

LA EMPRESA PUBLICA*

Mauro Murillo

(*) Conferencia pronunciada por el autor en el Seminario ofrecido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica a las Cámaras de Industria y Comercio, 1973.

I. Generalidades.

1. Concepto de Empresa Pública (1)

Obviamente debemos comenzar esta exposición por el concepto de empresa pública, a fin de precisar exactamente de qué es de lo que vamos a ocuparnos.

Pero en atención a que la empresa pública no es más que una forma de empresa, debemos antes lógicamente ocuparnos del concepto de empresa.

La empresa, como la administración, puede ser vista como actividad o como organización, aunque con la advertencia de que no serían más que aspectos de una misma realidad. La empresa entonces tendría una faceta dinámica, la actividad, y una faceta estática, la organización. La empresa sería una actividad organizada, o bien una organización predisuelta para cumplir una determinada actividad.

Veamos primero la empresa como actividad, o sea la actividad de empresa.

La actividad de empresa es una actividad económica, una actividad en sentido amplio de producción. Es actividad de empresa la agrícola, la industrial o de transformación, la comercial o de cambio, y la de servicios.

La actividad es profesional, es decir, habitual, continua.

(1) BIBLIOGRAFIA. Sobre el concepto de empresa, cfr.: PANUCCIO, voz "Impresa (diritto privato)", en la Enciclopedia del Diritto vol. XX, Milán, 1970; FERRARI, voz "Azienda (diritto privato)", cfr., Enciclopedia cit., Vol. IV, 1959; VERRUCOLI, voz "Cooperative (imprese)", Enciclopedia cit., Vol. X, 1962. Sobre el concepto de empresa pública, cfr.: ROVERSI MONACO, Gli enti di gestione, Milán, 1967; GUARINO, Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia, Milán, 1962, y Scritti di diritto pubblico dell'economia, Milán, 1970; OTTAVIANO, voz "Impresa pubblica", Enciclopedia cit., Vol. XX, 1970; TREVES, voz "Azienda (diritto pubblico)", Enciclopedia cit. vol. IV, 1959; GIANNINI, Diritto Amministrativo, 2 vols., Milán, 1970. V., amplius, mi trabajo sobre la empresa pública aparecido en la Revista de la Contraloría General, N° 15.

La empresa supone un mercado en el que participa. Con ello se trata de negarle la categoría de empresa a las actividades que se desarrollan para el exclusivo consumo del propietario. La empresa entonces es tal sólo si ofrece sus bienes y servicios al público, lo que presupone a su vez que la empresa se ejercita en un régimen de derecho privado.

2.º La organización de la empresa está compuesta por los medios necesarios: medios personales y materiales. Estos últimos forman la "hacienda".

La organización debe constituir una unidad, es decir, tener su propia individualidad, lo cual no quiere decir que no pueda formar parte de una organización mayor, pero sí se exige que mantenga cierta independencia, cierta separación.

Tal vez el problema más serio que se plantea en la elaboración de una noción unitaria de empresa, es decir, en la elaboración de un concepto de empresa que sea válido para la empresa privada y para la pública a la vez, sea el del fin de la empresa. Una primera precisión que debemos hacera quí es la distinción entre fin del empresario y fin de la empresa.

El empresario es el titular de la empresa, es decir, el sujeto de derecho a quien pertenece la empresa, v. gr.: en el caso de una empresa individual, una persona física, y en el caso de una empresa colectiva, una sociedad. El fin del empresario será necesariamente subjetivo, y en el caso del empresario privado es obvio que normalmente será de lucro.

El fin de la empresa se considera objetivo. La empresa debe tender a obtener ingresos suficientes para subsistir por sí sola. La empresa es tal sólo si logra desenvolverse en el mercado sin quebrar, y sin que su vida dependa permanentemente del sostén que le brinde otra empresa u otro sujeto. Este es el llamado principio de autosuficiencia. Es la economicidad mínima que debe obtener toda empresa.

