



La personalidad jurídica del Estado y su capacidad de derecho público y privado

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Administración Pública.
Palabras Clave: Principios generales, Sometimiento de la AP al Derecho Privado, Tipos de empresa pública, Doble capacidad de la Administración, Capacidad de Derecho Privado.	
Fuentes: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 19/03/2014.

El presente documento contiene normativa, doctrina y jurisprudencia sobre la capacidad de derecho público y de derecho privado que posee el Estado. Se citan los primeros tres artículos de la Ley General de la Administración Pública, seguido de doctrina que explica estas dos cualidades del Estado y por último tres extractos de sentencias en los cuales se detalla el tema en cuestión.

Contenido

NORMATIVA.....	2
Principios Generales	2
DOCTRINA.....	2
1. B) Tipología.....	2
1. La distinción entre personas jurídicas públicas y privadas.....	2
2. Algunas tipologías problemáticas de personas jurídicas públicas.....	4
2. D) El sometimiento de la Administración pública al Derecho privado	5
3. 4.3 Función de la administración pública.....	7
4.4 Derecho público y doctrina relativa a la personalidad del Estado	8
4. 2. Administración Privada (pág.165).....	11
III. Derecho Positivo, Derecho Público, Derecho Privado (págs. 177-181).....	11
5. B.5.- Empresas Públicas.....	14
a) Empresa pública-ente de derecho público	16
b) Empresa pública-órgano público.....	17
c) Empresa pública-ente de derecho privado.....	18
JURISPRUDENCIA.....	22
1. Doble capacidad de la Administración Publica	22
2. Instituto Nacional de Seguros: Naturaleza jurídica y capacidad de derecho privado para actuar con respecto a los contratos	29
3. Capacidad de la administración: Análisis sobre capacidad de derecho público y capacidad de derecho privado en relación con sus implicaciones jurídicas.....	30

NORMATIVA

Principios Generales

[Ley General de la Administración Pública]ⁱ

Artículo 1º.-

La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con **personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado**.

Artículo 2º.-

1. Las reglas de esta ley que regulan la actividad del Estado se aplicarán también a los otros entes públicos, en ausencia de norma especial para éstos.
2. Las reglas que regulan a los otros entes públicos no se aplicarán al Estado, salvo que la naturaleza de la situación requiera lo contrario.

Artículo 3º.-

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.

DOCTRINA

1. B) Tipología

[Santamaría]ⁱⁱ

1. La distinción entre personas jurídicas públicas y privadas

Hablar, como hemos hecho hasta ahora, de personas jurídicas públicas supone dos cosas bastante obvias en apariencia: primera, que si hay personas jurídicas públicas, ha de haber por fuerza otras que no lo son (esto es, que son personas jurídicas privadas); y segunda, que si se emplea esta clasificación, debe existir algún criterio que permita distinguir unas y otras. Dicho de manera más pragmática, debe haber algún criterio que, ante algún supuesto dudoso, permita concluir con seguridad si estamos ante una persona jurídica pública o privada.

a) La referencia a los supuestos dudosos es clave. Una pregunta como la que acabamos de formularnos era impensable en el siglo xix, en el que el elenco de personas públicas era tan corto como notorio: el Estado, las provincias y los municipios. Las dificultades comenzaron cuando, desde el último tercio del citado siglo, comenzaron a surgir nuevos tipos de entidades que, de una u otra forma, eran distintas de las «clásicas» antes citadas; entidades que se presentaban como públicas, pero que iban incorporando paulatinamente elementos hasta entonces considerados típicos de las personas jurídicas privadas hasta casi borrar todos los factores de diferenciación que hasta entonces podían manejarse: el criterio de la forma o vestidura jurídica, el criterio de la tenencia o no de potestades de

autoridad, o el criterio del régimen jurídico aplicable. La mezcla ha dado lugar a resultados desconcertantes:

i) Las consideradas habitualmente como personas jurídicas públicas se constituyen bajo formas públicas de personificación, esto es, inexistentes en el mundo privado (p. ej., los municipios, las Comunidades Autónomas, los organismos autónomos); pero el criterio entró en crisis desde el momento en que los Estados comenzaron a constituir, como entes propios, organizaciones que adoptaban una forma privada (p. ej., las sociedades mercantiles propiedad del Estado, de una Comunidad Autónoma o de un municipio, o las fundaciones públicas).

ii) De modo correlativo, las que se tienen normalmente por personas jurídicas privadas, se constituían habitualmente en forma privada; pero otras se crearon y organizaron bajo formas públicas (p. ej., los Colegios profesionales, las Comunidades de regantes, las Cámaras de Comercio, las Juntas de Compensación urbanística, etc.).

iii) La tenencia de potestades de autoridad era considerada como un rasgo característico y exclusivo de las personas públicas, hasta que los Estados comenzaron a atribuirlos a personas jurídicas de composición privada (como los ya citados Colegios profesionales, que son agrupaciones de personas privadas, o las Cámaras de Comercio, agrupaciones de empresas mercantiles).

iv) Las personas públicas se venían regiendo mayoritariamente por el Derecho administrativo; pero incluso las más característicamente públicas han pasado a regirse, en proporciones cada vez mayores, por el Derecho privado (p. ej., celebran contratos privados, civiles, mercantiles o laborales). Y, correlativamente, también devino inexacta la suposición de que las personas jurídicas privadas se regían exclusivamente por el Derecho privado: la creciente intervención pública ha hecho que múltiples empresas tengan disciplinada buena parte de su actuación por normas de Derecho público (en ocasiones, de forma muy intensa, como sucede con las entidades de crédito o las empresas del sector eléctrico).

v) Y, por fin, han hecho aparición supuestos realmente límites, cuya calificación es punto menos que imposible: por ejemplo, empresas privadas (porque su capital lo es total o mayoritariamente) que, sin embargo, ostentan y ejercen auténticos poderes y responsabilidades públicas (como sucede con las llamadas entidades de acreditación y de normalización industrial, o con los gestores técnicos del sistema eléctrico y gasista), pero cuya sujeción al Derecho público o al privado es en muchas ocasiones incierto.

b) Toda esta complejísima realidad lleva a la inevitable conclusión de que el interrogante acerca del factor de diferenciación entre entes públicos y privados no es más que una pregunta mal planteada y, por tanto, sin sentido. Carece por completo de utilidad preguntarse si una determinada persona jurídica es pública o privada, porque de tal calificación no se derivaría una consecuencia jurídica nítida. Lo único que realmente importa (y es la única pregunta que cabe razonablemente hacerse) es la de cuál sea el concreto régimen jurídico, público o privado, por el que se rige cada una de las actividades y de las concretas relaciones jurídicas que un ente cualquiera desarrolla o mantiene; un régimen jurídico que nunca es monolítico, por cuanto, en la práctica totalidad de los casos, parte de la actividad de cualquier ente se rige por el Derecho público, y parte por el Derecho privado. No tiene sentido, así, preguntarse si un Colegio profesional, p. ej., es una persona jurídica pública o privada, sino si sus bienes o sus contratos se rigen por el Derecho administrativo o el Derecho privado, y cuáles de sus actividades típicas se hallan sometidas a una u otra rama del Derecho.

2. Algunas tipologías problemáticas de personas jurídicas públicas

Por razones semejantes a las que acabamos de describir en el anterior epígrafe, carecen hoy de utilidad otras distinciones duales entre distintos tipos de entes públicos (dejando ya a un lado los privados) que tuvieron una gran aceptación hasta mediados del siglo pasado.

a) Así ocurre con la distinción entre personas jurídicas de carácter corporativo y fundacional. Cuando, a principios del siglo xx, aparecieron los hoy llamamos organismos autónomos, la doctrina apeló a esta tipología clásica del derecho civil para distinguirlos de las entidades públicas clásicas: estas últimas serían entidades corporativas, en cuanto integradas por personas físicas (los ciudadanos del Estado, los vecinos de un municipio), en tanto los organismos autónomos serían calificables como entidades de naturaleza fundacional o institucional, al haber sido creados como patrimonios separados destinados al cumplimiento de un fin determinado (como una fundación privada).

No pasó mucho tiempo hasta que la doctrina se percató de la incoherencia que suponía aplicar una distinción típica del Derecho privado a realidades tan ajenas como las administrativas. Resultaba dogmáticamente insostenible meter en el mismo saco a municipios y sociedades mercantiles, por ejemplo, dadas las más que ostensibles diferencias entre unos y otras (dado el carácter contractual de las segundas, inexistente en los municipios, y la inexistencia de los miembros de éstos a una cuota patrimonial en caso de disolución, como sucede en las sociedades). Y, por otra parte, resultaba problemático admitir que cuando una parte de una entidad corporativa pública (la Administración del Estado, p. ej.) se desgajaba de la misma para crear un organismo autónomo, éste cambiaba de naturaleza jurídica, pasando de ser parte de un ente corporativo a convertirse en fundacional.

La distinción, por ello, fue finalmente abandonada, por más que continúe empleándose en el lenguaje coloquial de forma puramente aproximativa.

b) Y algo similar sucedió con la distinción de las personas públicas en entes territoriales y no territoriales, la cual surge, dentro de la doctrina alemana del siglo xix, en un intento de superar las dificultades que, como acabamos de ver, se derivaban de la aplicación del concepto de entes corporativos a las personas públicas clásicas. Partiendo, pues, de la base corporativa o asociativa del Estado y de los municipios, parecía indispensable acuñar una subcategoría dentro del género de la corporación, la cual se intentó identificar mediante el elemento del territorio: frente a lo que ocurre con otras personas jurídicas, se decía, el territorio es, para el Estado y el municipio, un elemento fundamental, una parte constitutiva de su misma esencia o estructura, por lo cual se entendió que debían ser considerados como entes o corporaciones territoriales; y de esta forma se calificaron, correlativamente, como entes no territoriales aquellos constituidos para el desempeño de una función pública concreta y específica, sin atención a un territorio.

El concepto de ente territorial fue, sin embargo, objeto de una crítica decisiva por los miembros de la escuela de Viena (Radnitzky, H. Kelsen y W. Henrich), que pusieron de relieve que el territorio no podía ser considerado jurídicamente como un elemento estructural del Estado, el cual, según esta doctrina, no es otra cosa que el ámbito espacial de validez de un orden jurídico, o el límite físico para el ejercicio de las competencias propias de cada ente. Las competencias de todo ente público, cualquiera que sea su naturaleza, se ejercen sobre un territorio determinado y, en concreto, sobre las personas que se hallan en dicho territorio. No cabe, pues, en términos lógicos, que un ente no tenga delimitado un ámbito físico para el ejercicio de sus competencias; el territorio juega, por

ello, una función idéntica respecto de todos los entes públicos, por lo que la distinción carece de validez.

Sin perjuicio de esta crítica, que es difícilmente rebatible, la distinción entre entes territoriales y no territoriales, pese a sus evidentes imperfecciones, ha seguido empleándose por la generalidad de la doctrina: no sólo por inercia, sino porque la clasificación, aunque errónea en sus fundamentos, alude a una diferenciación enteramente necesaria. En efecto, es necesario distinguir, como de inmediato vamos a hacer, entre un conjunto de entes políticos primarios (los que se califican usualmente de entes territoriales) y los restantes (entes no territoriales, que mejor debían calificarse de entes instrumentales): lo que ocurre es que el criterio distintivo, en base a la esencialidad o accidentalidad del territorio, está evidentemente mal seleccionado. Por ello, como ha señalado la doctrina, no hay inconveniente en seguir utilizando esta clasificación, que tiene la gran ventaja de estar consagrada en los usos lingüísticos, siempre que se tenga conciencia de la imperfección del criterio diferenciador original y de que las notas distintivas entre los conjuntos de entes a que alude son, hoy, otras diversas.

2. D) El sometimiento de la Administración pública al Derecho privado

[Entrena]ⁱⁱⁱ

La circunstancia de que las Administraciones públicas actúen normalmente sometidas al Derecho administrativo no es obstáculo para que, de forma instrumental, utilicen en ocasiones el Derecho privado, por más que en nuestros días tal forma de proceder ofrezca especiales características, que han suscitado la preocupación de la doctrina.

a) Tradicionalmente, en efecto, cuando la actividad administrativa no se dirigía, de forma directa, a la satisfacción de finalidades públicas, se sujetaban al Derecho privado: así ocurría, por ejemplo, con los actos y contratos de utilización y enajenación del patrimonio privado.

Tal forma de proceder se acentúa como consecuencia de la irrupción pública en el campo económico, en virtud del fenómeno de las nacionalizaciones. El Estado se convierte para ello formalmente en comerciante, mediante la creación de Sociedades mercantiles con capital exclusivamente público o de economía mixta. Se pudo decir por ello que se expropiaron a los capitalistas no sólo sus empresas, sino también sus métodos. En tal sentido, la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958 —hoy derogada—, reguló las Empresas Nacionales, consistentes en entidades de Derecho privado creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas, al objeto de procurar a la Administración una libertad de movimientos difícilmente conciliable con las normas más formalistas del Derecho administrativo. Y la Ley General Presupuestaria (TR de 23 de septiembre de 1988) y la LOFA-GE coinciden en disponer que las sociedades mercantiles estatales se rigen, cualquiera que sea su forma jurídica, por el Ordenamiento jurídico privado, salvo las singularidades que en ellas se establecen (arts. 6.2 y Disp. Adic. 12.a, respectivamente).

Este mismo objetivo es el que se halla presente en las nuevas manifestaciones de la técnica de que se trata, cuya singularidad consiste" en que ahora se acude al Derecho privado sin

utilizar formas mercantiles, siendo la propia organización administrativa, centralizada o descentralizada, la que somete su actividad a aquel sector del ordenamiento jurídico o gestiona sus obras o suministros encomendándolos a sociedades mercantiles. El fenómeno se generalizó en la Ley General Presupuestaria, cuyo artículo 6.1.6) incluía bajo la genérica y ambigua rúbrica de las Sociedades estatales, además de a las tradicionales Empresas Nacionales, a las Entidades de Derecho público que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado. Hoy tiene su marco general en la LOFAGE, que, dentro de los Organismos públicos, distingue entre los Organismos autónomos, que se rigen por el Derecho administrativo (art. 45.1) y las entidades públicas empresariales, que se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en dicha Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria (art. 53.2).

Ningún ejemplo es tan expresivo de esta novedad organizativa como la creación en la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1991, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a la que corresponde desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para que el sistema tributario estatal se aplique con generalidad y eficacia a todos los contribuyentes, mediante los procedimientos de gestión, inspección y recaudación tanto formal como material, que minimicen los costes indirectos derivados de las exigencias formales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Dicha Agencia, en el desarrollo de sus funciones públicas de gestión, inspección y recaudación, actúa sometida al Derecho administrativo, mientras se somete al Derecho privado en lo que concierne a la contratación y al régimen de su personal, incluida la selección.

b) La aplicación del Derecho privado a la actuación de servicios que tradicionalmente habían integrado la columna vertebral de la Administración ha suscitado la preocupación y, en ocasiones, la crítica airada de un sector de la doctrina, que cree ver en la huida del Derecho administrativo un auténtico intento de fuga del Derecho. Frente a ello se pretende en ocasiones la existencia de una reserva constitucional de Derecho administrativo y, en consecuencia, la inconstitucionalidad de las nuevas manifestaciones del apartamiento de la Administración de esta rama del Derecho.

Pese a tan extremas posturas, entiendo que, sí bien es cierto que los objetivos que confesadamente se trata de alcanzar tal vez podrían haberse obtenido mediante la modernización y agilización del Derecho administrativo, y que el carácter novedoso e inmaduro de los nuevos planteamientos puede conducir a situaciones de perplejidad y confusión poco beneficiosas para el interés público y para la salvaguarda de los derechos de los particulares, en modo alguno cabe deducir del sometimiento instrumental, de la Administración al Derecho privado, cuando la Ley así lo establece, una auténtica quiebra del principio de legalidad.

En primer lugar, como base de partida, porque los Organismos de que se trata, al igual que los ciudadanos y los poderes públicos, están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). Y precisamente en aquélla figuran una serie de normas y principios (en particular, arts. 103 y 149.1.18.a) que no pueden ser obviados por el legislador en virtud de lo que Borrajo Iñesta ha calificado como el camaleonismo administrativo.

Además, la aplicación del Derecho comunitario europeo no puede verse desviada ni obstaculizada por las distintas formas jurídicas que adoptan los sectores públicos nacionales, según ha establecido en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia.

