

(derechos de contrato) a favor del Ente para el Arroz: pero no es ésta la sede para examinar a fondo esa particular cuestión.

Es necesario en cambio formular algunas reservas sobre la solución que la Corte Constitucional ha adoptado en orden a la noción de prestaciones patrimoniales y personales. Es principalmente en la sentencia N° 4 que se encuentra delineada esta noción, pues la sentencia N° 30 no hace otra cosa que remitirse a aquélla. Se dice en tal sentencia que deben considerarse prestaciones, en el sentido del Art. 23 Constitucional, las que son "establecidas como obligatorias a cargo de una persona sin el concurso de su voluntad", en tal caso, se dice, la prestación es "impuesta", y ninguna relevancia tienen, para los fines de la norma, no sólo la denominación con que el legislador la designa (y esto es obviamente exacto), sino que tampoco su naturaleza: es suficiente que se trate de prestación instituida por acto de la autoridad.

La amplitud de esta noción nos parece inaceptable por las razones antes dichas y que no repetiremos. Además, en el caso del Ente para el Arroz, la Corte Constitucional se encontraba frente a un provento de naturaleza claramente tributaria y, por ende, podía incluso no ver los problemas que ha planteado la existencia de retribuciones de Derecho privado, de retribuciones de derecho privado especial, de prestaciones pecuniarias mediatas, de las que hemos tratado de proponer en este estudio aspectos nuevos. Pero en el caso del Ente Nacional de los Hidrocarburos estos problemas debieron ser decididos; y con mayor precisión debió resolverse el que planteaba el caso, esto es, como también se mencionó antes, la imposición al particular de una prestación obligatoria de un ente público a título oneroso.

Por lo tanto, es de esperar que por una parte la doctrina quiera enfocar los problemas aquí discutidos, transitando por vías menos simplistas que las recorridas hasta ahora y, consiguientemente, más conformes a la realidad cada vez más complicada de un ordenamiento moderno; y por otra parte que la misma Corte Constitucional quiera plantearse en el futuro los problemas dejados en la sombra en sus dos primeros pronunciamientos; éstos han establecido puntos fundamentales para la disciplina de la materia —y en esto está su indiscutible mérito—: ahora se trata de articular su aplicación a una realidad que es más compleja de lo que la tratadística tradicional podía hacer pensar.

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA ORGANIZACIÓN Y LA DISCIPLINA DE LAS EMPRESAS

PROF. GIUSEPPE GUARINO
Catedrático de la Universidad de Roma
Traduce: Walter Antillón

1. Los medios de producción: materias primas, máquinas, capacidades humanas bajo la forma de trabajo, capital financiero, a pesar de ésa su denominación, comúnmente aceptada, nada pueden producir separadamente, constituyendo sólo elementos, ninguno por sí mismo suficiente y tampoco todos juntos siempre necesarios, de una combinación que se realiza dentro del ámbito y por medio de una especial organización, que es la empresa.

Se estaría tentado a considerar a la empresa, en cuanto organización, como un medio distinto de producción junto a los otros. Pero este planteamiento daría una visión deformada de la realidad puesto que la empresa es el todo, frente al cual materias primas, máquinas, trabajo y capital financiero representan sólo partes singulares. La empresa tiene su propio grupo de mando y se vale de su propio sistema de normas: según un concepto, profundizado en particular por la doctrina jurídica italiana, la empresa constituye, desde el punto de vista jurídico, un ordenamiento.

Caracteriza a la empresa la circunstancia de que, en una cierta medida, debe permanecer autónoma respecto a cualquier otra organización de tipo político o de igual tipo productivo. Reduciendo a unidad una multiplicidad de elementos, la empresa tiene una existencia propia objetiva y real y, por ende, una individualidad. Y puesto que la empresa es un momento necesario de la producción, no sería incorrecto considerarla como el verdadero y efectivo "medio de producción": no diverso parece, por lo demás, el concepto

expresado en el Art. 2 del reciente Reglamento de la Hacienda Productiva Socialista de Estado de la U.R.S.S. de 4 de octubre de 1965, que la define como "el anillo principal de la economía nacional".

2. Antes de ir más lejos se imponen dos aclaraciones que ayudan a delimitar el ámbito de la indagación, y a dar un punto de referencia a las ideas que siguen.

Primero que nada proponemos emplear el término "empresa" solamente para las organizaciones productivas que, o produzcan directamente un bien o un servicio susceptible de formar objeto de cambio, o se inserten como componentes esenciales en un sistema cuyos productos terminales puedan igualmente ser objeto de intercambio: no constituye, por tanto, una empresa, según la definición propuesta, una organización que utilice también dos o más medios elementales de producción, pero a cuyos productos el público tenga acceso no por medio de intercambio sino por efecto y en virtud de una posición jurídica particular.

La no intercambiabilidad del producto puede derivar tanto del hecho de que éste tenga naturaleza de bien o servicio jurídico en sentido estricto (ej.: ejercicio de un poder autoritario, emisión de un acto certificativo), como por el hecho de que el producto, aún siendo por naturaleza susceptible de cambio, esté sustraído al mismo por disposición legal (ej. los servicios médicos que, aún pudiendo supuestamente ser erogados como contraprestación de una suma de dinero, deban ser prestados, por ley, por una determinada institución pública a favor de quien tenga necesidad de ellos, o de quien pertenezca a una determinada categoría).

No son empresas, entonces, El Estado, las administraciones locales, los entes de previsión y de asistencia contemplados por el ordenamiento italiano (INAM, INAIL, IMPS y similares), los entes a los cuales se confía la disciplina meramente normativa de un sector económico, y así por el estilo. La delimitación del concepto de empresa que ha quedado propuesta tiene su razón de ser en el hecho de que los problemas de la empresa son del todo diversos de los de las otras organizaciones, como quedará evidenciado en el transcurso de estas páginas.

3. En la forma en que ha quedado definida, la empresa no es necesariamente una organización simple: al contrario, en la generalidad de los casos ella se presentará como una organización compleja, a varios niveles. Podrán presentarse unidades productivas de base (establecimientos) y una o varias unidades intermedias. En principio cada una de estas unidades podría ser considerada ella misma una empresa. Se ha preferido, en cambio, reservar esta expresión para las organizaciones que tengan una autonomía efectiva; frente a éstas las unidades menores y dependientes deben considerarse como simples elementos.

Es de advertir que una o varias de las unidades menores que concurren a formar una empresa pueden también tener una propia y distinta personalidad jurídica sin que ello obligue a modificar los términos del planteo. La importancia de esta aclaración está en el hecho de que, entre las cuestiones que deberán profundizarse, las referentes al grado de autonomía de la empresa respecto a otras organizaciones y a la disciplina, dentro del ámbito de la empresa, de las unidades menores, están entre las más importantes.

4. La empresa es, por lo tanto, el elemento base del sistema económico, independientemente de los caracteres generales de este y del relativo régimen político. Es más, puede afirmarse que a nivel de la empresa los problemas, en una primera aproximación (que por otra parte podrá ser confirmada o contradicha por la elaboración sucesiva) pueden considerarse comunes, pues se conectan con la función que de todos modos la empresa debe desarrollar, y no con la función de otros organismos a propósito de las empresas o en colaboración con ellas, o sustituyéndolas.

Teniendo como punto de referencia la función propia de las empresas: unificación de los medios elementales de producción, nos proponemos valorar el rendimiento de una variedad de modelos jurídicos; y es más, para concretar más el examen en relación a cada uno de los perfiles fundamentales de la organización empresarial (entendiendo la organización en sentido lato, como comprensiva incluso de las relaciones con terceros), se estudiará el rendimiento de los institutos de Derecho público y de Derecho privado, es decir, los modelos contrapuestos, entre los cuales todo sistema jurídico debe realizar una elección al regular las relaciones particulares.

En un primer tiempo los institutos serán tomados en consideración individualmente; en una fase sucesiva serán insertados en estructuras integradas, de carácter más complejo.

Debe advertirse además que la indagación será conducida no con referencia a un sistema positivo singular, sino utilizando esquemas generales: si bien esto tornará la investigación, en cierta medida, abstracta, por otro lado permitirá utilizar los resultados incluso para sistemas económico jurídicos inspirados en principios organizativos que, aún siendo diversos (si no opuestos) desde otros perfiles, tampoco pueden prescindir, como se ha advertido, de este particular instrumento que es la empresa.

5. En el contexto de este trabajo, Derecho público y Derecho privado deben ser entendidos, rigurosamente, como nociones formales.

Una vez aplicados, todos los institutos jurídicos adquieren, sin excepción, una carga ideológica, que a veces (más frecuentemente de lo que se cree) es fruto de una ideología estrictamente jurídica, es decir, que tiene origen en los operadores técnicos del Derecho (jueces, administradores, abogados, profesores) y otras veces, en cambio, es expresión de las ideologías políticas generales históricamente dominantes en la sociedad.

