

## LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO EN EL ARTICULO 49 DE LA CONSTITUCION POLITICA\*

*Licda. Elvira Batalla*

Asesora Parlamentaria

---

\* El estudio fue realizado en el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, a raíz de una consulta en el trámite del Proyecto de Ley de Creación del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural.

El acento del derecho uruguayo en la Constitución se advierte en aquellas disposiciones que hacen alusión a las instituciones públicas, especialmente al referirse a su autonomía. La incidencia se explica por la fuerte influencia de la corriente uruguayista de principios de siglo en el campo del derecho administrativo, que impregnaba el pensamiento jurídico de algunos de los redactores del Proyecto de Constitución del cuarenta y nueve, así como el de varios miembros de la Junta de Gobierno y de representantes del Partido Social Demócrata a la Asamblea Constituyente. Sin embargo, en gran parte el precedente de la ley española de 1956 inspira el numeral 49 al reformarse éste en junio de 1963, lo cual no obsta para que con un criterio legalista, típicamente costarricense, queden dentro de la regulación "todas las entidades de derecho público".

En el sistema jurídico nacional se tienen como entidades de derecho público las que realizan funciones administrativas, sea que la actividad de la Administración deriva del ejercicio de su potestad de imperio, dentro de sus facultades regladas o discrecionales por normas de derecho público. Tal es el criterio sostenido por nuestros más altos tribunales y recientemente confirmado por la Sala de Casación que declaró persona de derecho público a la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA), empresa estatal estructurada como sociedad mercantil con regulaciones propias del derecho común y aparentemente fuera de los controles que establece el derecho público.

En general la doctrina determina si un ente, por su naturaleza jurídica, es de derecho público o privado, estableciendo si lo regula uno u otro régimen. Al efecto, señala Sayagués Laso, "se estará en primer término a la voluntad legislativa: si el derecho positivo da una solución, el intérprete no puede desconocerla. Cuando la cuestión no quede resuelta en esa forma, se examinará el conjunto de disposiciones relativas al origen, organización y funcionamiento de la entidad, especialmente las que establecen su forma de creación, fines que persigue, existencia de potestades o privilegios típicos del derecho público y naturaleza del contralor a que se encuentra sometido".<sup>1</sup>

La gran agrupación de las personas públicas incluye, además de las que estructuran la administración, las que para descentralizar las funciones del Estado forman las corporaciones municipales, los entes autónomos y las empresas del Estado. Se suman al conjunto, integrando una categoría distinta, las llamadas personas públicas no estatales; pero en definitiva

<sup>1</sup> Sayagués Laso, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Martín Bianchi Altuna Maldonado 2215, Montevideo, 1959, tomo I, p. 176.

todas son entidades de derecho público por cuanto actúan total o parcialmente conforme a normas de tal régimen.

La distinción entre personas públicas estatales y personas públicas no estatales no tiene cabida en nuestro sistema, con vista del artículo 49 de la Constitución, que establece la jurisdicción contencioso-administrativa para todas las personas de derecho público que realicen funciones administrativas. Esa vía no es aplicable en sistemas jurídicos en donde existen entidades de derecho público no estatales, cuyas decisiones no se consideran actos administrativos con potestad de mando, típicos de la Administración y en donde expresamente la Constitución lo señala —como sucede con la de Uruguay, cuyo artículo 309 y siguientes determinan que contra las decisiones de dichas entidades no proceden los recursos administrativos ni la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y las impugnaciones de las mismas se hacen conforme a las reglas especiales que establece la ley—.

El sistema jurídico costarricense en cambio sí es acorde con el derecho uruguayo en lo que se refiere a la autonomía que tienen algunos órganos por la descentralización de funciones. Entre las características que presentan los entes administrativos descentralizados, resulta esencial que ellos tienen personalidad jurídica, por ella las instituciones autónomas gozan de independencia administrativa (Art. 188 de la Constitución), potestad que les permite darse sus propias normas sin más sujeción, en materia de gobierno, que las que le señale la ley. Aún cuando tales entidades administran sus propios intereses financieros y dictan sus presupuestos, con observancia de lo dispuesto en el artículo 176 de la Constitución, la Contraloría General de la República debe examinarlos, procediendo a su aprobación o improbación, así como a fiscalizar su ejecución y liquidación (Art. 184 idem.).

