



Criterio de la Procuraduría General de la República sobre la Naturaleza Jurídica de la Refinadora Costarricense de Petróleo

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Sujetos del Derecho Administrativo.
Palabras Claves: Naturaleza Jurídica, RECOPE.	
Fuente de Información: Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la PGR.	Fecha: 10/06/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
Ley sobre el Monopolio Estatal de Hidrocarburos Administrado por RECOPE.....	2
DICTÁMENES Y OPINIÓN JURÍDICA DE LA PGR.....	3
1. RECOPE y la Ley de Incentivos a la Producción Industrial.....	3
2. RECOPE, Naturaleza Jurídica, Ley de Tránsito y Uso de Vehículos Discrecionales	4
3. RECOPE, Pólizas de Seguros con el INS, y Artículo 331 del Código de Trabajo.....	18
4. RECOPE y la Reposición de Cupones de Gasolina a sus Clientes	24
5. Naturaleza Jurídica de RECOPE y el Pago de Aguinaldo a los Miembros de su Junta Directiva	27
6. Naturaleza Jurídica de RECOPE y sus Potestades de Derecho Público y Privado	37

RESUMEN

El presente documento contiene dictámenes y la Opinión Jurídica de la Procuraduría General de la República (PGR) sobre la **Naturaleza Jurídica de la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE)**, considerando los supuestos de los cuatro artículos que componen la ley del Monopolio Estatal de Hidrocarburos Administrado por RECOPE. "Establece Monopolio a favor del Estado para la Importación, Refinación y Distribución de Petróleo, Combustibles, Asfaltos y Naftas.

NORMATIVA

Ley sobre el Monopolio Estatal de Hidrocarburos Administrado por RECOPE

[Del Monopolio Estatal de Hidrocarburos Administrado por RECOPE. "Establece Monopolio a favor del Estado para la Importación, Refinación y Distribución de Petróleo, Combustibles, Asfaltos y Naftas"]ⁱ

Artículo 1º- La importación, refinación y distribución al mayoreo de petróleo crudo y sus derivados, que comprenden combustibles, asfaltos y naftas, para satisfacer la demanda nacional, son monopolio del Estado.

Artículo 2º- El Estado concede la administración de ese monopolio a la empresa pública Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE S.A.), para el desempeño de las actividades descritas en el artículo anterior, en tanto su capital accionario pertenezca en su totalidad al Estado.

Artículo 3º- El Estado no podrá ceder, enajenar ni dar en garantía ninguna acción representativa del capital de la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima.

Artículo 4º- Rige a partir de su publicación.

DICTÁMENES Y OPINIÓN JURÍDICA DE LA PGR

1. RECOPE y la Ley de Incentivos a la Producción Industrial

[Procuraduría General de la República]ⁱⁱ

Señor

Lic. Manuel González Cabezas

Director de Suministros y Servicios Refinadora Costarricense de Petróleo

Su Despacho

Estimado señor:

Con la aprobación del Procurador General de la República, me es grato dar respuesta a su oficio AFSS-457-89 del 12 de diciembre último, mediante el cual solicita el criterio de este Despacho "acerca de si RECOPE está sujeta a la aplicación de lo que establece el artículo 12 del Anexo Tercero de la Ley Nº 7017, Ley de Incentivos para la Producción Industrial".

En primer término, la norma en cuestión dispone: "Artículo 12.- al efectuarse cualquier compra por parte del Gobierno de la República, las instituciones autónomas, las semiautónomas, las municipalidades o cualesquiera otras entidades oficiales, obligatoriamente se dará preferencia a los productos manufacturados por la industria cuando la calidad sea equiparable, el abastecimiento adecuado y el precio igual o inferior al de los importados. En caso de discrepancia respecto a calidades, se procederá a consultar el caso a la Oficina Nacional de Normas y Unidades de Medidas, la cual decidirá ese aspecto privativamente. Para efectos de comparación de precios se agregarán al precio de la mercancía de fabricación extranjera, los derechos de aduana y todo otro gasto de internación, aún cuando la entidad compradora esté exenta de pagarlos. El Banco Central de Costa Rica no autorizará el uso de divisas para esas compras en tanto el interesado no se ajuste a las disposiciones de este artículo".

Pro otra parte, a efecto de precisar los alcances de dicha disposición, en lo que a RECOPE se refiere, resulta preciso insistir sobre la naturaleza jurídica de esta empresa, no obstante que tanto este Despacho, reiteradamente, como la Jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, han elaborado suficientemente al respecto, por lo que bastará con recordar los términos de la Resolución de las 15 horas y 30 minutos del 6 de junio de 1980, emitida por la Sala de Casación, cuyo CONSIDERANDO I en lo que interesa dispuso: "...el Estado entró como socio minoritario, se previó que llegaría a ser mayoritario, y antes del plazo respectivo adquirió la totalidad de las acciones, con lo que pasó a ser socio único, conforme consta del contrato de traspaso de acciones aprobado por Ley Nº 5508 de 17 de abril de 1974. Se trata entonces de una empresa

estatal estructurada como sociedad mercantil, y así la calificó el reglamento emitido por Decreto Ejecutivo N° 7927 H de 12 de enero de 1978; opera igual que todas las demás sociedades similares y se rige fundamentalmente por el derecho privado, lo que confirma la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978, artículo 3º, inciso 2º, en el sentido de 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". Aún así, es evidente el interés directo que en la Refinadora tiene el Estado, como dueño que es de la totalidad de las acciones, tanto que, según lo expresó, se le califica como empresa estatal...".

Este Despacho ha sostenido que tales empresas estatales tienen el carácter de entidades públicas, dado el predominio del Estado en la administración y en el capital de ellas. (Vid. Pronunciamientos C-018-85 de 29 de enero de 1985 y C-255-86 de 20 de octubre de 1986).

En presencia del carácter estatal que tanto la jurisprudencia administrativa de este Despacho como la de nuestros Tribunales de Justicia han reconocido a RECOPE, no queda margen de duda para concluir que los términos del mencionado artículo 12 le son aplicables a dicha empresa estatal.

Atentamente,

Licda. Mercedes Valverde Kopper

Procuradora Administrativa

2. RECOPE, Naturaleza Jurídica, Ley de Tránsito y Uso de Vehículos Discrecionales

[Procuraduría General de la República]ⁱⁱⁱ

Ingeniero

Gerardo Rudín A.

Presidente

Refinadora Costarricense de Petróleo S.A.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, doy respuesta a su oficio P-380-2000, de fecha 14 de febrero del 2000, en la cual consulta diversos aspectos con relación si a RECOPE le cubren las restricciones que en materia de vehículos de uso discrecional regula la Ley de Tránsito vigente, y en igual sentido si la Contraloría General de la República a través de normas, políticas y directrices, las

cuales tienen rango inferior a la ley, puede restringir y limitar el uso de dichos vehículos, a sabiendas que se trata de una materia de reserva de ley.

En el dictamen adjunto de la asesoría legal del ente, se expresan las siguientes conclusiones, las cuales se transcriben de forma literal:

1. De conformidad con lo dispuesto por la Ley No.7331, RECOPE no encuadra dentro del ámbito de aplicación que en materia de vehículos de uso discrecional regula la Ley de Tránsito, por lo que no debe adaptarse a las restricciones al respecto que ordena esa normativa.
2. Que en acatamiento de la Ley No.5691, RECOPE está compelida a reglamentar, como se ha hecho, el uso de vehículos discrecionales y someterlo a aprobación de la Contraloría General de la República; órgano que podrá hacer observaciones a la reglamentación correspondiente en el marco de la legislación aplicable a la materia, no pudiendo restringir ni limitar, a través de normas, políticas y directrices, el uso discrecional de los vehículos de ésta empresa pública por tratarse de un asunto que es reserva de ley, principio del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución Política, para la emisión de leyes, es posible regular y, en su caso, restringir derechos.

CRITERIOS ESPECIFICOS DE LA ASESORIA LEGAL

Señala en particular el criterio de la asesoría legal que la Ley N°7331 del 30 de marzo de 1993, Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, no regula dentro de su cobertura a las empresas públicas estructuradas según modelos organizacionales de derecho privado, y por ende no resulta de aplicación a RECOPE. Los artículos 221 y 225 de la ley no señalan expresamente a las empresas públicas estructuradas como sociedades anónimas, quedando excluida por lo tanto, con la consecuente imposibilidad de hacer distinciones donde la misma ley no lo hace. Siendo la naturaleza jurídica de RECOPE de empresa la misma no forma parte de los Poderes del Estado, por lo tanto la normativa de ley no es de aplicación a dicho ente.

Por otra parte a pesar de lo manifestado con relación al ente, RECOPE se encuentra obligado dentro del ámbito de su competencia a reglamentar la existencia de vehículos de uso discrecional, atendiendo a los criterios de razonabilidad en la asignación de los mismos. Lo anterior se hace con fundamento en lo dispuesto en la Ley N°5691, publicada en La Gaceta N°99 del 28 de mayo de 1975, normativa vigente a la fecha en ésta empresa pública sobre materia vehicular. En este sentido se promulgo el Reglamento General de Transportes, cuerpo normativo que fue debidamente aprobado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Contraloría General de la República, cuya normativa faculta al Presidente de RECOPE para asignar vehículos de

uso discrecional; no obstante el órgano contralor hizo algunas observaciones en torno a la posibilidad del presidente de asignar vehículos con la amplitud que expresa la normativa reglamentaria.

NORMATIVA LEGAL APLICABLE

Las normas que se encuentran involucradas en el análisis de los hechos de esta consulta son las que emanan de la Ley de Tránsito, en su Título VII de la Regulación del uso de Vehículos del Estado Costarricense, en su Capítulo I Disposiciones Generales y en su Capítulo II de la Clasificación de Vehículos, las cuales expresan:

"ARTICULO 221.- La presente Ley regula el uso de los vehículos oficiales de los Poderes del Estado, como bienes públicos que cumplen un fin de interés público."

"ARTICULO 225.- Uso discrecional. Estos vehículos son los asignados al Presidente de la República, Presidente de la Asamblea Legislativa, Vicepresidentes de la República, Ministros de Gobierno, Viceministros, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Elecciones, Contralor General de la República, Subcontralor General de la República, Procurador General de la República, Procurador Adjunto, presidentes ejecutivos, gerentes, subgerentes, auditores y subauditores de las instituciones autónomas.

Estos vehículos no cuentan con restricciones en cuanto a combustible, horario de operación ni recorrido, características que asumiré, bajo su estricto criterio, el funcionario responsable de la unidad. Estos vehículos pueden portar placas particulares y no tienen marcas visibles que los distinguen como vehículos oficiales."

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE RECOPE

Existiendo como parte de la consulta una argumentación en torno a la naturaleza jurídica de RECOPE, nos limitaremos en este punto a reiterar lo que la Procuraduría General de la República manifestó mediante su criterio obligatorio, en el dictamen C-069-99, del 9 de abril de 1999, suscrito por la Dra. Magda Inés Rojas Chaves, exponiendo nuevamente de esta forma lo preceptuado en la consulta a los efectos de que RECOPE tenga presente lo manifestado con carácter vinculante.

"A-. RECOPE: UN REGIMEN JURIDICO MIXTO

Un ente del sector público constituido como sociedad anónima es, por principio, una empresa pública. Máxime si las actividades que despliega la entidad son de carácter empresarial, como es el caso de RECOPE. Cuyo giro empresarial bien podría ser desarrollado por una empresa de naturaleza privada, tal como fue originalmente la Refinería.

Procede recordar, por demás, que la organización de una entidad bajo las reglas del Derecho común, no determina que dicha entidad sea de naturaleza privada. Existen criterios materiales que determinan el carácter público o privado de la persona jurídica y que prevalecen sobre el criterio orgánico. Así, para resolver si una empresa es pública debe determinarse si el capital mayoritario es público o bien, si el poder público ejerce un control predominante sobre los actos y políticas de la sociedad, que le permita imponer sus decisiones. Asimismo, el fin público asignado por los poderes públicos a la empresa:

"La sociedad que es propiedad de un ente público -en razón de ser éste el socio único o principal- es pública por esa sola razón, aunque el socio dominante no sea el Estado, sino otro ente público cualquiera. Lo decisivo para imprimir carácter público a un ente -sea o no sociedad mercantil- es la existencia de fines de ese sujeto impuestos a él por la ley o por la Administración.

Como ya se dijo, la sociedad es pública porque se convierte en un instrumento de los fines legales, por ello mismo públicos, del ente público socio. Un fin o interés puede llamarse público cuando está impuesto a un sujeto por la ley o por acto de la Administración, con base en la Ley". E, ORTIZ ORTIZ: "La empresa pública como ente público". IVSTITIA, N. 52, año 5, p. 8.

Lo anterior es importante porque, como bien se indica en la consulta, RECOPE nace y se mantiene como una sociedad anónima, organizada bajo las reglas comunes del Código de Comercio. Esta sociedad anónima pertenece al Estado costarricense según lo dispuesto en la Ley N. 5508 de 17 de abril de 1974. A partir de esa Ley, puede decirse que

la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A constituye una empresa pública, propiedad del Gobierno de la República, organizada bajo forma societaria común. Este aspecto ha sido reconocido por la jurisprudencia. Así, en sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, 14:55 hrs. del 8 de enero de 1992, se indica:

"Se trata entonces de una empresa estatal estructurada como sociedad mercantil, y así la calificó el Reglamento emitido por Decreto Ejecutivo Nº 7927-H de 12 de enero de 1978; ...".

Esa condición de empresa estatal ha sido también reconocida por la Procuraduría. Así en el dictamen N. 12-90 de 31 de enero de 1990, la Procuraduría consideró que al estarse ante una empresa estatal RECOPE, podía ser considerada como una entidad estatal, aun cuando organizada como sociedad anónima.

Podría entonces decirse que este aspecto de la naturaleza no genera discrepancia, aunque si lo es el del régimen jurídico. ¿Dicha empresa pública está sujeta a un régimen de Derecho Público? ¿Es su régimen de Derecho Privado o más bien, mixto?