Por otra parte, como antes indiqué, la LRJPAC somete a sus preceptos el ejercicio de potestades administrativas por las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas (art. 2.2), y prescribe que, cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños causados por el personal que se encuentre a su servicio, al mismo tiempo que unifica el procedimiento de exigencia de responsabilidad y atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia sobre el particular (art. 144). En fin, debemos subrayar con Borrajo Iniesta que quien maneja caudales públicos, por más que se someta al Derecho privado, no aparece ante la ley como quien gestiona propiedades privadas, sea cual sea su status subjetivo: así, la Ley de Sociedades Anónimas impone a los administradores el deber de desempeñar el cargo «con la diligencia de un ordenado empresario de un representante legal» (art. 127); el Código civil somete a obligaciones específicas a quienes llevan negocios por cuenta de otros y obliga al mandatario a responder de sus actos tanto por dolo como por culpa (arts. 1.718 y 1.726), y el Código de Comercio dispone que los comisionistas deben hacer lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio cuidando del negocio como propio (art. 255).

c) En conclusión cabe sostener que, si bien la novedad del fenómeno descrito y la vaguedad de su regulación pueden conducir a situaciones perjudiciales para el interés público y para la defensa de los derechos de los particulares, en modo alguno puede deducirse del sometimiento al Derecho privado de un sector de la Administración, por muy cualificado que sea, la exención del mismo de la sujeción a la Constitución y al resto de Ordenamiento jurídico. De la misma forma que hay que seguir manteniendo que los supuestos apuntados continúan siendo excepciones —ciertamente importantes y problemáticas— al principio del sometimiento de la Administración, como norma, al Derecho administrativo.

3. 4.3 Función de la administración pública

[Hauriou]^{iv}

Si tenemos instituciones administrativas y si, tal vez, tengamos más que éstas, si la administración pública se deja gradualmente imbuir por la convicción de que su función es la de ordenar y dar vida a las instituciones, una vieja concepción de nuestro derecho público va a desaparecer: la de que el Poder Ejecutivo tiene como única misión asegurar la aplicación de las leyes. Esta fórmula de la aplicación de las leyes, que hoy nos parece pobre y vacía, estuvo llena de sentido hace 100 años. Tras la tabla rasa que la revolución supuso fue necesario asegurar a cualquier precio la aplicación de las leyes, pues se crearon muchas nuevas organizaciones que no se hallaban arraigadas en las costumbres y se apoyaban, por tanto, exclusivamente en la ley; de otra manera, todo se hubiera derrumbado. La sanción del juez no hubiera sido lo suficientemente enérgica; era necesaria la decisión rápida, la medida general, la precaución preventiva, que sólo podía proporcionar la ejecución por vía administrativa.

Pero, a fuerza de durar, el nuevo régimen se ha instituido. A medida que sus organizaciones, creadas a golpe de decreto, penetraban en las costumbres, la vía administrativa se hacía menos necesaria para asegurar la aplicación de las leyes orgánicas. Las autoridades administrativas continúan promulgando reglamentos, pero éstos se ejecutan cada vez menos con medidas de policía y cada vez más mediante demandas

judiciales. Las nuevas leyes —las del derecho público—, para asegurar su propia aplicación, crean delitos especiales que permiten ser sometidos directamente a los tribunales; aquellas leyes que no han tomado esta precaución nos parecen imperfectas, La ejecución directa de la ley por vía administrativa es algo que ha existido, pero que ahora nos hiere como un anacronismo. La ley no tiene necesidad de esta sanción, pesada y peligrosa, porque está sostenida por las mismas instituciones a las cuales se aplica.

En lo sucesivo, la administración no tendrá que asegurar la aplicación de las leyes por medio de medidas administrativas más que en el ámbito de sus propios servicios. En su aplicación a los ciudadanos, el juez ocupará el lugar que aquélla habrá dejado. Es un hecho observable que el papel del juez crece a medida que las instituciones de un país se fortifican. Así como la ley, por sí sola, tenía necesidad de la ejecución administrativa, contundente, rápida, uniforme, la ley sostenida por las instituciones tiene necesidad del juez, cuyas sanciones son medidas, pausadas, matizadas.

La administración no desaparecerá ante el Poder Judicial, en cuanto que tiene que mantener vivas a sus innumerables instituciones; queda solamente por ver si en el seno de la propia administración el juez administrativo adquirirá una importancia progresiva.

4.4 Derecho público y doctrina relativa a la personalidad del Estado

Toda teoría del derecho público que se tenga por tal debe poseer una doctrina relativa a la personalidad del Estado. En este punto se le espera para juzgarla; y en efecto, en el fondo de esta cuestión de la personalidad se encierra otra, que es la de saber hasta qué punto el Estado puede utilizar los procedimientos del tráfico jurídico ordinario —tal es la principal virtud de la personalidad jurídica— y hasta qué punto también el tráfico jurídico penetra en su organización. Desde hace algunos años, este problema viene atrayendo muy especialmente la atención general; la personalidad subjetiva del Estado ha sido atacada violentamente y, tras haberla utilizado para todo, parece como si se quisiera expulsarla de todas partes.

En seguida indicaremos brevemente la actitud que adopta la teoría de la institución ante esta cuestión capital. Parecerá desconcertante para quienes gustan de ideas tajantes y absolutas en uno y otro sentido, ya que entraña al mismo tiempo afirmaciones y negaciones; por el contrario, esperamos que, para aquellos que no han tomado partido, resultará conforme con la naturaleza de las cosas.

La teoría de la institución admite la personalidad subjetiva del Estado e incluso la admite como una realidad social, no como una ficción; únicamente limita el alcance de esta personalidad subjetiva mediante otra noción, que es la de la individualidad del Estado. Esta individualidad objetiva no es otra que el Estado contemplado como institución, con sus medios del derecho disciplinario y de los fenómenos estatutarios. Cada una de las dos nociones tiene su propio campo. El Estado no es más que una institución si planteamos la cuestión de las relaciones de los órganos entre sí, o de los súbditos con los órganos; en este caso el punto de vista objetivo de la institución y del estatuto es el único que conviene. Por añadidura, el Estado es una persona jurídica, pero únicamente en las relaciones del tráfico jurídico propiamente dicho, es decir, en sus relaciones con las partes o con las personas que le acompañan, en cuanto unos y otros no son considerados órganos o súbditos suyos (relaciones internacionales, gestión de servicios administrativos).

Una comparación permitirá comprender nuestro pensamiento en lo que se refiere a la yuxtaposición de una individualidad objetiva a la personalidad subjetiva. El ser humano es una persona jurídica, pero también un individuo. Toda una parte del derecho, el derecho

civil, contempla ante todo la personalidad subjetiva del hombre; pero existen otras partes del derecho, como el derecho penal, que aseguran la protección de su individualidad física y moral. Sólo queremos referirnos a cosas indiscutibles; por ello, preferimos no aludir al tema de saber si el derecho público en su totalidad, especialmente el estatuto de los derechos individuales, afectan más a la individualidad objetiva del hombre que a su personalidad.

El dualismo de la individualidad objetiva y de la personalidad subjetiva, que es una evidencia práctica en lo que concierne al ser humano, no resulta menos real en lo que se refiere al Estado y a las diversas corporaciones sociales. No existe un camino lógico que permita deducir de la individualidad del hombre su personalidad subjetiva ni un camino lógico que permita deducir su personalidad de la individualidad objetiva de una institución. La personalidad subjetiva reside en un elemento nuevo que no es necesariamente aportado por la individualidad ni, en consecuencia, por la organización institucional. Este nuevo elemento es la deliberación razonable. De hecho, la personalidad aparece en las instituciones con la organización deliberante, de la misma manera que aparece en la especie animal con la razón.

Esta teoría difiere del organismo de Gierke en que la existencia de los órganos, en sí, no constituye más que una manifestación de la individualidad objetiva y no necesariamente de la personalidad moral; ésta no surge más que con una determinada especie de órgano, que es el órgano deliberante, y a causa del carácter representativo y reaccional de la deliberación. La personalidad está, pues, menos ligada al órgano que al fenómeno de la representación racional.

La distinción entre la individualidad objetiva y la personalidad subjetiva, establecida por la teoría de la institución, se encuentra de tal forma en la naturaleza de las cosas que permite poner de acuerdo a todo el mundo.

Como la individualidad de la institución es subyacente a la personalidad moral, muchos autores han trabajado en la elaboración de la noción de ésta creyendo no aludir más que a la personalidad. En primer lugar de estos autores, situaríamos a Ihering con su doctrina de los fines y su definición de los derechos, extraída del interés. Es el hombre, como individuo, abstracción hecha de su facultad de deliberación razonable, quien está ante el imperio de la ley del fin; la ley de la finalidad no es en sí más que la del instinto animal, y no se convierte en una ley de libertad más que por la intervención de la deliberación razonable que sirve de soporte a la personalidad humana; sin esta intervención, el individuo humano se hallaría esclavizado tanto por la finalidad de sus ^ apetitos internos como por la causalidad de los acontecimientos exteriores; por consiguiente, la personalidad razonable es un elemento que supera en cierta medida la ley del fin; lo que está sometido a esta ley es la individualidad instintiva. Asimismo, si los derechos son intereses, lo son únicamente en tanto son inherentes a la persona humana; para el individuo son intereses porque tienden hacia un fin práctico; para la persona subjetiva son ocasiones de afirmarse en relación con los demás mediante una deliberación razonable sobre un riesgo por correr en esas relaciones (el fundamento de los derechos subjetivos se establece sobre aquello por lo que, en la defensa o realización de un interés particular, el hombre arriesga su patrimonio entero o su persona y, en consecuencia, "arriesga el todo por la parte", que es exactamente el resultado que el tráfico jurídico busca en el dato de la personalidad).

Michoud, en su precioso libro *La teoría, de la personalidad moral*, ha sufrido la influencia de Ihering y, al colocar en el primer plano de los elementos de la personalidad el centro de intereses, en realidad se ha referido más a la individualidad objetiva de las instituciones que a su personalidad. Sin duda, en toda personalidad moral debe haber una

individualidad preexistente que sea un centro de intereses o un equilibrio de fuerzas, pero la individualidad así constituida es más bien el postulado o la condición previa de la personalidad moral que un elemento de ella.

La distinción entre la individualidad objetiva y la personalidad subjetiva, y sobre todo la identificación de la individualidad con la institución, permiten también aplicar una teoría latente en muchos de los publicistas franceses y que llamaremos teoría de la función. Esmein, en sus Elementos de derecho constitucional, es muy representativo de esta tendencia. En principio, admite que el Estado no es más que la personificación jurídica de la nación, luego la nación tiene una existencia individual; la nación es, pues, el individuo cuya personalidad se realiza en el Estado. Seguidamente, esta nación confiere o contiene las funciones. Toda la teoría del sufragio y del régimen representativo se halla construida sobre este dato: el electorado es una función nacional. No es una función creada por la persona-Estado, como pretendían Laband o Jellinek en virtud del uso abusivo que hacen de la personalidad subjetiva; es una función que se ha creado objetivamente en interés de la nación. Y lo mismo puede decirse respecto de las funciones gubernamentales o administrativas. De tal forma que el conjunto de las funciones es considerado la organización de la individualidad nacional. Pero las funciones sociales son instituciones jurídicas; el conjunto de las funciones sociales es, en sí mismo, una institución jurídica, y la personalidad nacional no es otra cosa que el Estado contemplado como una institución jurídica objetiva.

Confesamos que lo que más nos satisface de la distinción entre la individualidad social y la personalidad, a la que lleva la teoría de la institución, es que nos permite permanecer cercanos a los autores, muy numerosos en Francia, que no admiten la personalidad moral más que a título de ficción legal. Les resulta necesaria la intervención de la ley. La mayoría no da demasiadas razones de esta exigencia, porque es algo simplemente sentido. Hay que tener en cuenta los sentimientos jurídicos; ellos constituyen la materia prima de las teorías, e incluso en sus afirmaciones menos razonadas contienen una parte de verdad. Después de todo, podría ocurrir que la ley desempeñara un papel en la génesis de la personalidad moral. Michoud, que es partidario de la realidad y de la espontaneidad de esta personalidad, sacrifica a la ley, en cierta manera, al reservarle la organización de la voluntad colectiva. Nosotros la sacrificamos también, pero de otra forma, pues reconocemos que, en una institución social dada, la aparición de la personalidad moral está condicionada por la existencia del fenómeno estatutario, es decir, por el fenómeno de la deliberación representativa y nacional. Hace falta, en efecto, una ley, pero en el sentido de que es necesario que la institución sea capaz de darse su propia ley o estatuto, pues la ley o el estatuto son de la misma especie. En cuanto a la ley del Estado, existe una personalidad moral para la que es indispensable: la del propio Estado. Se dice a menudo, sin más explicación, que la personalidad del Estado es un dato necesario. En lo que a nosotros respecta, sostenemos que podemos asistir a su nacimiento, que no se desarrolla ni se separa de la persona física del monarca más que con la ley y el reino de la ley, y con la organización representativa adecuada para hacer la ley. Pero toda institución social que ha llegado a la edad estatutaria, que posee la organización representativa adecuada para la elaboración de sus estatutos, se crea por ello una personalidad moral sin necesidad de la ley del Estado. Vemos que había una penetración de la ley en el proceso y que, si la personalidad moral no ha sido creada por la ley, está, sin embargo, ligada a la existencia del fenómeno legislativo.

Evidentemente, la teoría de la institución, por lo mismo que añade a la personalidad moral la individualidad objetiva de las organizaciones sociales, contradice directamente la tentativa de anarquismo individualista de Duguit. ¿Es necesario explicarse sobre este punto? Este autor debe estar satisfecho del éxito que ha tenido la parte crítica de su obra. Ciertamente ha contenido la expansión de las doctrinas alemanas sobre el derecho público

subjetivo. Ha llamado violentamente la atención sobre el derecho objetivo. Toda teoría del derecho objetivo debe tener sus simpatías, sobre todo si, como la de la institución, agrega al derecho propiamente dicho la moral jurídica por mediación del derecho disciplinario. En cuanto a la construcción puramente individualista del derecho público, nos sorprendería mucho si él no se hubiera dado cuenta de que querer reducir todo lo colectivo a no ser más que la regla abstracta de lo individual sería como pretender probar la cuadratura del círculo.

Nonac, 1 de octubre de 1906

4. 2. Administración Privada (pág.165)

[Santofimio]^v

Esta, también conocida como el ejercicio privado de funciones públicas, consiste en la atribución de responsabilidades administrativas a personas jurídicas o naturales diferentes de las corporaciones o asociaciones de interesados. Es la modalidad de mayor utilización en la medida que posibilita un gran número de supuestos de ejercicio particular de funciones administrativas; su característica fundamental es que se trata de sujetos particulares regidos por el derecho privado a los que se les asigna el ejercicio de actividades administrativas.

Por lo general utilizan para estos efectos medios y recursos propios; algunos ejemplos doctrinales nos permiten comprender mejor la figura: la concesión de servicios públicos; las profesiones privadas cuyo objeto es el desempeño de funciones públicas, como sucede en algunos países con aquellas que implican el otorgamiento de la fe pública, los notarios, agentes de bolsa, recaudadores de impuestos, los comerciantes o agentes privados de seguridad; las profesiones cuyo objeto es el desempeño de una actividad privada a la cual se le asigna una función pública, como los capitanes de buques, los comandantes de aeronaves; las profesiones que ocasionalmente implican el ejercicio de una actividad pública.

III. Derecho Positivo, Derecho Público, Derecho Privado (págs. 177-181)

Hemos partido en nuestra definición de derecho administrativo de su ubicación como una rama del derecho positivo, en cuanto sistema comprensivo y universal de lo jurídico. Si bien es cierto que no hemos acudido a la tradicional categorización del derecho administrativo como un derecho público, no negamos esta categoría, y más bien la propuesta operacional de definición se dirige a la ubicación de la disciplina en un esquema mucho más amplio como es el del derecho positivo, que comprende naturalmente al derecho público y cualquier otra categorización académica que se pretenda establecer.

No obstante, un gran sector doctrinal insiste en preferir la conceptualización del derecho administrativo a partir de su carácter de derecho público, posición que recibimos pacíficamente y consideramos sin trascendencia si la clasificación de público o privado se predica dentro del universo de lo jurídico-positivo.