Para hacer utilizable con plenitud de rendimiento un instituto ya aplicado dentro de un nuevo tipo de organización —y aunque el mismo no dejará de adquirir una nueva y correspondiente carga ideológica: antes bien, precisamente por esto— es necesario sobre todo depurarlo de la carga ideológica consolidada en torno a él en el anterior tipo de organización.

La carga ideológica formada para los conceptos de Derecho público y Derecho privado atribuye a éstos un carácter sustantivo. Se ha partido de la antigua definición romana: "Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem", para llegar a la conclusión de que es Derecho privado todo lo que atañe al individuo, Derecho público lo que se vincula al Estado. Individuo y Estado vienen aquí entendidos en su significado primigenio de persona física, es decir, de hombre singular, y de organización de mando. Desde esta premisa general parecía luego hasta obvio que se debiese extraer el corolario de que, así

como los particulares deben utilizar sólo institutos de Derecho privado, así mismo el Estado y las otras organizaciones públicas deben utilizar solamente institutos de Derecho público. Este planteamiento tuvo mucha fortuna en el Siglo Pasado —aunque sus efectos están ampliamente difundidos todavía hoy— y esto es fácilmente explicable en sede histórica porque en el mismo periodo se había generalizado la ideología de que las tareas de El Estado eran limitadas, que se podían individualizar en el terreno científico los fines de El Estado, en contraposición a los del individuo, que, en particular, toda ingerencia de tipo operativo en el campo económico estaba sustraída a El Estado. Esta ideología, propia del tipo de Estado llamado liberal, ha sido dondequiera superada por la experiencia: y su rechazo debe comportar también el rechazo de la ideología (que de ella constituía emanación y propagación) del carácter sustantivo de las nociones de Derecho público y Derecho privado.

Debido a ello parece indispensable liberarse de este preconcepto que, cerrando la puerta a una más amplia utilización de los institutos disponibles para los fines de la organización de El Estado, representa un grave obstáculo al desarrollo de las instituciones.

Los institutos del Derecho público y del Derecho privado no son otra cosa, repetimos, que particulares técnicas organizativas que deben ser tomadas en cuenta a título paritario en la formulación de modelos de organización, para ser utilizados solos o en las más variadas combinaciones. Esto es tanto más necesario, cuanto que el número de los institutos jurídicos de base —es decir, que sirven como unidades elementales para toda organización jurídica de tipo complejo— es bastante reducido, por lo que rechazar a priori una mitad de los referidos elementos significa introducir una injustificada y relevante limitación en el número de las combinaciones posibles.

Depurados de la ideología formada en torno a ellos, los institutos del Derecho privado y del Derecho público deben entonces distinguirse solamente por características formales, relacionadas con las disposiciones del sistema jurídico. Y tales características se distinguen en que, mientras los institutos del Derecho privado vienen puestos, por el sistema positivo, a disposición de cualquier tipo de sujeto jurídico —y es del todo indiferente al respecto que los sujetos

sean naturalmente idóneos para utilizarlos o tengan voluntad o posibilidad concreta de hacerlo— y como tales pueden ser utilizados indiferentemente por El Estado, por las personas físicas, por los entes públicos, por las sociedades privadas, etc., los institutos del Derecho público sólo pueden ser utilizados por sujetos específicamente indicados por las normas positivas.

Usando un lenguaje más técnico, esto significa que las hipótesis jurídicas del Derecho privado son “a sujeto indiferenciado”, las de Derecho público son “a sujeto vinculado”. En las páginas siguientes se hará referencia a los institutos del Derecho privado y del Derecho público exclusivamente en este significado técnico.

6. Los perfiles de la organización de la empresa que se tomarán en cuenta para evaluar el rendimiento de los diversos esquemas representados por los institutos del Derecho público y del Derecho privado son los de los “actos”, los “sujetos”, los “bienes” y las “relaciones con los terceros”.

Es de advertir que nos referimos a los actos sólo para conferir al discurso una mayor evidencia. Técnicamente sería más correcto referirse a los “poderes”: esto ayuda también a aclarar que los únicos actos que se examinan son los que constituyen ejercicio de un poder, mientras quedan fuera del campo de indagación los actos jurídicos en sentido estricto.

Por lo tanto, de los actos —así definidos— deben tomarse en consideración tres modelos fundamentales: el acto político, el acto administrativo y el acto negocial. Los dos primeros son públicos, el tercero privado. Característica común a todos es que, junto —eventualmente— a efectos ya predispuestos por el sistema legislativo, producen siempre efectos correspondientes a lo querido.

Para que estos tipos de actos sean individualizados más fácilmente, daremos una sumaria descripción de ellos, con la advertencia de que, también aquí, nos atenemos a las características principales, prescindiendo de las connotaciones más específicas que para ellos derivan de los sistemas jurídicos concretos.

El acto político es, o él mismo autoritario, o integrado en un sistema de actos con características prevalentemente autoritarias; tienen algunos momentos libres y otros vinculados; es más, de la

relación entre el grado de vinculación y el de libertad de los actos políticos atribuidos a la competencia de la organización de mando depende el tipo de Estado: en el Estado de Derecho prevalece la vinculación, el objeto en mérito del cual el acto puede disponer libremente está bien especificado en relación con cada acto singular; existen a veces rigurosos vínculos de contenido aún para los actos políticos de mayor relevancia (por ejemplo las leyes ordinarias —típico y esencial acto político— deben respetar las leyes constitucionales) y en los casos en que queda una amplia esfera de libertad se imponen complejos vínculos procedimentales (como ocurre en el caso del poder legislativo); en los actos políticos, aún tratándose de El Estado de Derecho, resta siempre, de todos modos, un margen de libertad de carácter absoluto que puede ser utilizado en particular para cualquier fin que el órgano agente estime oportuno perseguir. En el caso opuesto, siempre que en los actos políticos de las más altas autoridades la libertad prevalezca sobre la vinculación, y un órgano singular pueda disponer acerca de cualquier objeto, limitándose a observar sólo un mínimo de formas, se está ante El Estado Absoluto (l'Etat c'est moi). Entre estos modelos extremos de tipos de Estado pueden obviamente concebirse múltiples variantes de tipo intermedio.

Al igual que el político, el acto administrativo es autoritario (esto es, puede producir efectos para otros sujetos independientemente de su consentimiento) o se presenta integrado en sistemas de actos prevalentemente autoritarios. También el acto administrativo, en sus variantes más frecuentes (es decir, en las del acto de ejercicio de poder que, como se ha advertido, es la única que aquí se toma en cuenta) tiene algunos momentos libres y otros vinculados, pero se distingue del acto político principalmente por su mayor grado de vinculación; en particular su objeto está generalmente bien especificado; en todo caso el acto administrativo debe someterse a toda prescripción que le derive de la ley (la cual es siempre un acto político). Se distingue, además, el acto administrativo del político por otras especificaciones que son diversamente reguladas por los derechos positivos, y que consisten en un diverso régimen jurídico de los vicios, en la previsión de un sistema de controles de legitimidad y a menudo también de mérito, a veces también en la admisión de un control jurisdiccional; una peculiaridad de los actos administrativos, según el derecho italiano, es por

ejemplo que el órgano agente debe utilizar la esfera de libertad relativa al acto solamente para perseguir objetivos vinculados, deducidos del sistema normativo: con tal vínculo de objetivo se relaciona el control jurisdiccional del exceso de poder administrativo.

El acto negocial tiene carácter privado, como se ha anticipado, y puede en consecuencia, por lo general, ser utilizado por cualquier sujeto. En este acto la esfera de libertad prevalece ampliamente sobre los vínculos. Estos se reducen a menudo a la delimitación de una zona externa que no debe ser revasada (por ej. la hipótesis de la causa ilícita); y si a veces están predeterminados algunos aspectos de su objeto, permanecen libres todos los aspectos restantes. Los vínculos de forma son inexistentes o mínimos. La neta prevalencia de la libertad sobre el vínculo que distingue los actos negociales de los administrativos y que coloca a los primeros en una posición más favorable que la de los propios actos políticos se explica por la circunstancia de que los actos negociales —a diferencia de los otros dos tipos— tienen carácter paritario, es decir producen efectos sólo para el agente y pueden interferir en la esfera jurídica del tercero solamente si éste lo consiente. Por medio del acto público, político o administrativo, se dispone incluso para los terceros; con acto negocial privado cada uno dispone sólo para la propia esfera jurídica. Por virtud de esta característica el acto privado, salvo hipótesis marginales y bien definidas (incapacidad, estado de necesidad, etc.), no tolera controles preventivos ni de legitimidad ni de mérito.

7. Podría preguntarse la razón por la que, estando este trabajo referido a las empresas, se haya hablado también de actos políticos, los cuales, según la experiencia común, no parecen normalmente utilizables por las empresas.