La resolución de la Sala Primera antes citada señala al efecto:

"... (RECOPE) opera igual que todas las demás sociedades similares y se rige fundamentalmente por el derecho privado, lo que confirma la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978, artículo 3º, inciso 2º, en el sentido de 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".

Ciertamente, si nos atuviéramos a la escritura constitutiva de la empresa, habría que concluir que RECOPE se rige por el Derecho Privado, lo cual se explicaría, incluso, en razón de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley General de la Administración Pública. Al no ser su actividad administrativa el régimen público le escaparía. Si el funcionamiento u operación de la empresa se rige por el Derecho Común, eso significa que puede operar como una sociedad anónima más, sin que el carácter público modifique dicha operación y las reglas que la rigen.

No obstante, una afirmación categórica del régimen privatístico llevaría a desconocer las diversas disposiciones que el legislador ha tomado con el fin de aplicar a la entidad regulaciones de Derecho Público. Regulaciones que apuntan, como bien se indica, a la sujeción a un régimen publicístico. En primer término, tenemos que la Ley N. 6588 en

su artículo 5º somete a RECOPE al control de la Contraloría General de la República. Más recientemente, la Ley de la Contratación Administrativa determina que los contratos que realiza la citada empresa se consideran contratos administrativos y como tales están sujetos no sólo a los principios sino también a los procedimientos que dicha Ley de Contratación dispone. Por demás, RECOPE está sujeta a los lineamientos y directrices sobre inversión, presupuesto, salarios y endeudamiento emitidos en el marco de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria. Desde luego, las tarifas que cobra la empresa son fijadas no por ella, sino por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. La regulación tarifaria puede ser ejercida sobre entidades privadas regidas por el Derecho Privado, pero esa regulación que data de la Ley N. 6588 es manifestación expresa de un régimen publicístico

y más aún de intervención del Estado en el mercado de bienes y servicios a cargo de la Refinería. Significa que RECOPE no es libre de fijar las tarifas que cobra por los combustibles que vende y servicios que pueda prestar. De modo tal que podría afirmarse que el régimen de Derecho Común se aplica sobre todo en materia laboral, por cuanto sus servidores no están sujetos -salvo la clase llamada gerencial- a una

relación de servicio estatutaria. Es de advertir que aún cuando ello sea así, las decisiones sobre salarios están sujetas también a las directrices de la Autoridad Presupuestaria, según se indicó. Observamos que ya en dictamen N. C-255-86 de 20 de octubre de 1986, la Procuraduría había señalado que:

"De todo lo hasta aquí expuesto podemos colegir que no obstante que en principio el derecho privado le es aplicable fundamentalmente a RECOPE, existen disposiciones que exceden la órbita del derecho común, propias del derecho público, que regulan la actividad de la empresa y la utilización de sus recursos. Así, los planes de inversión deben sujetarse a los lineamientos de la Autoridad Presupuestaria, y en su funcionamiento debe observar las políticas del Sector Industria, Energía y Minas, para desarrollar dichos planes previa autorización de la Contraloría General de la República. Asimismo, debe seguir los criterios sobre los cuales también será fiscalizada por el Organismo Contralor".

Criterio que reitera en el dictamen N. 173-90 de 17 de octubre de 1990.

Partiendo, entonces, de que RECOPE se rige por disposiciones tanto de Derecho Privado como Público, cabe concluir que su régimen es mixto. Tomando en cuenta esa calificación, procede preguntarse si está autorizada para aplicar disposiciones contenidas en el Código de Comercio y relativas a los "esquemas societarios".

Como queda claramente establecido a RECOPE lo regulan una serie de leyes, reglamentos, y se encuentra sujeto en dicho contexto a los controles que se hacen a las administraciones públicas, y en tal sentido debe respetar el sistema normativo vigente, tanto de derecho público, como privado. Cabe resaltar como se hizo en el extracto del dictamen transcrito que la clase gerencial se encuentra sujeta a una relación de servicio estatutaria, y por lo tanto regida por el derecho público.

EL REGIMEN DE DERECHO PUBLICO

Ahora bien y atendiendo a una característica de los bienes patrimoniales – vehículos del Estado y sus instituciones -, así como también de los bienes demaniales, su regulación normativa está compuesta por un conjunto de reglas de Derecho Administrativo, y en general del Derecho Público que les dan una cobertura especial con relación a otro tipo de bienes, como por ejemplo, bienes de particulares regidos por las reglas del Derecho Civil.

Se ha dicho en este sentido que:

"Síguese de aquí que constituye un error la habitual presentación del estudio de los bienes de la Administración sobre la distinción entre bienes de dominio privado y bienes de dominio público; y lo es porque enmascara la realidad de que en el Derecho

español todos los bienes de la Administración están sujetos a un régimen jurídico básico, pleno de exorbitancias y privilegios, derogatorio del sistema de acciones civiles, y sin parangón en el Derecho comparado, y por ello principalmente puede decirse que se aplica a los bienes de dominio privado de la Administración un régimen jurídico de Derecho público. Sobre él, y además de él, los llamados bienes de dominio público o bienes demaniales todavía disfrutaban de un plus de exorbitancias en su protección y están sujetos a reglas de Derecho administrativo minuciosas sobre su utilización, destino y aprovechamientos." (Parada, Ramón, Derecho Administrativo, Tomo III, Quinta edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1993, pag. 15)

La adquisición de los bienes por parte de la Administración, en tratándose de bienes muebles –usando la clasificación enumerada en el Código Civil-, se puede producir a título oneroso, sin ejercicio de la potestad expropiatoria, utilizando las formas particulares de los contratos administrativos, asimismo, su transmisión o salida fuera de los dominios de propiedad del Estado, se hace bajo formas administrativas determinadas, y bajo los controles y fiscalización de los órganos contralores internos y externos de las Administraciones Públicas.

No obstante, la protección a los bienes del Estado, así como también a los de las instituciones descentralizadas, no se agota con la normativa mencionada, sino que, en el universo de normas encontramos múltiples referencias a la protección de los bienes del Estado, sus órganos, o de instituciones descentralizadas.

En orden de la Administración Central el Decreto Ejecutivo N°26544-H del 30 de octubre de 1997, señala dentro de sus definiciones, en su artículo 2 que para los efectos legales que se deriven de la aplicación de este reglamento, debe entenderse por Bienes, tanto los bienes muebles como los inmuebles y los semovientes. En igual sentido en la interpretación que realiza la Contraloría General de la República, de su Manual sobre normas técnicas de control interno relacionado al uso, control y mantenimiento de vehículos, los mismos son catalogados como bienes públicos.

De manera particular a todos los vehículos pertenecientes al Estado, la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, N°7331 del 13 de abril de 1993, en su artículo 221, referente a la Regulación de uso de Vehículos del Estado costarricense, señala su cobertura en tratándose de vehículos oficiales, catalogados como bienes públicos que cumplen un fin de interés público.

Por su parte la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N°7428 del 7 de setiembre de 1994, realiza una definición de Fondos Públicos sumamente interesante y por lo cual engloba la competencia del órgano contralor a los vehículos del Estado, cuando señala su artículo 9 sobre Fondos Públicos lo siguiente:

"Fondos Públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos."

APLICACIÓN DE LA LEY DE TRANSITO LEY N° 7331

Ahora nos corresponde valorar si de conformidad con la normativa que se ha citado, artículos 221 y 225, así como también del resto del cuerpo normativo, se evidencia o no, la regulación de vehículos de uso discrecional a las empresas públicas como RECOPE.

El artículo 221, transcrito líneas atrás, establece dentro del Título VII Regulación del uso de los Vehículos del Estado Costarricense, Capítulo I de Disposiciones Generales, cuales entidades se encuentran cubiertas por las regulaciones de esta ley, en los aspectos específicos de vehículos del Estado.

Sin duda alguna si tomáramos en cuenta una interpretación gramatical y restrictiva del artículo 221, tendríamos necesariamente que concluir, que las disposiciones de este título únicamente abarcan al Estado persona, ya que cuando se habla de los Poderes del mismo, se refiere a los Poderes de la República, Legislativo, Judicial y Ejecutivo.

No obstante, debemos entender que en no pocas ocasiones la técnica legislativa no es la más agradable, desde el punto de vista técnico-jurídico, por lo que se requiere hacer uso de la hermenéutica jurídica, para dilucidar como operadores del derecho, la cobertura que las normas de este título tienen en realidad.

Nótese que al Capítulo I, contiene únicamente tres artículos, los cuales deben ser leídos e interpretados en su contexto real, y sobre todo haciendo uso de las demás normas del título que estamos comentando, como del resto del cuerpo legal. Tanto el artículo 222, como el 223, señalan la obligación de los vehículos oficiales de llevar una placa especial que los identifique, así como también de llevar a un lado el nombre o el logotipo de cada Ministerio o Institución a la que pertenecen.

Con el contenido dado en esta norma se amplía el ámbito de aplicación, a todos los entes descentralizados, utilizando el legislador un vocablo genérico para tal propósito, como es el de "Institución", que nos lleva a señalar a personas jurídicas distintas del Estado.

En concordancia con las normas reseñadas se encuentran los artículos 226, 227, 228, 229, 230, 234, 239, 240 y 241, que establecen su regulación sobre los vehículos oficiales de los ministerios o de la institución respectiva. Igualmente el artículo 243 señala las derogatorias de otras normas, leyes o reglamentos que rigen en esta materia, para el Gobierno Central, instituciones autónomas y semiautónomas, y los

otros Poderes del Estado, con lo cual se evidencia la intención del legislador de regular la materia de tránsito, en concreto a los entes descentralizados.

Ahora bien, y aunado a lo que venimos manifestando, el artículo 225 es el que establece la regulación específica de los vehículos de uso discrecional, señalando expresamente cuales son, de conformidad con el funcionario que tenga asignado el vehículo, lo cual se hace en plena concordancia con la investidura del cargo que se señalan. En tratándose de la Administración Central, no existe discusión alguna, por cuanto se señalan los jefes de los tres Poderes de la República, incluidos magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, así como también, dentro del Estado los titulares de los siguientes órganos, Contraloría General de la República, en los figuras del Contralor General de la República, y el Subcontralor General de la República; y Procuraduría General de la República, en las figuras de sus jefes Procurador General de la República y el Procurador General Adjunto.

La regulación del artículo 225, no se agota con el señalamiento de máximos funcionarios del Estado, en los Poderes y órganos señalados, sino que además establece una regulación con relación al conglomerado de los entes descentralizados, para regular sin duda alguna, a aquellos que ocupen las funciones de presidentes ejecutivos, gerentes, subgerentes, auditores y subauditores de las instituciones autónomas. Como hemos reseñado las formas gramaticales técnicas jurídicas utilizadas por el legislador, no son las más apropiadas, sin embargo, la Ley de Tránsito tiene cobertura sobre el Estado, así como también sobre los entes descentralizados, como sería el caso de una empresa pública como RECOPE.

Ahora bien es interesante señalar parte de la discusión legislativa que tuvo la Ley N° 7331, en el expediente legislativo N°11.182, cuando se introdujo una moción por parte del Diputado Soto Zúñiga al interno de la Comisión Especial nombrada por el Plenario para estudiar la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres a los efectos de incorporar todo el Título VII que regula el uso de vehículos del Estado costarricense. En este sentido las palabras del Diputado Soto Zúñiga, no dejan duda alguna sobre la regulación del legislador a todas las Administraciones públicas, centraliza y descentralizada. Señalo el Diputado Soto Zúñiga como argumentos para la incorporación de su moción en el cuerpo legal lo siguiente:

"Quisiera manifestar el por qué de la moción. Desde hace muchos años este país ha venido siendo sometido a un abuso por parte de funcionarios públicos, en el uso de los vehículos; abuso que no es de esta administración, abuso que es de varias administraciones. Inclusive hay escritos en la prensa de funcionarios públicos defendiendo el uso de los vehículos discrecionales.

Resulta que yo hice una investigación que abarcó, como ustedes pueden observar acá, todas las instituciones públicas que hay en el reglamento que señala don Gerardo Rudín, este estudio me demostró el abuso que hay con esos vehículos.

Como ustedes pueden ver, aquí están todas las pruebas, documentación que además he entregado a la Contraloría General de la República, porque el mismo reglamento, al ser reglamento sencillamente el funcionario público lo evade. Como es un reglamento no se le pone atención y en estos momentos la Contraloría General de la República está investigando. Esto abarca desde los ministerios hasta las instituciones autónomas más sencillas, el Colegio Universitario de Alajuela y pasando por los bancos, instituciones autónomas, semi autónomas y otras.

Un ligero resumen para que ustedes tomen conciencia del abuso que hay, es que la flotilla de vehículos que tiene el sector público es de 10.335 vehículos. Esto incluye automóviles, motos, buses, microbuses, camiones, furgones, vagonetas, ambulancias, sisternas, bombas extintoras, montacargas, grúas, bancos móviles, tractores y otros.

La investigación que hice no incluye 768 unidades de equipo pesado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, pero esas 10.335 con el reglamento que señala don Gerardo, hay 551 vehículos de uso discrecional. Es decir, que hay 551 funcionarios que utilizan el vehículo con placas no oficiales, que en estos momentos circulan en la calle con consecuencias que no voy a traer a colación como los últimos accidentes que han sido denunciados por los sectores de opinión pública, que son muy lamentables. No suceden hoy, sucedieron hace 8, 12 años, es decir, en diferentes administraciones por manejo de menores de edad en vehículos discrecionales; por estar los vehículos en sectores de diversión como cantinas y otros. Como un día de estos un funcionario público admitió que su vehículo lo tomó un menor, porque él estaba escuchando al conjunto Llamada en una cantina y el vehículo está destrozado. Estos son los hechos lamentables.