Ahora bien, quienes reducen el concepto a estos extremos plantean para tema de discusión, este sí significativo e importante, el de los límites del derecho administrativo. Se

trata de medir hasta dónde va el derecho administrativo y dónde empiezan otros subsistemas jurídicos, como es el caso del derecho privado. Es quizá este un dilema al cual ya le dimos respuesta en el acápite anterior, partiendo del punto de vista de la unidad en el sistema del derecho positivo. Es decir, del reconocimiento de la interacción permanente entre los subsistemas, integrantes del sistema del derecho positivo, en donde el derecho administrativo, en razón de su individualidad, agrupa teóricamente la normatividad predominante para la administración pública, reconociendo que otros subsistemas también constituyen legalidad para la misma.

En tratándose del conflicto específico, quienes lo observan desde la perspectiva de la distinción entre derecho público y derecho privado se encuentran frente al permanente dilema del acrecimiento recíproco de las dos distinciones, en la ocupación de espacios tradicionalmente reservados al uno por el otro; de la publicitación de materias típicas del derecho privado o de la privatización o sujeción al derecho privado de materias supuestamente reservadas al derecho público. Para algunos, se trata de una verdadera crisis del derecho, de una "huida del derecho administrativo", de la ruptura de los esquemas tradicionales en detrimento de un objeto estable del derecho. Para otros, entre los que nos ubicamos, el problema, que no es problema, es ante todo el de la dinámica natural de la ciencia jurídica, que en cuanto fenómeno dialéctico adquiere el movimiento y la transformación necesaria según las circunstancias.

Desde la perspectiva de la dinámica e interrelación del sistema del derecho positivo, el asunto es algo previsible y esperado. No puede ser causa de preocupación alguna, sobre todo si se preserva el principal valor de la administración dentro del Estado de derecho, cual es el de su respeto y acatamiento al principio de la legalidad como rector y determinante de la existencia de aquella, y el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado en la búsqueda de la consolidación del Estado social y democrático de derecho. Cualquiera que sea el camino que adopte la función, así sea su regulación bajo un régimen de derecho público o de derecho privado, lo trascendental e importante es que los valores indicados se mantengan. La verdadera crisis se estructuraría en el momento de ruptura o abandono de estos postulados, o en el establecimiento de un sistema de imposible control de la actividad administrativa del Estado.

En términos, similares se pronuncia algún sector de la doctrina, que reconoce la ausencia de crisis en el derecho público frente al avance regulatorio del derecho privado sobre muchas de sus instituciones. Lo importante, se indica, es la preservación de ciertos principios que informan y orientan a la administración dentro del Estado democrático y social de derecho. Borrajo Iniesta insiste sobre este aspecto de la discusión, planteando tres postulados básicos que hacen del asunto un problema de mínima importancia práctica. En primer lugar, sostiene, el hecho de la regulación por el derecho privado de asuntos considerados como típicos del derecho público no significa una huida de este y del control requerido sobre la función respectiva: "Las técnicas para sujetar el poder al derecho que ofrecen los códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes".

En segundo lugar, la supuesta huida al derecho privado por parte de la administración resulta en cierta forma prácticamente inútil: "la administración no puede dejar de ser lo que es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajes jurídicos". Siempre habrá que acudir al derecho anterior para encontrar la esencia de las instituciones ahora amparadas por las formas privadas.

En tercer lugar, el avance del derecho privado no significa ausencia del control sobre la administración: la jurisdicción contenciosa administrativa no es la única que puede ejercer el control jurisdiccional. Si bien históricamente nuestro sistema la instituye, en otras

latitudes el control se ejerce por otros jueces. En esencia, este aspecto no es fundamental para la discusión. "Es inaceptable identificar el control judicial de la administración pública con el orden jurisdiccional contencioso administrativo: dicho control puede ser ejercido con tanta eficacia, tanto para los derechos individuales como para los intereses generales, por los jueces de otros órdenes, quienes siempre han ejercido sustanciales porciones de ese control desde el prisma del derecho".

Este aspecto del control habría que mirarlo más bien desde la óptica de la conveniencia. ¿Qué sería lo más adecuado para el control jurisdiccional, su sujeción a una jurisdicción especializada o el retorno a los jueces ordinarios? Respuesta que correspondería formular frente a la realidad política y jurídica de cada país.

El problema que quiere hacerse surgir entre el derecho público y el privado, insisto, no tiene sentido alguno. Corresponde a razones históricas, más que jurídicas, que se ubican en el ánimo y sentimiento de los primeros estudiosos de la materia, que pretendían, por razones de orgullo, individualizar la disciplina de manera tal que se consolidara como autónoma y totalmente independiente del derecho privado; subsistema este del derecho positivo que lo nutría y aún hoy, por su generalidad, continúa proporcionándole sustentos doctrinales y teóricos importantes. El derecho administrativo nace y se alimenta de los contenidos del derecho privado, siendo esta una realidad que aún no ha sido posible vencer por los dogmáticos administrativistas.

Ahora bien, estas circunstancias influyen en la discusión para que permanezca y se reviva de manera interminable. García de Enterría entiende en este sentido la discusión y reconoce la notoria y decisiva influencia del derecho privado en la construcción del derecho administrativo. El derecho civil, por siglos, ha constituido el derecho común de la ciencia jurídica e incluso vanguardia importante de la teoría general del derecho. Esta situación hace que el derecho administrativo se encuentre ante la circunstancia de no haber superado la antigua fuerza atractiva del derecho civil.

Por otra parte, la discusión también resulta peligrosa, en la medida que al plantear la dicotomía entre derecho público (administrativo) y derecho privado se está, de hecho, reviviendo la separación no querida entre Estado y sociedad; aspecto que desde las primeras páginas de este trabajo hemos rechazado, sosteniendo precisamente todo lo contrario: la vinculación irremediable entre derecho y sociedad, y lo que es más, tratándose del derecho administrativo, su papel protagónico en los problemas de la sociedad y la comunidad como presupuesto claro e incontestable del carácter social y democrático de nuestro Estado de derecho.

No es que existan dos ordenamientos normativos independientes para el Estado y la sociedad; el derecho es uno solo, como ya lo expusimos, interrelacionado y dinámico. Esta situación, el carácter sistemático con que debemos entender el derecho administrativo y sus relaciones con el derecho positivo, ha llevado a sostener la existencia de una especie de "derecho común" entre administración y derecho constituido por la superposición de algunos subsistemas que regulan dentro del derecho positivo a la administración. "La publicación del derecho y del mundo privado es un hecho correlativo al de la creciente privatización de las actividades de los entes públicos: dos fenómenos de aproximación, en definitiva, que están dando lugar a la aparición de un nuevo tipo de derecho común; de una regulación de caracteres unitarios, o sensiblemente próximos, aplicable tanto en ámbitos privados como públicos, y a la que el derecho administrativo ha tenido el honor de aportar no pocos elementos". El razonamiento resulta claro e interesante, visto desde la perspectiva de los sistemas, en la medida en que podría implicar la generación de otros

subsistemas del sistema positivo, reguladores de unos aspectos muy específicos, cuales son los emanados de la privatización de la actividad pública y de la publicitación de la actividad privada.

5. B.5.- Empresas Públicas

[Jinesta]^{vi}

Mediante la empresa pública la Administración Pública central o descentralizada interviene, de forma directa o indirecta, en un sector del mercado o de la economía desarrollando una actividad industrial, mercantil o agropecuaria con el propósito de satisfacer fines públicos. El fundamento de la iniciativa o intervención pública en la economía o el mercado encuentra asidero en el artículo 50 de la Constitución Política al establecer que "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" y en los principios de solidaridad y justicia social, tal y como lo ha reconocido la Sala Constitucional en diversos votos (Nos. 6776-94, 550-95, 3120-95, 311-97 y 655-97). La Sala de Casación en su sentencia No. 45 de las 15:30 hrs. del 17 de mayo de 1978 afirmó lo siguiente:

«l.-...Las formas de la actividad administrativa de acuerdo con los criterios comúnmente empleados en el derecho administrativo...también ha pasado de las actividades tradicionales de policía, fomento y servicio público, hacia la gestión económica, en las cuales el Estado asume la realización directa de actividades industriales o comerciales, con carácter de exclusividad o en concurrencia con los particulares...».

La empresa pública, además de compartir los elementos de toda empresa como lo son el desarrollo de un giro de forma profesional, habitual y continua, se caracteriza porque el empresario (titular o dueño de la empresa) es una Administración Pública -central o descentralizada-, la cual mantiene el control de mando, y persigue un fin de lucro como un instrumento para satisfacer determinados intereses o fines públicos. Consecuentemente, la empresa pública tiene un elemento subjetivo que es la participación de un ente público y otro objetivo que es el desarrollo de una actividad empresarial para el logro de fines públicos. En nuestro país, prácticamente, hasta antes de la década de los 90 el fenómeno de la empresa pública estuvo circunscrito al ámbito de la Administración Pública Central o Estado, sin embargo con el transcurso de los años se fue diversificando al campo de la administración pública descentralizada institucional (v. gr. la operadoras de pensiones y puestos de bolsa de los bancos comerciales del Estado) y territorial -municipalidades-*[El Código Municipal de 1998 estableció en su artículo 13, inciso p), como una atribución del Concejo Municipal la de "Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta". Lamentablemente, las municipalidades no han explotado ingeniosamente las ventajas de esta habilitación legislativa, puesto que, constituye una herramienta poderosa para fortalecer, en muchos casos, los raquíticos ingresos municipales. La PGR, en el dictamen No. C-238-99 del 8 de diciembre de 1999, sobre la posibilidad de las municipalidades de establecer empresas públicas-ente de derecho privado, arribó a una serie de conclusiones erradas, tales como la de limitar el objeto de la sociedad a los intereses y servicios locales -cuando el objeto social de una persona jurídica privada diferente a la entidad territorial puede tener un ámbito mucho más amplio-, limitar la actividad de la sociedad a la esfera de competencia territorial de la municipalidad, esto es, el cantón -cuando una persona jurídica privada no tiene las restricciones en materia de competencia por el territorio que tiene un ente*

público- y la exigencia de abrir un procedimiento de contratación administrativa-licitación pública con o sin precalificación- para escoger a los socios -cuando, desde hace mucho tiempo, en el Derecho Mercantil se clarificó que la sociedad no es un contrato y, en todo caso, para crear una persona jurídica de forma y acción privadas la municipalidad debe ajustarse al Derecho Privado sin poder derogarlo-].

Desde ese punto de vista vamos a tener empresas públicas que se encuentran dentro de la organización administrativa y otras que al asumir determinadas formas organizacionales del Derecho Privado se encuentran fuera de ésta. La empresa pública es un fenómeno funcional que adopta diversas formas jurídicas, no existiendo una única u homogénea.

En cuanto a las razones que justifican la empresa pública, se han ofrecido muchas, tales como los fallos del mercado o imperfecciones del sistema competitivo, la carencia de empresas industriales o comerciales de cierta magnitud y estabilidad la existencia de monopolios naturales, la producción de bienes y servicios públicos, la necesidad de redistribuir los ingresos, la existencia de sectores estratégicos, etc. Asimismo, la Procuraduría General de la República, en el dictamen No. C-023-92 del 4 de febrero de 1992, se pronunció sobre el tema en particular.

Modernamente la empresa pública ha entrado en crisis, puesto que, la gestión económica gubernamental no ha tenido gran éxito. Algunas de las razones de la crisis son las siguientes:

- a) Estas empresas se vinculan a objetivos políticos y sociales los cuales les imponen condicionamientos, límites e interferencias políticas y legales que impiden su buena y correcta gestión.
- b) La carencia de excedentes empresariales, lo que provoca que tengan un endeudamiento creciente y constante y que el Estado les tenga que conceder subsidios, avales y líneas de financiación preferentes, etc.
- c) Aportan poco a la colectividad, puesto que, ni pagan tributos ni reparten beneficios o dividendos, generando, más bien, un déficit creciente con cargo al presupuesto nacional.
- d) Son empleadas como instrumentos políticos (política antiinflacionista, de empleo y de desarrollo económico, etc.). Ningún político u organización política permitirá la quiebra de una empresa pública -las organizadas bajo las formas del derecho privado-, puesto que, el despido y desempleo consecuentes afectarían seriamente su imagen electoral.
- e) Constituyen un reducto donde el poder y la presión de las organizaciones sindicales ha crecido notablemente.
- f) Adolecen, por lo general, de ineficiencia y escasa productividad, al faltar un entorno competitivo por operar de forma monopólica u oli-gopólica y la falta de incentivos para lograr niveles aceptables de rentabilidad, utilidad y, en general, de beneficios.
- g) Se afirma que la empresa pública es una empresa sin empresario, al no ser de nadie es de todos (de los administrados cuya capacidad de elección de los directivos o gestores y de control es absolutamente nula) o como ha señalado Ariño Ortiz es "una casa sin amo". Esto significa que la propiedad es tan difusa que es prácticamente inexistente. En realidad ni los gobernantes o sus gestores o directivos tienen la propiedad o dirección de la empresa, todo lo cual diluye las responsabilidades
- h) La manipulación e injerencia política hace que los cuerpos directivos tengan gran movilidad, con los que las estrategias a mediano o largo plazo son difícilmente adoptadas.

i) La empresa pública, por su vinculación con el Estado, que es el titular del poder político y el regulador del orden económico, es objeto de privilegios y tratos preferentes

j) Se afirma que la empresa pública, como consecuencia, de su titularidad es inmortal, nunca se extingue, cierra, suspende pagos o quiebra, dado que, ello afecta la imagen de cualquier gobierno y pone a prueba la fuerza de éste frente al poder sindical. Lo anterior tiene una consecuencia aparejada y es que la mala gestión por sus directivos no tiene mayores consecuencias con lo que se favorece el rendimiento mediocre.

k) La empresa pública no tiene la agilidad y capacidad de adaptación a los cambios que tiene la privada, la cual se desenvuelve en un entorno de libertad (autonomía) que tiene por base la propiedad y la empresa y como móvil el beneficio [V. ARINO ORTIZ (Gaspar), *Principios de Derecho Público Económico*, Granada, Ed. Tomares, 1999, pp. 387-435.].

En realidad en la doctrina existen diversos criterios de clasificación de la empresa pública, veamos algunos:

a) Según sea su titular, se distingue, por ejemplo, entre empresas controladas por el Estado y empresas controladas por las administraciones territoriales (para el caso costarricense serían las municipalidades).

b) Según la participación del ente público en el capital, se distingue entre empresa pública con un 100% de capital público y empresas mixtas que son las que combinan el capital público y privado en diferentes proporciones. Se supone que en las mixtas la mayoría del capital debe ser público (50% o más) o bien el control en la gestión por parte del ente público debe ser significativo.

c) Según el contexto económico en el que opere la empresa se habla de empresa pública concurrencial, la cual opera en un régimen de competencia en igualdad de condiciones con la empresa privada. La empresa pública de servicio público, por su parte, actúa en un régimen de monopolio para la provisión de los servicios públicos (v. gr. telecomunicaciones por el ICE y seguros por el INS).

En nuestro sistema jurídico tenemos una clasificación tripartita de las empresas públicas [MURILLO (M.), *La empresa pública. En Ensayos de Derecho Público...*, pp. 107-108.].

a) Empresa pública-ente de derecho público

Se trata de entes menores que desarrollan una actividad industrial o comercial bajo la veste de una organización colectiva de derecho público que puede ser una institución autónoma o semiautónoma, constituyen lo que la doctrina denomina ente público-económico. En nuestro ordenamiento tenemos el caso de los Bancos Comerciales del Estado (Banco Nacional de Costa Rica, Banco de Costa Rica, Banco Crédito Agrícola de Cartago) que realizan la actividad comercial de intermediación en el crédito, mediante operaciones bancarias activas y pasivas y el Instituto Nacional de Seguros que despliega una actividad mercantil, en forma mono-polística, celebrando contratos de seguro mediante la suscripción de pólizas. Podríamos, también, ubicar en esta categoría de entes públicos económicos al ICE (Instituto Costarricense de Electricidad) en los que se refiere a la prestación de servicios en materia de electricidad y telecomunicaciones (Decreto-Ley de creación No. 449 del 8 de abril de 1949 y sus reformas); el Editorial Costa Rica, en cuanto tiene como giro el fomento de la cultura mediante la edición de obras literarias, artísticas y científicas de costarricenses y extranjeros de mérito especial, las cuales deben colocarse en el mercado (artículo 2o de la ley de creación No. 2366 del 10 de junio de 1959 y sus reformas); el INCOP (Instituto Costarricense de Puertos al Pacífico), dado que, su función radica en "...asumir las prerrogativas y funciones de autoridad portuaria, con el propósito de explotar, directa o indirectamente, de acuerdo con la ley, los puertos del Estado en el

litoral pacífico del país, sus servicios portuarios, así como las actividades y facilidades conexas, con el fin de brindarlos de forma eficiente y eficaz para fortalecer la economía nacional..." (artículo 10 de la Ley No. 1721 del 28 de diciembre de 1953 y sus reformas); JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica), la cual es calificada por su ley orgánica (No. 3091 del 18 de febrero de 1963 y sus reformas) como una institución autónoma "con carácter de empresa de utilidad pública, que asumirá las prerrogativas y funciones de Autoridad Portuaria"; el INCOFER (Instituto Costarricense de Ferrocarriles), ya que, dentro de sus objetivos fundamentales figura "Fortalecer la economía del país mediante la administración de un moderno sistema de transporte ferroviario para el servicio de pasajeros y de carga" (artículo 30, inciso a, la ley orgánica No. 7001 del 19 de septiembre de 1985); la JASEC (Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Carta-go) en cuanto le corresponde "...la administración de la empresa eléctrica de la Municipalidad del Cantón Central de esa provincia..." mediante la prestación de los servicios definidos en la Ley de la ARESEP (No. 7593 del 9 de agosto de 1996 y sus reformas) -excepto telecomunicaciones y transmisión de datos- e incluso de televisión por cable (Ley No. 3300 de 16 de julio de 1964 y sus reformas).