Expuesto el concepto de empresa, podemos ahora intentar la determinación del concepto de empresa pública. Al efecto lo que interesa es encontrar aquel rasgo de la empresa pública que sea típico de ella, es decir, su carácter diferenciador.

Una tesis restringida encontraría tal carácter en la naturaleza del empresario: si éste es privado, la empresa es privada, caso contrario sería pública. Una tesis amplia sostendría que es pública toda empresa que sirva de instrumento para alcanzar fines públicos, entendiéndose que ello se dará en todo caso en que el empresario sea una administración pública, y, además, cuando aunque lo fuere una persona privada sea en definitiva un instrumento de acción de una administración pública.

Nosotros acogemos esta última posición. En realidad, el fenómeno es uno solo. Una sola es la actividad, que siempre será actividad de empresa, sometida como se dijo, al derecho privado. Variará solamente el molde organizativo utilizado. Es claro que el aspecto organizativo estará en unos casos regulado por el derecho público y

en otros por el privado, y que no siempre toda la actividad de la empresa estará reglada exclusivamente por el derecho privado. Pero el fenómeno seguirá siendo uno solo: la intervención pública en el campo de la economía a través del instrumento de la empresa.

2. Tipos de Empresa Pública (1)

El criterio de la naturaleza del empresario, que lo desechamos como útil para determinar el concepto de empresa pública, nos servirá ahora sin embargo, para individuar los diversos tipos de empresas públicas.

Existen pues empresas públicas ubicadas dentro de la administración pública, y empresas públicas que están fuera de ella, y dentro de las primeras, unas constituyen órganos administrativos, y otras entes, según que la organización esté o no personificada.

Tenemos así tres tipos de empresa pública: a) la empresa pública —órgano de un ente público; b) la empresa pública —ente público; y c) la empresa pública —ente privado. Estas son los tres modelos organizativos fundamentales que presenta la empresa pública.

Históricamente aparece primero la empresa-órgano, posteriormente la empresa-ente público, y de último la empresa-ente privado.

Hoy día normalmente subsisten los tres tipos dentro de la mayoría de los sistemas occidentales, pero puede comprobarse fácilmente como uno ha sido evolución de otro precedente. La empresa-órgano se dio inicialmente no sólo para individuar la prestación de un servicio o el ejercicio de un monopolio fiscal, sino también para agilizar su funcionamiento. Luego se vio como la empresa-órgano no garantizaba suficientemente dicha agilidad, por lo que se le personificó y se le aumentó su independencia. Por último, el Estado descubrió que no le era indispensable permanecer dentro del ámbito público, y que bien podía utilizar, como cualquier otro sujeto de derecho, los modelos organizativos del derecho privado, fundamentalmente el de la sociedad. En el fondo lo que ha habido es un proceso de agilización de la actividad de la administración pública. En un principio esta actividad fue vista en forma indiferenciada, por lo que se trató de someterla a los mismos límites. Límites que por cierto resultaron sumamente rigurosos, al punto de que de no atenuarse hubieran impedido ejercitar actividad de empresa. El régimen publicístico fue atenuándose progresivamente hasta llegar al máximo concebible dentro de la administración pública: la figura de la empresa-ente público en su último grado de desarrollo, que de público tiene casi sólo el nombre. Y cuando se deseó no contar del todo con limitaciones publicísticas, se recurrió entonces al instrumento de la so-

(1) BIBLIOGRAFIA: GIANNINI, Le imprese pubbliche in Italia, Riv. delle Società, 1958; GARRIDO FALLA, La empresa pública en el derecho español, vol. I de la Empresa Pública, Studia albortotiana N° X, Bólonia, 1970. V., amplius, mi trabajo cit.

ciudad, que es el más flexible de todos, y sin duda el más eficaz, al punto de que tiende hoy día a predominar allí donde el fenómeno de la empresa pública esté suficientemente desarrollado.

La figura de la empresa-órgano se da cuando un ente público no tiene como misión principal la actividad de empresa, sino que ésta reviste, en relación con su actividad total, un carácter secundario o accesorio. En tal supuesto se crea un órgano especial que en forma relativamente independiente asume la actividad de empresa.