Para decirles que las instituciones autónomas con el reglamento que señala don Gerardo, tienen 159 vehículos discrecionales; los ministerios tienen 200; la educación superior 7; los bancos 56; los servicios públicos 35; el sector agro exportador tiene 23 vehículos discrecionales; el sector social 24; el sector cultura 5; la Contraloría 15; el Tribunal Supremo de Elecciones 7 y la Asamblea Legislativa 2. El señor Contralor General de la República, aplicando previamente los argumentos que he señalado, dispuso el que 11 vehículos fueran utilizados porque los jefes de departamento de la Contraloría querían tener vehículo discrecional.

Ahora bien, les quiero decir que hay funcionarios que tienen una gran concentración de vehículos discrecionales; el ejemplo más claro es del funcionario llamado Oficial Mayor del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Este señor tiene el derecho de usar 6 vehículos discrecionales.

Entre los ministros hay realmente preocupación; imagínese que cada ministro, entre don Mariano Guardia, Viceministro de Obras Públicas que usa 3, el Ministro de Seguridad y Gobernación que usa 3, el Ministro de Salud Pública usa 3, la Directora de Ayudas Comunes del MOPT tiene 3 vehículos discrecionales y así tengo un orden descendente de quienes usan los vehículos, que me parece que es realmente un abuso. Hay abusos en donde ustedes pueden incluir desde funcionarios medios en adelante.

El Ministerio de Obras Públicas y Transportes es, en estos momentos, la institución que más vehículos discrecionales tiene junto con el ICE. En orden descendente tenemos que el ICE tiene 47 vehículos discrecionales, los directores departamentales del ICE tienen vehículos discrecionales. En el MOPT hay 46 vehículos discrecionales; en Casa Presidencial hay 33 vehículos; en RECOPE hay 29; en el Banco de Costa Rica hay 27; en el CNP 22; en Agricultura 17; en la Compañía Nacional de Fuerza y Luz 16; en la Caja 12; en Hacienda 90, en el Banco Popular 9; en Justicia 8; en Relaciones Exteriores 8; en Cementos del Pacífico 8; en la Comisión Nacional de Emergencias 8 y así tenemos todo el orden de los vehículos discrecionales. Yo creo que esto es un abuso; es un abuso porque normalmente estos funcionarios no solo usan el vehículo discrecional, sino que además tienen choferes, en su mayoría ganan horas extras, combustibles y hay que pagar la depreciación del vehículo.

Así que yo creo que hay que meter una regulación estricta en este tema.

La moción incluida en el artículo 26 me parece muy amplia; me parece amplia porque permite cerrar portillos. Esta moción que he presentado establece todo un reglamento y don Ovidio ha sido claro en que esta ley es para asuntos de circulación de vehículos. Por eso es que estamos metiendo aquí a la Policía de Tránsito, para que en el momento en que vea los fines de semana un vehículo que no cuente con el permiso aún rotulado, la Policía queda obligada a que esté rotulado porte el permiso del jerarca o el funcionario administrativo señalado y que diga si efectivamente está o no en labores de trabajo. Porque yo creo que todos ustedes podrán observar en las ferias del agricultor, por ejemplo, la gran cantidad de vehículos oficiales rotulados que llegan los sábados." (Comisión Especial que estudia la Ley de Tránsito, Período Ordinario, Acta No.13 de la sesión celebrada a las nueve horas quince minutos, del día diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y dos, Expediente Legislativo No. 11.182, Tomo 8, folios 2837 a 2839)

Con las anteriores palabras el Diputado Soto Zúñiga hacía su defensa en torno a su moción que incorporó todo el título correspondiente a la regulación del uso de los vehículos del Estado costarricense, siendo esta la más significativa para los efectos de la presente consulta.

A mayor abundamiento la exposición de motivos de la moción de fondo No. 160 (13-4-CE41) del Diputado Soto Zúñiga, expresamente consigno lo siguiente:

"PARA QUE SE AGREGUE UN NUEVO TITULO AL PROYECTO DE LEY DE TRANSITO, EL CUAL SE DENOMINARA: "REGULACION DEL USO DE LOS VEHICULOS DEL ESTADO COSTARRICENSE" Y QUE SE ADJUNTA A LA PRESENTE MOCION. "JUSTIFICACION. EL ESTADO COSTARRICENSE, COMO ENTE QUE ADMINISTRA LOS BIENES PUBLICOS AL SERVICIO DE TODO EL PUEBLO COSTARRICENSE, TIENE LA RESPONSABILIDAD DE VELAR PORQUE DICHS BIENES REALMENTE SEAN UTILIZADOS PARA BRINDAR LOS SERVICIOS ADECUADOS Y EN FORMA EFICIENTE, INCURRIENDO EN EL MENOR COSTO POSIBLE. // DENTRO DE ESTOS BIENES PUBLICOS, ESTAN LOS VEHICULOS QUE PERMITEN DESARROLLAR LAS DIFERENTES ACTIVIDADES QUE LE COMPETEN AL ESTADO. POR LO TANTO, SU BUEN USO Y MANTENIMIENTO PERMITIRA QUE LA LABOR DEL ESTADO SEA EFICIENTE Y EFICAZ. // ES DE CONOCIMIENTO PUBLICO QUE UNA DE LAS RAZONES QUE HAN OBSTACULIZADO EL DESARROLLO NORMAL DE LAS TAREAS ENCOMENDADAS AL ESTADO, ES EL MAL USO DE LOS VEHICULOS POR PARTE DE LAS DIFERENTES ENTIDADES, TANTO CENTRALIZADAS COMO DESCENTRALIZADAS. ES POR ELLO QUE ES URGENTE Y NECESARIO QUE SE REGULE A TRAVES DE UNA LEY EL USO DE LOS VEHICULOS OFICIALES DISCRECIONALES Y DE SERVICIOS DE SEGURIDAD E INVESTIGACION. // VARIOS ESTUDIOS Y ANALISIS REALIZADOS NOS PERMMITE DETERMINAR QUE LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN ESTE PROYECTO DE LEY, SON LAS SIGUIENTES; // 1. LOS VEHICULOS QUE TIENE EL ESTADO COSTARRICENSE SON PARA REALIZAR EFICIENTEMENTE SUS LABORES. // 2. QUE DICHS VEHICULOS SON COMPRADOS CON LOS DINEROS DE TODOS LOS COSTARRICENSES. // 3. QUE SE HAN COMETIDO GRAN CANTIDAD DE ABUSOS POR PARTE DE LAS ALTAS AUTORIDADES EN EL USO DE LOS VEHICULOS. // 4. QUE EL PUEBLO COSTARRICENSE HA COMPROBADO EN MUCHAS OCASIONES, EL USO DE VEHICULOS OFICIALES EN ACTIVIDADES DE RECREO POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN UNION DE SUS FAMILIARES Y AMISTADES. // 5. QUE LA SITUACION DEL PAIS, NO PERMITE QUE EL RUBRO DE MANTENIMIENTO DE VEHICULOS SEA ALTO PORQUE SE INCLUYE EL MANTENIMIENTO DE LOS MISMOS LOS FINES DE SEMANA Y DIAS FERIADOS, PARA QUE SEAN UTILIZADOS EN ACTIVIDADES PERSONALES. ADEMAS, EN ALGUNOS CASOS EL PAGO DE JORNADAS EXTRAORDINARIAS A FUNCIONARIOS ASIGNADOS EN LABORES DISCRECIONALES. // 6. QUE MUCHOS VEHICULOS SON UTILIZADOS PARA ACTIVIDADES POLITICAS EN TIEMPOS DE CAMPAÑA ELECTORAL. // 7. QUE SE HAN ASIGNADO A FAMILIARES DE ALTOS FUNCIONARIOS VEHICULOS CON SU RESPECTIVO CHOFER PARA USO MERAMENTE PERSONAL, INCLUSO SACRIFICANDO MUCHAS VECES LA UTILIZACION DE DICHO VEHICULOS PARA PROGRAMAS IMPORTANTES DENTRO DE LA INSTITUCION. // CONCLUIMOS ENTONCES QUE, ES NECESARIO REGULAR LA UTILIZACIÓN DE LOS VEHICULOS Y TERMINAR CON EL ABUSO QUE SE HA IDO INCREMENTANDO EN LOS ULTIMOS TIEMPOS, HASTA TAL PUNTO QUE LAS ALTAS AUTORIDADES HOY DIA NO SE

INMUTAN ANTE LAS DENUNCIAS QUE EN MUCHAS OCASIONES REALIZAN LOS MISMOS FUNCIONARIOS DE LAS INSTITUCIONES PUBLICAS, O ANTE EL ROBO O PERDIDA DE LOS VEHICULOS. // COINCIDIMOS CON EL DESEO DE LIMITAR EL GASTO PUBLICO, PROPONEMOS UN USO RACIONAL Y ADECUADO EN LA FLOTILLA DE VEHICULOS QUE TIENE EL ESTADO COSTARRICENSE. // POR LO TANTO, SOLICITO LA INCLUSION DE UN NUEVO TITULO CORRIENDO LA NUMERACION, QUE DIRA:..." (la mayúscula es del original) (Acta No. 13, folios 2841 y 2842)

La intención del legislador se muestra sumamente clara, evitar el abuso y el desperdicio que muchas administraciones públicas se generan con el uso de los vehículos oficiales, especialmente los de uso discrecional que escapan a los controles ordinarios de los funcionarios encargados de su vigilancia, siendo que en la exposición de motivos que se hizo de la normativa de ley, expresamente se mencionaron sin excepción todo tipo de entes descentralizados, siendo que RECOPE, fue mencionada expresamente al señalársele con un número importante de vehículos de uso discrecional.

Con ello queda claro que RECOPE se encuentra sometida a las regulaciones que sobre la materia realiza el artículo 225 de la Ley de Tránsito.

SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Como hemos reseñado líneas atrás, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N°7428 del 7 de setiembre de 1994, establece una enumeración de lo que se considera Fondos Públicos, y engloba la competencia del órgano contralor a los asuntos propios de los vehículos del Estado, cuando señala su artículo 9 la definición de Fondos Públicos.

Como se puede notar no se hace distingo alguno en cuanto a la naturaleza jurídica de los bienes, es decir, bienes demaniales, patrimoniales, o cualquier otro sobre el cual se haya teorizado su particular naturaleza jurídica, incluso la tipología de entes descentralizados abarca todo el espectro posible, incorporado por supuesto en la norma las empresas públicas como RECOPE.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en plena concordancia con la Constitución Política señala a la Contraloría General de la República como el órgano constitucional de control de la Hacienda Pública, siendo que dicho órgano tiene competencia sobre los fondos y actividades públicas. El artículo 8 de la ley señala las características de lo que se considera Patrimonio público, cual es la universalidad constituida por los fondos públicos y por pasivos a cargo de la Hacienda Pública.

Por último y siempre en reseña de la competencia del órgano contralor tenemos la potestad de emitir dictámenes con carácter vinculante sobre las materias de su competencia, aspecto que se complementa con el artículo 240 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, en el Título que regula acerca del uso de los vehículos del Estado, cuando señala que la verificación y aplicación del cumplimiento de las anteriores disposiciones están a cargo de la Contraloría General de la República. Debemos recordar que el artículo 221 señala a los vehículos del Estado con una naturaleza jurídica de ser bienes públicos, afectados a un fin de interés público. En consecuencia y por la competencia exclusiva que tiene la Contraloría General de la República, se emite el presente criterio sin perjuicio de lo que disponga el órgano contralor.

CONCLUSION

1-) La Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, N°7331 del 13 de abril de 1993, en lo relacionado con vehículos de uso discrecional, abarca su cobertura a empresas públicas como RECOPE.

2-) Por disposición expresa de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la competencia para resolver asuntos referentes a los vehículos del Estado, sus instituciones y empresas, le corresponde a dicho órgano, al ser catalogados los mismos como Fondos Públicos, y ubicarse dentro del concepto constitucional que se da de Hacienda Pública. En igual sentido la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, le confiere al órgano contralor la competencia para referirse a la materia propia de vehículos del Estado, instituciones y empresas. No debemos olvidar la denominación de ser bienes públicos destinados a un fin de interés público. Por lo anterior la Opinión Jurídica que se emite se realiza sin perjuicio de lo que disponga el órgano contralor.

3-) Sobre las competencias de la Contraloría General de la República en esta materia y el criterio restrictivo de los vehículos de uso discrecional que ha emitido este órgano superior técnico jurídico de la Administración Pública, pueden consultarse los siguiente dictámenes y opiniones jurídicas: C-050-95, OJ-076-97, OJ-076-96, OJ-110-98, C-068-96, C-082-94, C-014-94, C-025-94, OJ-032-98, OJ-037-97, C-159-93, y C-219-98.

Se suscribe, atentamente,

Lic. Ronny Bassey Fallas

Procurador Adjunto

3. RECOPE, Pólizas de Seguros con el INS, y Artículo 331 del Código de Trabajo

[Procuraduría General de la República]^{iv}

Ingeniero

Gerardo Rudín Arias

Presidente Refinadora Costarricense

De Petróleo S. A.

S.O.

Estimado señor:

Con la aprobación del Procurador General de la República, me refiero a su atento oficio P-2086-99 de 17 de diciembre del año pasado, asignado a la suscrita el 18 de mayo último, por medio del cual consulta si RECOPE está comprendida dentro de los supuestos del artículo 331 del Código de Trabajo, para efectos de las primas allí establecidas.

Señala Ud. que RECOPE es un ente público de capital estatal, regido en su organización y funcionamiento por el Derecho Público y en su actividad por el Derecho Privado. No obstante lo cual, el Instituto Nacional de Seguros estima que al ser una empresa pública no se le aplica el artículo 331 de mérito.