El modelo de organización empleado ha sido el de la institución autónoma, pese a que éste tiene sus defectos, puesto que, es general y está sujeto a un régimen jurídico de carácter público -sujeción al principio de legalidad-. Este tipo de empresas se rigen, en cuanto a la organización y el ejercicio de ciertas potestades o competencias eminentemente administrativas, por el Derecho Administrativo y en lo relativo a la actividad empresarial por el Derecho Privado. Sobre este particular, el artículo 30, párrafo 10, de la ley General de la Administración Pública establece que «El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario», por su parte el párrafo 20 dispone que «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».

Se trata, como se ve, de supuestos en que los entes públicos ejercitan de forma clara una capacidad de derecho público y otra de derecho privado (artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública).

b) Empresa pública-órgano público

Existen determinados órganos adscritos a un ente público que desarrollan una actividad empresarial. Se trata de las hipótesis en que un ente público no tiene como misión principal la actividad empresarial, sino que ésta tiene sólo un carácter secundario, para lo cual se crea un órgano específico con una competencia exclusiva y un grado relevante de independencia administrativa y financiera para que despliegue tal actividad en forma separada para lo cual se emplea la técnica de la desconcentración en grado máximo. El régimen jurídico aplicable, obviamente, debe ser más flexible que el aplicado al ente al que pertenece y se le concede capacidad para contratar y negociar privadamente. La empresa-órgano, denominada, también, empresa propia o de explotación, se caracteriza, entonces, por constituir una unidad administrativa (órgano) que no tiene personalidad jurídica sustancial propia -a lo sumo instrumental, esto es, a nivel puramente comercial-, lo que no excluye cierta independencia presupuestaria o financiera y contable. En nuestro ordenamiento jurídico administrativo, la mayoría de las veces asume la forma de la desconcentración máxima con lo cual está abstraída de las órdenes e instrucciones de los jefes del ente en el que se encuentra incardinada [V. *DALSASO ARAUZ (Gladys) et. alt., Empresa pública y empresa privada del Estado. Revista Judicial, Año XIII, número 44, 1988, p. 41.*] -obviamente en cuanto a las competencias desconcentradas-. Si bien no existe una relación de jerarquía entre el jefe del ente y los directores y administradores de la empresa-

órgano sí puede verificarse una relación de dirección interorgánica -directrices-[V. MURILLO (Mauro), *Perfiles jurídicos de la empresa pública en Italia y en Costa Rica. Revista de la Contraloría General de la República, No. 15, diciembre, 1972, p.27.*].

En nuestro ordenamiento jurídico existen algunos ejemplos de esta categoría que son los siguientes:

a) La Fábrica Nacional de Licores -FANAL- (destilación de los alcoholes, producción, elaboración y mercadeo de licores) que es un órgano desconcentrado en grado máximo del Consejo Nacional de la Producción -CNP-. El artículo 50 de la Ley Orgánica del CNP, No. 2035 del 17 de julio de 1956 y sus reformas, establece lo siguiente "En tanto no se dé una nueva ley sobre el monopolio de licores nacionales y la Fábrica Nacional de Licores pertenezca al Consejo Nacional de Producción, éste la administrará como una unidad adscrita al Consejo, a fin de que cuente con medios propios y organización suficiente para bastarse por sí misma, en lo administrativo". El Reglamento de Organización de la Fábrica Nacional de Licores (FANAL) de 23 de abril de 1990 emitido por el CNP -publicado en La Gaceta No. 81 del 30 de abril de 1990- establece en el artículo 2º que "FANAL poseerá, respecto del CNP, el carácter de órgano máximamente desconcentrado en los términos del artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública".

b) Las Tiendas Libres que son órganos del Instituto Mixto de Ayuda Social -IMAS- que deben existir en cada puerto o aeropuerto, las que se rigen en cuanto a su actividad por el Derecho Privado. Sobre el particular, el artículo 65 del Reglamento a la Ley No. 4760 del 4 de mayo de 1971 de creación del IMAS (Decreto Ejecutivo No. 17477-TSS del 24 de marzo de 1987), establece que "Las Tiendas Libres de Derecho...estarán regidas por el Derecho Privado, de conformidad con lo que establece el párrafo segundo, artículo tercero de la Ley General de la Administración Pública. El Consejo Directivo dictará las normas para lograr eficiencia y orden, así como todos los sistemas de control que garanticen el éxito económico de la actividad y correcta administración de los fondos".

c) El Consejo Técnico de Aviación Civil cuenta (desde 1975) y, más concretamente, la Dirección General de Aviación Civil, con una unidad denominada "Empresas Comerciales" que es la encargada de la explotación de los servicios públicos conexos en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría como los de Restaurante, Bar, venta de artesanías y librería y que en cuanto a su régimen jurídico se rige por el derecho privado. La Procuraduría General de la República en los dictámenes C-256-84 del 3 de agosto de 1984 y C-109-99 del 1 de junio de 1999, la cataloga como una empresa pública-órgano público. En el último consideró que "Empresas Comerciales" "...sigue siendo una dependencia de la Dirección General de Aviación Civil, carece de personalidad jurídica, aunque goza de una relativa independencia en lo administrativo, financiero, contable, realiza una actividad secundaria -administrar los servicios del Bar, Restaurante, tiendas y librería- en relación con la actividad principal de la institución y su presupuesto es parte del presupuesto de Aviación Civil".

c) Empresa pública-ente de derecho privado

En ocasiones, la Administración Pública, para evitar la rigidez y los formalismos propios del Derecho Administrativo, acude a las formas de organización colectiva del Derecho Privado (v. gr. sociedades anónimas comunes y de capital variable, sociedades de responsabilidad limitada, asociaciones, fundaciones, etc.) y, más concretamente, a la figura

de la sociedad anónima para realizar una actividad industrial, comercial o agropecuaria en la que están involucrados ciertos fines e intereses públicos. Las formas organizacionales del Derecho Privado son más ágiles, flexibles y eficaces, además de existir una tendencia universal actual de huir del ámbito del Derecho Administrativo, por su naturaleza engorrosa y limitadora, hacia el campo del Derecho Privado por sus ventajas.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia No. 46 de las 14:15 hrs. del 10 de junio de 1984 señaló que:

«V.-...Es conveniente poner de relieve también, que tiene su razón de ser que el legislador se haya apoyado en la forma jurídica de los organismos de estructura privatista para que se realicen determinadas actividades empresariales con la participación del Estado. Esto se ha diseñado así para conceder a la gestión de la empresa el grado conveniente de ejecutividad, flexibilidad, de elasticidad y de capacidad empresarial y para obtener una participación y colaboración mixta conveniente para los fines directos o indirectos que se buscan en determinados casos...».

Estas empresas públicas normalmente son sociedades anónimas comunes y corrientes constituidas a la luz del Derecho Privado el cual regula el régimen de conjunto de las mismas (artículo 3o, párrafo 2o, LGAP). Podemos distinguir entre la empresa pública-ente de derecho privado de capital público que son aquellas donde el 100% le pertenece a una Administración Pública (v. gr. Correos de Costa Rica S.A. [*La Ley de Correos, No. 7768 del 24 de abril de 1998, en su artículo 2o dispone "Transfórmase la Dirección Nacional de Comunicaciones en la empresa Correos de Costa Rica S.A ... Su naturaleza será de sociedad anónima; su patrimonio y capital social le pertenecerán íntegramente al Estado..."*]) y RECOPE S.A. [*RECOPE S.A. fue enteramente nacionalizada mediante la ratificación y confirmación con enmiendas del contrato de traspaso de acciones celebrado entre "Allied Chemical Corporation" y ATICO S.A., el cual fue aprobado mediante la Ley No. 5508 del 17 de marzo de 1974 -denominada la ley de nacionalización de RECOPE S.A.-. Es interesante indicar que el artículo 3º, párrafo 3º, de la Ley No. 5508 establece que "El Consejo de Gobierno nombrará a los siete miembros de la Junta Directiva y podrá removerlos total o parcialmente. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Gobierno deberá siempre proceder a la renovación o reelección de sus miembros durante los primeros quince días a partir del inicio de cada administración".*]) y la empresa pública- ente de derecho privado de capital mixto que son aquellas donde una administración pública provee un 50% o más del capital social. En este último tipo de empresas, la participación de la Administración Pública -central o descentralizada- en el paquete accionario debe ser de tal magnitud y naturaleza que le permita controlar económicamente la sociedad, al respecto se utiliza un criterio cuantitativo en el sentido que la respectiva administración pública debe ser la propietaria del 50% o más del capital social, extremo que le permite controlar la asamblea general de accionistas que es el órgano llamado a designar a los administradores. O bien, la respectiva administración pública, debe contar con votos privilegiados o calificados que le permitan un control efectivo de la gestión de la sociedad -criterio cualitativo-.

Para evitar la desnaturalización de estas sociedades de capital mixto -público y privado-, se estima necesaria la participación permanente del capital privado y la abstracción de la organización de los controles propios del Derecho Público para evitar que su tráfico se vea entorpecido. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, muchas de las empresas públicas-ente de derecho privado le pertenecen en más de un 90% sino es el 100% a una administración pública. En lo referente al segundo aspecto, debe tomarse en consideración que en nuestro sistema jurídico existe el Reglamento sobre el Funcionamiento de Empresas Estatales estructuradas como Sociedades Anónimas, Decreto Ejecutivo No. 7927-H del 12 de enero de 1978 y sus reformas, el cual fue dictado mientras se aprobaba un proyecto de ley sobre el tópico. El Reglamento fue dictado con el motivo expreso de que tales empresas "...tengan un marco mínimo de legalidad que regule aspectos esenciales de

su actividad, y a la vez sean sujetos de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República...».

El reglamento cubre, en su artículo 10, a la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA) y sus subsidiarias -actualmente liquidadas, la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL) y Radiográfica Costarricense S.A. (RAC-SA), así como cualquier otra empresa que en el futuro se incorpore al patrimonio del Estado.

En el artículo 2º se indica que la Contraloría General de la República podrá, entre otros aspectos, ejercer control, en la forma y oportunidades que estime, sobre los ingresos, egresos y, en general, sobre el patrimonio de tales empresas mediante auditorias o investigaciones especiales, examinar y evaluar el grado de eficiencia, efectividad y economía en el uso de los recursos administrados por tales empresas, etc.

El artículo 80 de la susodicha disposición general establece que los proyectos de inversión de las empresas deben ajustarse al Plan Nacional de Desarrollo y ser aprobados por el Ministerio de Planificación. Por último, los artículos 11 y 12 del decreto reglamentario indicado señalan que las compras de suministros o servicios que constituyen actividad ordinaria o que influyen en ella, deben ser objeto de reglamentación por la Junta Directiva con el propósito de garantizar la escogencia con base en los criterios de calidad, buenos precios y de evitar la exclusividad injustificada (artículo 11). En tratándose de las compras y ventas que no constituyen actividad ordinaria, se deben reglamentar y en todo contrato donde la erogación sea superior a un millón de colones se deben garantizar los principios de publicidad y libre concurrencia, mediante la publicación de un aviso y una selección motivada.

En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos varios ejemplos de empresas públicas-entes de derecho privado o sociedades mixtas tales como Radiográfica Costarricense Sociedad Anónima (RACSA) y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), en las que más del 90% del capital social le pertenece a un ente público menor como lo es el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE).

Tenemos también, entre otros supuestos, los casos de la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE); la Corporación Bananera Nacional Sociedad Anónima (CORBANA) -creada por la Ley No. 4895 del 16 de noviembre de 1971 con la denominación de ASBANA y reformada por la Ley No. 7147 del 30 de abril de 1990, esa ley en sus artículos 3 y 5 la califica contradictoriamente de «ente público no estatal»- y sus subsidiarias en las que los bancos comerciales públicos y el Estado tienen una participación importante en el capital social-; Correos de Costa Rica Sociedad Anónima -cuyo patrimonio y capital social le pertenece íntegramente al Estado según el artículo 2º de la Ley de Correos No. 7768 del 24 de abril de 1998-; la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (ESPH) -cuyo patrimonio y capital social le pertenece a la Municipalidad de Heredia y al resto de las corporaciones territoriales incorporadas de esa Provincia, según el artículo 30 de la Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, No. 7789 del 30 de abril de 1998-. De igual forma, los puestos de bolsa [La Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 del 17 de diciembre de 1997 y sus reformas, establece en su artículo 53 que "Los puestos de bolsa serán personas jurídicas..." y el numeral 54, inciso a), les impone como requisito constituirse como sociedad anónima. Como ejemplos de este tipo de empresas públicas- ente de derecho privado tenemos los siguientes: BN-Valores puesto de Bolsa S.A., cuyo capital es 100% del Banco Nacional de Costa Rica; BCR valores, cuyo capital es propiedad en un 100% del Banco de Costa Rica; puesto de bolsa INS-Bancrédito S.A., cuyo capital es propiedad de dos entes públicos -Instituto Nacional de Seguros y el Banco Crédito Agrícola de Cartago-; Puesto de Bolsa del Banco Popular y de Desarrollo Comunal S.A., siendo que el 100% del

capital le corresponde a ese ente.] y las operadoras de pensiones de los Bancos Comerciales del Estado (BN, BCR, Bancrédito) [Tenemos como ejemplos de las estas las siguientes: 1) Operadora de Planes de Pensiones Complementarias del Banco Popular, capital 100% de ese ente; 2) BN vital operadora de planes de pensiones complementarias S.A. cuyo capital le pertenece en un 100% al Banco Nacional de Costa Rica; 3) BCR-pensión operadora de planes de pensiones complementarias S.A., 100% propiedad del Banco de Costa Rica; 4) INS-BANCRECITO pensiones O.P.C. S.A., cuyo capital le pertenece al INS y al Banco Crédito Agrícola de Cartago.] y de otros entes públicos (INS y BPDC) son empresas públicas-ente de derecho privado, puesto que, fueron constituidas como sociedades anónimas donde el capital, en la mayoría de los casos, le pertenece en un 100% al respectivo ente público fundador. Al respecto la Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 del 17 de diciembre de 1997 y sus reformas, en el artículo 55 estableció lo siguiente "El Instituto Nacional de Seguros y cada uno de los bancos públicos quedarán autorizados para constituir sendas sociedades...con el fin único de operar su propio puesto de bolsa...Asimismo, se autorizan para que cada uno constituya una sociedad administradora de fondos de inversión y una operadora de pensiones, en los términos establecidos en esta ley y en la Ley No. 7523 del 7 de julio de 1995, según corresponda". Por su parte, el "Reglamento para la constitución de los puestos de bolsa, sociedades administradoras de fondos y operadoras de pensiones complementarias de los Bancos Públicos y del Instituto Nacional de Seguros" (Decreto Ejecutivo No. 27503-H del 2 de diciembre de 1998 y sus reformas), establece en su artículo 2° lo siguiente:

"Los puestos de bolsa, sociedades administradoras de fondos de inversión y operadoras de planes de pensión complementarias, de los bancos y entes públicos deberán constituirse como sociedades anónimas.