Se requiere un mínimo de autonomía del órgano, derivada de su individualidad. No sólo debe tener una competencia exclusiva, una administración separada, sino además, independencia financiera. Estos son rasgos suficientes para que se exija, por principio, su creación por ley.

El régimen jurídico relativo a su administración financiera normalmente es más flexible que el aplicable en general al ente del cual forma parte el órgano. El órgano es dotado también de legitimación negociada, de modo que puede contratar, aunque a nombre del ente. Puede atribuírsele incluso legitimación judicial, a fin de que pueda comparecer en juicio.

La empresa-ente público se da cuando el ente desarrolla como actividad exclusiva o principal la de empresa. Es el llamado ente público económico.

La independencia del ente público económico es mayor que la de la empresa-órgano, como se dijo. Tales empresas integran un sector diverso de la administración pública, precisamente el de administración descentralizada. Su régimen jurídico en general será diverso, sobre todo en cuanto a administración financiera y controles.

Quizá el modelo más evolucionado de ente público económico sea el italiano, en donde buena parte de la doctrina sostiene que la actividad de tales entes está sometida exclusivamente al derecho privado, y a los que se les niega incluso autonomía política, es decir su capacidad de fijar las políticas generales que deben seguir (independencia en materia de gobierno, según la terminología de nuestra Constitución).

Este último rasgo, sobre todo, es el que funda la calificación de tales entes como instrumentales, en relación con el Estado. En realidad no se concibe lógicamente la existencia de entes públicos-empresa que no estén adscritos a un Ministerio de Gobierno, que no estén sometidos a la dirección del Gobierno.

Cabe por último resaltar la existencia de una figura especial de ente público económico: el que tiene por objeto la administración de acciones en sociedad, o sea, el que tiene una actividad de "holding". El fenómeno de la empresa holding-ente público se da sólo en donde las participaciones públicas accionarias alcanzan un gran volumen, y tienen dichas holdings la ventaja de permitir reunir las participaciones en grupos coincidentes con sectores de actividad.

La empresa-ente privado, o bien la sociedad mixta, es formalmente una sociedad como cualquier otra: constituida conforme al Código de Comercio y regida por éste.

La participación pública debe ser tal que le permita a la administración controlar económicamente la sociedad, lo que se logra controlando la asamblea general de socios que es la que nombra a los administradores. Fuera de esta relación no se da otra entre la administración pública propietaria de las acciones y la sociedad.

El régimen total de la sociedad mixta debe ser privado. Caso contrario se desnaturizaría el instrumento utilizado. Por ello es que estas sociedades no soportan, por ejemplo, controles de tipo publicístico.

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

La creación de empresas-órgano y de empresas-ente público debe realizarse por ley. Lo mismo no sucede siempre con la empresa-ente privado. La posibilidad de crear sociedades o de participar en ellas es de principio, en tratándose del Estado y de los demás entes políticos (como los municipales), dada la generalidad de sus fines. En los restantes entes públicos se requiere cuando menos una autorización legal implícita.

3. La Empresa Pública y el Fin Público (*)

El fenómeno de la empresa pública ha revolucionado buena parte del derecho público; ha puesto en entredicho muchos de los conceptos tradicionales, y ha originado la creación de nuevas concepciones. Incluso la gran expansión que ha sufrido el derecho público en los últimos tiempos se debe en buena medida a la manifestación masiva de la empresa pública.

Muchos de los temas teóricos relativos a la empresa pública objeto de grandes discusiones, hoy día pueden considerarse más o menos definitivamente aclarados. Así por ejemplo, no se discute más si el Estado puede o no tener la condición de empresario, si la empresa es o no instrumento adecuado para obtener el logro de los fines públicos, si el Estado puede o no eventualmente perseguir el lucro. El Estado (y los demás entes públicos) puede, como cualquier otro sujeto de derecho, ejercitar la actividad de empresa.