Mediante oficio N. AL-1165-2000 de 11 de mayo anterior, se remite el criterio de la Asesoría Legal, ASAL-2576-99 de 21 de setiembre del año pasado. En dicho oficio se sostiene que RECOPE no es una empresa privada, a pesar de ser una sociedad anónima regida por el Derecho Privado. El carácter público es reforzado, se afirma por las Leyes Ns. 6588 de 30 de julio de 1981 y 7356 de 24 de agosto de 1993. Agrega que diversos dictámenes de la Procuraduría se han pronunciado por el carácter público de la empresa (dictámenes Ns. 069-99 de 9 de abril de 1999, 12-90, 255-86 de 20 de octubre de 1986) y que la jurisprudencia judicial también retiene tal carácter (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 292 de las 10:00 hrs. del 19 de noviembre de 1997). Considerando esos elementos, expresa la Asesoría legal que RECOPE debe ser considerada como parte del Sector Público no financiero, por lo que encuadra dentro del artículo 331 de la Ley de Riesgos de Trabajo, por lo que debe ser incluida dentro del sistema tarifario que rige para el Estado y sus instituciones.

Por concernir directamente su esfera competencial, esta Procuraduría otorgó audiencia al Instituto Nacional de Seguros, que en oficio PE-2000-2592 de 29 de mayo siguiente, manifiesta que la aplicación del artículo 331 de cita no procede porque no abarca empresas públicas. Agrega que el INS se opone a dicha aplicación por razones jurídicas y económicas, ya que tendría un efecto financiero negativo. La Asesoría

Jurídica, oficio N. DJUR-737-2000 de 28 de mayo último, manifiesta que se debe respetar el principio de legalidad, por lo que la interpretación del artículo 331 del Código de Trabajo no puede llevar a admitir que RECOPE sea una institución pública, aún cuando sus fines sean públicos o se rija por el Derecho Público. Agrega que el citado artículo no incluye a las empresas públicas, porque el legislador pretendió excepcionar solamente las dependencias del Estado Central, a los entes descentralizados y a las municipalidades, sin comprender a las empresas públicas. De allí que se ratifique la posición institucional que excluye a RECOPE de la posibilidad de establecer tarifas diferenciadas.

Conforme los elementos de referencia, el criterio de la Procuraduría debe dirigirse a establecer los alcances del término "instituciones públicas", empleado por el legislador al reformar el Código de Trabajo. Ello con el objeto de determinar si RECOPE constituye una institución pública para los efectos del artículo 331 del Código de Trabajo.

A-. *UNA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LOS ENTES PUBLICOS*

En el oficio de la Asesoría Legal de RECOPE se señala que esta empresa es un ente público, que forma parte del Sector Público no Financiero y que, por ende, está comprendida en el término "institución pública". De dicha argumentación pareciera desprenderse que se entiende el término "institución pública" en sentido amplio, comprensivo o sinónimo de ente público.

Si bien es cierto que nuestro legislador no se caracteriza por un estricto apego a la técnica jurídica, por lo que utiliza muchas veces los conceptos sin atender a su correcto significado jurídico, lo indiscutible es que "ente público" no es sinónimo de "institución".

El ente público es la persona pública y esa persona puede ser clasificada desde diversos puntos de vista. Podría considerarse que si ente público es una persona pública, sólo las organizaciones que son titulares de una personalidad de Derecho Público serían entes públicos. Lo que llevaría a considerar que si la Administración decide otorgar a una organización personalidad privada, en estricto Derecho, ésta sería considerada como un ente privado. No obstante, la personalidad no es el único elemento que se toma en cuenta para definir si un ente es público o no. Así, entre los elementos a los que la doctrina acude para definir si un ente es público o privado, tenemos: las potestades de imperio, el fin público, el patrimonio, la creación por ley y el control y dirección estatales, entre otros. Se trata de factores que se toman en cuenta para efectos de calificar la naturaleza del ente. Alguno de esos elementos podría no presentarse en un ente determinado, sin embargo la conjunción de otros factores permitiría concluir que se está ante un ente público. De allí que aún cuando las empresas públicas organizadas como personas privadas carezcan, por tanto, de

personalidad pública, en nuestro medio se les considera como entes públicos. Los primeros artículos de la Ley General de la Administración Pública parecieran permitir dicha asimilación. Eso explica, por ejemplo, que en algunas ocasiones se haya hablado de RECOPE como entidad pública.

La circunstancia de que en un sentido amplio se esté considerando a las sociedades anónimas públicas como entes públicos no puede llevar a concluir en una identificación entre "entidad pública" y "sector público". Este último término se construye a partir de criterios económicos y sobre todo, de contabilidad pública. Es a partir de esos criterios que se diferencia entre sector público de la economía y sector privado. El Sector público comprende las unidades públicas, políticas o no, que realizan operaciones económicas. Por ende, no cabe duda de que abarca las empresas públicas en su conjunto.

Si bien en algunas ocasiones el legislador utiliza el término "institución" como sinónimo de ente, debe tomarse en cuenta, sin embargo, que el concepto de institución hace referencia a una de las clasificaciones de los entes públicos. En efecto, tradicionalmente se diferencia entre corporaciones e instituciones. El adjetivo de público utilizado tanto para referirse a corporaciones como a instituciones denota que estamos en el ámbito de la organización pública en contraposición con la privada.

La categoría de entes institucionales hace referencia a la personificación de un conjunto de bienes. Se trata de una personificación al servicio de fines determinados; en el caso de las instituciones ese fin es ajeno, le viene impuesto en el acto creador. La gestión del interés es dirigida por un órgano nombrado por el Estado y supeditado a sus directrices y contralor. Se ha puesto como caso típico del ente institucional, las instituciones autónomas, que también se clasifican como entes instrumentales. Este calificativo hace alusión al hecho de que el ente persigue fines que no ha definido, sino que el Estado le impone, razón por la cual tiene las potestades que el Estado a través de la ley le asigne. Desde esa perspectiva, podría decirse que la nota característica del ente institucional es el hecho de que la gestión es especializada y destinada al cumplimiento de un fin.

Quizás por el hecho de que el ente institucional cumple un fin que el Estado le asigna, corrientemente se les enmarca con el adjetivo de "instituciones estatales" o se habla de "Estado y sus instituciones", término dentro del cual no podrían entenderse comprendidas las corporaciones. Se comprende que, por ejemplo, el artículo 49 de la Constitución cuando se refiere a la función administrativa comprenda el Estado, "sus instituciones" y toda entidad de Derecho Público. Se está recordando con ello que no toda entidad de Derecho Público es una institución.

Ahora bien, junto a esta clasificación de los entes públicos encontramos la que los diferencia en razón de la actividad que desarrollan. Así, se distingue entre los entes

administrativos y los económicos. Con el término "entes económicos" se hace referencia a la intervención del Estado en la economía por la creación de entes encargados de participar en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Surge el concepto de empresa pública.

La empresa pública puede ser, a su vez, clasificada en dos tipos fundamentales: la empresa pública organizada bajo formas de Derecho Público y la empresa pública organizada bajo formas de Derecho Privado, concretamente las sociedades mercantiles. Como no existe un mandato unívoco e imperativo de que el legislador organice las empresas públicas del Derecho Público bajo una organización determinada, tendríamos que existe una discrecionalidad legislativa en el punto. Empero, pareciera que la categoría de ente institucional es el que más se ajusta como forma de organización adecuada para la empresa pública-persona pública.

De lo anterior se desprende que no es posible hacer una contraposición absoluta entre "instituciones " y "empresas públicas". Habrá empresas públicas que sean instituciones, pero no toda empresa pública será una institución ni toda institución será una empresa.

En consecuencia, para que el término "institución" pueda ser empleado en relación con empresas públicas se requiere que la forma de organización de la empresa sea de Derecho Público. Ergo, si la empresa está organizada bajo formas de Derecho Privado no podría entenderse comprendida en el concepto de institución.

B-. RECOPE: EMPRESA PÚBLICA ORGANIZADA COMO SOCIEDAD MERCANTIL

El Instituto Nacional de Seguros afirma que la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A. no está comprendida dentro de los supuestos del numeral 331 del Código de Comercio por cuanto es empresa pública. RECOPE sostiene, por su parte, que aún siendo empresa constituye un ente público y como tal debe estar comprendida dentro de los supuestos de excepción de este artículo.

Como se ha indicado, un ente organizado como institución autónoma o semiautónoma puede ser, en razón de la actividad que desarrolla empresa pública, por lo que para descartar la aplicación del artículo de mérito no es suficiente alegar que el ente es empresa pública. Debe considerarse, antes bien, la forma de organización. Por el contrario, la circunstancia de que en un sentido amplio una empresa pueda ser considerada ente público no es elemento suficiente para afirmar la aplicación del referido numeral.

No es discutible en este momento que RECOPE sea una empresa pública. Ambas entidades lo han alegado así y han citado elementos jurisprudenciales y legales en apoyo a esa condición. En igual forma, es pacífico que su naturaleza es la de una

entidad empresarial organizada en forma de sociedad anónima regulada por el Código de Comercio, pero con aplicación de las disposiciones que establece la Ley de creación. La posición de la Procuraduría es también clara al respecto, al señalar en el dictamen 069-99 de 9 de abril de 1999:

"...RECOPE nace y se mantiene como una sociedad anónima, organizada bajo las reglas comunes del Código de Comercio. Esta sociedad anónima pertenece al Estado costarricense según lo dispuesto en la Ley N. 5508 de 17 de abril de 1974. A partir de esa Ley, puede decirse que la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A constituye una empresa pública, propiedad del Gobierno de la República, organizada bajo forma societaria común".

El elemento que allí se consideró para calificarla de pública fue la titularidad del capital social. No obstante, en razón de la forma de organización, de su personalidad jurídica, cabría afirmar que no es un ente institucional.

El artículo 331 del Código de Trabajo dispone en lo que aquí interesa:

"El sistema de tarifas que se aplicará al caso del Estado, instituciones públicas y municipalidades se basará en primas retrospectivas, fundamentado en el costo real que anualmente se determine para los grupos de empleados públicos asegurados.

En cada presupuesto ordinario que apruebe la Asamblea Legislativa, deberá consignarse siempre la partida que ampare las primas retrospectivas correspondientes a cada ejercicio económico".

El término utilizado por el legislador es de "instituciones públicas", que en el caso en examen consideramos que no puede ser utilizado como sinónimo de ente público. De allí que no pueda afirmarse que el régimen tarifario se aplica a todo ente público, con prescindencia de su forma de organización. Tomamos en cuenta, incluso, que si esa identidad existiere, no sería necesario que el artículo mencionara a las Municipalidades, porque si bien estas no son entes institucionales, sí son entidades públicas, de modo que si institución fuese sinónimo de entidad o ente, ya las corporaciones municipales estarían comprendidas en el término. Además, de la lectura del Título sobre riesgos de trabajo se desprende que el legislador utilizó el término "instituciones públicas" para referirse a las entidades autónomas (artículo 228, por ejemplo), quizás porque se les establecen obligaciones relacionadas con los riesgos del trabajo y la atención que a éstos deben otorgar entes asistenciales.

Asimismo, cabe considerar que, salvo para el establecimiento de obligaciones especiales a cargo de determinados entes, el Título Cuarto es de aplicación general a todo "patrono" con prescindencia del carácter público o privado. Frente a esa uniformidad de régimen, el artículo 331 constituye una excepción, en cuanto permite

un sistema tarifario diferente al que rige para el resto de los trabajadores. Sistema que se establece en relación con el costo real que se determine para los empleados públicos asegurados. Como norma de excepción, el artículo 331 debe ser interpretado en forma restrictiva, por lo que no podría afirmarse, sin más, que cubre a todos los entes públicos o que deba ser aplicado conforme el criterio del "Estado-patrono único", puesto que son otros los intereses que subyacen en su articulado.

CONCLUSIÓN:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

- a. El término "institución" hace referencia a una forma de organización regulada por el Derecho Público.
- b. Los entes institucionales pueden realizar actividades empresariales, en cuyo caso constituirán empresas públicas organizadas bajo el Derecho Público. El ejemplo típico es el Instituto Nacional de Seguros.
- c. Se sigue de lo anterior que para establecer si un determinado ente está comprendido dentro de los supuestos del artículo 331 del Código de Trabajo debe retenerse su forma de organización. Por consiguiente, la circunstancia de que sea una empresa pública no conlleva necesariamente la no aplicación del artículo de mérito.
- d. Por el contrario, si esa empresa pública no ha sido constituida como institución, cabe admitir que no está comprendida dentro de los supuestos legales. Tal es el caso de RECOPE que es una empresa pública organizada bajo forma societaria. Ergo, al no ser RECOPE una institución, no se hace acreedora del régimen tarifario especial que el numeral de mérito autoriza.

De Ud. muy atentamente:

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

Procuradora Asesora

4. RECOPE y la Reposición de Cupones de Gasolina a sus Clientes

[Procuraduría General de la República]^v

Señor

Marco A. Ovares Vargas

Proveedor General

Ministerio de Seguridad Pública

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República me refiero a su oficio de fecha 01 de junio del año en curso, mediante el cual solicita el criterio técnico jurídico de la Procuraduría en lo que se refiere a la negativa de la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE) a reponer los cupones de gasolina alegando que por disposiciones internas dichos cupones no se reponen después de un mes de la fecha de su vencimiento.

A fin de dar debida respuesta a su consulta, conviene formular algunas consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de RECOPE, sus objetivos y la normativa aplicable. Aspecto sobre el cual ya este Despacho ha emitido pronunciamientos.

1.- Naturaleza jurídica de RECOPE

De conformidad con sus estatutos RECOPE es una sociedad que tendrá como objetivo principal "...la refinación y procesamiento de petróleo, gas y otros hidrocarburos, así como sus derivados, y la manufactura de productos prtoquímicos, así como otros productos relacionados directa o indirectamente con el petróleo, y en general el ejercicio de la industria y el comercio, y para llenar sus objetivos, podrá comprar, vender, hipotecar, pignorar, y en cualquiera otras formas, poseer y disponer de toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales...".

La Ley N° 3508 de 17 de abril de 1974 en su Artículo 5º dispuso "...con el propósito de proteger el consumo, Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. queda autorizada para tomar las medidas que estime convenientes para asegurar la distribución eficiente y económica de todos los derivados del petróleo que produzca o que importe...".