En efecto los actos políticos no pueden ser de uso generalizado, puesto que en tal caso se generarían conflictos de soberanía; por tanto son sólo de competencia de los órganos soberanos de El Estado o de otras autoridades coordinadas con éste mediante una variedad de técnicas; por otra parte es posible ciertas autoridades subordinadas requieran poderes políticos dentro de ámbitos precisamente determinados, los cuales actos pueden coincidir a veces con el ejercicio de ciertas empresas. Puede suceder así que una o pocas empresas de particular relevancia, por su peculiar objeto

(aparatos espaciales, misilística, armamento atómico) o por lo extraordinario de las circunstancias (materias primas e industrias bélicas en período de guerra) tengan una organización fundada, de hecho, en actos políticos.

Se menciona estos casos porque el acto político es el que, por estructura, más se acerca al acto negocial —teniendo más que éste el efecto autoritario: en consecuencia, el rendimiento de estas empresas no puede ser tomado como modelo para la evaluación general de las empresas públicas que actúan mediante actos administrativos, pues es un rendimiento que por muchos respectos debe colocarse en el plano de las empresas que actúan mediante actos privados. Agréguese que el carácter prioritario de las empresas examinadas, así como puede justiciar en ciertos casos el recurso a los actos políticos, exige que el rendimiento sea medido en términos de consecución y oportunidad del resultado, independientemente de toda valoración de la economicidad y, por lo tanto, con base en un metro diverso del que normalmente se adopta para la generalidad de las otras empresas.

8. Dado el carácter anómalo, por no decir excepcional, del uso de actos políticos por parte de las empresas, la evaluación comparativa debe tomar como punto de referencia por un lado las empresas que actúan mediante actos administrativos, y por el otro las que operan por medio de actos privados.

Se encuentran a propósito afirmaciones constantes en la literatura. En lo que atañe a los actos administrativos, se lamenta la lentitud de los procedimientos y la alteración del principio de la responsabilidad consiguiente a los controles de legitimidad y de mérito; del lado opuesto se cita la no discutida eficiencia de las empresas que se valen de la capacidad jurídica de Derecho privado. Estas consideraciones son indudablemente exactas y serán luego reasumidas aquí, pero no agotan el tema.

Aún antes de las peligrosas interferencias producidas por los controles, debe en efecto ponerse de relieve la principal y benéfica característica del obrar mediante actos privados, que consiste en la “adecuación” y en la “concreción” de su disciplina.

Como se ha dicho, en el acto negocial la parte de libertad prevalece ampliamente sobre el vínculo, y en tal presupuesto se

basa la definición del negocio como autoreglamentación de la relación. Es decir, mediante el negocio la parte interesada, sin tener que seguir modelos preconstituidos establece la disciplina que estima más apropiada a las necesidades a satisfacer. Esta disciplina se establece en referencia a la situación concreta, "hic et nunc" determinada a través de la percepción y valoración inmediatas de todos los elementos capaces de influir en la satisfacción de las necesidades. Si se cometen errores la experiencia podrá utilizarse de nuevo introduciendo en los actos futuros las disposiciones necesarias para evitarlos.

Ejemplificando: el lugar donde ubicar un nuevo establecimiento, la preferencia entre uno u otro tipo de maquinaria, las características de la producción que se quiere poner en el mercado, el número y categoría de los empleados, serán determinados con referencia exclusiva a las previsiones de desarrollo hechas con base en la consideración de todos los elementos posibles. Cuanto mayor es la dimensión de la empresa, tanto más aumenta la capacidad para realizar prácticamente aquellas soluciones que se presentan como óptimas en sede de autoreglamentación de la relación.

Bajo este perfil el acto administrativo ofrece perspectivas sensiblemente diversas. En tal acto la parte del vínculo prevalece sobre la de la libertad; y si bien se piensa el vínculo no es otra cosa que una valoración del futuro realizada de modo preventivo con referencia a una generalidad de hipótesis. De ahí que el acto administrativo contenga una cuota necesaria de abstracción; el legislador o, en todo caso, la autoridad superior que determina su parte vinculada, podría modificar la solución acogida si conociese todas las características del caso concreto; en la imposibilidad de prever todo y disciplinar todo anticipadamente, en el acto administrativo se deja un margen de libertad que el órgano ejecutivo puede llenar según su discreción; pero en todo caso se mantiene firme el principio de que el órgano agente no puede nunca modificar la valoración del caso ya hecha por el órgano superior mediante la determinación de la parte vinculada; ésta no puede derogarse ni siquiera percatándose de que las circunstancias concretas habrían impuesto una disciplina en parte diversa en relación a la que resulta de la parte vinculada, o incluso un planteamiento enteramente distinto de la relación.

Dadas estas características se entiende cómo el acto administrativo constituya el medio técnico más adecuado en los casos en que se deban producir bienes o servicios jurídicos en sentido estricto, es decir, en los casos en que deban ejercitarse poderes autoritarios, realizar opciones que se resuelvan en ventajas para unos y en daños para otros, y en aquellos en que se deban erogar bienes colectivos a favor de particulares, y así sucesivamente. La previsión abstracta y predeterminada es en estos casos fuente de certeza y garantía de imparcialidad.

En cambio el acto administrativo aparece menos apto cuando se debe proveer caso por caso, no dejándose escapar ninguna de las peculiaridades de la hipótesis concreta para una mejor regulación de la relación. En este sentido el acto administrativo, por definición, no puede asegurar la mejor economicidad de la opción, puesto que si existe una medida que permitiría una mejor utilización de los medios elementales de producción y no está contemplada por la previsión normativa, o está directamente contradicha en la parte vinculada del acto, el órgano no puede adoptarla.

9. Una de las más relevantes consecuencias de estas características del acto administrativo se da en tema de "calidades". La previsión abstracta del futuro que está en la base del acto administrativo solo puede tomar en consideración las calidades "promedio", siendo éstas las únicas susceptibles de efectiva realización en la generalidad de los casos. Se produce así aquella singular deformación por efecto de la cual se denomina, por ejemplo, "alta calidad" la contemplada por actos administrativos, mientras que tal calidad, por el solo hecho de deber conformarse a standards prefijados que deben acatarse por la generalidad de los operadores, es ciertamente y por necesidad sólo una calidad media. El buen administrador (y nada cambiaría si se dijese el óptimo administrador) es el órgano que actúa como según el término medio, debe obrar el utilizador de actos administrativos; así como, para citar un ejemplo conocido, la "diligencia del buen padre de familia" no es la diligencia máxima, sino más bien la diligencia media.

Un segundo perfil, extremadamente relevante, a cuyo respecto divergen los rendimientos del acto negocial y del acto administrativo, es el de la "rapidez" de su uso.

El acto negocial no está generalmente sometido a formas particulares; cuando está prevista una forma vinculada, es en general de fácil utilización (acto notarial). No es así para el acto administrativo, para el cual, por el contrario, rige normalmente el principio de la taxatividad de la forma prescrita. El acto negocial además es por lo general el fruto de la decisión de un sujeto u órgano único, mientras el acto administrativo en el Estado contemporáneo, que tiene una organización extremadamente desarrollada, en cuyo ámbito todas las competencias están especializadas, es el resultado, en la generalidad de los casos, de un complejo procedimiento, analíticamente disciplinado por las leyes, y cuyas fases no son normalmente invertibles o eliminables. Es cierto que investigaciones preliminares, pareceres, sugerencias, también pueden requerirse para los fines del ejercicio de negocios privados, pero ello ocurre en todo caso de modo informal, y sólo si y en cuanto el órgano decidente, a su prudente juicio, lo estime realmente necesario. Para los fines de la emisión del acto administrativo cada fase del procedimiento debe en cambio resultar de una documentación objetiva, y todas las fases instructorias, de consulta o de control, cuando sean prescritas, deben ser observadas bajo pena de ilegitimidad del acto terminal, incluso cuando resulte claro que no podrán modificar la decisión ya vislumbrada y que, por ende, las mismas sean sustancialmente inútiles.

La rapidez del uso, examinada aquí con vista del cumplimiento del acto singular, adquiere un significado todavía más pleno cuando es referido a una serie de actos interconectados. La dimensión "tiempo" es, en un cierto sentido, extraña a la organización administrativa: aún cuando sea cierto que un determinado resultado pueda obtenerse sólo mediante el oportuno cumplimiento de actos coordinados, el acto administrativo no puede prescindir de la observancia de todas las reglas procedimentales, ni puede sacrificar la "regularidad" a la "tempestividad".

Un tercer perfil relevante de diversificación está representado por la "flexibilidad". Se trata de un fenómeno bien conocido: la fuente subordinada es más fácilmente modificable y adaptable que la fuente de grado superior. Se trata de una obvia consecuencia del principio ya precedentemente aludido a propósito de las características de El Estado de Derecho, según el cual cuanto más intensos y difundidos sean los efectos del acto, tanto más es necesar-

rio imponer cautelas y vínculos procedimentales a su emanación. La ley ordinaria es, entonces, más flexible que la ley constitucional, el reglamento más flexible que la ley, etc. El acto que, entre todos, realiza el mayor grado de flexibilidad es, en consecuencia, el negocio jurídico privado, que está en el último grado de la jerarquía de las fuentes (empleando esta expresión en sentido lato) y que dispone solamente para el patrimonio jurídico del sujeto agente.