Estas sociedades tendrán el carácter de empresas públicas; sin embargo su actividad como participantes del mercado de valores se regirá de conformidad con las disposiciones de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y de la ley 7523 del 7 de julio de 1995..., según corresponda, incluyendo lo referente a las coberturas patrimoniales y las garantías por volumen de actividad y riesgos asumidos.

Asimismo, estas sociedades se regirán por el Código de comercio en lo referente a la autonomía patrimonial..."

Por último, el artículo 3o de ese reglamento dispone lo siguiente:

"Para la constitución de estas sociedades anónimas deberán acatarse las disposiciones establecidas en el Código de Comercio, con excepción de la concurrencia mínima de dos socios..."

El Registro Público inscribirá las sociedades siempre y cuando el titular del cien por ciento del capital social lo sea el Banco o ente público.

No obstante lo regulador en el párrafo primero del presente artículo, también podrán concurrir dos o más de las instituciones públicas autorizadas en el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, a conformar, por la vía de fusión, participación o absorción, una misma sociedad, cuyo capital pertenecerá a las entidades fundadoras según el monto de participación de cada una."

Obsérvese que en todos los ejemplos citados existen fines e intereses públicos claramente empeñados, de ahí la participación de las administraciones públicas (v. gr. el suministro de energía eléctrica, alumbrado, telecomunicaciones, oleoductos, hidrocarburos o combustibles, mercado de valores, jubilaciones, etc.).

Cabe resaltar que pese a su naturaleza privada -sociedades anónimas, los litigios o conflictos de intereses que susciten entre un administrado y una empresa pública-ente de derecho privado debe ser conocidos y resueltos por la jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda, puesto que, como lo ha estimado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en tales supuestos la Administración Pública central o descentralizada tiene un interés directo por su participación mayoritaria en el capital social. Sobre el particular, es menester recordar que en nuestro ordenamiento jurídico administrativo procesal existe una unidad de vías, esto es, al orden jurisdiccional creado

en el artículo 49 de la Constitución Política (contencioso-administrativo) le corresponde conocer de los procesos en que la Administración Pública -central o descentralizada- es parte interesada aunque haya actuado en el ejercicio de su capacidad de derecho privado o de forma indirecta a través de una organización colectiva de derecho privado en la que el cincuenta por ciento o más del capital le pertenece a aquélla. Por ello, en nuestro país la jurisdicción se denomina « contencioso administrativa y civil de hacienda». Al respecto, el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al definir la competencia de esa jurisdicción, establece que conocerá, entre otros extremos, de lo siguiente:

"1) De todo proceso civil de Hacienda que no sea ordinario, de cualquier cuantía, salvo si son procesos ejecutivos o relativos a la aplicación de la Ley general de arrendamientos urbanos y suburbanos, aun cuando la acción se ejercite a favor o en contra del Estado, un ente público o una empresa pública. Tampoco corresponderá a estos juzgados, el conocimiento de las medidas cautelares o de actividad no contenciosa, relacionadas con los procesos ejecutivos o relativos a la aplicación de la Ley general de arrendamientos urbanos y suburbanos... 3) De los interdictos de cualquier cuantía, que se ejerciten en favor o en contra de la Administración Pública, central o descentralizada, y de las demás instituciones públicas, así como de los relacionados con empresas públicas".

De igual forma, la Sala de Casación en la sentencia No. 45 de las 15:30 hrs. del 17 de mayo de 1978, estimó que, eventualmente, una empresa pública-ente de derecho privado, por sus fines públicos, origen -legal por ejemplo-, propiedad de la mayoría de las acciones y sistemas de control o tutela -nombramiento y remoción de los Directores por el Consejo de Gobierno- puede ejercer una función administrativa, puesto que, «II.-... una cosa es el ropaje jurídico que se adopte a los efectos de la realización de la actividad de la Empresa y otra la organización y fines de ésta, que son en principio, de derecho público, sobre todo en lo que concierne al vínculo entre ella y sus Directores con el Estado...». [La sentencia abordó el caso específico de la Corporación Costarricense de Desarrollo creada por la Ley No. 5122 del 16 de noviembre de 1972 como una empresa con las características de una sociedad anónima, para promover el desarrollo económico nacional. CODESA es cerrada mediante su Ixy de liquidación No. 7656 del 10 de enero de 1997, que derogó la ley No 5122 y la Ley de Democratización de las Subsidiarias de CODESA No. 7330 del 17 de marzo de 1993. Debe resaltarse que la Jurisprudencia calificó, de forma equívoca, a la extinta CODESA como un ente público de carácter descentralizado (Sala de Casación Nos. 45 de las 15:30 hrs. del 15 de mayo de 1978; No. 77 de las 15:30 hrs. del 6 de octubre de 1978 y 106 de las 13 hrs. del 22 de diciembre de 1978).]

JURISPRUDENCIA

1. Doble capacidad de la Administración Pública

[Sala Segunda de la Corte]^{vii}

Voto de mayoría:

“III.- SOBRE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN QUE SE DIO ENTRE LAS PARTES: Esencialmente la parte recurrente argumenta que debió determinarse la naturaleza jurídica que ligó a las partes, pues al ser esta de índole privada no era aplicable el ordinal 173 de la Ley General de la Administración Pública, ni existió un acto administrativo creador de derechos subjetivos. El tribunal al analizar el punto estableció que el oficio n.º

G-734-2007 del 30 de marzo de 2007, de la Gerencia General del INS, en que se fijó una tarifa de 5.03% a favor de la actora para el período 2007-2008, es un acto administrativo, que no podía ser variado por el Departamento de Riesgos del Trabajo (oficio RI-1159-2008, de 29 de febrero de 2008, que la eleva a 5.8%), sin infringir los derechos adquiridos por la recurrente, al no haber cumplido con el procedimiento establecido para la anulación de dicho acto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. Asimismo indicó, que si bien la materia de seguros se regía por la Ley del Mercado de Seguros, al ser el INS un ente público, sus actuaciones están regidas por el derecho administrativo, *“por ende sus manifestaciones son actos administrativos, que deben obedecer la normativa establecida en la Ley General de la Administración Pública”*, por lo que rechazó el agravio de que los contratos de seguros no están sometidos al derecho administrativo. De manera que lo procedente es analizar, en primer término, si es correcto o no que, como lo afirma el recurrente, la materia de seguros se rige por el derecho privado, pese a ser el INS un ente autónomo.

IV.- La Ley General de la Administración Pública establece, en primer lugar, la doble capacidad de la Administración Pública (Estado y los otros entes públicos), pública y privada; así como la normativa aplicable según la actividad que desarrolle. En el artículo 1º expresa: *“La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.”* En el ordinal 3º indica: *“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.”* (La negrita en el texto de ambos artículos es agregada). En relación con este tema la Sala Constitucional en el voto 2007-1556, de las 15:35 horas del 7 de febrero de 2007, expresó: ***“IV.- NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS. EMPRESA PÚBLICA- ENTE DE DERECHO PÚBLICO.*** *Mediante la empresa pública, la Administración pública, central o descentralizada, interviene, de forma directa o indirecta, en un sector del mercado o de la economía desarrollando una actividad industrial, mercantil o agropecuaria con el propósito de satisfacer fines públicos. El fundamento de la iniciativa o intervención pública en la economía o el mercado, encuentra asidero en el artículo 50 de la Constitución Política al establecer que “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza” y en los principios de solidaridad y justicia social. La empresa pública, además de compartir los elementos de toda empresa, como lo son el desarrollo de un giro de forma profesional, habitual y continua, se caracteriza porque el empresario (titular o dueño de una empresa) es una Administración Pública –central o descentralizada-, la cual mantiene el control de mando, y persigue un fin de lucro como un instrumento para satisfacer determinados intereses o fines públicos. Consecuentemente, la empresa pública tiene un elemento subjetivo que es la participación de un ente público y otro objetivo que es el desarrollo de una actividad empresarial para el logro de fines públicos. En cuanto a las razones que justifican la empresa pública, la doctrina ha ofrecido varias, tales como los fallos del mercado o imperfecciones del sistema competitivo, la carencia de empresas industriales o comerciales de cierta magnitud y estabilidad, la existencia de monopolios naturales, la producción de bienes y servicios públicos, la necesidad de redistribuir los ingresos, la existencia de sectores estratégicos, etc. En doctrina existen diversos criterios de clasificación de la empresa pública,*

algunos de éstos son los siguientes: a) Según sea su titular, se distingue, por ejemplo, entre empresas controladas por el Estado y empresas controladas por las administraciones territoriales (para el caso costarricense serían las municipalidades); b) según la participación del ente público en el capital, se distingue entre empresa pública con un 100% de capital público y empresas mixtas que son las que combinan el capital público y privado en diferentes proporciones y c) según el contexto económico en el que opere la empresa se habla de empresa pública concurrencial, la cual opera en un régimen de competencia en igualdad de condiciones con la empresa privada, la empresa pública de servicio público, por su parte, actúa en un régimen de monopolio para la provisión de los servicios públicos (v. gr. telecomunicaciones por el ICE y seguros del INS). Existen empresas públicas que se encuentran dentro de la organización administrativa y otras, que al asumir determinadas formas de organización colectiva propias del Derecho privado, se encuentran fuera de ésta. La doctrina nacional ha elaborado una tipología tripartita de las empresas públicas, tenemos así la empresa pública-ente público, empresa pública-órgano público y la empresa pública-ente de Derecho privado. La categoría de la empresa pública-ente público, cubre a aquellos entes que desarrollan una actividad industrial o comercial bajo la veste de una organización colectiva de Derecho público y constituyen lo que la doctrina denomina como ente público-económico. En nuestro ordenamiento jurídico, el modelo de organización empleado ha sido el de la institución autónoma, pese a que éste tiene sus defectos, puesto que, es general y está sujeto a un régimen jurídico de carácter público –sujeción al principio de legalidad-. Este tipo de empresas se rigen, en cuanto a la organización y el ejercicio de ciertas potestades o competencias eminentemente administrativas, por el Derecho administrativo y en lo relativo a la actividad empresarial por el Derecho privado. Sobre este particular, el artículo 3º, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública establece que “El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario”, por su parte, el párrafo 2º dispone que “El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro pueden estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes”. Se trata, como se ve, de supuestos en que los entes públicos ejercitan una capacidad de Derecho público y otra de Derecho privado (artículo 1º de la Ley General de la Administración Pública). En nuestro ordenamiento jurídico como ejemplo de tales entidades, se encuentran, entre otras, los Bancos Comerciales del Estado, el Instituto Costarricense de Electricidad, el Editorial Costa Rica y el Instituto Nacional de Seguros, este último despliega una actividad eminentemente mercantil, en forma monopolística, celebrando contratos de seguro mediante la suscripción de pólizas. El INS fue creado mediante la Ley de Seguros No. 11 del 2 de octubre de 1922 y la Ley de Monopolio de Seguros del Instituto Nacional de Seguros No. 12 del 30 de octubre de 1924. Este último cuerpo normativo, en su numeral 1º, estipula lo siguiente: “El contrato de seguro sobre riesgos de cualquier género será en lo sucesivo monopolio del Estado. Exceptúanse de este monopolio las sociedades nacionales de seguro de vida, cooperativo o mutuo, existentes en la actualidad”. Asimismo, el artículo 5º de ese mismo texto legal, señala: “La administración de los seguros del Estado corresponde a la institución autónoma denominada Instituto Nacional de Seguros. El Instituto tendrá su domicilio legal en la ciudad de San José y podrá establecer en cualquier lugar del país, las sucursales y agencias que su Junta Directiva acuerde”. (El subrayado es agregado. En el mismo sentido puede verse, entre otros, el fallo n.º 2004-5960, de las 12:06 horas del 28 de mayo de 2004, de esa misma Sala). Por su parte la Sala Primera, también ha sostenido esta posición. En su sentencia 933-2011, de las 16:00 horas del 11 de agosto de 2011, al analizar la

competencia jurisdiccional para el conocimiento de un asunto, expresó: *“III.-El cardinal 2 de cita, en que fundamenta su inconformidad el recurrente, en lo que interesa, establece: “los actos que se generan a partir del desarrollo de su actividad comercial de seguros, actuando como empresa mercantil común, serán regulados por el Derecho privado, por lo que en el ejercicio de la actividad aseguradora, el Instituto quedará sometido a la competencia de los tribunales comunes”. De esta disposición se confirma, en primer término, que la naturaleza jurídica del INS es la de una empresa pública, es decir, que se caracteriza por la prestación de servicios en concurrencia con otros particulares y cuya titularidad (la del ente público, no de la actividad) es estatal. Esto además encuentra fundamento constitucional, en la medida en que el numeral 189 establece que todas las entidades aseguradoras que pertenezcan al Estado, desde el punto de vista organizacional, serán instituciones autónomas. Ahora bien, la disposición en comentario utiliza un concepto jurídico indeterminado al momento de precisar la jurisdicción competente para conocer aquellas cuestiones relacionadas con la actividad ejercida por el INS, el cual requiere ser precisado. Por criterio de mayoría de esta Sala, el término “tribunales comunes” debe ser entendido en función, no sólo de la actividad desarrollada (y por ende el derecho aplicable), sino también, de acuerdo a la naturaleza jurídica del prestatario. En esta línea, la jurisdicción contencioso administrativa, a partir de su consolidación, ha sido la encargada de conocer las contiendas en que participen los entes públicos, incluso, aquellos cuyo único giro sea una actividad empresarial, esto es, que sean empresas públicas. Claro está, el marco jurídico aplicable se definiría según se actúe en ejercicio de la capacidad de derecho público o privado, según lo establece el canon 1 de la Ley General de la Administración Pública...”.* (En similar sentido puede verse la sentencia de esa Sala, n.º 263 de las 10:30 hrs. del 13 de abril de 2007, en que analizó la doble capacidad del Estado y sus instituciones, pública y privada, y la aplicación del derecho privado en esta última). Igualmente, la Ley del Instituto Nacional de Seguros, párrafo segundo del artículo 25 reformado por el artículo 2 de la Ley N.º 5279 de 27 de julio de 1973, vigente al momento en que sucedieron los hechos motivo de la litis, señalaba: *“Sólo los actos administrativos del Instituto sobre materias que no tengan ninguna vinculación con sus contratos de seguro, ni se refieran a Cuestiones laborales, podrán deducirse en la jurisdicción Contencioso-Administrativa, si el interesado los impugna por ilegalidad o por haber sido dispuestos con desviación de poder, o si el Instituto los declara lesivos a los intereses públicos que representa”.* (Esta norma fue derogada por Ley Reguladora del Mercado de Seguros de 22 de julio de 2008). De manera que no queda ninguna duda a esta Sala que las actividades desplegadas por el Instituto demandado en la actividad aseguradora, son propias del ejercicio de la capacidad de derecho privado, otorgada por el ordenamiento jurídico, actividad que se regula por la normativa propia del derecho privado. Consecuentemente, si en el caso que nos ocupa la relación surgida entre la demandante y el accionado surgió con motivo de la compra de seguros (de riesgos del trabajo), en la que la primera fue la tomadora, esa relación contractual, conforme a lo explicado, debe regularse por el derecho privado; sin que corresponda la aplicación del artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, para lo que sería necesario, precisamente, la existencia de un acto administrativo, lo que en el sublítem resultaría imposible al no estarse en una relación en que el ente asegurador actúe en el ejercicio de potestades de imperio, sino, como se indicó, como una persona más en el mercado de seguros. Lo anterior pese a que tanto la *Ley Reguladora del Mercado de Seguros, incluye reforma integral a la Ley n.º 12 del 30 de octubre de 1924*, número 8653, como la *Ley Reguladora del Contrato de Seguros*, n.º 8956, sean posteriores a los hechos que dieron origen a esto proceso, pues son del 22 de julio de

2008 y del 17 de junio de 2011, respectivamente, por lo que no le resulten aplicables. En el presente asunto no ha sido motivo de la litis la existencia o no del contrato de seguros de riesgos del trabajo; por el contrario, la discusión se ha centrado en la existencia del rebajo de la prima del seguro, la posibilidad de su variación o cambio y al derecho aplicable. Conforme a lo expuesto al inicio de este acápite, este último tema se encuentra zanjado, pues el derecho que regula lo referente al contrato de seguros es el derecho privado. De manera que lo procedente es el análisis de si la variación en el precio del seguro (prima) se concretó a favor de la demandante y, de resultar así, si la nueva variación elevando su costo, se ajustó a derecho o no.