Pese a que los objetivos principales de RECOPE han quedado expresamente previstos en las disposiciones que han incidido en su actividad de marcado interés público, se puede apreciar también que el pacto constitutivo señala que la Compañía puede ejercer la industria y el comercio para lo cual se rige -de manera general- por el derecho privado, como bien lo señala el artículo 3º inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública que textualmente dice:

"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".

En el mismo sentido, la resolución N° 54 de las 15:15 horas del 12 de junio de 1984 apunta de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

"...Considerando I: Que no obstante que la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. es una empresa estatal estructurada como sociedad mercantil y opera igual a todas las demás sociedades similares y se rige fundamentalmente por el Derecho Privado,..."

A su vez, y siempre en el mismo sentido, la Sala de Casación, en resolución de las 15:30 horas del 6 de junio de 1980 se pronunció en los siguientes términos:

"CONSIDERANDO: I.- La Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. se constituyó como sociedad anónima y en funciones de tal.

Posteriormente celebró con el Poder Ejecutivo un contrato de protección y desarrollo industrial para acogerse a beneficios fiscales, que fue aprobado por la Ley N° 3126 de 28 de junio de 1963, mediante el cual el Estado entró como socio minoritario, se previó que llegaría a ser mayoritario, y antes del plazo respectivo adquirió la totalidad de las acciones, con lo que pasó a ser socio único, conforme consta del contrato de traspaso de acciones aprobado por Ley N° 5508 de 17 de abril de 1974.-

Se trata entonces de una empresa estatal estructurada como sociedad mercantil, y así la calificó el Reglamento emitido por Decreto Ejecutivo N° 7927-H de 12 de enero de 1978; opera igual que todas las demás sociedades similares y se rige fundamentalmente por el derecho privado, lo que confirma la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978, artículo 3º inciso 2º, en el sentido de 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".

De tal manera que podría decirse, que no obstante que la actividad de RECOPE, al incidir directamente en la economía del país y en el establecimiento y consumo nacional de los productos derivados del petróleo, sea objeto de regulaciones de carácter especial que exceden la órbita del derecho común y que son propios del derecho público, en lo que respecta al comercio de sus productos en general, le es aplicable fundamentalmente el derecho privado.

Por lo expuesto resulta claro que las medidas que tome RECOPE para facilitar el servicio de distribución de combustibles a sus clientes, lo hace en uso de sus atribuciones.

Es del caso apuntar también que el sistema de cupones es un servicio que RECOPE ofrece a sus usuarios, sean instituciones públicas o a particulares y se rige para ello por una normativa interna de control, denominada: "Sistema de Cupones. Instructivo para clientes (usuarios)", al cual se someten los usuarios del sistema.

Conclusión:

En resumen podemos decir que de conformidad con el Artículo 5º de la Ley Nº 5508 de 17 de abril de 1974 RECOPE está autorizada para tomar las medidas que estime convenientes para asegurar la distribución eficiente y económica de todos los derivados del petróleo que produzca o que importe. Por lo tanto, está facultado para que mediante una normativa interna regule el sistema de cupones mediante el cual distribuye gasolina a las instituciones públicas, como a los particulares, los cuales no están obligados a acogerse al sistema, sino que pueden realizar compras en efectivo directamente en las Estaciones de Servicio.

Por otra parte, en lo que respecta específicamente a la reposición de cupones, en el mencionado Instructivo para clientes en su aparte 15, el cliente es advertido de que RECOPE sólo aceptará para su reposición cupones con un mes de vencido, transcurrido ese período los cupones son anulados y no podrán ser repuestos, lo anterior como una medida de orden para la administración y control financiero de la empresa.

Sin otro particular le saluda atentamente.

Licda. Gladys Herrera Raven

Procuradora Adjunta

5. Naturaleza Jurídica de RECOPE y el Pago de Aguinaldo a los Miembros de su Junta Directiva

[Procuraduría General de la República]^{vi}

Licenciado

Litleton Bolton Jones

Presidente

Refinadora Costarricense de Petróleo

S.O

Estimado señor:

Reciba un atento saludo.

Con la aprobación del Señor Procurador General Adjunto, doy respuesta a su Oficio P-1530-2002 de 14 de octubre del año en curso, mediante el cual solicita un pronunciamiento sobre la procedencia del pago de aguinaldo a los miembros de la Junta Directiva de la Refinadora Costarricense de Petróleo. Con la solicitud se acompaña el criterio legal RLA-245-2002 de 24 de setiembre del 2002.

De previo a dar formal respuesta a la interrogante planteada, advertimos que para abordar esta temática es necesario analizar, desde la óptica de nuestros pronunciamientos, la naturaleza jurídica y el régimen legal aplicable a la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE). En el mismo sentido, conoceremos la implicación que tal definición tiene para la organización y funcionamiento de su Junta Directiva y, con ello, determinaremos la procedencia o no del pago del denominado aguinaldo a sus miembros.

I.- Sobre la naturaleza y el régimen jurídico de la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A. (RECOPE).-

Este es un tema previamente tratado por este Órgano Asesor y por ello, en atención a la claridad con la que ha sido expuesto, nos abocaremos a reiterar que RECOPE es una empresa pública (sociedad anónima que pertenece al Estado) con un régimen jurídico mixto (se rige por normas de derecho privado y público). Sobre el particular, en dictamen C-069-99, se desarrolló este tema de la siguiente manera:

"Un ente del sector público constituido como sociedad anónima es, por principio, una empresa pública. Máxime si las actividades que despliega la entidad son de carácter empresarial, como es el caso de RECOPE, cuyo giro empresarial bien podría ser desarrollado por una empresa de naturaleza privada, tal como fue originalmente la Refinería. Procede recordar, por demás, que la organización de una entidad bajo las reglas del Derecho común, no determina que dicha entidad sea de naturaleza privada.

Existen criterios materiales que determinan el carácter público o privado de la persona jurídica y que prevalecen sobre el criterio orgánico. Así, para resolver si una empresa es pública debe determinarse si el capital mayoritario es público o bien, si el poder público ejerce un control predominante sobre los actos y políticas de la sociedad, que le permita imponer sus decisiones. Asimismo, el fin público asignado por los poderes públicos a la empresa.:

"La sociedad que es propiedad de un ente público -en razón de ser éste el socio único o principal- es pública por esa sola razón, aunque el socio dominante no sea el Estado, sino otro ente público cualquiera. Lo decisivo para imprimir carácter público a un ente -sea o no sociedad mercantil- es la existencia de fines de ese sujeto impuestos a él por la ley o por la Administración. Como ya se dijo, la sociedad es pública porque se convierte en un instrumento de los fines legales, por ello mismo públicos, del ente público socio. Un fin o interés puede llamarse público cuando está impuesto a un sujeto por la ley o por acto de la Administración, con base en la Ley". E, ORTIZ ORTIZ: "La empresa pública como ente público". IVSTITIA, N. 52, año 5, p. 8.

Lo anterior es importante porque, como bien se indica en la consulta, RECOPE nace y se mantiene como una sociedad anónima, organizada bajo las reglas comunes del Código de Comercio. Esta sociedad anónima pertenece al Estado costarricense según lo dispuesto en la Ley N. 5508 de 17 de abril de 1974. A partir de esa Ley, puede decirse que la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A constituye una empresa pública, propiedad del Gobierno de la República, organizada bajo forma societaria común (...)

Esa condición de empresa estatal ha sido también reconocida por la Procuraduría. Así en el dictamen N. 12-90 de 31 de enero de 1990, la Procuraduría consideró que al estarse ante una empresa estatal RECOPE, podía ser considerada como una entidad estatal, aun cuando organizada como sociedad anónima.

Podría entonces decirse que este aspecto de la naturaleza no genera discrepancia, aunque si lo es el del régimen jurídico. ¿Dicha empresa pública está sujeta a un régimen de Derecho Público? ¿Es su régimen de Derecho Privado o más bien, mixto?... Ciertamente, si nos atuviéramos a la escritura constitutiva de la empresa, habría que concluir que RECOPE se rige por el Derecho Privado, lo cual se explicaría, incluso, en razón de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley General de la Administración Pública. Al no ser su actividad administrativa el régimen público le escaparía. Si el funcionamiento u operación de la empresa se rige por el Derecho Común, eso significa que puede operar como una sociedad anónima más, sin que el carácter público modifique dicha operación y las reglas que la rigen.

No obstante, una afirmación categórica del régimen privatístico llevaría a desconocer las diversas disposiciones que el legislador ha tomado con el fin de aplicar a la entidad regulaciones de Derecho Público. Regulaciones que apuntan, como bien se indica, a la

*sujeción a un régimen publicístico. En primer término, tenemos que la Ley N. 6588 en su artículo 5º somete a RECOPE al control de la Contraloría General de la República. Más recientemente, la Ley de la Contratación Administrativa determina que los contratos que realiza la citada empresa se consideran contratos administrativos y como tales están sujetos no sólo a los principios sino también a los procedimientos que dicha Ley de Contratación dispone. Por demás, RECOPE está sujeta a los lineamientos y directrices sobre inversión, presupuesto, salarios y endeudamiento emitidos en el marco de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria. Desde luego, las tarifas que cobra la empresa son fijadas no por ella, sino por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. La regulación tarifaria puede ser ejercida sobre entidades privadas regidas por el Derecho Privado, pero esa regulación que data de la Ley N. 6588 es manifestación expresa de un régimen publicístico y más aún de intervención del Estado en el mercado de bienes y servicios a cargo de la Refinería. Significa que RECOPE no es libre de fijar las tarifas que cobra por los combustibles que vende y servicios que pueda prestar. De modo tal que **podría afirmarse que el régimen de Derecho Común se aplica sobre todo en materia laboral, por cuanto sus servidores no están sujetos - salvo la clase llamada gerencial- a una relación de servicio estatutaria.** Es de advertir que aún cuando ello sea así, las decisiones sobre salarios están sujetas también a las directrices de la Autoridad Presupuestaria, según se indicó. Observamos que ya en dictamen N. C-255-86 de 20 de octubre de 1986, la Procuraduría había señalado que:*

"De todo lo hasta aquí expuesto podemos colegir que no obstante que en principio el derecho privado le es aplicable fundamentalmente a RECOPE, existen disposiciones que exceden la órbita del derecho común, propias del derecho público, que regulan la actividad de la empresa y la utilización de sus recursos. Así, los planes de inversión deben sujetarse a los lineamientos de la Autoridad Presupuestaria, y en su funcionamiento debe observar las políticas del Sector Industria, Energía y Minas, para desarrollar dichos planes previa autorización de la Contraloría General de la República. Asimismo, debe seguir los criterios sobre los cuales también será fiscalizada por el Organismo Contralor".

Criterio que reitera en el dictamen N. 173-90 de 17 de octubre de 1990.

Partiendo, entonces, de que RECOPE se rige por disposiciones tanto de Derecho Privado como Público, cabe concluir que su régimen es mixto". (lo resaltado no es del original) (ver en el mismo sentido la Opinión Jurídica OJ-107-2000)

Para efectos de la consulta, es de rescatar la procedencia de aplicar, en la organización y gestión de RECOPE, el régimen jurídico público. Este viene a establecer, como vimos, además de la propiedad misma de la empresa, la expresa condición de que la denominada clase gerencial (nivel directivo para nuestros efectos) se encuentra afecto

a una relación de derecho público y por consiguiente, las normas y principios que cobijan tal régimen es de suyo aplicable en sus relaciones.

II.- Sobre el régimen jurídico aplicable a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE.-

Establecida la sujeción al bloque de legalidad que tiene la Junta Directiva de RECOPE y por ende, sus miembros, procederemos a citar los artículos específicos que regulan lo concerniente al nombramiento de los Directores y al pago correspondiente por sus servicios.

En lo que respecta al nombramiento de los miembros de la Junta Directiva de RECOPE, el numeral 3º, párrafo tercero, de la Ley 5508 de 17 de abril de 1974, señala 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"

Por su parte, la remuneración por sus servicios se encuentra previsto en el artículo 9 de la Ley 6588 de 30 de julio de 1981, el cual dispone que:

"El pago de dietas a los miembros de la Junta Directiva de Recope, estará sujeto a lo dispuesto para las instituciones autónomas del Estado"

Así las cosas, arribamos a las obvias conclusiones de que la relación *directivo-propietario* en RECOPE se rige por el derecho público –por ende sujeto al principio de legalidad- y que, en virtud de ello, el legislador estableció que, por los servicios prestados al Estado, a las personas que ocuparan los puestos directivos se les reconocería el pago de dietas.

III.- Sobre la procedencia del pago del aguinaldo a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE.-

Expuesto así el marco jurídico de la consulta, no queda más que tratar la interrogante planteada. Para ello recordemos que, tal y como lo señaló el asesor legal de esa Refinadora, la jurisprudencia laboral y esta Procuraduría (ver, entre otros, los dictámenes: C-036-89, C-178-96, C-176-2001, C-166-2002, C-240-2002), reiteradamente han indicado que no procede el reconocimiento del aguinaldo a quienes reciben dietas por cuanto este "sueldo adicional" se calcula con base en los salarios ordinarios y extraordinarios devengados durante 12 meses, sean estos del 1º de noviembre del año anterior y el 31 de octubre del año respectivo -según la Ley de Pago de Aguinaldo para los Servidores Públicos, Ley No. 1835 de 11 de diciembre de 1954- ó, del 1º de diciembre al 30 de noviembre del año respectivo -según la Ley No.