A estos elementos diferenciadores del rendimiento del acto negocial y del acto administrativo se agregan otros, dependiendo ello de las disciplinas positivas concretas. Todo parecer obligatorio, "nihil ostat", autorización o aprobación que sea impuesto (para la adquisición de la maquinaria, para la escogencia del lugar de la planta, para la utilización de las reservas, para la transferencia de una suma de un fondo a otro, para la venta de excedentes, para el alquiler de medios de transporte inutilizados, etc.) constituye una ulterior causa de retardo. Los controles sucesivos que conlleven la anulación de los actos considerados ilegítimos, pueden romper una cadena de actos concebidos unitariamente y obstaculizar resultados ventajosos que el acto habría sido capaz de producir a pesar de su ilegitimidad. Los controles de mérito, preventivos o sucesivos, infringen el principio de la responsabilidad en cuanto la intervención volitiva de una segunda autoridad impide individualizar de quién sea el mérito o eventualmente el demérito, y hace venir a menos en todo caso el estímulo representado por la individualización del éxito.

10. Las examinadas características del acto negocial se reflejan tanto sobre el comportamiento externo como sobre la organización interna de la empresa. Los efectos sobre el comportamiento externo se combinan con otros factores que serán examinados sucesivamente; los que inciden sobre la organización interna merecen ser, en cambio, subrayados.

Las empresas están constreñidas a buscar las condiciones para un desarrollo continuo; aquéllas cuyas dimensiones sean estáticas o que decididamente retrocedan, siempre que no se trate de fenómenos temporales o ligados a eventos de carácter general, están destinadas a mediano o largo plazo a desaparecer. Por su parte, el continuo crecimiento plantea problemas siempre nuevos de organización o, mejor, obliga a repropo-ner los mismos problemas bajo una

luz siempre nueva: ¿es mejor unificar la dirección del personal o dejar que los problemas del personal sean afrontados autónomamente por las unidades operativas singulares? ¿Debe centralizarse o descentralizarse la oficina legal? ¿Cuál es el límite financiero de las operaciones que pueden ser realizadas directamente por los directores de las filiales? ¿Debe efectuarse por grupos la clasificación de las funciones, o con base en las características de cada departamento? ¿Cuál es la disposición más racional de las instalaciones? Cada uno de estos problemas y de otros similares, resuelto de cierto modo en un momento dado, puede exigir una respuesta diversa en una época sucesiva y a veces incluso a un breve intervalo, con base en las nuevas condiciones provocadas por el desarrollo de la empresa, por la introducción de nuevas técnicas administrativas y contables, por la consolidación de métodos de dirección diversos. Es esencial, por lo tanto, que la organización interna de las empresas sea flexible al máximo, de modo que la estructura pueda siempre adecuarse a las exigencias. Esta flexibilidad debe existir en primer lugar en las relaciones entre la dirección y las unidades operativas singulares, cuyo grado de autonomía debe poder ser libremente reducido o aumentado cada vez que se considere oportuno. En segundo lugar la flexibilidad es indispensable en lo que concierne a la distribución de las competencias y a las relaciones recíprocas de los departamentos singulares.

Estos resultados pueden ser asegurados sólo si la organización está dirigida mediante actos negociales. Si en cambio la fuente reguladora de la organización interna es un acto administrativo, se introduce automáticamente un elemento de rigidez que impide aquellas rápidas transformaciones que el dinamismo de la vida empresarial requiere. Peor si el reglamento relativo a la organización debe someterse a aprobaciones o controles de autoridades externas, y por aún si dicho reglamento debe uniformarse a un esquema tipo dictado en función de una pluralidad de empresas.

Uno de los peligros mayores del reglamento (acto administrativo) es que puede rigidizar las propias relaciones entre el grupo de mando de las empresas y las divisiones o unidades operativas singulares. Puede así ocurrir que éstas aún sin disponer de ningún poder decisional definitivo, reclamen el respeto al "status" garantizado por el reglamento, estorbando así la obra de mando del grupo al cual está confiada la responsabilidad de la guía de la empresa.

Tan grande es la necesidad de racionalizar la organización que, en los últimos decenios, han surgido especiales disciplinas como "organización hacienda", "disposición de las instalaciones", "job evaluation", que se ocupan exclusivamente de este objeto o de particulares aspectos del mismo, y prosperan empresas especializadas cuyas prestaciones consisten en examinar críticamente y racionalizar la organización de las otras empresas. De todos modos no siempre se piensa en que estas técnicas pueden afirmarse y aplicarse en la medida en que la flexibilidad de la fuente negocial permite conformar rápidamente la estructura de las empresas según las sugerencias recogidas; donde, por el contrario las empresas están obligadas a valerse de actos administrativos, existe el peligro de que mientras las modificaciones son efectuadas ya se han modificado las condiciones que las habían sugerido.

11. También en lo que atañe a los sujetos debemos partir de una definición sucinta de la persona jurídica privada y de la persona jurídica pública. También en este caso la definición será fundada en elementos exclusivamente formales y deberá ser acogida sólo como un amplio esquema, estando intencionalmente desvinculada de las disposiciones de cualquier derecho positivo: diremos entonces que persona jurídica privada es todo sujeto de derecho que, por voluntad del sistema positivo, está fundamentalmente destinada a vivir y obrar en base al régimen jurídico común a cualquier otro sujeto jurídico o que, cuando sea sometida a una disciplina particular, encuentre para ello un correctivo en la circunstancia de que tal disciplina puede ser creada por otros sujetos privados en base a su voluntad determinante y por medio de actos de derecho privado; en contraste, la persona jurídica pública, para todos, para muchos o aún para alguno solamente de sus aspectos, está sujeta a un régimen jurídico que vale sólo para ella, o bien para un grupo de entes; la persona jurídica pública, además, aún si es creada originalmente mediante actos privados, una vez constituida tiene una estructura y una consistencia que no son ya influenciadas por los sujetos privados por medio de actos de derecho privado.

Como es sabido, las personas jurídicas se contraponen a las personas físicas; unas y otras tienen en común el régimen jurídico de la responsabilidad: en el primer caso la personalidad viene ligada a una organización, en el segundo a un hombre, a todo hombre.

Para crear otra persona física precisa generar un hombre, cosa extremadamente comprometedor; en el mejor de los casos el nuevo ser estará inerte por muchos años y, en vez de servir de ayuda, tendrá necesidad de protección y de cuidados. Crear una persona jurídica nueva es en cambio mucho más simple y, desde el punto de vista práctico, mucho más conveniente: como veremos, las personas jurídicas pertenecientes a determinados tipos tienen la característica de poder ser enteramente dominadas y manipuladas por su progenitor en la medida en que éste lo desee: además, la persona jurídica de nueva creación está de inmediato en grado de operar por sí sola.

La personalidad jurídica, pública o privada, no es en definitiva otra cosa que una técnica organizatoria: la atribución de la personalidad a una organización permite valerse de ciertos efectos y evitar otros. Como quiera que sea, dada la notable relevancia de este hecho, se comprende que los Estados se reserven un poder de decisión final en esta materia: por lo general las personas jurídicas públicas y las mismas personas jurídicas privadas pueden ser creadas sólo si a ello concurre un acto determinante de la autoridad pública. Este principio, por otra parte, en la generalidad de los sistemas positivos sufre —y no por casualidad— una importante excepción: las sociedades comerciales pueden ser creadas por cualquier otro sujeto jurídico por efecto de su exclusiva voluntad, limitándose las autoridades públicas a ejercitar al respecto un mero control de legitimidad relativo a la existencia de los requisitos mínimos establecidos para cada tipo de sociedad. Las sociedades comerciales son las personas jurídicas privadas que gestionan “empresas”: dentro de poco apreciaremos la relevancia de esta excepción.

12. Hemos anticipado que algunas personas jurídicas presentan la singular característica de poder ser enteramente dominadas por el sujeto que las genera, si y en cuanto y hasta cuando este sujeto lo desee.

Esta condición está presente para todas las personas jurídicas públicas respecto al legislador de El Estado (salvo que exista sobre el particular una norma constitucional vinculante, como ocurre, por ejemplo, en Italia para las Regiones) y también puede verificarse en el sector privado si se adopta el esquema de la sociedad por acciones. Para asegurarse el mando de una sociedad por acciones es

suficiente conservar la mayoría de las acciones o un capital accionario que, habida cuenta del fraccionamiento de los accionistas, asegure de hecho el dominio de los órganos sociales, o bien reservarse el poder de nombramiento de los administradores o particulares de los rechos de voto.

La posibilidad de reservarse el poder de mando frente a otro sujeto no implica que el poder mismo deba en cada caso ser ejercitado. Muchas sociedades por acciones son del todo autónomas frente a los sujetos progenitores (fundadores); y lo mismo puede ocurrir para las personas jurídicas públicas respecto al Estado. Ateniéndonos al principio de que la ley puede en todo momento modificar el estatuto de la persona jurídica pública, está dentro de las posibilidades de la misma ley disciplinar variadamente, graduándola en medida diversa, la posición de autonomía o de dependencia de la persona jurídica pública frente al Gobierno y a la administración pública estatal. Este aspecto adquirirá un significado más concreto cuando se responda a la cuestión de por qué puede resultar conveniente atribuir personalidad jurídica pública a empresas de El Estado supuestas a operar con los medios jurídicos del derecho privado.