Según un criterio formal, fin público sería todo aquel perseguido por la administración pública. Materialmente en cambio fin público sería todo aquel que conciérne de un modo directo e inmediato a la colectividad considerada ésta en su conjunto.

Quizá sólo en el caso de la empresa destinada a la prestación de un servicio público el fin sería materialmente, inmediatamente pú-

(1) BIBLIOGRAFIA: ROVERSI MONACO, op. cit., GIANNINI, op. cit., BUONOCORE, "Note minime in tema di "Stato imprenditore", Riv. Diritto e Giurisprudenza, 1968; OTTAVIANO, "Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni", Riv. delle Società, 1960. Amplius, mi trabajo cit.

blico. En los demás casos el fin de la empresa sería instrumental en relación con un fin último materialmente público. Tal es el caso v. gr.: de los entes públicos bancarios.

Donde en verdad se plantea necesariamente el problema del fin público es en relación con las sociedades controladas (económicamente) por la administración pública. El fin público, a nuestro modo de ver, debe encontrarse exclusivamente en las participaciones accionarias. Es decir, las sociedades en sí no perseguirían un fin público, sino el que ya indicamos, cual es el de mantener su economicidad. Pero con esto la cuestión no queda resuelta. Dado el control que se ejercería sobre los administradores de la sociedad, es evidente que éstos, de hecho, se ven forzados a tomar determinadas decisiones que no siempre serán beneficiosas (económicamente) para la sociedad.

El problema se plantea entonces en términos de hasta dónde puede lícitamente la administración pública utilizar, en beneficio del interés público y con menoscabo del interés de los socios particulares, su control sobre las sociedades mixtas. El legislador ha debido intervenir, con soluciones varias, tendientes a garantizar un mínimo de utilidades a los accionistas particulares. Lo que demuestra, por otra parte, que sin cierto ajuste normativo el modelo de la sociedad no es fácilmente utilizable por la administración pública. Algunos incluso han propugnado una regulación especial para estas sociedades.

4. La Empresa Pública como instrumento de la intervención pública en la economía. (1)

La intervención pública en la economía puede ser autoritativa o no. La primera implica una regulación legal específica, en la que se establecen limitaciones a la actividad privada, como ocurre con las normas y controles a que se someten en nuestro medio los bancos privados.

La intervención no autoritativa es la que se da precisamente con la empresa pública. Cuando la administración aparece como empresaria (figuras de la empresa-órgano y de la empresa-ente público), tal intervención se dice directa. Cuando la administración utiliza más bien su posibilidad de tener acciones en sociedades, se habla entonces de una intervención indirecta.

Pero cualquiera que fuere el sistema adoptado (en general los Estados adoptan simultáneamente todas las posibilidades, aunque como se dijo hoy día tiende a prevalecer la participación accionaria) es lo cierto que la empresa pública se ha convertido en un instrumento indispensable de acción pública, sobre todo en relación con los procesos de programación económica.

(1) BIBLIOGRAFIA: CASELLI, L'impresa pubblica nell'economia di mercato, Milán, 1970; STAMMATI, La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado, en La Empresa Pública cit., vol. I; ROVERSI MONACO, op. cit.; GUARINO, op. cit. Amplus, mi trabajo cit.

En los supuestos de Estados subdesarrollados, cual es el nuestro, se habla incluso de una insubrogabilidad de la empresa pública. Dice CASELLI (op. cit., pág. 64):

"En general en todos los países en fase de desarrollo, la empresa pública cubre normalmente una laguna de empresariedad, y por tanto no aparece subrogable. En otras palabras, los recursos destinados a la empresa pública, si fueren abandonados a la espontaneidad del mercado, con toda probabilidad antes que financiar grandes sectores de inversión, que tienen carácter prioritario respecto del desarrollo de otros sectores, se fraccionarían en programas de inversión de escasa productividad económica general aunque con suficiente rendimiento haciendal, o bien aumentarían el peso de las posiciones monopolísticas, aumentando así los desequilibrios del sistema económico nacional".