En cuanto a la integración de los órganos de las instituciones autónomas, la designación puede provenir del Consejo de Gobierno, como lo señala el inciso 4) del artículo 147 de la Constitución; por elección —como sucede en nuestras universidades— o por algún otro procedimiento que determine la ley. En todo caso, la integración de los directores tendrá su origen en la propia Administración o provendrá de otras fuentes que no estén inhibidas de participar en la escogencia de los mismos. En este sentido no es posible la intervención por parte del Poder Judicial, que conforme a la Constitución le corresponden las funciones que dicho texto señala y las de administrar justicia. Tampoco podría hacerlo la Asamblea Legislativa, pues la Constitución le confiere atribuciones exclusivas, sin que pueda la misma arrogarse otras, precisamente porque por esa vía podría llegar a desmembrar a los demás poderes del Estado de aquellas que les son propias.

Entre la gran gama de personas públicas estatales, están comprendidas las empresas del Estado. Su régimen legal dependerá de la naturaleza de sus actividades específicas, por ello "todos los actos de los entes estatales, aún cuando parcialmente estén regidos por el derecho privado,

DE DERECHO  
mantienen no obstante su carácter de actos administrativos regidos primordialmente por el derecho público".<sup>2</sup>

En sentido amplio las empresas del Estado se refieren a toda empresa económica que se encuentre en el sector público de la economía. Estas serían:

1. *Las empresas propias* (sin personalidad jurídica propia, administradas directamente por la organización administrativa central).
2. *Las sociedades de economía mixta* (con la participación de capitales estatales y privados). El calificativo de "mixtas" expresa la confluencia del derecho público y el privado. La participación estatal y la privada se da tanto en el capital como en la gestión de la sociedad en razón de un "interés general". Es indiferente la procedencia de los capitales, éstos pueden ser nacionales o extranjeros. Los elementos considerados por la doctrina como notas constitutivas de la institución son: a) razones de interés general que justifiquen la participación del estado. El "interés general" se entiende como complemento de los fines del Estado como tal. Debe hacerse la calificación en cada caso concreto. b) Coparticipación en el capital del Estado y con las personas de derecho privado. c) Coparticipación en la gestión del Estado con las personas de derecho privado. Entre los aspectos de importancia que debe señalar la ley que los regule, están los siguientes: Amplia participación (por ejemplo, en la legislación peruana se establecen porcentajes iguales del capital del sector privado y del sector estatal). El control de tal liberalidad es el derecho de veto que tiene el Estado y el régimen de designación de directores y miembros del Consejo de Vigilancia que tutela los intereses del Estado. El sistema se estructura para la formación, revisión, observación, aprobación y divulgación de las cuentas sociales. (En Perú se sigue el sistema de la Ley Alemana de Sociedades por Acciones). "En la actualidad, las sociedades de economía mixta constituyen un régimen de explotación económica bastante difundido, especialmente en lo que se refiere a las grandes empresas de servicios públicos y también a empresas industriales de interés general cuando el capital privado o estatal resulta insuficiente para su debida explotación o se trata de actividades en las que, por razones de conveniencia política o económica, se hace necesario el control del sector público".<sup>3</sup>

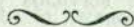
2 Dictámenes del 22 de enero de 1965 de la Procuraduría del Tesoro de la Nación, cit. por Gordillo, Agustín A., "Empresas del Estado", Buenos Aires, 1966, Ed. Macchi, p. 85.

3 Maisch von Humboldt, Lucrecia, "Sociedades de Economía Mixta", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1973. Passim.

articulado señalan fuentes de ingreso, pero sin determinar su suficiencia para el eficiente cumplimiento de los fines que persigue y si puede la entidad disponer de su patrimonio en cuanto a su distribución y empleo. Las partidas que se le llegaren a asignar en los presupuestos de la República, quedan a juicio del Poder Ejecutivo, lo cual no es garantía de independencia económica; distinto sería si se le asignara el monto proveniente de un impuesto específico, como por ejemplo lo tienen algunas instituciones, derivados del consumo de cigarrillos, bebidas gaseosas, etc., o de alguna otra fuente, como lo es el ingreso que reciben algunos colegios profesionales por concepto de timbres especiales, del cual disponen libremente.