La dependencia puede darse tanto para las personas jurídicas públicas respecto de El Estado, cuanto para las sociedades por acciones frente a los fundadores o a quienes adquieran su poder de mando. Pero por la incidencia que ello pueda tener en el plano de la funcionalidad, debe subrayarse que el grado de maniobrabilidad por parte del sujeto dominante puede alcanzar en las sociedades por acciones una intensidad mayor de la realizable en las personas jurídicas públicas. Esto se explica por dos factores: el primero está dado por el distinto grado de flexibilidad de la fuente reguladora; vale repetir aquí lo que antes hemos observado sobre la mayor flexibilidad del negocio privado frente al acto administrativo o la ley: y precisamente las personas jurídicas públicas encuentran su fundamento en un acto administrativo o una ley, mientras que el fundamento de las sociedades por acciones está constituido por un negocio privado. La rigidez de la fuente explica por ejemplo el fenómeno de los entes superfluos, es decir, de aquellas personas jurídicas públicas que, a pesar de haber agotado del todo su función, continúan existiendo sin que las autoridades públicas provean a su disolución: fenómeno inconcebible en régimen privado.

13. Un segundo factor de diferencia entre personas jurídicas públicas y sociedades por acciones (siempre en relación con el aspecto de su maniobrabilidad) viene dado por su diversa capacidad. Para los entes públicos se establece frecuentemente que se valdrán de modo principal sólo de la capacidad de derecho público, lo cual, en términos concretos, significa que tienen una competencia predefinida; los entes son creados para ejercitar esta competencia y no pueden separarse de ella: el ámbito de su operatividad está, entonces, rígidamente circunscrito. Las sociedades por acciones se valen en cambio de la capacidad de derecho privado, que es general. Dentro de este ámbito ellas pueden moverse libremente, pasando por ejemplo, sin dificultades apreciables, de un sector a otro, o de un tipo de relación jurídica a otro.

14. El esquema de las sociedades comerciales ha sido dispuesto en función de las empresas; y las empresas que están habilitadas por el derecho positivo para operar por medio de la capacidad de derecho privado —y entre éstas se incluyen sobre todo aquellas que tienen ellas mismas la forma de sociedades comerciales— se valen ampliamente de tal esquema, especialmente del de las sociedades por acciones. Recurriendo a esa fórmula organizatoria las empresas ejercitan la facultad de crear todas las nuevas personas jurídicas que estiman necesarias, con la certeza de conservar el pleno control de ellas en la medida en que lo consideren oportuno, adquiriendo así la ventaja de tener a su disposición ciertos centros operativos que, aún siendo considerados como entidades autónomas por el derecho —beneficio de gran relieve desde el punto de vista de la limitación de la responsabilidad y fiscal— son a la vez los más dóciles y dúctiles instrumentos de maniobra.

Tal facultad, concedida por el derecho a las empresas habilitadas para operar mediante institutos de derecho privado, adquiere un significado mucho más decisivo cuando se la relaciona con el principio de que, salvo circunstancias excepcionales, la reacción de una nueva empresa de una determinada dimensión puede tener lugar, de hecho, sólo por obra de otra u otras empresas de iguales o superiores dimensiones. De hecho, por lo tanto, las grandes empresas tienen el monopolio de la creación de otras grandes empresas. Tan cierto es esto que incluso los Estados, si quieren reducir los riesgos y el costo de la operación, encuentran conveniente confiar la

tarea de crear las nuevas empresas útiles para el desarrollo de su economía a empresas de grandes dimensiones ya existentes, eventualmente extranjeras.

Se explican, por otra parte, las razones que justifican y hacen efectivo el principio expuesto: la creación de una nueva empresa de dimensiones relevantes comporta la solución de problemas que sólo una empresa que opere al mismo nivel está preparada para afrontar: la elección del lugar, de los equipos, el adiestramiento preventivo y oportuno del trabajo especializado, la obtención de capitales.

Los mercados financieros están prontos a ofrecer los capitales necesarios siempre que existan garantías idóneas y éstas, de hecho, sólo pueden ser dadas por las grandes empresas: éstas tienen conocimiento pleno y directo del mercado, dan certeza de solvencia; su presencia es garantía de que la nueva iniciativa ha sido cuidadosamente estudiada, de que la nueva empresa será eficiente y dispondrá de los medios técnicos y científicos para desarrollarse. De modo que dentro de ciertos límites sólo se trata, para la empresa establecida, de una elección empresarial que se resuelve en términos de conveniencia, el establecer si y en que medida invertir en la nueva empresa capitales propios o recurrir al mercado de capitales.

Hay también otros aspectos de la creación de nuevas empresas respecto de las cuales el papel de empresas preexistentes de dimensiones no inferiores resulta aún más insustituible: disponibilidad de grupos ejecutivos (para los cuales, de hecho, no existe mercado) y transmisión a la nueva empresa de las técnicas operativas y de las tradiciones que son propias y peculiares de cada empresa, y que dan lugar a aquellos aspectos inmateriales de la organización cuya importancia práctica va reconociéndose cada día más.

Igualmente decisivo e insustituible es el rol de la empresa preexistente para el desarrollo de la nueva empresa. Toda nueva empresa tiene necesidad al menos en los primeros años de existencia, de integrarse en un sistema completo. Se trata no solo de tener un sostén idóneo para afrontar todas las dificultades que pueden encontrarse: nuevas necesidades de capital, consultoría especializada para resolver problemas especiales, etc., sino también de poder gozar del flujo de las innovaciones técnicas sin el cual cualquier

empresa estaría irremediablemente condenada en una economía tecnológicamente avanzada. De esto han tenido una amarga experiencia empresarios autónomos que aventuradamente decidieron instalar industrias en zonas subdesarrolladas (p. ej. en Sicilia) impulsados por el espejismo de las facilidades públicas; las empresas creadas por ellos resultaron en un primer momento en una ruina total pero adquiridas después por grupos de grandes dimensiones e integradas a la organización de éstos, han demostrado plena vitalidad. Ello debido a que el flujo de las informaciones y de las innovaciones puede ser asegurado sólo por una empresa preexistente que tenga dimensiones adecuadas.

El medio técnico jurídico representado por la creación de sociedades por acciones, sumado a la aptitud de hecho de crear otras empresas, facilita a las empresas la plena utilización de sus capacidades. La creación de nuevas empresas puede ser determinada por varios factores: haber descubierto nuevas combinaciones productivas, colmar vacíos existentes en otros mercados, aprovecharse de márgenes disponibles en la propia organización comercial, utilizar productos secundarios de las propias producciones principales (mucho es raro el caso de que un producto creado sólo para evitar que se pierda materia secundaria, se revele, andando los años, más interesante que la propia producción principal); otras veces la razón de la nueva iniciativa es sólo financiera.

La conveniencia de permitir a las empresas existentes crear otras empresas es evidente en todos los casos en que éstas llenen una laguna del mercado; pero resultará evidente también en términos generales si se considera que, por ejemplo, la capacidad ejecutiva y organizativa (a un cierto nivel) y la capacidad de producir un flujo de innovaciones, aún permaneciendo dentro de amplios límites inmutables en su consistencia, pueden ser al mismo tiempo utilizadas para un número indefinido de unidades; toda nueva producción que se valga de estos elementos disminuye su costo unitario. Además toda nueva iniciativa acrece, tanto desde el punto de vista técnico como organizativo, las experiencias obtenidas y confiere al grupo la aptitud para descubrir nuevas combinaciones dentro de una extensión todavía más amplia.

Si se impide a una empresa que genere otras empresas no sólo se esteriliza una capacidad existente que en sí misma repre-

senta uno de los bienes más preciosos, y talvez el mayor de que disponga el sistema económico, sino que se impide incluso el enriquecimiento progresivo de esta misma capacidad.

15. Una confirmación de estas conclusiones, y de la relevancia de las fórmulas jurídicas, le ofrece el comportamiento de los mayores grupos americanos en los últimos decenios. Todas las nuevas producciones (electrónica, cohetes, nuclear, espacial), incluso careciendo a veces, o teniendo solo mínimas conexiones con las producciones precedentes, han sido acaparadas por las grandes empresas preexistentes. Los mayores grupos americanos, en su conjunto, han creado además en el exterior que constituyen la tercera potencia industrial del mundo, sólo superada por la industria interna de los Estados Unidos y de la Unión Soviética, y superior a la potencia representada por el complejo de las empresas europeas.