V.- Del análisis del material probatorio aportado a los autos resulta claro que el Instituto demandado, mediante la participación de varias de sus oficinas, estableció un rebajo para la prima de la póliza de riesgos del trabajo n.º 8903914, contratada por la actora, pasando de 5.88% a 5.03%, que entró a regir a partir de mayo de 2007; decisión que luego es cambiada para volver a la prima anterior (folios 703, 721, 722, 744, 745, 763 al 771, 776, 777, 790, 791, 792, 801 al 805, 807, 819 al 823, 841, 900 al 904, 940, 941, 951, 952, 953, 1051, del expediente administrativo y, 10 a 12, 17, 23, 24, 25, 26, 41, 42, 741 y 742 del expediente judicial). Si bien la recurrente alega mala interpretación del oficio G-732-2007 de 30 de marzo de 2007 (folio 742 del expediente administrativo), de la Gerencia del INS (en que comunicó a la actora, en respuesta a su nota del 13 de marzo, que conforme a oficio de la unidad actuarial n.º DR-ACT-0174-2007, se recomienda la aplicación de un descuento a la tarifa del 20,5% por lo que esta quedaría en un 5,03%; y gira instrucciones a la Dirección de Seguros Solidarios para que proceda a la actualización del monto de la tarifa en los términos indicados en el Informe) y del oficio n.º RT-5876-2007 de 10 de diciembre de 2007 (folio 953 del expediente administrativo), del Departamento de Riesgos del Trabajo (en que comunicó a la actora que conforme con el punto 1 del oficio SP-2868-2007 de la SUPEN, y a los oficios números G-2909-2007 y DIVMED-0969-2007, que a partir de la renovación del período 01-02-2007 al 31-01 -2008, la tarifa a aplicar para la póliza 8903914, sería de 5,88%); no aportó ningún elemento que permitiera valorar la posibilidad de una interpretación incorrecta de los indicados documentos. Más aún, de la valoración en conjunto de la prueba (tanto documental según los folios ya citados) y testimonial (deposición de Viales Fallas, en CD adjunto), se debe concluir que en efecto, el rebajo de la prima de la póliza de riesgos del trabajo objeto de este proceso existió, se le puso fecha de inicio y meses que cubriría en el período 2007-2008, y que luego se dejó sin efecto de manera unilateral por el demandado.

VI.- Mediante el contrato de seguros una de las partes (asegurador (a), a cambio del pago de un precio (prima), se obliga a indemnizar a la otra (tomador (a) por las pérdidas surgidas ante el acaecimiento de un hecho o hechos (riesgo), o a pagarle una suma determinada (Argüello Villalobos, Ivannia y Barrios Rodríguez Priscilla. *Estudio del contrato de Seguros en Costa Rica desde la Teoría General del Contrato, y sus modificaciones a causa de la entrada en vigencia del Tratado de Libre comercio*. Tesis para optar al grado de licenciatura en derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Sede de Occidente, San Ramón, 2009). De manera que se trata de un contrato bilateral, oneroso, aleatorio, de adhesión, intuitu personae, formal, de ejecución sucesiva, típico e indemnizatorio; y, regido por los principios de interés asegurable, indemnización, subrogación, intangibilidad y buena fe. Aunque el contrato de seguros sea un contrato de

adhesión, en el que la aseguradora establece las cláusulas por las que se regirá el mismo, el tomador no tiene margen de variación –aunque podría existir en algún grado-, ello no significa que no esté sometido a los límites que fije el ordenamiento jurídico. A esto se refiere en particular la característica anotada de tipicidad, que obliga a los contratantes a respetar las normas legales vigentes. Aunque los seguros son intangibles, se les busca dar materialidad por medio de los documentos de póliza en los que se establecen todas las cláusulas y condiciones que regularán la relación, y constituye documento indispensable para hacer efectivo el seguro en caso de que el riesgo asegurado ocurra. Cualquier variación a las condiciones y cláusulas pactadas originalmente, al haberse documentado, deben constar por escrito, debe notificársele al asegurado (a) al renovarse el seguro y, si se pretende introducir durante su vigencia, debe ser aceptada por el asegurado (Ibíd., p. 63). Los contratos de seguros de riesgos del trabajo comparten en su generalidad los rasgos de los otros seguros, sin embargo, tienen la especificidad de tratarse de seguros de contenido social, por medio de los cuales la sociedad, mediante disposiciones legales determinadas, los ha hecho obligatorios a fin de garantizar la protección de ciertas áreas o sectores de la población económicamente vulnerables, en este caso, a trabajadores (as) y empleadores (as), a quienes les sería muy difícil o imposible atender las consecuencias de un riesgo laboral con sus propios recursos. Volviendo sobre el tema de los contratos regulados por el Código Civil, tal como señala Alberto Brenes Córdoba (*Teoría de los Contratos. ...p. 324*), *“La oferta contractual carece de valor mientras no haya sido aceptada, pudiendo en consecuencia desistir de ella sin responsabilidad alguna quien la hubiere hecho, a no ser que conviniera en conceder plazo para la aceptación... El retiro de la propuesta debe darse a conocer a quien fue hecha, porque de lo contrario tendrá el proponente que pasar por el trato si se le comunicare la aceptación antes de que caduque el término...”*. Según Baudrit, *“...el contrato surge cuando hay acuerdos de los sujetos que intercambian sus manifestaciones de voluntad. Teniendo en consideración que el contrato es un acuerdo, debe entenderse que nace el contrato cuando hay coincidencia entre los interesados en todos los elementos que conforman el convenio de que trate. Entre presentes, pues, hay contrato desde que se constata que hay plena coincidencia de voluntades sobre el objeto de derecho que se persigue...”* (Baudrit Carrillo, Diego. *Teoría General del Contrato*. San José, Editorial Juricentro, 1982, p. 31). Agrega, que cuando los contratantes no manifiestan su voluntad al mismo tiempo, se debe atender a la oferta y su aceptación. Toda oferta de contrato, como declaración unilateral de voluntad, hecha por un sujeto de derecho a otro, debe ser declarada, dirigida, precisa y completa (expresada mediante signos perceptibles por los sentidos, dirigidos al beneficiario de la propuesta -aunque puede ser hecha de manera genérica- y contener todos los elementos del contrato que requiera la decisión de quien la recibe) (Baudrit, ibídem, pp. 32-33). Una vez aceptada la oferta (expresa o tácita), mediante signos externos que así lo demuestren, de forma pura y simple (sin condicionamientos), *“En ese momento se crea el vínculo obligacional, porque ha nacido un contrato”* (Baudrit, ibídem, pp. 34-36). Si como se indicó, las reglas contractuales son aplicables a las modificaciones efectuadas al contrato, toda propuesta de modificación en un determinado sentido, debe ser hecha a la contraparte y, aceptada por esta sin condiciones, debe cumplirse tal cual. Si bien podría analizarse cuál es el momento a partir del que surte efecto la modificación (a la baja de la prima del seguro), ello no tendría interés en el caso que nos ocupa al no ser tema de discusión. En el caso de marras tenemos que efectivamente, como ya se indicó, si bien existió un intercambio por correspondencia entre las partes, finalmente se le ofreció a la demandante un rebajo en la prima del seguro

de riesgos, el que fue aceptado por esta, e incluso se fijó la fecha y el período que regiría. Todo lo cual quedó constando por escrito tal como se ha indicado antes. Fue con posterioridad a estos hechos que la demandada echa marcha atrás en lo convenido e incorporado al contrato de seguros, para llevar el precio o prima al mismo nivel anterior a la rebaja (por lo que lo volvió a subir de 5.03% a 5.88%), lo que desde luego al no ser aceptado por la tomadora (da pie a este proceso) resulta violatorio de lo ya convenido y aceptado por las partes, que obligaba al demandado a ejecutar lo convenido en los términos pactados. No cabe la menor duda que la forma de actuar de la demandada contraviene de forma abierta sus obligaciones contractuales, particularmente la buena fe (calificada) que debe existir en todo tipo de contratos y especialmente en los contratos de seguros, pues cada una de las partes debe contar con la certeza de que las condiciones pactadas, en este caso el precio, no van a ser alteradas de manera arbitraria y unilateral por la otra, que de ocurrir el riesgo la aseguradora cumplirá con la indemnización o pago convenido y que el tomador (a) del seguro no faltará a la verdad de lo ocurrido (respecto al riesgo asegurado) alterándola de alguna manera. En el caso que nos ocupa, desde luego que el accionado faltó a la buena fe contractual, al volver sobre sus pasos para, de manera unilateral, modificar a la alza el precio de la prima del seguro de riesgos del trabajo n° 8903914, lo que resulta ilegítimo debiendo responder por su actuación. Debe acotarse, además, que la actuación del Instituto demandado también resulta violatoria del derecho al acceso a información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios que ofrece al consumidor, consagrado en el artículo 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472 del 20 de diciembre de 1994, aplicable en la materia por disposición de sus artículos 2 y 31, al dar un precio o prima de la póliza contratada distinta a la que finalmente pretendió cobrar a la empresa reclamante. Por otra parte, si bien se argumenta que el descuento o rebaja de la tarifa del seguro no crea derechos subjetivos ni adquiridos a favor de la gestionante en razón de que el establecimiento de las tarifas en los seguros de riesgos del trabajo lo tiene el demandado en razón de competencia legal considerando las bases técnicas del sistema tarifario y las modalidades de pago del riesgo, es lo cierto que este argumento no fue planteado ante el tribunal, por lo que no puede admitirse en esta etapa procesal, al poder causar indefensión violación del debido proceso en perjuicio de la accionante (artículos 598 y 608 del Código Procesal Civil, aplicables en la materia por remisión del numeral 452 del de Trabajo). En igual situación se encuentra el alegato de que la SUPEN no aprobó la referida tarifa, pues en primera instancia se indicó que era *“...evidente así que para la actora, para la administración, para sus dependencias y para la misma SUPEN, el acto aludido fue emitido y fue eficaz, más allá de la regularidad o no de dicha conducta con el ordenamiento jurídico, lo cual, dicho de paso (sic), no se ventila en esta causa”*, (la negrita es agregada, folio 198 vuelto); lo que no fue objetado por la representación de la demandada. Cabe agregar que si bien los artículos 205 y 208 prevén que el seguro de riesgos del trabajo sea administrado sobre la bases técnicas que el demandado establezca para garantizar las prestaciones médicas, sanitarias y de rehabilitación, así como la solidez financiera del régimen; debiendo hacer liquidaciones anuales y que el sistema tarifario y las modalidades de pago se establecerán sobre bases técnicas, debiendo publicar anualmente en el Diario Oficial, las normas de aseguramiento, costo promedio de la estancia hospitalaria y la estructura de costos vigente, balances y estados del último ejercicio; ello no desdice lo actuado en el presente asunto, pues la comunicación a la demandante respecto a la modificación en su favor del pago por la prima del seguro obedecía, según se le informó, a

aspectos también técnicos, con base en un informe de la Unidad Actuarial (oficios números DR-ACT-00174-2007 de fecha 23 de marzo del 2007, de señor José Ángel Villalobos, folios 721 y 722 del expediente administrativo, 24 del expediente judicial, y G-0732-2007 de 30 de marzo de 2007, de la Gerencia, folios 741 y 742, 41 y 42 del expediente judicial). Asimismo, si bien no se está en la hipótesis de un derecho adquirido (al no pedirse el cumplimiento de los efectos previstos en una norma jurídica por haberse cumplido los supuestos de hecho establecidos en ella), no cabe la menor duda que a la reclamante le asiste el derecho subjetivo originado en el contrato (con fuerza de ley entre las partes, 1022 del Código Civil) de exigir el cumplimiento de la obligación en los términos convenidos (“in natura”) entre las partes. A mayor abundamiento, las normas técnicas del seguro de riesgos del trabajo, aplicable para 2007-2008, tampoco contienen alguna disposición que obligue a que esta tarifas tuvieran que ser aprobadas por la SUPEN (si se refieren a otros aspectos, por ejemplo: el artículo 8 establece que el precio de ese seguro es solidario (con las contribuciones pagadas se cubren todos los afectados), equitativo (de acuerdo a la exposición al riesgo) y suficiente (todas las sumas pagadas permiten cubrir los costos de accidentes); la norma 10.14 dice que los pagos de las primas son trimestrales, semestrales o anuales, en este caso se pagaba mensual; y la norma 14 prevé la posibilidad de dar beneficios al patrono).”

2. Instituto Nacional de Seguros: Naturaleza jurídica y capacidad de derecho privado para actuar con respecto a los contratos

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII]^{viii}

Voto de mayoría

“Para resolver este asunto debe tenerse presente que pese a ser una empresa pública – condición que precisamente brinda a este órgano la competencia para conocer de este proceso, ver voto 995-C-S1-2011 de nueve horas diez minutos de veintitrés de agosto del dos mil once de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia -, el **INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS** en este asunto actuó en su capacidad de derecho privado (artículos 1 y 2 de la Ley General de la Administración Pública), motivo por el cual las normas aplicables a la relación contractual objeto de conocimiento lo son las del Derecho Privado, en particular, las del Código Civil y del Código de Comercio . Así, se ha indicado en la jurisprudencia nacional: *“Este convenio, pese a la naturaleza pública de esa entidad, es de carácter privado, en virtud de que tal actividad se rige por el Derecho Mercantil, al constituirse como un ejercicio de su giro ordinario empresarial, en el ámbito de su capacidad de derecho privado. En este sentido, puede consultarse la sentencia de esta Sala No. 903 de las 9 horas 25 minutos del 21 de octubre del 2004. Sin embargo, cabe agregar que en este tipo de contratos, al estar de por medio la concentración de los seguros, se constituye en un convenio típico de adhesión, en el cual, el asegurado no puede discutir las condiciones del contenido, sino someterse a los términos que ofrece el asegurador. Lo anterior debido a que por esta particularidad, están dispuestas de antemano en el documento formal que se rubrica, cláusulas que con la signature del acuerdo, vienen a ser, en tesis de principio, obligatorias para el co-contratista. Cabe*

señalar que en estas relaciones, impera un principio de buena fe, pues como bien ha señalado el Ad quem, se sustenta sobre una base de confianza que en el contexto del acuerdo provoca que el asegurado espera y confía en la cobertura del asegurador en el evento de que ocurra el hecho condicionante (imprevisto) pactado, mientras que éste último tiene la expectativa de que el asegurado no incurrirá en conductas que lesionen el interés del negocio ni la verdad de lo acontecido. Ahora bien, conforme lo preceptuado por el artículo 1022 del Código Civil, ese acuerdo tiene fuerza de ley entre las partes, y a él resulta aplicable en forma supletoria, la Ley de Seguros, número 11 del 2 de octubre de 1922, la cual establece en su numeral 4, que dicha convención se regula por las estipulaciones lícitas de la póliza respectiva y en su defecto por las disposiciones de esa Ley. En su clausulado, se fijan las estipulaciones que precisan y regulan la relación jurídica de las partes, deberes y derechos, ámbito de cobertura, riesgos excluidos, mecanismo indemnizatorio, entre otros. Cabe señalar que conforme al ordinal 1023 ibidem, los órganos jurisdiccionales pueden ejercer un control que les permite anular las cláusulas abusivas o leoninas que eventualmente puedan introducirse. Además, en virtud de lo estatuido por el párrafo primero de ese mandato, pueden analizar los aspectos de equidad de esos “acuerdos” a fin de buscar un justo equilibrio en el marco de las contraprestaciones, de manera que no exista un beneficio excesivo o injustificado a favor de uno o de otro.” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 756-F-2007, de las 9 horas 35 minutos del 19 de octubre de 2007).” En esa línea, deberá analizarse en la especie si se está en presencia de un eventual incumplimiento contractual por parte del INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS que, finalmente, conlleve la obligación de esa entidad de satisfacer, en razón de la póliza de seguro suscrita con el aquí accionante, la pretensión planteada en el presente proceso.”

