artículo 49 de la Constitución Política. *Revista de Ciencias Jurídicas* (No. 45): pp. 135, San José, setiembre-diciembre 1981.
- 2 MAISCH Von Humboldt, Luvrecia. Sociedades de economía mixta. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1973. pp. 31-33.
- 3 MAISCH Von Humboldt, Luvrecia. Sociedades de economía mixta. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1973. pp. 35-36.
- 4 GORDILLO A., Agustín. Empresas del Estado. Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1966. pp. 114.
- 5 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, 7 de noviembre de 1949.
- 6 Ley Número 6227. Costa Rica, 2 de mayo de 1978.
- 7 Ley Número 7333. Costa Rica, 5 de mayo de 1993.
- 8 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 292-1997, de las diez horas del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y siete.
- 9 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. 59 del dos de febrero de dos mil cinco.