Con referencia a este último fenómeno puede preguntarse por qué una expansión análoga de las empresas soviéticas no ha tenido lugar. Existen en Rusia empresas de dimensiones no inferiores a las mayores americanas, que en todo caso tienen una dimensión suficiente para la creación de otras grandes empresas. Debe excluirse la hipótesis de que la abstención de las empresas rusas en generar empresas internacionales sea atribuible a falta de capitales: la constatación de que, por ejemplo, los capitales utilizados para la creación de las empresas americanas en Europa son de origen europeo en su mayoría, y que el flujo hacia Estados Unidos de capitales bajo la forma de dividendos accionarios, royalties por utilización de patentes, pago por suministros especiales de parte de sociedades americanas en el exterior, es superior al flujo de la inversión externa de nuevos capitales americanos, viene a ser decisiva al respecto.

¿Por qué, aún existiendo (al menos aparentemente) las condiciones objetivas necesarias, no se asiste a un desarrollo de las empresas soviéticas en el exterior, comparable al americano? Probablemente la causa deba adscribirse, además de a la conciencia de una economicidad no comparable de la propia gestión (que debe también imputarse, como se verá, a razones de carácter jurídico), en primer lugar, a la razón específica, de carácter jurídico, consistente en el hecho de que el ordenamiento de las empresas en la URSS no las habilita ni a crear libremente empresas complementarias ni a operar en el exterior.

Si las empresas americanas hubiesen encontrado, a su vez en el régimen jurídico que se les aplica, un obstáculo igual para entrar en producciones diversas de las originarias o a operar en el exterior, su inmensa capacidad de generar otras empresas se habría esterilizado y habría permanecido inutilizada; y nótese que la creación de las empresas en el extranjero se ha revelado como un excelente negocio que, sin quitar nada a las empresas madres, ha constituido, por el contrario, un factor esencial de su alto grado de dinamismo.

16. Acerca del aspecto subjetivo parecería natural concluir en este punto a favor de la forma jurídica privatística sobre la publicística, en lo que hace al rendimiento de las empresas. Es cierto que la primera, según el derecho común a la generalidad de los países, habilita la creación de otras personas jurídicas, es decir, ofrece un instrumento jurídico de potencialidad ilimitada para la generación de nuevas empresas; sin embargo, mientras que sobre tal constatación no surgen dudas, al tratar la forma jurídica publicística deben hacerse ciertas distinciones.

En efecto, no es tanto esta forma en sí mismo, cuanto el modo en que la misma suele regularse, lo que impide la generación de otras empresas por parte de las existentes. El punto neurálgico de tal disciplina (para el problema que aquí interesa) está representado por el carácter abierto o cerrado del objeto de la empresa.

En una empresa inserta en un sistema de derecho administrativo la hipótesis más corriente es que su objeto esté fijado de modo rígido y vinculante: la gestión de uno o varios establecimientos, la producción de determinadas cantidades de productos, según la nomenclatura, la absorción, las cualidades prefijadas, en fin: la gestión de un entero, pero específico, sector productivo. En estos casos la empresa aparece como ejecutora de una tarea precisa y está obligada a cumplirla: las mejores técnicas y las innovaciones están a su vez condicionados por lo específico del objeto, y pueden ser introducidas (a menudo, previo ejercicio de controles adecuados) solamente si conciernen de modo directo e inmediato a los bienes incluidos en el programa a cumplir.

Un segundo caso en el que la capacidad de generación no puede tampoco llevarse a la práctica se da cuando el sector de activi-

vidad de la empresa está fijado taxativamente, y se prohíbe a aquélla desviarse de tal sector, ya de manera directa, ya indirectamente. Con frecuencia, para recalcar mejor esta limitación, las leyes prohíben expresamente que el ente constituya sociedades o participe en ellas. Pertenecen a este tipo de disciplina en Italia el Ente Nacional para la Energía Eléctrica (ENEL).

En cambio la forma pública no es incompatible con la generación de otras empresas cuando esté expresamente previsto que realice su actividad mediante sociedades controladas o coligadas. En esta hipótesis es la misma ley la que desea que el Ente público desarrolle en concreto la función de jefe de un grupo de sociedades de forma privatística. Es compatible con este esquema que se fijen al ente sectores particulares de operatividad, pero en este caso, si bien es cierto que el vínculo exige que el ente esté presente de alguna manera en los sectores productivos de que se trate, no puede impedir que opere también en cualquier otro campo al cual lo lleve su propia fuerza dinámica de expansión. Una holding pública con vínculo sectorial en el sentido indicado es en Italia el Ente Nacional de los Hidrocarburos (ENI).

En fin, el modelo más abierto está representado por el Ente público que está expresamente habilitado para operar por medio de sociedades, sin que se le impongan vínculos de sector. El Instituto de Reconstrucción Industrial (IRI) pertenece hoy en Italia a este tipo.

De lo dicho resulta que al menos en dos de las variantes examinadas el ente público puede comportarse, respecto a la creación de otras empresas y a la utilización para este fin de un instituto típico del derecho privado, como es la sociedad por acciones, del mismo modo que las empresas que revisten ellas mismas forma privatística, alcanzando resultados parecidos.

17. Sobre el particular ofrece útiles experiencias, pues en el sistema vigente coexisten entes públicos de los varios tipos considerados. El ENI fue creado en 1953, con la tarea de promover y realizar iniciativas de interés nacional en el campo de los hidrocarburos y de los vapores naturales.

Si dicho ente hubiese sido sujetado a la disciplina del ente público que opera con vínculo sectorial, su vida hubiera sido pobre

y su gestión probablemente hubiera asumido carácter ruinoso: las fuentes de metano en el Valle Padano, que dieron impulso a la creación del Ente, están por ser absorbidas rápidamente por el fuerte incremento del consumo, mientras que la esperanza de encontrar petróleo en Italia han sido hasta ahora vanas; si el Ente no hubiera robustecido su estructura por otros medios, probablemente no habría tenido la experiencia técnica ni los capitales necesarios para ejecutar y dirigir las investigaciones que ahora se están efectuando en la plataforma continental italiana. Pero la ley ha permitido oportunamente a la Institución que opere como jefe de un grupo de sociedades controladas y coaligadas; el límite de sector ha sido interpretado de modo elástico. Estas particularidades de la disciplina jurídica han permitido al ENI operar aún en el extranjero, a la misma necesidad de oponerse a la competencia de los potentes grupos petrolíferos internacionales lo ha constreñido a crearse una base de mayor resistencia a través de una integración de carácter horizontal. Hoy el Ente es una empresa sólida que opera con éxito aún en el campo internacional, en los sectores petrolífero, químico, mecánico, nuclear y textil.

Análoga es la historia del IRI (ente público cuyo objeto es más bien, el más abierto).

Diversas, al menos desde el punto de vista jurídico, se presentan las posibilidades de desarrollo del ENEL (creado en 1962); este ente es el mayor en dimensiones, pero su objeto es del tipo "vinculado"; la gran fuerza generatriz del ENEL debe permanecer, por ley, inutilizada; pese a la consistencia de sus dimensiones si no se reforma su disciplina, el ENEL quedará también en el futuro como un mero consumidor de plantas industriales producidas por terceros y no podrá valerse de su experiencia y de las capacidades derivadas de sus dimensiones para realizar el alto grado de desarrollo tecnológico y de integración que es propio de los grupos que operan en su mismo sector y que pueden utilizar (en otros países) una forma jurídica abierta.

18. Hay otro aspecto distinto que debe ser considerado en relación con la naturaleza del sujeto.

Hasta aquí se ha hablado de generación de otras empresas pero en realidad mientras la empresa madre mantenga su control sobre la empresa hija, la empresa sigue siendo única, incluso si se

estructura como grupo. La personalidad jurídica, como ya se dijo, sólo es una técnica de organización: desde el punto de vista práctico esto significa que con la facultad de crear y maniobrar distintas personas jurídicas, la libertad de autoorganización de la empresa que pueda hacer uso de dicha facultad se acrecienta enormemente. La flexibilidad de la organización, que es indispensable para asegurar una adecuación incesantemente renovada, encuentra así, en la sociedad controlada, un ulterior instrumento para lograr sus objetivos.

Son tan evidentes las ventajas del grupo empresarial que se ha tratado de crear una estructura similar también en el ámbito de una disciplina enteramente publicística, creando entes de dirección de sector y poniendo bajo su dependencia una pluralidad de empresas que operan dentro del mismo, o dotadas también de naturaleza pública. La objeción que puede hacerse a este esquema es la de que, además de topar con las dificultades ya evidenciadas que derivan del límite sectorial, del fraccionamiento de la responsabilidad, de la aplicación de procedimientos administrativos muy complejos, introduce, con el reconocimiento de la personalidad jurídica pública a favor de las unidades operativas, un ulterior diafragma. La funcionalidad del grupo está ligada a la maniobrabilidad de las unidades dependientes por parte del ente de mando; para que este resultado se obtenga en el ámbito de una disciplina publicística precisa que se atribuya al ente de dirección un poder exclusivo sobre la existencia de las unidades dependientes, que le permita en cualquier momento proceder a su creación, transformación, fusión, supresión. Cuando estos poderes sean atribuidos a un tercer órgano, o de cualquier modo deban ejercitarse con intervención de un tercer órgano, la posición de las unidades dependientes se rigidiza y se autonomiza, produciendo, por razón de la obtenida personalidad jurídica, efectos frenantes todavía mayores de los que se producen cuando la organización interna está regulada mediante actos administrativos comunes.