3. Capacidad de la administración: Análisis sobre capacidad de derecho público y capacidad de derecho privado en relación con sus implicaciones jurídicas

[Sala Primera de la Corte]^{ix}

Voto de mayoría

“IV.- Sobre los alcances del negocio suscrito. Capacidad de la Administración. Regulación jurídica de la venta. Uno de los aspectos relevantes de este caso, estriba en determinar qué clase de relación se suscitó entre los litigantes. Esto es fundamental para poder asumir las implicaciones y consecuencias de ese negocio. La empresa actora aduce que se está frente a una compraventa, de lo que se desprende la obligación, ahora del Estado, de transmitir el dominio de la finca objeto de controversia. Por otro lado, el mandatario de la Administración afirma que la aceptación de la oferta en que se sustenta la actora, no perfeccionaba el contrato aludido, sino a lo sumo, debe tenerse como un precontrato, actos preparatorios para realizar a futuro un pacto que a la postre no llegó a concretarse. El Juzgado, acogiendo la tesis del demandado, dispuso que no existía venta perfecta, producto de lo cual ordenó el reintegro de la prima que había cancelado el proponente. Por su parte, el Tribunal concluyó que en la especie se había configurado el

citado tipo contractual, toda vez que se tuvo por demostrada la convergencia de acuerdo entre cosa y precio, lo que dentro de la dinámica del sistema de nudo consenso, seguido por la legislación nacional, el pacto interpartes era suficiente para ello, al margen de que ese acuerdo no constara en el Registro Público de la Propiedad. El casacionista reprocha que este caso no se rige por el Derecho Civil, sino por las reglas que para efectos de transferencia de propiedad, tenía establecidas el extinto Banco Anglo. Una vez analizadas las piezas que obran en el expediente, esta Sala estima que las apreciaciones vertidas por el Ad quem se encuentran ajustadas al mérito de los autos y reflejan de manera debida la naturaleza jurídica de la relación entablada. De previo a abordar las razones que sustentan esta conclusión, cabe precisar que a diferencia de lo que alega el demandado, la naturaleza pública de la entidad bancaria, no hace imposible aplicar las normas privadas y postulados que regulan la transferencia de dominio mediante el pacto de compraventa. Sobre ese aspecto cabe indicar, como bien lo señaló el A quo, las actuaciones emprendidas por el Banco en este caso lo fueron en ejercicio de su capacidad de derecho privado, no así en su función administrativa con el ejercicio de sus potestades de imperio. La doble capacidad de obrar (pública y privada) que ha sido conferida al Estado y sus instituciones por parte del Ordenamiento Jurídico, se encuentra fuera de toda duda. Esta capacidad que opera en un doble nivel, encuentra su fundamento normativo en la letra del canon primero de la Ley General de la Administración Pública, que establece: *“La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.”* Tal particularidad le permite, en el ámbito de su capacidad pública, desplegar un funcionamiento en ejercicio de sus potestades de imperio, que le facultan para irrumpir en diversos ámbitos de la vida en sociedad, con el fin de procurar la satisfacción de los intereses públicos, en el contexto y contenido del artículo 113 de ese mismo cuerpo legal, en armonía con el principio de legalidad (positivo y negativo) y en respeto de los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona. Pero a su vez, en su otra vertiente (la privada), sienta las bases para que el Estado y sus instituciones puedan incursionar en el comercio y por ende, en el desarrollo de actividades empresariales, propias del mercado económico e intermediación de bienes y/o servicios, ya no como autoridad pública, sino como una persona más. Lo usual es que esta manifestación de doble capacidad sea desplegada a través de entes públicos cuya creación y estructura atiende a esa finalidad. En estos casos, las normas públicas convergen con las del derecho privado para regular, en mayor o menor grado, aspectos que se derivan de las relaciones que la Administración emprende en esas actividades “privadas”. Los bancos del Estado son ejemplo de lo indicado. Constituyen empresas públicas cuyo funcionamiento se da en el marco del mercado financiero y bursátil. Tienen por norte actividades propias de un ámbito eminentemente privado (oferta de servicios financieros), lo que hace que las relaciones con los clientes (vinculaciones externas), se regulen a través de mecanismos y formas jurídicas típicas del derecho privado. Lo anterior pese a que en algunas áreas, v.gr., a nivel interno, se encuentren regulados por el ordenamiento público, producto de actos que suponen un ejercicio de su capacidad pública. La esencia misma de su naturaleza, justifica este fenómeno. Lo contrario, esto es, someterlos a procesos públicos de contratación, no obstante esa dinámica privada, implicaría una limitante en el ejercicio de sus funciones y trastornaría su finalidad. Con todo, es claro que en su proceder no opera una desvinculación total con el Derecho Público, siendo que a lo interno, está sujeto a un conjunto de normas administrativas que regulan su funcionamiento, toma de decisiones, mecanismos de contratación, entre otros. En ocasiones, se trata de actos precedentes a lo

contratación privada (que la doctrina ha denominado “actos separables”), que le sirven de base, pero que no tienen la virtud de modificar la naturaleza privada de la relación con el tercero. Por ejemplo, no podría prescindirse de un procedimiento específico para la venta de bienes que la ley le imponga a los bancos, con el pretexto de no estar previsto por la normativa privada. Claro está que el régimen aplicable depende de la naturaleza y alcances de cada relación en particular. La venta de propiedades obtenidas por una entidad bancaria del Estado mediante remate judicial por obligaciones insatisfechas, en tanto actividad externa que implica una relación jurídica desplegada en el marco de su giro comercial privado, se rige, en lo fundamental, por las normas privadas. Esto ya que su función esencial no es la tenencia de bienes, sino la recuperación de los créditos y generación de rentas. En este sentido véase el numeral 72 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, no. 1644. La titularidad que sobre el bien objeto de conflicto ostentaba el Banco Anglo no es un factor que permita sostener un criterio distinto al expuesto, pues la incorporación de ese objeto dentro de sus haberes, obedeció a un proceso cobratorio. Luego, en virtud de la falta de pago, decide enajenar el bien para recuperar el monto prestado al deudor que no cumplió. Tampoco lo es la realización de un procedimiento público de venta por las razones ya señaladas. Por otro lado, la fijación dentro del concurso de algunas particularidades propias de la contratación, no puede considerarse como una causa que permita afirmar que no estaba afecto al conjunto de preceptos que la legislación común establece. Desde luego que estas condiciones constituyen la manifestación de la voluntad pre-negocial de la Institución, es decir, la forma en que se ofrece pactar por parte del vendedor. No obstante, eso no implica que por esa sola razón los aspectos esenciales de la compraventa tuvieran un tratamiento normativo diferente. Las diversas cláusulas relacionadas con factores tales como plazo y forma de pago del precio pactado, causas de resolución, para citar algunas, son aspectos particulares de la contratación, que surgen de la voluntad de las partes y que en caso de que sean convenidas pasan a tener fuerza de ley entre las partes. Empero, esos consensos, si bien imponen un régimen particular en la especificidad de la ejecución del contrato, no hacen que las normas jurídicas privadas atinentes a la fase de constitución y perfeccionamiento del negocio, no puedan ser aplicables al caso y trasladarse a dicha relación. Es por ello que no puede afirmarse como hace el casacionista, que a la compraventa en estudio, no puedan serle aplicables normas del derecho privado que regulan aspectos esenciales de ese contrato. Por otra parte, no se evidencia en la especie el ejercicio de cláusulas exorbitantes por parte de la entidad bancaria, ergo, se trata de un contrato de la Administración, emprendido en el marco de su capacidad privada. Este tipo de disposiciones, que son habituales y previsibles en los contratos administrativos, por cuanto surgen de los poderes de imperio que el Ordenamiento Jurídico asigna al Estado, son anormales e imprevisibles en los contratos privados de la Administración. De ahí que además de lo ya dicho, la ausencia de cláusulas de esta índole en este caso, determina la caracterización contractual referida. Tampoco puede afirmarse que el procedimiento (elemento formal) utilizado para vender el bien determine una naturaleza contractual distinta, toda vez que se trata de un aspecto formal insuficiente para establecer la caracterización del contrato administrativo. Si bien es un trámite preparatorio que permite el negocio y sienta sus bases, no fija en estricto el contenido del convenio, lo que si ocurre con el acto de adjudicación o selección de la oferta.

V.- Sobre el tipo de negocio suscrito. Contrato de compraventa. Alcances de la aceptación de la oferta cursada. Ahora bien, aclarado lo anterior cabe ingresar a dilucidar si en la especie se ha perfeccionado la venta del inmueble o si por el contrario, lo realizado entre las partes fueron actos preparatorios o fases pre- contractuales. Esto es elemental para establecer los efectos e implicaciones de los actos que cada parte adoptó dentro de la relación que aquí se analiza. En la especie, según se colige de los autos, el extinto Banco Anglo adquirió mediante remate judicial, el terreno matrícula 49.513-000 del partido de San José, producto de la ejecución por incumplimiento de un crédito de la empresa Garaje Conejo S.A., en el cual ese inmueble fungía como garantía real. Esa gestión no fue en definitiva inscrita en el Registro Público de la Propiedad, por causas que aquí no resultan relevantes. Sin embargo, optó por enajenar esa propiedad, para lo cual, de conformidad con la legislación aplicable, decidió la realización de un concurso que permitiera establecer cual oferente ofrecía las condiciones más favorables para vender el bien. La empresa actora presentó formal oferta en la que proponía un valor de compra de ¢5.500.000,00 a pagar de la siguiente forma: un pago inicial de ¢1.500.000,00, a realizar en tres tramos de ¢500.000,00 cada uno, y el remanente (¢4.000.000,00) a cancelar mediante financiamiento que otorgaría la Institución. En caso de que el postulante no calificare como sujeto de crédito, se establecía que la entidad le otorgaría un plazo de ocho días naturales para cancelar el saldo de contado. De no hacerlo así, la eventual venta se anularía, sin responsabilidad alguna para el Banco. En definitiva, por oficio SC-1203-91, la sección de cobros aprobó la oferta de Rosejo Comercial S.A., estableciendo la prima en los términos formulados por la actora, quien realizó el depósito de esa suma el 22 de mayo de 1992. El Juzgado consideró que no se había producido la compraventa pues la relación no se había formalizado. Por su parte, el Ad quem estimó que sí se había perfeccionado ese vínculo, siendo que en virtud del sistema del nudo consenso, se había dado el acuerdo entre las partes que permite ese efecto jurídico. Esta Sala participa de las conclusiones en que el Tribunal fundamenta su criterio. En efecto, la relación jurídica suscrita entre las partes dista de ser un acto preparatorio de un eventual contrato y por el contrario, el examen de los pormenores del caso, hacen concluir que se trata de un contrato de compraventa que se ha perfeccionado debidamente. El análisis pormenorizado de lo acaecido, las probanzas y los autos mismos llevan a este órgano colegiado a concluir que entre las parte litigantes medió acuerdo entre cosa y precio, elementos que fueron debidamente convenidos. De conformidad con el numeral 1049 del Código Civil, la venta, como contrato susceptible de generar obligaciones, es perfecta entre las partes desde que se conviene en cosa y precio. Con ella se pretende la transferencia de un determinado bien a cambio del valor fijado entre las partes. La perfección del contrato, por ende, está sujeta al cumplimiento de los diversos presupuestos que impone el Ordenamiento Jurídico, siendo entonces fundamental la determinación y consentimiento de la cosa objeto de transacción y el precio en que se ha pactado la enajenación. Sobre el particular, el precio debe ser determinado por las partes, empero, basta con que sea determinable, caso, debiéndose fijar en este último supuesto, el medio por el cual puede cuantificarse o concretarse posteriormente, es decir, no en todos los casos el precio debe fijarse en el acto de la contratación, según se desprende del canon 1056 del Código Civil. Tampoco es necesario que el cumplimiento de la obligación se genere en el acto, pues bien pueden imponerse condiciones que propendan a su cancelación en un determinado lapso, o bien, mediante un sistema de financiamiento, en virtud del cual, el monto (con o sin intereses que produzca el decurso del tiempo) sea pagado en tramos o cuotas previamente

convenidas. Por ello, el pago de las prestaciones, sea, la entrega del precio y el traslado de dominio del bien, pueden estar supeditada al acaecimiento de un hecho futuro y cierto. Cabe indicar que este contrato puede ser civil o mercantil. En este último caso, en los supuestos previstos por el ordinal 438 del Código de Comercio. Sobre la distinción entre ambas, véase de esta Sala sentencia no. 104 de las 14 horas 40 minutos del 3 de julio de 1992. Desde este plano, en lo que viene relevante al caso, cuando el precio por la transmisión de la cosa se ha establecido de común acuerdo, existe venta perfecta, no obstante que su cancelación se disponga para un momento posterior, sea mediante su satisfacción total a futuro, o bien bajo un sistema de crédito o financiamiento. En la especie, considera esta Sala que es incuestionable la existencia de ese acuerdo. El Banco ofreció en venta un inmueble que si bien no se encontraba inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble, había sido adquirido por remate judicial. Se ha tenido por comprobado (aspecto que no ha logrado desvirtuar la representación estatal), que el Banco Anglo, mediante su Sección de Cobros, asintió la propuesta que le formulare la actora. De hecho, emitió recibo en el constaba haber recibido el monetario correspondiente a la prima pactada. Esa manifestación expresa de aceptación determina el perfeccionamiento del contrato, en tanto supone un acuerdo mutuo no solo en el bien transado, sino, aún más relevante, en el precio de la cosa. Para ello no es óbice que la forma en que se pagaría el remanente de \$4.000.000,00 estuviera pendiente, pues si bien en un inicio se planteaba la posibilidad de otorgar un crédito, lo que implicaba que esa cancelación se daría mediante el pago de cuotas mensuales con sus respectivos intereses, también estaba prevista la solución en caso de la compradora no fuese sujeto de crédito. En este último escenario, como se ha indicado, la adquirente debía cancelar la totalidad de lo debido, dentro del plazo de ocho días naturales posteriores al rechazo de su solicitud de financiamiento. En definitiva, el monto de la venta estaba ya convenido, restando únicamente por definir la forma en que se obtendría el dinero para la cancelación del saldo. Ergo, la compraventa se perfeccionó desde el momento en que se aceptaron las condiciones propuestas por la entidad demandante y se aceptó la oferta. No es de recibo la tesis del casacionista de que esa aceptación debe ser considerada como un acto preparatorio del negocio jurídico. Una vez que el ofrecimiento es asentido, deja de ser propuesta, y pasa a configurar el contenido del acuerdo, al menos en lo que a ese elemento se refiere. Ahora bien, la posibilidad de dictar la anulación del acto adjudicatorio en caso de no aprobarse la solicitud de financiamiento y de que el comprador no depositara el resto del monto, no constituye una limitante para el perfeccionamiento del contrato. Su contenido evidencia una condición resolutoria expresa, que establece la consecuencia jurídica que las partes de antemano fijan por el incumplimiento de una de las estipulaciones pactadas. Pero desde ningún plano, a juicio de este órgano colegiado, puede entenderse como un condicionante a que el acuerdo asumido pueda desplegar sus efectos, ni puede constituirse en motivo de nulidad sobreviniente en el acto que determinó asentir la propuesta del proponente. La desatención de un deber asumido en virtud de un contrato, faculta la resolución del convenio, en este caso, por el incumplimiento consistente en la falta de pago del precio, lo que se ha fijado de manera expresa, más ello no incide ni tiene implicación alguna en la concreción del negocio, ni en el caso concreto. En todo caso, sobre ese tema se harán algunas breves reflexiones más adelante. Tampoco permite sostener lo contrario, la circunstancia de que la compraventa no se haya formalizado. La inscripción del título en el cual se asienta el traspaso de propiedad (o su presentación al Registro), lo que permite es que esa transferencia surta efectos respecto

de terceros, según lo estatuido por el ordinal 455 del Código Civil. Sin embargo, a tono con el sistema de nudo consenso, entre las partes contratantes, el pacto surte efectos, se reitera, desde que existe el convenio que tenga por objeto la transmisión de la propiedad, con fijación del precio, según lo dispone el canon 480 en relación al 1049, ambos de ese mismo Código. De este modo, la formalización o inscripción no es necesaria para que el negocio se perfeccione entre las partes que lo han acordado, pues, según se dijo ya, alcanzó ese estado desde el momento en que el Banco Anglo aceptó la propuesta de la actora para adquirir el bien por un monto de ¢5.500.000,00, aún cuando no se hubiera cancelado el monto.