1981 de 9 de noviembre de 1955-. Es importante destacar que el aguinaldo fundamenta su cálculo en los salarios que durante el período descrito recibe el servidor, y por consiguiente, el cálculo de "otras remuneraciones", como lo son las dietas, no son pertinentes para efectos de cálculo del aguinaldo. En este sentido, el dictamen C-400-84, señaló que:

" (...) no sería jurídicamente procedente otorgar ese sueldo anual complementario, con base en dicha ley, a funcionarios que en vez de sueldo reciben dietas (caso de todos los miembros directores del Concejo), debido a que no media entre ellos y la institución que les paga una relación de carácter laboral-administrativa. En otras palabras, que la circunstancia de recibir dietas, en lugar de sueldo, obedece a que no existe de su parte una contraprestación del servicio prestado, sino que el motivo de que se les paguen esas sumas consiste en la sola asistencia a las sesiones que celebra el órgano colegiado"

No obstante lo anterior, como es sabido, en el ordenamiento jurídico nacional está vigente la citada Ley No. 1981, denominada *Ley de Pago de Aguinaldo a Instituciones Autónomas y semiautónomas*. Ésta, en su numeral 5°, expresamente autoriza el pago de aguinaldo a miembros de Juntas Directivas, bajo la premisa de cumplir con dos condiciones: que se trate de instituciones autónomas, semiautónomas del Estado o Corporaciones Municipales (artículo 1°); y que las circunstancias económicas de cada institución lo permitan (artículo 5°).

Sobre el particular, ya hemos advertido que *"si bien es cierto la última de las normas transcritas (-refiriéndose al artículo 5°-) extrañamente (hasta podría hablarse de una ficción legal) vino a establecer, por vía de excepción, la posibilidad de devengar aguinaldo producto del pago de dietas, también lo es que esa posibilidad (que incluso depende de circunstancias difíciles de determinar) se limita exclusivamente a los consejales y directivos de instituciones autónomas y semiautónomas"* (dictamen C-178-96)

Aún más, esta excepcionalidad para el pago de aguinaldo a miembros de Juntas Directivas, al amparo de lo que estatuye el numeral 5 de la Ley 1981, ha sido recientemente tratado por este Órgano Asesor, y aún cuando el dictamen que se citará, C-333-2002, se refiere al caso municipal, los presupuestos financieros, operativos y legales que allí se señalan son de plena aplicación para el resto de Instituciones Públicas cobijadas por la Ley 1981. Obviamente, el operador jurídico tendrá de incluirle al ámbito regulatorio que se reseñará, las específicas condiciones organizacionales y jurídicas que posee cada Institución, tanto desde su ámbito particular, como desde una perspectiva institucional general. En este sentido, téngase presente que:

" (...), si bien la norma de cita establece la posibilidad de que a esos miembros se les otorgue el aguinaldo (refiriéndose al numeral 5 de la Ley 1981), ello está condicionado al estado financiero en que se encontrare la entidad estatal respectiva; debiéndose, en el caso presente, justificar ante la Contraloría General de la República, el remanente, bajo las formalidades que para esos efectos dispone tanto el Capítulo IV del Título IV del Código Municipal, así como las disposiciones de la Ley No. 8131 de 18 de setiembre del 2001, denominada "Ley de Administración Financiera de la República de Costa Rica". En similares situaciones, ese Órgano Contralor ha indicado:

"Consecuentemente, con lo expuesto y, en virtud de que el artículo 5 de la Ley No. 1981 del 9 de noviembre de 1955, establece que "Cuando las circunstancias económicas de cada institución lo permitan, se podrá conceder los beneficios de esta ley a los miembros de las respectivas Directivas"; el pago de este beneficio a los Miembros de la Junta Directiva del "(...)" resulta improcedente, en el tanto se mantenga la presente situación financiera. **Por tanto, las sumas previstas en el Presupuesto Ordinario para esos efectos deberán quedar como un remanente en la respectiva subpartida y reflejarse así en la liquidación presupuestaria.**" (Vid, Oficio No. 5779 de 19 de agosto del 2002, FOE-FEC-378) (Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

En virtud de lo expuesto, se arriba a la conclusión que, tanto los regidores que conforman el concejo municipal como los síndicos que conforman el concejo distrital, podrían, a la luz del artículo de comentario, devengar el aguinaldo, en el tanto la municipalidad cuente con el sobrante suficiente, una

vez que se haya cumplido financieramente con todos los programas, planes, obras y otros servicios de la comunidad, al tenor de los artículos 4 y 13 del Código Municipal. De manera atinada, la Defensoría de los Habitantes en el Informe REF. N.º DH-1198-2002 de 27 de noviembre del 2002, ha señalado, en lo conducente:

"De acuerdo con esta breve referencia a la doctrina y principios que informan el acto administrativo se colige que la procedencia del pago de aguinaldo a miembros de juntas directivas de instituciones autónomas, semiautónomas y de concejos municipales, por constituir una excepción sujeta al cumplimiento de un requisito legal, está sujeta a que la Administración dicte un acto con todos sus requisitos, motivando y justificando por qué y con base en qué considera que las "circunstancias económicas" de la institución o de la municipalidad son lo suficientemente satisfactorias como para acordar un pago de esa naturaleza.

Es fundamental, al momento de dictar el acto, motivar las razones por las cuales se considera que las "circunstancias económicas" institucionales son óptimas. En este sentido, la Defensoría de los Habitantes estima que, cuando menos, deben valorarse los siguientes extremos: las necesidades de los habitantes a quienes se dirige la actividad institucional, la situación económica y financiera, los proyectos postpuestos y

los servicios afectados –en ambos casos si los hubiere–, las obras institucionales de carácter prioritario, las limitaciones económicas y financieras que pudieren incidir negativamente en la prestación de servicios al público y en los planes de inversión real." (Dictamen C-333-2002)

Ahora bien, tomando como referencia normativa la Ley 1981, el asesor legal de esa Refinadora le niega a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE la posibilidad de percibir el aguinaldo por cuanto, según su criterio:

" (...) si bien es cierto la última de las normas transcritas (artículo 5), estableció, por vía de excepción, la posibilidad de devengar aguinaldo como producto del pago de dietas, también el mismo reconocimiento se limita exclusivamente a los regidores y directivos de las instituciones autónomas y semiautónomas, no pudiendo hacerse extensivo a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE en virtud de que por su naturaleza jurídica ésta es una empresa pública con un régimen muy diferente al de los entes autónomos, semiautónomos y municipales"

Si partimos de la analizada naturaleza jurídica que tiene RECOPE, la afirmación legal anterior es válida, en tanto, en aplicación de lo que prescribe el numeral 11 constitucional y 11 de la Ley General de la Administración Pública, no existe autorización legal expresa para proceder con el reconocimiento del aguinaldo a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE; sin embargo, desde una óptica más amplia en el análisis de la normativa vigente, esta conclusión podría verse relativizada en tanto el numeral 9 de la Ley 6588, recordemos, deja sujeto el pago de dietas a los miembros de esa Junta Directiva a lo que se disponga para las instituciones autónomas del Estado. Ello hace de suyo imprescindible una interpretación a la luz de lo que establece el numeral 5° de la citada Ley No. 1981.

Para abordar este aspecto jurídico, recurriremos a la técnica de la interpretación normativa gramatical y lógica, no sin antes recordar que:

"Interpretar las normas jurídica significa desentrañar su verdadero sentido y alcance. La interpretación constituye una tarea técnica que tiende a investigar la inteligencia que debe darse a una norma, determinando así su campo de aplicación. Del sentido o significado que se dé a la norma dependerá por consiguiente la posibilidad de completar con ella el silogismo jurídico, pues si el conflicto planteado no encuadra dentro de sus prescripciones aquélla resultará inaplicable.

El problema de la interpretación, supone como es lógico, la existencia de una o varias normas que rigen un caso concreto, y cuyo verdadero significado se trata de dilucidar" (MOUCHET, Carlos y otro. Introducción al Derecho. Décima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 252)

Desde la técnica estrictamente gramatical, podemos afirmar que el citado numeral 9 se circunscribe a considerar que la única remuneración posible para los miembros de la Junta Directiva de RECOPE son las dietas. Sobre el concepto de dietas, este Órgano Asesor, en dictamen C-162-2002, ha considerado que éstas "... son la contraprestación económica que recibe una persona por participar en la sesión de un órgano colegiado. El fundamento de las dietas se encuentra en la prestación efectiva de un servicio, servicio que consiste en la participación del servidor en las sesiones del órgano."

De igual manera, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su vigésima segunda edición del 2001, conceptualiza las dietas como:

"(Quizá del b. lat. dieta, traducción del al. Tag).

f. pl. Estipendio que se da a quienes ejecutan algunas comisiones o encargos por cada día que se ocupan en ellos, o por el tiempo que emplean en realizarlos."

Este concepto formal de "dietas" que nos da la Real Academia, le permitió a esta Procuraduría identificar los objetivos que tiene éstas como remuneración que se le da a miembros de Juntas Directivas. Así, en el dictamen C-165-2002, quedó establecido que:

"... con el pago de la dieta se cumplen simultáneamente dos objetivos: por una parte, el de reintegrar al funcionario los gastos normales en que ha podido incurrir al desplazarse del lugar donde tiene su residencia o su trabajo, al lugar donde se ha de realizar la sesión; y por otra, el de retribuirle el servicio prestado como integrante del órgano respectivo. Por ello, si el funcionario no se presentó a la sesión correspondiente por cualquier causa, o si, habiéndose presentado, la sesión no se realizó, no es posible pagar la dieta, pues de hacerlo se estarían restituyendo gastos en los cuales no se ha incurrido, o remunerando servicios que no se han prestado."

Ahora bien, es oportuno señalar que dentro de este sentido gramatical de la norma, la sujeción que se hace a "lo dispuesto para las instituciones autónomas del Estado" únicamente contempla el concepto de "pago de dietas", y esto, tal y como se reseñó, tiene acreditado un concepto específico de consecuencias fácticas y jurídicas precisas. Por ello, en forma preliminar podemos concluir que no es posible reconocer el pago de aguinaldo a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE por cuanto la especificidad del artículo 9 no permite entender que, además del pago de dietas, el numeral contempla el reconocimiento de "otras remuneraciones", como podría ser el aguinaldo.

No obstante, para darle mayor contundencia a nuestra afirmación no basta con identificar el sentido gramatical del numeral 9 de la Ley 6588, sino que, además, en atención a las implicaciones legales y financieras que tiene esta interpretación, resulta

necesario conocer, como técnica de interpretación lógica, el *espíritu* que tuvo el legislador al momento de crear la norma. Y por ello, recurrimos a consultar las actas legislativas que conforman el expediente de la Ley 6588. De ese estudio encontramos los siguientes aspectos de relevancia para el presente estudio.

En primer lugar advertimos que el Proyecto de Ley fue presentado por los Diputados Monge Román, Barrientos Germé y Arauz Aguilar, el día 9 de octubre de 1980. En su texto original la actual norma 9, era la 6 y la redacción era idéntica, de hecho se puede constatar que el texto que se aprobó en Primer Debate es el mismo, dándose un único cambio en su numeración (se ubicó como está actualmente, en el artículo 9).

De la lectura de los folios que contiene el expediente encontramos, además de la transcripción de la norma en los textos aprobados en el trámite ordinario del Proyecto, dos referencias expresas al sentido que el legislador le dio al citado numeral 9. Por un lado, en su exposición, a folio 104, el Diputado Tovar Faja señaló que *"El artículo sexto (refiriéndose al texto original del Proyecto), de parte mía no tiene mayor comentario, puesto que estoy totalmente de acuerdo, con las dietas o (sic) los miembros de la Junta Directiva de RECOPE, que esté sujeto ese pago de las dietas a lo dispuesto por las instituciones autónomas del Estado"*.

Y en referencia expresa a esa intervención, a folio 130, encontramos las manifestaciones de uno de los proponentes del Proyecto, el Diputado Monge Román, el cual fue contundente al señalar el sentido que perseguía la norma de la siguiente manera:

*"El Diputado Tovar Faja acepta y me parece importante que haya coincidido con nosotros, el artículo 6°. Creo que también merece alguna explicación. Y es que **eran tales los abusos que en esta materia se venían dando, que el propio Gerente cobraba sus dietas como miembro de la Junta Directiva, y dietas que significaban un 400% más de las dietas que devenga, por ejemplo, un miembro de la Junta Directiva del Banco Central o de cualquiera de las instituciones autónomas.** Entonces nos parecía que era una forma de cerrarle las puertas a los abusos que se han venido cometiendo en la Refinadora"* (la negrilla no es del original)

Con la exposición del Diputado Monge Román, queda claro que el legislador, con la sujeción que hizo en el numeral 9 de la Ley 6588, del pago de dietas a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE a lo que se dispusiera para las Instituciones Autónomas, lo que pretendía era regular el monto que por ese concepto recibirían los Directores. Vemos cómo claramente se señala que la Ley pretendía eliminar los "abusos" que por ese rubro se venía dando en la Refinadora.

Expuestos así los alcances del numeral 9 de la Ley 6588, no queda más que ratificar la no procedencia del pago del aguinaldo a los miembros de la Junta Directiva de

RECOPE. Esto por cuanto, como vimos, la única norma legal que podría justificar su reconocimiento es la Ley 1981, pero ésta no contempla el pago del aguinaldo a miembros de Juntas Directivas con la naturaleza jurídica que tiene RECOPE. Sin embargo, aún cuando se pretendiera concordar el artículo 9 de la Ley 6588 con el 5 de la Ley 1981, bajo la técnica de la interpretación normativa, esto no sería posible por cuanto el sentido gramatical y la *intención* del legislador no cubren ese supuesto.

Distinto es el resultado de concordar esa norma con lo que establece el artículo 60 de la Ley 7138 (Ley de Presupuesto Extraordinario) de 16 de noviembre de 1989. Para nuestros efectos, esta norma señala lo siguiente:

"ARTICULO 60.- *Los miembros de las Juntas Directivas de las instituciones autónomas y semiautónomas de nombramiento del Poder Ejecutivo, serán remunerados mediante dietas que devengarán por cada sesión a la que asistan. El monto de dichas dietas no excederá de tres mil colones por sesión, y será aumentado anualmente de conformidad con el índice de inflación que determine el Banco Central de Costa Rica. El monto para la cancelación de estas dieta será incluido en el presupuesto anual de cada institución."*

Nótese que el sentido que el legislador le dio al artículo 9 de la Ley 6588, encuentra plena armonía con lo estipulado en el numeral transcrito, siendo procedente sujetar el pago de las dietas a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE a normas que tienen este fin.