En cuanto a aspectos de política de la institución, el Proyecto no permite aún conocer cómo se determinarán. Conviene establecer algún lineamiento en ese sentido y así también la integración de su cuerpo de directores y los controles de éste, señalándose además los requisitos de nombramiento de esas personas, las causas de su remoción, la investigación que corresponda al efecto y a quién o quienes compete la destitución de esos cargos cuando proceda.

Una posibilidad para integrar el cuerpo de directores de la entidad, sería que el Consejo de Gobierno escogiera personas incluidas en ternas propuestas por la Universidad de Costa Rica, que es la única que en estos momentos cuenta con escuela de periodismo; otros miembros podrían seleccionarse de entre las listas que sometan los partidos políticos —por ejemplo que tres de ellos, inscritos a escala nacional y que hayan obtenido mayoría de votantes en la elección inmediata anterior—. La mecánica podría ser la utilizada por la ley conocida como del "4-3" (Ley N° 4646 de octubre de 1970), mediante la cual se renovaban algunos de los siete miembros de diversas instituciones después de cada cambio de Gobierno (tres o cuatro directores, según correspondiera), por un período que vencía cada ocho años. En la entidad el Poder Ejecutivo no tendría representación, aunque correspondiera al Consejo de Gobierno hacer los nombramientos, éste no podría revocarlo si no es con base en información de la Contraloría General de la República, en la que se ponga de manifiesto que hay causa para ello.



### Reseñas bibliográficas:

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *Filosofía del Derecho* (Quinta edición, revisada y aumentada), Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979, 836 p., 21,5 x 15,5 cm.

El manual del profesor Legaz y Lacambra es, desde hace muchos años, una obra clásica de referencia en España; junto con el de Recaséns constituyen los dos textos más difundidos de filosofía del derecho, entre los pertenecientes a escritores de habla castellana. La edición a que me referiré constituye la última versión de dicho manual, por lo que no quiero dejar de señalarla aquí.

Este libro constituye, puede decirse, el testimonio de toda una vida consagrada al estudio y a la enseñanza de la filosofía jurídica. Consigue ofrecer, por ello, una información realmente vasta sobre un extenso abanico de temas que han sido tratados bajo ese rubro. Se encuentran agrupados en diez grandes capítulos, cada uno de los cuales está dividido en secciones, las que a su vez constan de otras subdivisiones, de modo que el material aparece presentado de una manera conveniente para facilitarle al lector la debida ubicación sistemática en el seno de una obra que contiene tanta cosa. La exposición es llana, muy accesible, y en general trae referencia a las principales posiciones que suelen ser sostenidas alrededor de cada punto, sin perjuicio de que el autor pone mayor acento en explayar aquellas que se hallan más cerca de sus propias ideas. Las notas bibliográficas, a menudo muy nutridas, suministran un cuadro abundante de la literatura (sobre todo la europea) referente a los temas examinados; tienen además el mérito de estar muy al día. El índice analítico general, que abarca ocho páginas, permite localizar con comodidad los puntos que hilvanan las líneas de la exposición.

La orientación del autor es de corte iusnaturalista. Cabe ubicarla (cf. p. 289 s.) en el marco del cognitivismo axiológico —aunque él no usa esta terminología. Legaz considera que, entre los elementos de una "definición descriptiva del Derecho", corresponde reconocer que "la idea de justicia... tiene carácter absolutamente constitutivo y fundamental" (*ibid.*). Ello le hace pensar que "ciertas realidades humanas son, *ex se*, realidades jurídicas, porque son *de suyo* una cierta justicia o injusticia, y al jurista corresponde entender, interpretar y desentrañar ese sentido, valorarlo e incluso desvalorizarlo si desde el punto de vista de una perspectiva ideal más elevada resulta disminuido en su pretensión de representar una configuración *intrínseca* y *absolutamente* justificada de la vida social" (p. 290 —subrayados míos, excepto para "ex se"). Más específicamente, se trata de un iusnaturalismo de tipo tomista (muy afín, por ejemplo, al de un autor como Arthur Kaufmann), aunque también incluye elementos señalados por pensadores como Francisco Suárez, Ortega y Gasset,