VI.- Sobre los alcances de la no aprobación del crédito. Por otro lado, se esgrime, el Ad quem asumió que la solicitud de financiamiento se había aprobado, lo que dedujo de la prueba testimonial, aún y cuando al amparo del artículo 351 del Código Procesal Civil, ese tipo de probanza es improcedente para acreditar un convenio jurídico. La determinación de si el crédito se había aprobado o no, con sustento en las deposiciones de los testigos, sólo tiene utilidad para establecer si la actora incumplió o no su deber de cancelar el resto del precio dentro del plazo de ocho días hábiles. Esto tendría sentido para establecer la posible aplicación de la cláusula cuarta, que disponía la “anulación” (entiéndase resolución) ante la falta de pago. Sin embargo, como con buen tino lo apreció el Tribunal, el demandado no invocó en ninguna instancia del proceso, defensa alguna relacionada con un eventual incumplimiento por parte de la actora, ni invocó aquella disposición de la oferta. Si el Estado consideraba que la desatención de la adjudicataria permitía resolver el pacto, así debió alegarlo, formulando las excepciones de rigor, o bien, planteando la contrademanda respectiva. No se hizo de esa manera. En este sentido, de conformidad con el canon 608 de la normativa procesal civil, podrán ser objeto del recurso de casación, solo aquellas cuestiones que hayan sido oportunamente debatidas por los litigantes. Ergo, las que no lo hayan sido, están fuera de su espectro de cobertura. Así visto, al tratarse de un aspecto que no fue abordado por el recurrente en el momento procesal debido (como se ha señalado), no es pasible de ser formulado en esta instancia, lo que conlleva, al amparo del mandato aludido, el rechazo del cargo. Sin perjuicio de lo indicado, a mayor abundamiento de razones cabe señalar que al margen de lo interesante que pueda resultar el punto en particular, el fondo del asunto que ahora se plantea no guarda relevancia alguna dentro del contexto de esta resolución. Por la forma en que se resuelve, se trata de un aspecto que no produciría variación alguna en el pronunciamiento de fondo y que por tanto no ostenta utilidad para efectos de quebrar el fallo. Por ello, no guarda importancia en este enfoque, si el crédito fue aprobado o no, toda vez que a la postre, es un elemento que no tiene incidencia, siendo que se relaciona con un supuesto quebranto a los deberes acordados. En suma, no habría casación útil en los cargos relacionados con este eje temático, ante lo cual, se impone su rechazo.

VII.- Sobre el silencio negativo. Por otro lado, el casacionista indica que a falta de respuesta del Banco en torno a la petición de financiamiento, debió aplicarse la figura del silencio negativo, ergo, que la gestión se entendía rechazada. Considera errado el criterio del Ad quem en cuanto indica que el Banco tuvo que comunicarle previamente la denegatoria a otorgar el crédito. En relación, cabe señalar que de nuevo, el aspecto que se analiza se relaciona con un eventual incumplimiento de la actora, tema que conforme a lo expuesto en el considerando precedente, no fue oportunamente invocado en el curso del

proceso, lo que a tono con el artículo 608 del Código Procesal Civil cercena la posibilidad de que esta Sala ingrese a su examen. Al margen de lo anterior, a mayor exposición de razones, merece indicarse que ciertamente la parte accionante incluyó dentro de su oferta una cláusula que establecía su deber de cancelar el monto de ¢4.000.000,00 en el período de ocho días naturales si no resultaba ser sujeto de crédito. No obstante, de los autos se desprende que la actora, de manera insistente y constante, promovió reiteradas acciones para obtener el citado crédito, sin que la institución bancaria diera respuesta. Los hechos probados que adiciona el Tribunal dan cuenta de esa circunstancia. Los alcances de la relación jurídica que vinculaba a ambas partes, de conformidad con los principios de buena fe contractual, exigían, en este caso, que la entidad comunicara de manera expresa al adquirente su decisión de no otorgarle las facilidades de financiamiento, por no considerarlo sujeto de crédito o por cualquier otra razón. Este comunicado era fundamental para que la actora estuviera en posibilidad de adoptar las acciones que estimase adecuadas a fin de dar cumplimiento debido al compromiso asumido de pagar el remanente en un solo tracto dentro del espacio temporal ya referido. En el marco de esa buena fe, las partes deben emprender las conductas debidas que permitan la ejecución y el cumplimiento del contrato. Acciones evasivas que busquen colocar al contratante en estadios de incertidumbre y potenciales quebrantos a sus deberes atentan contra esta equidad contractual. La cláusula cuarta mencionada no solo contiene una exigencia a cargo de la adquirente. En su correcta dimensión, dentro de este contexto aludido, debe entenderse que la conducta del adquirente está sujeta a la decisión del vendedor, en el sentido de si optó por financiar o no el remanente del precio de enajenación, es decir, solo ante la definición clara de la opción de crédito podía la adjudicataria decidir las acciones a emprender para pagar el saldo conforme a lo pactado. Por ende, la aceptación de la oferta produce como efecto el deber del enajenante de comunicar el rechazo del crédito (si así fue). De este modo, no existe yerro alguno en la ponderación de esa prueba documental. Ciertamente no era obligado al Banco otorgar el crédito, más si lo era, dentro del principio de buena fe en la ejecución contractual, comunicar a su contraparte el resultado de su petición, lo cual no consta en este caso. La solicitud de crédito como tal, es una expresión más de un contrato regido por las normas privadas, pues en este caso, la entidad funge como sujeto privado que ofrece servicios financieros y no como unidad administrativa revestida de potestades de imperio. Por tal motivo, el uso del silencio negativo, como ficción jurídica que presupone el rechazo tácito de una determinada solicitud formulada ante el Estado, no tiene cabida dentro del marco de estas relaciones. En todo caso, cabe acotar que esta figura tiene por fin servir de mecanismo de auxilio al particular, quien ante la inercia de la Administración en la respuesta debida, obtiene la posibilidad jurídica de emprender las sendas del régimen recursivo que le permita contar con un pronunciamiento del superior, o bien, buscar la tutela jurisdiccional si así lo desea. En este sentido se manifiestan los numerales 261.3 de la Ley General de la Administración Pública, 19 y 37.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Así visto, la presunción de rechazo de marras, lo que hace es abrir la posibilidad para interponer los recursos administrativos o formular de la acción contenciosa, según sea el caso. Sin embargo, esto tiene sentido en relaciones jurídico públicas que se emprendan con el Estado en su rol de autoridad pública, no así en su ámbito privado, en el cual, se desenvuelve, en tesis de principio, como una persona de derecho más. Por ello, la figura no es de utilidad para que dentro de ese marco, la gestión pueda entenderse denegada. En todo caso, el silencio negativo no libera al Estado del deber de dictar su respuesta expresa,

debidamente fundada, a la que viene obligado por imperio de ley, incluso dentro del año posterior al momento en que puede entenderse por ocurrido el silencio negativo. No considera esta Sala que la figura del silencio pueda ser aplicada al subjuice en los términos que aduce el recurrente. La naturaleza de la relación suscrita le imponía al ente bancario el compromiso de manifestarse sobre ese pedimento, como presupuesto elemental para luego poder hacer efectiva la tantas veces mencionada cláusula cuarta de la oferta. Al margen de que exista duda razonable de que el crédito se haya aprobado o no, lo cierto del caso es que las probanzas reflejan que no fue rechazado de manera expresa, efecto que en la especie, tampoco puede derivarse del denominado silencio negativo. En suma, por las razones dadas, el cargo debe ser rechazado.

VIII.- Sobre la posibilidad de reconocer el derecho de la actora. En su segundo reparo, el casacionista aduce quebranto de los preceptos 10.1, 18, 22, 23, 24, 59.1 y 60 inciso f), todos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, normas que en su interpretación integrada llevan a concluir que una pretensión declarativa como la formulada por la actora, no es posible en sede contenciosa administrativa. Lo anterior ya que no se ventiló la nulidad de acto administrativo alguno. Asevera que este no es un caso civil de hacienda. Una vez más, el presente alegato se refiere a cuestiones que no fueron debatidas en el momento procesal oportuno por el mandatario estatal. En efecto, los argumentos que ahora expone el recurrente fueron parte de los motivos en que sustentó la contestación a la demanda incoada por Rosejo Comercial S.A. (folios 148-157). Pero además, fueron las causas básicas en que sustentó su defensa previa de defectos formales que impiden verter pronunciamiento en cuanto al fondo (folios 109 a 119). Esta excepción fue oportunamente rechazada por el Juzgado mediante la resolución no. 374-2001 de las 13 horas del 8 de junio del 2001, visible a folio 187. Ante la sentencia de primera instancia que acogía la pretensión subsidiaria planteada por la accionante, la Administración no hizo reparo alguno en torno a la supuesta improcedencia de reconocer una determinada situación jurídica sin haberse planteado la pretensión anulatoria, ni sobre la naturaleza de este proceso. En su escrito de impugnación el apoderado del Estado se limitó a cuestionar lo dispuesto por el A quo en cuanto al deber de reintegro de la prima cancelada por la actora y el pago de los intereses respectivos monto cancelado. Así visto, lo expuesto en este cargo se trata de extremos que no fueron debatidos cuando correspondía, situación que conforme a lo estatuido por el numeral 608 del Código Procesal Civil, determina su rechazo. Sin perjuicio de lo indicado, a mayor abundamiento de razones, cabe acotar que tampoco por el fondo el reparo sería de recibo. La jurisdicción contenciosa administrativa encuentra su fuente de creación y objetivo en el marco de la Constitución Política. En este sentido, el numeral 49 de la Carta Magna, se constituye no solo en la norma que da base a esta jurisdicción, sino, fija y precisa el objeto de aquella, le da su contenido sustancial y fija su finalidad intrínseca. En lo relevante, ese mandato establece “...con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.” (El destacado es propio). El uso del término “función administrativa”, compone una apertura que a nivel conceptual engloba todas las formas jurídicas y no jurídicas mediante las cuales la Administración manifiesta su conducta. Incluye por ende no solo los actos expresos y escritos, como concreción de la actividad formal, sino además, cualquier tipo de actuación material (legítima o ilegítima), así como la inactividad, sea formal o material, y a su vez las vías de hecho. Se trata de un concepto amplio que permite al juez incursionar en la revisión de conformidad con el

Ordenamiento, de cualquier acción u omisión, actividad o inactividad, función o disfunción del Estado y sus instituciones. La norma constitucional es el pilar incontrovertible para que esta jurisdicción pueda ejercer un control pleno y universal sobre dicha función pública, lo que incluye de manera expresa todas las facetas en que la voluntad administrativa pueda exteriorizarse. La amplitud del término y la esencia misma de esta vía de control, elimina y excluye la posibilidad de espacios de inmunidad del comportamiento estatal dentro del área administrativa. Nótese que el constituyente optó por una fórmula de fiscalización amplia, omnicomprendiva de la totalidad de la función administrativa, rompiendo con cualquier limitante edificada en torno al objeto del proceso contencioso. Así mismo, busca tutelar, al menos, los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados. Ergo, cualquier tipo de manifestación de voluntad pública que produzca menoscabo en esta esfera existencial de la persona, puede ser susceptible de control judicial. Conformando por tal, el cimiento mismo de los postulados de la tutela judicial efectiva, control universal de la función pública y el sometimiento del Estado al Derecho. Tal amplitud permite que el marco de las pretensiones formuladas por quienes se sientan afectados por el funcionamiento o la disfuncionalidad del aparato público, no se agoten en una simple solicitud de declaratoria de nulidad del acto, pues no en pocas ocasiones el quebranto al orden jurídico no proviene de una exteriorización formal, sino de actuaciones materiales o bien como resultado de la indolencia y la desidia, sea, inactividades. En este sentido, el artículo primero de la Ley Reguladora de esa jurisdicción, establece que es la “... *encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la **Administración** Pública sujetos al Derecho Administrativo*”. Como puede observarse, la ley permite todas aquellas pretensiones que sean necesarias para procurar la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona, que de alguna manera puedan verse comprometidos o afectados, directa o indirectamente, con actos o actuaciones públicas. Desde este plano, si bien es cierto el contenido de la ley de cita presenta un régimen preeminentemente objetivo, de control de legalidad del acto, es lo cierto que ha sido matizado por el mismo contenido de ese conjunto normativo, al incorporar la posibilidad de tutelar la situación jurídica (activa, pasiva, compleja o de ventaja). Nótese que ese cuerpo legal permite requerir el reconocimiento, restitución o modificación de una determinada situación jurídica (incluso de ventaja) que le ha sido cercenada, negada o alterada por un proceder del Estado –artículo 23 ibidem-. Es claro que la procedencia o no de ese requerimiento debe ser de cuidadoso examen en cada caso. En ocasiones, conferirlo es inviable sin antes eliminar un acto administrativo, empero, ello no implica que en todos los casos, sin distingo alguno, ese reconocimiento o declaración esté sujeto a la formulación de una pretensión anulatoria, pues ciertamente, no guardan una relación de accesoriadad irrestricta. Bien puede requerirse el reconocimiento o restablecimiento de la situación jurídica sin necesidad de solicitar la nulidad. Cuando la lesión provenga de una inactividad, aquella pretensión podría ser estimada, de lo que se desprende que no existe una sujeción entre ambas. En la especie, lo que se busca es precisamente la protección de una situación jurídica generada por la venta de un bien inmueble, a propósito del incumplimiento de lo convenido con el Estado, negándole a la actora su derecho de ostentar la propiedad sobre la heredad que adquirió en virtud de un concurso público. Una declaratoria en este sentido no está limitada o condicionada a una pretensión anulatoria de acto alguno, siendo que lo pretendido es el despliegue de los efectos del contrato adoptado y su cumplimiento por parte del Estado. En todo caso, cabe señalar que a diferencia de lo argüido por el casacionista, el presente se trata de un

proceso civil de hacienda. Ya se ha establecido que la relación jurídica suscrita entre las partes se trata de un contrato de compraventa, llevada a cabo en el ejercicio de la capacidad privada de la entidad bancaria, por lo que al amparo del numeral 49 constitucional, y de conformidad con el canon 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, su conocimiento incumbe a dicha jurisdicción. En este sentido, cabe traer a colación lo indicado por la Sala Constitucional en el fallo no. 5623-99 de las 19 horas 54 minutos del 20 de julio de 1999, dictado dentro del recurso de amparo presentado por la empresa aquí actora contra el Ministerio de Hacienda y en el cual se impugnaba el acto de esa cartera que le rechazó la solicitud de formalizar la escritura de venta de la finca 49.513-000 de San José. En esa oportunidad, ese Tribunal manifestó la naturaleza eminentemente contractual esta relación jurídica (ver folio 138 del principal). Así visto, resulta improcedente condicionar la protección de lo que el actor considera una situación jurídica a su favor, al pedimento de la nulidad de un acto, pues ciertamente, la pretensión de su reconocimiento no depende de la anulatoria. Por ende, no se observa ilegalidad alguna que merezca ser corregida. Así las cosas, la interpretación y alcance que da el recurrente a las normas en que sustenta sus agravios no resultan de recibo, frente a lo cual, deben rechazarse.

IX.- Con fundamento en lo anterior, no se observan las ilegalidades que se acusan. Por ende, se debe declarar sin lugar el recurso, con sus costas a cargo de la parte promovente, al amparo de lo dispuesto por el artículo 611 del Código Procesal Civil.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios, elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, de normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final del documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos, según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza las citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos (Nº 6683), reproduce libremente las leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de esta ley. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

-
- ⁱ Asamblea Legislativa. Ley 6227 del 02/05/1978. Ley General de la Administración Pública. Versión de la norma: 13 de 13 del 23/07/2012. Colección de leyes y decretos, Año 1978, Semestre: 1, Tomo: 4, Página: 1403.
- ⁱⁱ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. (2009). Principios de Derecho Administrativo General. Vol. I. Segunda Edición. Editorial IUSTEL. Madrid, España. Págs. 285-289.
- ⁱⁱⁱ Entrena Cuesta, Rafael. (1999). Curso de Derecho Administrativo. Volumen 1/1. Decimotercera edición. Editorial Tecnos. Madrid, España. Págs. 67-70.
- ^{iv} Hauriou, Maurice. (2007). Derecho Administrativo y Derecho Público. Colección Grandes maestros del Derecho administrativo. Volumen 1. Editorial Jurídica Universitaria. México D.F. Págs. 33-36.
- ^v Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. (2003). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Págs. 165, 177-181.
- ^{vi} Jinesta Lobo, Ernesto. (2009). Tratado de Derecho Administrativo: Tomo I. Parte General. Segunda Edición ampliada y corregida. Editorial Jurídica Continental. Pág. 161-176.
- ^{vii} Sentencia: 01085 Expediente: 08-000052-1027-CA Fecha: 20/09/2013 Hora: 9:40:00 AM Emitido por: Sala Segunda de la Corte.
- ^{viii} Sentencia: 00042 Expediente: 10-100065-0236-CI Fecha: 21/05/2012 Hora: 3:00:00 PM Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII.
- ^{ix} Sentencia: 00263 Expediente: 00-000514-0163-CA Fecha: 13/04/2007 Hora: 10:30:00 a.m. Emitido por: Sala Primera de la Corte.

SPQR