Por lo anteriormente expuesto queda establecido que los miembros de la Junta Directiva de RECOPE no cuentan con autorización legal expresa para recibir el pago del aguinaldo.

IV.- CONCLUSIONES.-

A manera de recapitulación se puede señalar lo siguiente:

1. Que la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE) es una empresa pública que se rige tanto por el derecho privado como el público.
2. Que los niveles directivos de RECOPE se encuentran afectos al régimen público y por consiguiente, deben respetar el bloque de legalidad que regula la actividad de la Administración Pública.
3. Que el ordenamiento jurídico costarricense no contiene norma legal alguna que autorice el pago del aguinaldo a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE.
4. Que utilizando la técnica jurídica de la interpretación, gramatical y lógica, del numeral 9 de la Ley 6588 de 30 de julio de 1981, se concluye que no es correcto

extender los alcances del numeral 5 de la Ley 1981 de 9 de noviembre de 1955, a los miembros de la Junta Directiva de RECOPE.

Sin otro particular, se suscribe atentamente,

Msc. José Armando López Baltodano

Procurador Adjunto

6. Naturaleza Jurídica de RECOPE y sus Potestades de Derecho Público y Privado

[Procuraduría General de la República]^{vii}

San José, 9 de abril de 1999

Sr. Lic. Mayid Brenes Calderón
Director General de Asesoría Legal
Refinadora Costarricense de Petróleo S. A.
S. O.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su atento oficio N. ASAL-353-99 de 9 de febrero último, mediante el cual consulta el criterio de la Procuraduría General en relación con la posibilidad de que RECOPE pueda crear figuras societarias reguladas en el Código de Comercio, o bien llevar a cabo contratos de colaboración empresarial (alianzas estratégicas).

Señala Ud. en apoyo de su consulta, que RECOPE nació a la vida jurídica como sociedad anónima, totalmente regulada por el Código de Comercio. En las cláusulas de la escritura constitutiva se previó la posibilidad de que formara parte de otras sociedades. Luego, por Ley N. 5508 el Gobierno de Costa Rica adquiere la totalidad del capital accionario de RECOPE y se autoriza a la empresa a celebrar cualquier convenio con inversionistas nacionales o extranjeros para obtener el financiamiento necesario para modernizar y ampliar sus instalaciones.

Por ley N. 6588 se establecen una serie de restricciones a las posibilidades de acción de la compañía, con lo que se inicia un proceso legislativo que tiende a incorporar a RECOPE a un régimen de Derecho Público. Con lo que considera la Asesoría que se ha desnaturalizado la sociedad anónima. Transcribe jurisprudencia judicial y administrativa relativa a la naturaleza jurídica de RECOPE y el régimen jurídico aplicable. Con base en lo cual, el criterio legal es que RECOPE puede crear o formar

parte de otras sociedades, así como celebrar contratos de colaboración empresarial, por cuanto las potestades legales autorizadas por el legislador se mantienen vigentes. De previo al análisis del punto, procede recordar que el artículo 4º de nuestra Ley Orgánica expresamente autoriza a los jefes de la Administración Pública a consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría. Para tal efecto deben acompañar el criterio de la Asesoría Legal correspondiente. De dicha norma se desprende que la facultad de consultar está reservada a la Administración activa en cabeza de su jefe. La relación Administración activa-Administración consultiva interna determina que aquélla debe consultar primero el criterio jurídico interno y sólo en los asuntos en que por su trascendencia o complejidad lo ameriten puede acudir en consulta ante la Procuraduría.

Ergo, a la asesoría legal le está prohibido consultar, ya sea por decisión propia en relación con asuntos que tiene en estudio o bien respecto de asuntos que competen a la jerarquía. En razón de la actividad que desarrolla la Asesoría Jurídica, no puede considerarse que se dan las condiciones establecidas por la Ley General de la Administración Pública para que proceda la delegación, de manera que sea la Asesoría Jurídica la que consulta. La anterior consideración obligaría a rechazar de plano su consulta. Empero, en vista de que existen acuerdos de la Junta Directiva de RECOPE que "autorizan" a la Asesoría a consultar a la Procuraduría se procede -por esta vez- a resolver el asunto, no si antes advertir la situación irregular antes indicada, que de repetirse obligaría al rechazo de la gestión que se presente.

Por otra parte, la consulta se formula en relación con la posibilidad de crear figuras societarias reguladas en el Código de Comercio y de la contratación que puede realizar RECOPE. Vista aisladamente esta última pregunta escapa a la competencia técnico-jurídica de la Procuraduría. En efecto, corresponde preferentemente a la Contraloría General de la República pronunciarse sobre materia de contratación. Resulta claro, empero, que de previo a definir las modalidades contractuales que puede realizar RECOPE, es necesario dilucidar el régimen jurídico aplicable a la empresa. Aspecto que atañe directamente la competencia consultiva de la Procuraduría, como también lo es el determinar si puede emplear "figuras societarias del Código de Comercio". Y es bajo esa tesitura que se entra a analizar su consulta.

A-. RECOPE: UN REGIMEN JURIDICO MIXTO

Un ente del sector público constituido como sociedad anónima es, por principio, una empresa pública. Máxime si las actividades que despliega la entidad son de carácter empresarial, como es el caso de RECOPE. Cuyo giro empresarial bien podría ser desarrollado por una empresa de naturaleza privada, tal como fue originalmente la Refinería.

Procede recordar, por demás, que la organización de una entidad bajo las reglas del Derecho común, no determina que dicha entidad sea de naturaleza privada. Existen criterios materiales que determinan el carácter público o privado de la persona jurídica y que prevalecen sobre el criterio orgánico. Así, para resolver si una empresa es pública debe determinarse si el capital mayoritario es público o bien, si el poder público ejerce un control predominante sobre los actos y políticas de la sociedad, que le permita imponer sus decisiones. Asimismo, el fin público asignado por los poderes públicos a la empresa:

"La sociedad que es propiedad de un ente público –en razón de ser éste el socio único o principal- es pública por esa sola razón, aunque el socio dominante no sea el Estado, sino otro ente público cualquiera. Lo decisivo para imprimir carácter público a un ente -sea o no sociedad mercantil- es la existencia de fines de ese sujeto impuestos a él por la ley o por la Administración. Como ya se dijo, la sociedad es pública porque se convierte en un instrumento de los fines legales, por ello mismo públicos, del ente público socio. Un fin o interés puede llamarse público cuando está impuesto a un sujeto por la ley o por acto de la Administración, con base en la Ley". E, ORTIZ ORTIZ: "La empresa pública como ente público". IVSTITIA, N. 52, año 5, p. 8. Lo anterior es importante porque, como bien se indica en la consulta, RECOPE nace y se mantiene como una sociedad anónima, organizada bajo las reglas comunes del Código de Comercio. Esta sociedad anónima pertenece al Estado costarricense según lo dispuesto en la Ley N. 5508 de 17 de abril de 1974. A partir de esa Ley, puede decirse que la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A constituye una empresa pública, propiedad del Gobierno de la República, organizada bajo forma societaria común. Este aspecto ha sido reconocido por la jurisprudencia.

Así, en sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, 14:55 hrs. del 8 de enero de 1992, se indica: "Se trata entonces de una empresa estatal estructurada como sociedad mercantil, y así la calificó el Reglamento emitido por Decreto Ejecutivo N° 7927-H de 12 de enero de 1978;...". Esa condición de empresa estatal ha sido también reconocida por la Procuraduría. Así en el dictamen N. 12-90 de 31 de enero de 1990, la Procuraduría consideró que al estarse ante una empresa estatal RECOPE, podía ser considerada como una entidad estatal, aun cuando organizada como sociedad anónima. Podría entonces decirse que este aspecto de la naturaleza no genera discrepancia, aunque si lo es el del régimen jurídico. ¿Dicha empresa pública está sujeta a un régimen de Derecho Público? ¿Es su régimen de Derecho Privado o más bien, mixto? La resolución de la Sala Primera antes citada señala al efecto: "... (RECOPE) opera igual que todas las demás sociedades similares y se rige fundamentalmente por el derecho privado, lo que confirma la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978, artículo 3º, inciso 2º, en el sentido de 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". Ciertamente, si nos atuviéramos a la escritura constitutiva de la empresa, habría que concluir que RECOPE se rige por el Derecho Privado, lo cual se explicaría, incluso, en razón de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley General de la Administración Pública. Al no ser su actividad administrativa el régimen público le escaparía. Si el funcionamiento u operación de la empresa se rige por el Derecho Común, eso significa que puede operar como una sociedad anónima más, sin que el carácter público modifique dicha operación y las reglas que la rigen.

No obstante, una afirmación categórica del régimen privatístico llevaría a desconocer las diversas disposiciones que el legislador ha tomado con el fin de aplicar a la entidad regulaciones de Derecho Público. Regulaciones que apuntan, como bien se indica, a la sujeción a un régimen publicístico. En primer término, tenemos que la Ley N. 6588 en su artículo 5º somete a RECOPE al control de la Contraloría General de la República. Más recientemente, la Ley de la Contratación Administrativa determina que los contratos que realiza la citada empresa se consideran contratos administrativos y como tales están sujetos no sólo a los principios sino también a los procedimientos que dicha Ley de Contratación dispone. Por demás, RECOPE está sujeta a los lineamientos y directrices sobre inversión, presupuesto, salarios y endeudamiento emitidos en el marco de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria. Desde luego, las tarifas que cobra la empresa son fijadas no por ella, sino por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. La regulación tarifaria puede ser ejercida sobre entidades privadas regidas por el Derecho Privado, pero esa regulación que data de la Ley N. 6588 es manifestación expresa de un régimen publicístico y más aún de intervención del Estado en el mercado de bienes y servicios a cargo de la Refinería. Significa que RECOPE no es libre de fijar las tarifas que cobra por los combustibles que vende y servicios que pueda prestar. De modo tal que podría afirmarse que el régimen de Derecho Común se aplica sobre todo en materia laboral, por cuanto sus servidores no están sujetos -salvo la clase llamada gerencial- a una relación de servicio estatutaria. Es de advertir que aún cuando ello sea así, las decisiones sobre salarios están sujetas también a las directrices de la Autoridad Presupuestaria, según se indicó. Observamos que ya en dictamen N. C-255-86 de 20 de octubre de 1986, la Procuraduría había señalado que: "De todo lo hasta aquí expuesto podemos colegir que no obstante que en principio el derecho privado le es aplicable fundamentalmente a RECOPE, existen disposiciones que exceden la órbita del derecho común, propias del derecho público, que regulan la actividad de la empresa y la utilización de sus recursos. Así, los planes de inversión deben sujetarse a los lineamientos de la Autoridad Presupuestaria, y en su funcionamiento debe observar las políticas del Sector Industria, Energía y Minas, para desarrollar dichos planes previa autorización de la Contraloría General de la República. Asimismo, debe seguir los criterios sobre los cuales también será fiscalizada por el Organismo Contralor". Criterio que reitera en el dictamen N. 173-90 de 17 de octubre de 1990.

Partiendo, entonces, de que RECOPE se rige por disposiciones tanto de Derecho Privado como Público, cabe concluir que su régimen es mixto. Tomando en cuenta esa calificación, procede preguntarse si está autorizada para aplicar disposiciones contenidas en el Código de Comercio y relativas a los "esquemas societarios".

B-. EL ACCIONAR DE LA EMPRESA ESTA CONDICIONADO POR EL MONOPOLIO ESTATAL EN LA MATERIA OBJETO SOCIAL DE RECOPE

Por principio, en lo no regido expresamente por disposiciones especiales, todas ellas de Derecho Público, la empresa pública se rige por las reglas comunes del Derecho Privado. En consecuencia, rigen supletoriamente todas las disposiciones establecidas en el Código de Comercio respecto de las sociedades mercantiles y, en concreto para las sociedades anónimas, puesto que esta es la clase de sociedad que es RECOPE.

Ahora bien, se consulta si puede RECOPE utilizar los esquemas societarios previstos en el Código de Comercio. Este cuerpo normativo regula distintos tipos de sociedades mercantiles y, en razón de su estatuto, permite que en la constitución de esas sociedades intervengan personas jurídicas. En igual forma, las sociedades mercantiles –en ausencia de una disposición prohibitiva en sentido contrario- pueden constituir subsidiarias, sucursales, agencias, etc. Pero fuera de la regulación de los tipos de sociedades mercantiles, difícilmente se encuentran en nuestro Código de Comercio normas concretas sobre esquemas societarios especiales. Es decir, formas de organización distintas de las cuatro clases de sociedades mercantiles y mucho menos regulación sobre tipos de empresa en función de su actividad específica. Esa ausencia de regulación no significa, sin embargo, una prohibición para constituir empresas (consorcios, etc). En el tanto en que la sociedad mercantil es un sujeto de Derecho Privado, el principio que se le aplica es el de la libertad. De manera que un esquema societario sólo puede entenderse prohibido cuando el ordenamiento, por medio de una norma de rango legal, así lo disponga.

¿Se encuentra la empresa pública en dicha situación de libertad?

La huida a formas de organización de Derecho Privado y, concretamente, a formas societarias tiende a la búsqueda de una mayor libertad de acción; es decir a la privatización del régimen jurídico. Empero, no siempre esa búsqueda se obtiene ya que debe estarse a lo dispuesto por el ordenamiento, que bien puede -como en efecto lo hace- someter la sociedad estatales a disposiciones publicísticas. Este es el caso de RECOPE.