Hemos querido resaltar este último aspecto, en consideración a que en nuestro medio puede afirmarse que no se ha hecho suficiente uso de la empresa pública, lo cual obedece evidentemente a una falta de conocimiento preciso del instrumento, a una falta de conciencia de la posibilidad que se tiene a mano.

5. El principio de subsidiariedad de la Empresa Pública. (1)

De un principio que establece la subsidiariedad en la utilización de la empresa pública se habla sobre todo en la doctrina española, con fundamento en el ordenamiento positivo español. Se dispone en efecto en dos leyes fundamentales (Fuero del trabajo y ley de Principios del Movimiento Nacional):

"En general el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación".

"La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada, y en su caso suplida por la acción del Estado".

En realidad el problema, en términos teóricos, no es precisamente jurídico (dicho sea de paso, un economista señala que se trata de un falso problema: CASELLI, op. cit., pág. 41). Jurídicamente puede afirmarse que el Estado está en completa posibilidad de hacer uso de la empresa pública, allí donde lo crea conveniente para el interés público, sin que deban concurrir determinadas condiciones.

(1) BIBLIOGRAFIA: DUQUE "Empresas Nacionales, iniciativa privada y libre competencia en el derecho español", en La Empresa Pública cit., vol. I; MEILAN, "Cuestiones institucionales de las empresas públicas en España", Idem vol. II.

II. La empresa pública en Costa Rica.

6. Idea General.

Como habíamos adelantado, el desarrollo de la empresa pública ha sido más bien escaso en nuestro medio.

Se ha dado la evolución desde la forma de la empresa-órgano, pasando por la empresa-ente público y llegando a la empresa-ente privado. Pero las formas adoptadas demuestran que no se tiene una idea clara de lo que debe ser una empresa pública, o bien que ha faltado la decisión política necesaria.

Insistimos en que la utilización de la sociedad por la administración representa el máximo de liberalización de la acción pública. Pero entre nosotros esto ha ocurrido con cierta inseguridad, con cierta improvisación si se quiere, que a la postre no ha permitido la formación de modelos organizativos apropiados.

Quizás más que verdaderos ejemplos de empresa-órganos lo que hemos tenido sean más bien amagos, como ha ocurrido con la Fábrica Nacional de Licores, a la cual estimamos que le ha faltado independencia para poder tener su propia individualidad, aparte de que, dada la índole de su ocupación más conveniente parece que se constituyera como una sociedad.

Una administración que podría perfectamente convertirse en empresa-órgano es la Dirección General de Correos, organizándola debidamente.

La empresa-ente público puede presentar diversos modelos. El más utilizado ha sido el de la institución autónoma. En efecto, nuestros más representativos ejemplos de empresa pública son los Bancos del Estado, organizados como institutos autónomos por mandato constitucional. Pero el modelo de la institución autónoma no es precisamente el más conveniente. Tiene dos defectos: a) es un modelo de uso general; y b) está sometido a un régimen publicístico impropio de una empresa.

Como institución autónoma se han organizado entes de muy variada índole. Desde el Patronato Nacional de la Infancia hasta el Banco Central de Costa Rica, desde la Caja Costarricense de Seguro Social hasta los Bancos Comerciales del Estado, desde el Consejo Nacional de Producción hasta el Instituto Nacional de Seguros. Puede afirmarse que la institución autónoma es un molde al que todo le cabe. Lo cual, evidentemente, lo ha convertido en un modelo defectuoso. El error ha estado, y se lo debemos a los constituyentes, en creer que podría crearse un modelo organizativo útil para organizar toda suerte de actividades, de empresa o no. En otros términos: no había conciencia de la existencia de un tipo de ente público distinto de los demás: el ente-empresa.