La forma pública se ha impuesto muchas veces por la necesidad de crear empresas de dimensiones idóneas, pudiendo el Estado, mediante el ingreso tributario, aprestar mayores recursos que los que ninguna empresa estaría en grado de recoger. Para muchos estados de medianas dimensiones los términos del problema, en los tiempos más recientes, se están invirtiendo, pues para determinados tipos de empresas la dimensión nacional media ha llegado a

ser económicamente insuficiente. En estos casos, cuando no se hayan previsto los mecanismos necesarios, la forma pública se transforma en una prefijación de un nivel máximo que puede bloquear el desarrollo de la empresa.

Este inconveniente puede obviarse permitiendo al ente público que opere mediante sociedades controladas o coaligadas, según el esquema ya examinado; las sociedades, que gozan de la disciplina común de derecho privado, pueden superar libremente el nivel nacional y expandirse según su capacidad dinámica.

El grupo público que permita a un ente público controlar y guiar a una pluralidad de sociedades escalonadas a varios niveles, evita incluso los inconvenientes de la rigidez de la estructura organizativa, y alcanza la misma flexibilidad de un grupo del grupo en el que también el ente dominante tiene forma jurídica privada. En este punto corresponde preguntarse qué razones hay para conferir forma jurídica pública al ente jefe de un grupo que, en lo demás está enteramente sujeto a la disciplina jurídica privatística: la pregunta se ha hecho muchas veces, incluso con intenciones polémicas. Pero su respuesta requiere profundizar aspectos que hasta ahora no hemos considerado, y por ello es preferible diferir su examen por el momento.

La conclusión general que desde ahora puede obtenerse en lo que atañe a los sujetos es que el asunto acerca de ellos es mucho más complejo y las soluciones pueden ser mucho más sofisticadas que las que corresponden a los actos. Como muchas veces se ha observado, la personalidad jurídica no es otra cosa que un esquema organizativo; debe admitirse que este esquema puede ser diversamente configurado según las exigencias que se quieren satisfacer y los resultados que se quieren obtener. Por otro lado el esquema "persona jurídica" presupone, utiliza y se resuelve en actos jurídicos: tratándose de una figura organizatoria compleja, nada excluye que para los fines de su construcción se utilicen y combinen en diversa medida, actos públicos y privados, buscando con ello obtener las ventajas propias del rendimiento de cada uno de ellos.

19. También para los bienes debe partirse de la definición: son públicos los bienes sujetos a disciplina publicística, y de los cuales puede, por consiguiente, disponerse sólo mediante actos de

derecho público; son privados los bienes sujetos a disciplina privatística, y de los cuales puede disponerse mediante actos de derecho privado.

También para los bienes debe, entonces, evitarse rigurosamente toda definición de contenido sustantivo, que sea fruto de una carga ideológica: como aquella de que los bienes públicos deban ser objetivamente diversos de los privados, o que el bien es privado si puede ser objeto de propiedad o de otro derecho real de un individuo persona física.

Pero la misma cosa, permaneciendo inmutada en su consistencia y naturaleza, puede devenir pública o privada según el régimen jurídico a que está sujeta; si existe una diferencia de sustancia entre estos dos tipos de bienes, ella resulta exclusivamente del derecho.

En cuanto al ligamen del bien privado con el individuo particular, sólo es expresión de la ya recordada contraposición decimonónica (históricamente cierta en aquel período) entre fines y dominio del Estado y fines y dominio de los particulares, y está actualmente superado por la definición formal de los dos tipos de bienes.

Pero también desde un punto de vista histórico aparece superado: en los albores del sistema industrial y aún durante un buen trecho de su desarrollo, el capitalista permaneció siendo un individuo físico. En la fase contemporánea, sobre todo a nivel de las grandes empresas que son las que en definitiva caracterizan el sistema económico, los capitales que se requieren han alcanzado tales proporciones que superan en todo sentido las posibilidades de los individuos singulares. En el nivel considerado las empresas familiares e individuales van desapareciendo inexorablemente, y hoy se cuentan con los dedos de la mano; y de todos modos, aún en los casos de propiedad individual, las utilidades netas deben necesariamente redestinarse en su mayor parte a los procesos productivos bajo la forma de autofinanciamiento: y el margen de ganancia individual, además de representar una fracción mínima del capital invertido, refluye a su vez, bajo forma de demanda de bienes de consumo, en el mecanismo productivo. Puede entonces aceptarse tranquilamente como punto de partida que la empresa de ciertas dimensiones utiliza dondequiera bienes colectivos: el régimen ju-

rídico, público o privado, solo constituye una diferencia en la técnica de utilización de estos bienes.

El rendimiento de estas dos técnicas alternativas debe ponderarse desde tres puntos de vista: el de la influencia sobre la organización del grupo de mando; el de la dimensión de la empresa; y el de la utilización de los bienes en los procesos productivos.

20. Dentro del ámbito de un régimen privatístico se da una relación estrecha entre propiedad (de las acciones) y poder de mando. Este dato de hecho, combinándose con otros factores, ofrece hoy la base de una serie de consideraciones extremadamente diversas. Precisa sobre todo distinguir entre la situación en el organismo que opera como jefe de grupo y la situación en las sociedades que forman parte de un grupo en posición de dependencia. En este segundo caso es normal que la propiedad de las acciones, en su mayoría, esté en manos del ente jefe de grupo; y es precisamente a través de esta técnica que el ente jefe de grupo (él mismo sociedad privada o persona jurídica pública) conserva un dominio completo sobre las sociedades dependientes, y está en grado de manipularlas libremente. En cuanto al jefe de grupo, la atenuación de los predomios familiares o individuales y la acentuación de la naturaleza sustancialmente colectiva, con formas variadas, de los capitales utilizados (fraccionamiento del capital accionario, adquisición de la mayoría por parte de grupos no empresariales, como fondos de seguro o de inversión, control directo o indirecto de la mayoría de las acciones por parte de la sociedad misma) ha provocado una tendencia a la formación de una oligarquía de mando que se renueva sustancialmente mediante cooptación. Aún con la prudencia que debe usarse al formular juicios en una materia cuyos particulares se sustraen a la publicidad, puede estimarse que el carácter oligárquico del grupo de mando subsiste aún cuando no haya participaciones familiares o individuales que representen la mayoría relativa sin alcanzar la absoluta. Un dato extremadamente interesante es que las relaciones en el ámbito del grupo oligárquico se mantienen fluidos por regla general: lo que no sólo facilita la renovación de la élite (que en las mayores empresas mundiales ha sido bastante rápida) sino que, prescindiendo de la renovación, permite el continuo ajuste de las posiciones recíprocas sobre la base de las capacidades demostradas, no excluyendo que, para determinados pe-

riodos, una personalidad singular adquiera un dominio preminente frente a todas las otras.

El régimen publicístico, en cambio, no resiste generalmente a la tentación de determinar la composición interna del grupo de mando, con la consecuencia de que, incluso donde rija el principio de la dirección colegial, se provocan antagonismos y rigideces derivados del hecho de que las funciones de cada uno y sus recíprocas posiciones hallan su fundamento y límite en una fuente supraordinada; peor aún cuando estas regulaciones se imponen como disciplina uniforme para la generalidad de las empresas.

Paradójicamente, la de otro modo rara hipótesis de capital de una empresa de grandes dimensiones poseído por un sujeto único puede hoy verificarse principalmente si el accionista es el Estado. En esta hipótesis los administradores de la empresa se encontrarían expuestos al deseo de los órganos directivos del Estado; el principio de la formación de la élite por cooptación con base en la capacidad sería sustituido por el nombramiento por parte del personal político. Y ya que el poder de nombramiento de parte del dueño de la mayoría de las acciones es, en régimen privatístico, absoluto, de allí derivaría una sujeción de la empresa a los órganos políticos o burocráticos que degradaría sustancialmente a la empresa al rango de unidad subordinada, en un grupo con características de total maniobrabilidad. No hay duda de que debe ser posible subordinar a la empresa cuyos capitales sean del Estado a las directrices impartidas por los órganos de gobierno; pero la conservación de un grado suficiente de autonomía es indispensable, puesto que de otro modo el poder efectivo de mando pasaría a las manos de órganos que, precisamente por el hecho de ser políticos y burocráticos, son particularmente adeptos a otras funciones; no siendo profesionalmente empresarios, no pueden en este aspecto dar ninguna garantía de mejor rendimiento. Esta es una de las razones (pero no la única) para las que, cuando el capital de la empresa sea total o mayoritariamente del Estado, se prefiere, para la disciplina del ente jefe de grupo, la forma publicística y no la privatística, puesto que la primera permite soluciones más diversificadas y un mejor balance de las exigencias de la autonomía, esenciales para la economicidad de la gestión, y de la dependencia, esenciales para asegurar que se tratará de alcanzar los objetivos señalados por los órganos de Gobierno. La fórmula prevalentemente adoptada en Italia para los

entes públicos antepuestos a grupos empresariales que operan en régimen privatístico, es el nombramiento de los administradores por parte del Gobierno por periodos de tres años renovables, y posibilidad de disolución anticipada de la administración sólo en caso de graves irregularidades o persistentes violaciones de la ley; en vez de la revocabilidad en cualquier momento y sin obligación de motivación, que se produciría si tales entes tuvieran la forma de sociedades por acciones, en vista del completo dominio de la asamblea por parte del Estado.