De acuerdo con lo indicado por esa Asesoría, la cláusula tercera del pacto constitutivo de RECOPE, al definir su objeto, le faculta para: "... comprar, vender, hipotecar, pignorar y en cualquier otra forma poseer y disponer de toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales. Podrá formar parte de otras sociedades y

rendir fianzas a favor de socios y terceros cuando en virtud de ello perciba una retribución económica". Conforme lo cual, RECOPE puede comparecer participando en el capital social de otras compañías, sean o no subsidiarias. El punto es si esa autorización subsiste y puede ser ejercida. Es de advertir que la circunstancia de que esa cláusula constitutiva no haya sido modificada o dejada sin efecto expresamente por escritura pública no determina, por sí sola, que resulte aplicable en la actualidad. La situación debe verse a la luz de las regulaciones concretas -de rango legal- que se han emitido respecto de RECOPE. Resulta aquí aplicable el principio de jerarquía normativa y particularmente el de obligatoriedad de la norma según su rango normativo. La Ley N. 5508 de 17 de abril de 1974, si bien modificó la naturaleza jurídica de la empresa en cuanto de privada pasa a ser pública (el Estado asume la totalidad del capital social), no modifica sustancialmente el régimen jurídico correspondiente. Podría decirse que con dicha ley, RECOPE continúa rigiéndose por el Derecho Privado. La autorización para celebrar convenios con inversionistas nacionales o extranjeros en búsqueda de financiamiento no entraña, empero, una autorización expresa de constituir nuevas sociedades. Por el contrario, significa que la empresa -ahora pública- resulta autorizada para contraer crédito, para lo cual puede realizar cualquier tipo de contrato con inversionistas. La circunstancia misma de que se prohíba al Estado "ceder, enajenar o dar en garantía ninguna acción representativa del capital de la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A." impide considerar que por medio de dicho artículo se autorice, ahora legalmente y en forma expresa, la constitución de nuevas sociedades o la constitución de alianzas que conlleven creación de nuevas personas jurídicas. La libertad con que actuaba RECOPE, la ausencia de controles sobre su operación y la circunstancia misma de que popularmente se le considerara como una "caja chica" del Gobierno, llevaron al legislador a emitir la Ley N. 6588 de 30 de julio de 1981. El punto objeto de consulta no encuentra una normación específica en dicho texto normativo. Sin embargo, éste constituye un elemento esencial en la interpretación de las potestades de RECOPE como empresa pública. En primer término, el objetivo de la Ley es que RECOPE se regule esencialmente por ella, de forma tal que el resto de disposiciones - incluidas las estatutarias- sólo podrían considerarse aplicables en el tanto en que fueren conformes con lo dispuesto en la Ley N. 6588. En segundo término, esa ley implica regulaciones específicas sobre el control interno y externo, aspecto en el cual puede considerarse que el Código de Comercio no resulta aplicable. Pero, además, y esto es fundamental, existe un replanteamiento del objeto social de RECOPE. El artículo 6º de la Ley dispone en lo que aquí interesa: "...Los objetivos de la Refinadora Costarricense de Petróleo, S. A. son los siguientes: refinar, transportar, comercializar a granel el petróleo y sus derivados; mantener y desarrollar las instalaciones necesarias para ello y ejercer, en lo que le corresponda -previa autorización de la Contraloría- los planes de desarrollo del sector energía, conforme al Plan Nacional de Desarrollo. La Refinadora no podrá otorgar préstamos, hacer donaciones, conceder subsidios o subvenciones, ni construir oleoductos

interoceánicos, sin la previa autorización legal". El principio de especialidad funcional guiará el accionar futuro de la empresa pública. RECOPE pierde la posibilidad de ejercer "en general" "la industria y el comercio" (cláusula tercera de su pacto constitutivo) y existe una restricción de su situación como Refinadora: pareciera que la "manufactura de los petroquímicos y otros productos relacionados directa o indirectamente con el petróleo" ya no es de su resorte, debiéndose centrar en la refinación, transporte y comercialización -a granel- del petróleo y de las sustancias que sean sus derivados. Además, se le impone la necesidad de una autorización legal para realizar donaciones, préstamos, conceder subsidios o subvenciones o construir oleoductos interoceánicos. Pareciera que el propósito del legislador fuese que la empresa se concentrare en la refinación, transporte y comercialización del petróleo y que sus recursos no se desvien -salvo lo agregado posteriormente en relación con la Dirección de Hidrocarburos - a otros objetos. Puesto que RECOPE sólo puede dedicarse a la refinación, transporte y comercialización a granel del petróleo y sus derivados, tendríamos que de llegar a participar en otras sociedades o incluso de constituir alianzas estratégicas, estas negociaciones tenderían necesariamente a que la empresa participe por medio de otras empresas o con otras en la refinación, transporte y comercialización de las citadas sustancias hidrocarburadas. La participación societaria de la Refinadora en otras sociedades no podría tener otro objeto diferente al que constituye su especialidad funcional. Y puesto que, salvo autorización legal, cualquier sociedad que se constituya requiere de otro socio, tendríamos que la constitución de una nueva sociedad dentro del objeto social de RECOPE entraña la participación de un tercero en la refinación, transporte o comercialización a granel del petróleo y sus derivados. Observamos, además, que esa filial o subsidiaria es, por sí misma, un tercero en relación con la Refinadora. Por lo que habría que cuestionarse bajo qué título participa ese tercero en la actividad de que se trata. La constitución de subsidiarias o cualquier otro tipo de personas jurídicas ha sido considerada riesgosa en el tanto implica poner a disposición de la nueva empresa parte del capital o patrimonio de la empresa madre (Cfr. E, ORTIZ ORTIZ: Tesis de Derecho Administrativo, I, Editorial Stradtman S.A., 1998, pp. 113 y 383). Esta circunstancia y la valoración misma de que RECOPE es titular de la administración de un monopolio estatal llevan a considerar que el riesgo es mayor, no sólo desde el punto de vista de la utilización de los recursos financieros sino también porque -quizás- se pone en peligro el bien mayor de que dispone la empresa es precisamente su monopolio. La Ley Nº 7356 de 24 de agosto de 1993, a la cual no hace referencia la consulta, dispone: "Artículo 1:- La importación, refinación y distribución al mayoreo de petróleo crudo y sus derivados, que comprenden combustibles, asfaltos y naftas, para satisfacer la demanda nacional, son monopolio del Estado. Artículo 2º- El Estado concede la administración de ese monopolio a la empresa pública Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE S.A.), para el desempeño de las actividades descritas en el artículo anterior, en tanto su capital accionario pertenezca en su totalidad al Estado. Artículo

3º- El Estado no podrá ceder, enajenar ni dar en garantía ninguna acción representativa del capital de la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima". De modo que a partir de esa Ley, las facultades de importar, refinar y distribuir al mayoreo el petróleo y sus derivados pasan de la Refinadora al Estado, que las asume en forma monopolística. Por lo que sólo el Estado puede decidir -resulta obvio que a través de una ley- sobre esas actividades Y es con base en esas potestades que el Estado ha decidido conceder la administración de ese monopolio a la Refinadora, a condición de que su capital social pertenezca en su totalidad al Estado. Puede decirse que, con base en esa Ley, la situación de RECOPE es la de una concesionaria y el objeto de esa concesión es el de administrar el monopolio estatal. Ciertamente, la constitución de otra sociedad o la participación como socio no conlleva un traslado de la concesión y por ende del monopolio -que jurídicamente sólo podría tener lugar por medio de otra ley-. Mas es evidente que esa "formación societaria" llevaría implícita -como se indicó- la posibilidad de que una nueva persona, un tercero, viniese a participar directa o indirectamente en las actividades que han sido reservadas en forma exclusiva a RECOPE: la administración del monopolio. Participar en otra sociedad, es dar a esa sociedad la posibilidad de que intervenga en la importación, refinación y distribución del petróleo crudo y sus derivados. Y es que RECOPE ya no es libre para realizar acciones diferentes a las de su exclusivo objeto, que es el núcleo del monopolio estatal que administra. Por consiguiente, cualquier participación societaria de la empresa tendría que tener como objeto esa refinación, transporte o comercialización. Por ende, se permitiría a un tercero intervenir en actividades que están excluidas a otros sujetos públicos o privados, distintos de la Refinadora. Por otra parte, dada la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley N. 6588, mal podría concluirse que RECOPE como empresa pueda decidir, por sí misma, aportar sus recursos, activos, valores para la creación de una filial o subsidiaria. Ello por cuanto del artículo antes citado se desprende que una decisión de destino del patrimonio o fondos de la empresa sólo puede ser producto de la ley. Notamos que desde la Ley N. 5508 se presenta un constante interés del legislador en que las acciones de RECOPE permanezcan en el Estado, de forma que se prohíbe incluso el que garanticen los créditos otorgados a favor de la Refinadora. Disposición que ratifica el artículo 3 de la Ley N. 7356. Por lo que no se ve cómo RECOPE podría transferirlos como parte del capital de una filial o subsidiaria, según se desprende de la página 14 de la consulta. La totalidad de los recursos y patrimonio de la empresa debe dirigirse a la consecución de su objetivo social, por lo que el aporte que se consulta requiere autorización legal, salvo el supuesto establecido expresamente respecto del Ministerio del Ambiente y Energía.

C-. EN CUANTO A LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS

Si bien la consulta no precisa cuál es el tipo de alianza estratégica que se pretende negociar, sí señala que se pretenden realizar contratos de colaboración empresarial. Es

decir, la colaboración empresarial podría ser realizada no mediante la participación en sociedades, sino a través de contratos considerados de alianza estratégica. Como de previo se indicó, corresponde a la Contraloría General de la República pronunciarse sobre la posibilidad de que RECOPE suscriba contratos especiales, como se considera son los de joint venture, etc. No obstante, es criterio no vinculante de esta Procuraduría que esa facultad debe enmarcarse dentro del objeto social de la empresa y considerando el monopolio que ella administra. De forma tal que ningún contrato de colaboración empresarial puede llevar a que un tercero, nacional o extranjero, participe directa o indirectamente en la administración de ese monopolio, que como se ha expresado, comprende la importación, refinación y distribución al mayoreo de petróleo crudo y sus derivados, sean combustibles, asfaltos y naftas. En consecuencia, los contratos de colaboración no deben conducir a que la empresa asociada, en razón del objeto de la obligación contractual, participe en las actividades de importar, refinar o distribuir las citadas sustancias, actividades que no pueden serles transferidas. Una participación conjunta de esos colaboradores en las actividades del monopolio podría entrañar una violación de éste. En consecuencia, la autorización para celebrar cualquier convenio de financiamiento (artículo 3 de la Ley N. 5508 de cita) debe entenderse referida a que estos convenios pueden adoptar la forma que se estime conveniente, siempre que no conlleve la participación del inversionista o financiero en las actividades cuya administración reservó la Ley a RECOPE, como administradora del monopolio estatal. Se sigue de lo antes expuesto, que el monopolio que establece la Ley N. 7356 constituye un límite infranqueable al desenvolvimiento empresarial de RECOPE, que, en el estado actual del ordenamiento, impide interpretar en su favor el proceso de despublicización que vive el país en otros sectores económicos. Ello aún cuando se trate de una entidad organizada bajo formas de Derecho Privado.

CONCLUSION

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

- a) RECOPE es una empresa pública sometida en su funcionamiento tanto a reglas de Derecho Privado como Público.
- b) El proceso de privatización que se presenta en otros sectores no faculta al operador jurídico para desconocer la publicización de ese régimen que se ha producido desde la Ley N. 6588 de 30 de julio de 1981.
- c) Al delimitar el objeto social de la sociedad, la citada Ley restringe las posibilidades de acción de la Refinadora. Por consiguiente, ésta está autorizada a realizar los actos autorizados por dicho artículo. Se aplica, entonces, el principio de especialidad.

d) El proceso de definición del accionar de la Refinadora culmina con la Ley 7356 de 24 de agosto de 1993, creadora de un monopolio a favor del Estado, el cual es administrado por la Refinadora.

e) En razón de esa ley, ninguna entidad pública o privada diferente de RECOPE puede participar en la importación, refinación y distribución de las sustancias hidrocarburadas a que se refiere la Ley.

f) La creación de filiales o subsidiarias por parte de RECOPE tendría que enmarcarse dentro del objeto social de la empresa. Pero como éste está enmarcado por el monopolio estatal, se sigue la imposibilidad jurídica de constitución de sociedades que tiendan a participar directa o indirectamente en la importación, refinación y distribución al mayoreo de las referidas sustancias hidrocarburadas.

g) De modo que debe concluirse que en razón del carácter monopólico y como tal excluyente de la participación de terceros, de las actividades que forman parte del objeto social de la Refinadora costarricense de Petróleo, resulta jurídicamente improcedente la constitución de filiales o subsidiarias, a que pareciera referirse la expresión "formas societarias" derivada del Código de Comercio.

h) Se une a esa consideración, la circunstancia de que el legislador decidió que la Refinadora y el Estado no podía disponer de las acciones de la empresa ni de sus bienes, salvo los aportes que se autorizan a favor del MINAE.

i) Es opinión no vinculante de la Procuraduría que el carácter monopólico de las actividades que administra RECOPE puede constituirse en un límite para la suscripción de contratos de colaboración con empresas nacionales y extranjeras. En consecuencia, que la posibilidad jurídica de esos contratos depende no tanto de las cláusulas de la escritura constitutiva y de la Ley N. 5508 antes citada y naturaleza de la empresa, como de las características monopólicas de las actividades que constituyen el objeto social de la empresa.

De Ud. muy atentamente:

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

Procuradora Asesora

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, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada 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 citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. 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 el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA legislativa. Ley 7356 del veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres. ***Ley Del Monopolio Estatal de Hidrocarburos Administrado por RECOPE. "Establece Monopolio a favor del Estado para la Importación, Refinación y Distribución de Petróleo, Combustibles, Asfaltos y Naftas"***. Vigente desde 06/09/1993. Versión de la Norma: 1 de 1 del 24/08/1993. Publicada en Gaceta N° 170 del 06/09/1993.

ⁱⁱ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 12 del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa.

ⁱⁱⁱ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica 107 –J del veintiocho de septiembre de dos mil.

^{iv} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 144 del veintiséis de junio de dos mil.

^v PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 173 del diecisiete de octubre de mil novecientos noventa.

^{vi} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 336 del once de diciembre de dos mil dos.

^{vii} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 69 del nueve de abril de mil novecientos noventa y nueve.