Quizá un poco por la falta de convencimiento de la diversa tipología de los entes públicos, y otro poco por nuestra desconfianza nata, es lo cierto que las instituciones autónomas se sometieron a un

régimen publicístico inadecuado para el ejercicio de empresa. Se exige por ejemplo la existencia de un presupuesto sujeto a ciertas reglas en su formación, se prescriben normas bastante restrictivas en la actividad financiera, se sancionan controles exagerados, etc. Hasta hace poco tenían incluso garantizada su autonomía política. Desgraciadamente, la Constitución se ocupó de las instituciones autónomas, por lo que una reforma de las mismas sería más difícil.

Curiosamente, el modelo más adecuado para organizar empresas públicas ha resultado el de la institución semi-autónoma, precisamente por no ocuparse de él la Constitución. Es cierto que de las leyes de creación de las diversas instituciones semiautónomas que existen no quedan claros los contornos del modelo, pero es lo cierto que lo que realmente importa es la falta de límites para el legislador derivado de la ausencia de normas constitucionales. En futuras leyes el legislador perfectamente podría idear un modelo organizativo adecuado para la actividad de empresa, sobre la base de la institución semiautónoma.

No hemos afirmado que todas las instituciones semiautónomas creadas hasta el momento sean verdaderas empresas. En general les falta la autosuficiencia, puesto que dependen de subvenciones periódicas del Estado.

Otro modelo de empresa-ente público puede ser el consorcio municipal, previsto por el Código Municipal. Decimos puede ser porque increíblemente no existe ninguno aún. Dichos consorcios nacerían por un convenio entre municipalidades aprobado por ley, y tendrían por objeto la prestación de servicios.

En los últimos años se ha ido dando, aunque lentamente, la participación pública accionaria (Lacsa, Radiográfica, Recope).

Pero quizá el primer ejemplo de verdadera empresa pública-ente privado se dio con la adquisición de la mayoría del paquete accionario de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, por parte del Instituto Costarricense de Electricidad. Recientemente, se han creado dos sociedades mixtas, de las cuales nos ocuparemos seguidamente.

7. La Asociación Bananera Nacional.

Su creación fue autorizada por la ley 4895/71.

La ASBANA es ciertamente un curioso ejemplar de nuestra institucionalidad: parece ser un ente público por varias razones, tiene nombre de asociación, pero es una sociedad anónima, según la ley.

Para destacar que se trata de un ente público es suficiente, en nuestro criterio, su creación como sociedad y su sujeción al Código de Comercio (art. 1º).

El rasgo más importante de ASBANA es su fin legal: "el desarrollo bananero nacional" (art. 3º), del cual no son sino sólo consecuencias otras normas particulares que se establecen, como las relativas a sus atribuciones (art. 4º), a su organización (art. 7º y ss.), etc. Se trata de un fin que sustancialmente es público. Pero evidentemente

hay un error de concepción: tal fin no es el perseguido por la sociedad, sino más bien el perseguido por el Estado a través de ella. Es decir, a una sociedad no pueden atribuírsele fines públicos directamente, salvo desnaturalizándola.

Los aspectos organizativos son los que revisten mayor interés en este caso.

La ASBANA tiene una Asamblea General de Accionistas, una Junta Directiva, un Gerente y un Auditor. La Asamblea es el órgano supremo; la Junta "dirige" la sociedad; el Gerente es el que la administra y la representa judicial y extrajudicialmente; y el Auditor "vigila" y "fiscaliza".

La Ley regula la integración de la Junta Directiva: un representante del Estado (que tiene la tercera parte de las acciones); dos representantes de los Bancos del Estado (que tienen otra tercera parte de las acciones); y dos representantes de los accionistas particulares (que tienen el resto de las acciones). Tales representantes no son nombrados por la Asamblea General; el del Estado es nombrado por el Consejo de Gobierno; el de los Bancos por la Comisión de Coordinación Bancaria del Banco Central de Costa Rica; el de los accionistas particulares por ellos, en reunión separada (art. 8°).

Se establecen una serie de prohibiciones (art. 9°) e incompatibilidades (art. 10) para integrar la Junta Directiva. Se regula el plazo del ejercicio del cargo de Director, y se garantiza la inamovilidad de principio (art. 11).

El Gerente dura también cuatro años en su cargo, y sólo puede ser removido con el voto de cuatro de los cinco Directores (art. 17).

El Auditor es nombrado por la Junta Directiva y de ella depende directamente. Administra a su personal auxiliar (arts. 19 y 20).

Si se compara la organización de ASBANA con el modelo típico de organización de nuestras instituciones autónomas, encontramos una gran semejanza. Sin dudas, ASBANA fue concebida siguiendo el modelo de la institución autónoma.

Hasta donde entendemos, la organización de las instituciones autónomas se inspiró en la estructura de las sociedades anónimas. En el caso de ASBANA se produjo el fenómeno inverso: la creación de una sociedad con una organización inspirada en la de las instituciones autónomas.

El art. 20 de la Ley llega hasta a establecer un recurso de "apelación" ante la Junta Directiva contra las "resoluciones" del Auditor, norma absolutamente inconcebible en una sociedad.

El art. 21 sanciona la intervención de la Contraloría General de la República. Esta deberá realizar un auditoraje anual, e informará a la Asamblea Legislativa "haciendo las observaciones que crea oportunas en cuanto al manejo de los fondos del sector público". Para empezar, no qued aclaro si el auditoraje se referirá sólo a los fondos aportados por el sector público o a todos; de toda suerte, no se prescribe que los fondos serán administrados separadamente según su procedencia, de donde el auditoraje tendrá necesariamente que comprender

todo el movimiento económico de la sociedad, y las observaciones que se formulen deberán referirse a todo el manejo económico. Tampoco queda claro sobre qué versará el auditoraje. Ni siquiera se especifica la razón o utilidad de informar a la Asamblea Legislativa, ni la razón por la cual más bien no se informa al Consejo de Gobierno. Todo ello aparte de que de todos modos tales sociedades no deberían sujetarse a un control del tipo que ejerce normalmente la Contraloría.

En suma, ASBANA es una sociedad, y como tal, ente privado. Tiene una evidente relevancia pública, dado su fin, sus atribuciones, y algunas particularidades de su régimen jurídico. Por su fin, esta sociedad debió de haber sido una entidad pública. La escogencia entre una institución autónoma y una sociedad no es difícil: basta examinar el cometido. La utilización del modelo de la sociedad tiene un límite lógico: las sociedades no pueden servir para todo. Y por otra parte, se olvida que las sociedades son eficaces en razón de su estructura y de su régimen. Modificada esa estructura y ese régimen se acaba la garantía de su eficacia.

Cuando se contemplan concepciones legislativas tan sui géneris como la de ASBANA, uno se pregunta qué es lo que sucede entre nosotros. Recordemos que recientemente se reformó la Constitución Política a fin de eliminar la garantía de la autonomía política (es decir, en materia de gobierno) de las instituciones autónomas. Pues bien, en el caso de ASBANA lo que ha sucedido, en el fondo, no jurídicamente, es la creación de una institución autónoma con autonomía absoluta.

8. *La Corporación Costarricense de Desarrollo.*

Entre ASBANA y la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA), corren importantes diferencias.

ASBANA fue creada por escritura pública, como toda sociedad. Es cierto que se emitió una ley que "autorizó" su creación, pero en este aspecto la ley era innecesaria. CODESA en cambio fue creada directamente por la ley (v. Ley N° 5122/72); su origen es exclusivamente legal.

ASBANA se rige (art. 1° de la Ley 4895) por su Ley autorizativa y por el Código de Comercio. CODESA se rige por su Ley constitutiva y "supletoriamente por las disposiciones sobre la materia contempladas en el Código de Comercio" (art. 2°), de donde este Código en vez de regulación directa, inmediata, pasa a ser una reglamentación meramente subsidiaria.

Por otra parte, ASBANA fue creada sin ambages como una sociedad anónima, mientras que CODESA lo fue como una empresa "con las características de una sociedad anónima" (art. 7°).

CODESA no queda sometida solamente a su Ley constitutiva y "supletoriamente" al Código de Comercio: debe actuar también conforme a determinados reglamentos que debe emitir (art. 2°): el art.

8º de su ley la obliga a reglamentar las operaciones que puede realizar conforme a la misma ley.

Falta en CODESA la intervención de la Contraloría General de la República, sancionada en el caso de ASBANA. Pero ello no puede tomarse como una ventaja de la primera. En otras palabras, ello no significa que el legislador remedió el problema del control de la empresa pública-ente privado y optó por la solución más apropiada. Nada de esto, porque a cambio de tal ausencia se incluyeron controles doblemente más graves: la Corporación (nombre no muy feliz por cierto) "llevará a cabo sus actividades en consulta y coordinación con la Oficina de Planificación, el Banco Central, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, el Ministerio de Hacienda, y, cuando corresponda, con las entidades públicas que intervienen en los campos cubiertos por sus programas y proyectos específicos de fomento económico", según el art. 9º de la Ley. Por fortuna no se dispuso sobre las consecuencias de la falta de consulta ni sobre los mecanismos concretos de coordinación. Pero como si fuera poco, además se estableció que CODESA debe informar periódicamente al Banco Central sobre sus planes a realizar y sobre sus labores realizadas. Por fortuna también no se dispuso sobre las consecuencias de la omisión de tales informes, ni sobre las potestades del Banco Central una vez que reciba los informes.

La organización de CODESA es también sustancialmente diferente. Se mantiene el esquema de la existencia de una Asamblea de Accionistas, un Consejo de Administración, uno o varios gerentes y un auditor. Pero la importancia de la Asamblea, el Gerente, y del Auditor es minúscula: todos estos órganos ceden ante el Consejo de Administración y su Presidente Ejecutivo. Incluso la integración del Consejo es más grave ahora: el Ministro de Economía, Industria y Comercio es miembro nato. Estamos obviamente en frente de un nuevo modelo organizativo, de otra innovación más en nuestra multiplicidad de formas estructurales.

Aparte de tener el mismo porcentaje de acciones en mano pública (2/3), tanto una como otra tienen un fin sustancialmente público: CODESA tiene como objetivo "promover el desarrollo económico del país" (art. 4º).

La pregunta que salta, después de la descripción efectuada, es lógicamente la de la naturaleza pública o privada de CODESA. Si en el caso de ASBANA nos fue suficiente para afirmar su naturaleza privada el hecho de que se hubiera constituido como una sociedad anónima y estuviera regida por el Código de Comercio, en atención a que tales hechos no se dan con la misma claridad en el caso de CODESA, su naturaleza jurídica resulta bastante discutible. La situación se agrava por cuanto nada obsta (al menos no hay obstáculo constitucional) para que el legislador cree una entidad pública con forma de sociedad.

A nuestro modo de ver, no obstante sus particularidades CODESA es una entidad privada. Si bien su Ley constitutiva no fue lo clara y precisa que debió de haber sido, queda sin embargo ex-

cluido de toda duda que la intención del legislador fue la de constituir un ente privado.

Ello sea dicho simplemente para efectos de justificar la ubicación que de CODESA hemos hecho entre las empresas públicas de naturaleza privada, pues no es lo que más nos interesa aquí. Lo que en este instante realmente nos preocupa es el uso que de la sociedad, como forma típica de las organizaciones privadas que realizan actividad de empresa, se está haciendo por parte del legislador. CODESA, señores, es un ejemplo más de desnaturalización del modelo organizativo de la sociedad. CODESA confirma, reafirma, consolida, una línea de conducta legislativa iniciada con ASBANA. Es, ni más ni menos, en el fondo, que la creación de entidades autónomas, las más autónomas que jamás se hayan visto. Los dos casos examinados representan, en nuestro criterio, un descubrimiento legislativo más sensacional incluso que el de la creación de entidades autónomas sin la mayoría de los dos tercios de votos prescrita por la Constitución, o sea las llamadas instituciones semiautónomas.