21. Un segundo aspecto a considerar es el del poder externo de la empresa; éste depende de sus dimensiones y por lo tanto, también aquí, en régimen privatístico, del complejo de los capitales disponibles: la empresa que utiliza institutos de derecho privado opera, en efecto, por definición, por medio de negocios jurídicos, estos, mediante actos no autoritarios. Por ende, sólo puede disponer de los bienes propios o de los que, consensualmente, logra obtener en los mercados financieros.

Para las grandes empresas internacionales esto no es un límite efectivo, puesto que su dimensión es tal que no sólo les permite afrontar todo nuevo cometido en condiciones de ventaja respecto a todo otro competidor, sino también reunir con mayor facilidad otros capitales en los mercados internacionales. Su misma dimensión garantiza además a estas empresas una posición casi de monopolio para la utilización de contratos de suministro y de investigación que alcanzan, especialmente los del Gobierno de los Estados Unidos, cifras elevadísimas y que se han revelado como un factor decisivo del desarrollo tecnológico. Para las empresas medianas, o incluso para las empresas mayores de los sistemas económicos menores, el límite que representa el complejo de bienes disponibles (y, en relación con éstos, de los bienes conseguibles) constituye un obstáculo insuperable cada vez que se descubre una nueva combinación de factores productivos que exija una actividad empresarial de más amplias dimensiones. Este problema, insoluble en términos privatísticos, puede en cambio encontrar una respuesta con la inserción de una determinante pública: el Estado dispone de instrumentos publicísticos de diversos tipos para la obtención de capitales, y puede afrontar el problema de la inversión en una iniciativa empresarial de mayores dimensiones como un problema normal de ponderación

entre varios intereses públicos y, por ende, en definitiva, sobre la base de una decisión de gobierno.

22. Hasta aquí, en lo que concierne la formación del grupo de mando y el poder externo, el rendimiento del régimen privatístico y el del régimen publicístico se compensan, apareciendo preferible ora uno, ora el otro según cambian las circunstancias concretas. En cambio si se mira al aspecto de la utilización de los bienes en los procesos productivos, la superioridad del régimen privatístico aparece, en los casos normales, indiscutible. Utilización de los bienes en los procesos productivos significa posibilidad —a favor de los responsables de la empresa— de disponer de los bienes en la cantidad y calidad apropiadas y oportunas. El régimen privatístico permite a los empresarios escoger, a consecuencia y por efecto de la autonomía negocial y sobre la base de un cálculo de conveniencia, los bienes necesarios para sus producciones (áreas, inmuebles, maquinarias, materias primas y semielaboradas); procurar su entrega en las fechas pactadas; enajenar los que ya no son necesarios; sustituir aquéllos que, no siendo todavía obsoletos, sirven para tareas que pueden ser mejor realizadas por bienes de nuevo tipo.

El régimen privatístico aventaja aquí, no por la pertenencia de los bienes, sino como técnica de obtención de los bienes, técnica que, fundándose sobre la utilización de actos de derecho privado, revela aquellas ventajas de la adecuación, la oportunidad y la simplicidad.

Cualquiera sea el ángulo en que se lo considere, el régimen publicístico de los bienes utilizables en la producción no puede menos que traducirse en una rémora a la economicidad: la asignación de bienes por parte de autoridades externas, la subordinación a autorización superior para todo desplazamiento de sumas de un fondo a otro, el deber de requerir el visado para la venta de excedentes de inventario, el examen previo de autoridades superiores para la sustitución de maquinarias, la compra de éstas no por medio de una relación directa con su productor sino mediante una solicitud motivada dirigida a un órgano superior, la subordinación a aprobaciones expresadas para todo cambio en los procesos técnicos, etc., se traducen en una prolongación de los tiempos y en la consiguiente alteración de las combinaciones productivas previstas por las empresas; muchos de estos procedimientos pueden incidir también en el fondo

de las decisiones haciendales, como por ejemplo en el caso de que los bienes asignados sean de naturaleza diversa de la requerida, es negada la sustitución de maquinaria por otra más eficiente sólo porque la primera no es suficientemente obsoleta, si las máquinas y los materiales adquiridos por el órgano competente (y que no pueden ser rechazados) no corresponden exactamente, por calidad y tipo, a los requeridos; si se niega la modificación de un proceso productivo; así como inciden sin más sobre la responsabilidad sobre el rendimiento haciendal el deber de observar normas rígidas prefijadas sobre el consumo de las materias primas y de las maquinarias, sobre el grado de antigüedad de las máquinas a sustituir sobre la repartición de los fundos entre los diversos objetivos haciendales. Un aspecto que no puede descuidarse es que estas dificultades terminan por incidir sobre la formulación misma de los requerimientos por parte de las haciendas, que se abstienen de presentar sus exigencias si tienen la razonable convicción de que no serán atendidas.

Normas del tipo expuesto se observan en el ya citado Reglamento de la Hacienda productiva socialista de Estado, en vigor en la URSS desde octubre de 1965, y ellas constituyen no un dato ocasional sino más bien un lógico y normal desarrollo del principio de sujeción de los bienes al régimen publicístico.

23. Entre los aspectos más delicados de la disciplina de las empresas están los controles y la responsabilidad, temas separados en abstracto, pero estrechamente unidos en la práctica o mejor aún, interdependientes.

Si la empresa está sujeta a una prevalente disciplina administrativa, los problemas del control, al menos desde el punto de vista formal, se plantean y resuelven de modo bastante simple. Hay muchos objetos atinentes a la vida de la empresa que se fijan mediante actos de rango superior, como la repartición de utilidades entre los varios fondos, los procesos productivos, las normas de consumo, la determinación de los bienes y de las maquinarias en libre disponibilidad, el ámbito de la negociación autónoma, las relaciones entre los diversos dirigentes, etc., mientras que para el cumplimiento de muchas otras operaciones se requiere la aprobación, en examen, el "nihil obstat" de las autoridades superiores. La función de los controles es entonces rápidamente individualizada: donde se

haga necesaria la intervención preventiva de la autoridad superior, aquellos se extienden al mérito, es decir, valoran la conveniencia o bondad de la elección hecha por la empresa; en este o en cualquier otro caso ellos conciernen luego también a la legitimidad, es decir, verifican la observancia de las prescripciones que para la empresa tenían carácter vinculante.

En cuanto a la responsabilidad, la misma se establece no sólo para cualquier ilegitimidad cometida, sino que se verifica también globalmente con referencia a un parámetro dado: la superación de los índices de producción fijados en los planes, los cuales determinan la nomenclatura, el surtido, la calidad y la cantidad de los productos; si tales índices no son alcanzados se procede al castigo de los culpables; si en cambio son superados, se atribuirán premios a la empresa, globalmente considerada y también a todos los que particularmente hayan tenido el mérito.

24. Si la empresa opera en régimen privatístico el asunto se hace extremadamente complicado. Ante todo viene a faltar el presupuesto para el control de legitimidad: éste tiene como antecedente necesario una regla que debía ser observada; en el acto privado, al contrario, la libertad prevalece frente a la regla; la regulación es siempre autónoma, en el sentido de que corresponde de todos modos al sujeto decidir libre e incontrolablemente cumplir o no el acto.

Ni es posible un control sobre la actividad global. En efecto, no hay límites preestablecidos de cantidad y calidad. El metro es uno solo: desarrollarse en medida no inferior a las otras empresas, puesto que la empresa que pierde el paso en la carrera del desarrollo está ineluctablemente condenada a desaparecer o a ser absorbida. Pero de ello se percata generalmente sólo en los últimos momentos, cuando es demasiado tarde para reaccionar. En realidad faltan indicios seguros para medir la vitalidad de una empresa. Sucesivamente se ha propuesto hacer referencia a la facturación, al patrimonio, a las utilidades anuales, al valor agregado. Pero, aparte lo subjetivo de la generalidad de las valoraciones sobre cuya base algunos de estos indicios deben calcularse, una dificultad insuperable deriva de la circunstancia de que los efectos de las elecciones más importantes, en el grado actual de desarrollo tecnológico y comercial de la producción, se realizan enteramente sólo en un plazo largo o

mediano, de modo que no es sino cuando el ciclo está ya completo cuando es posible anticipar juicio; y agréguese a esto que los ciclos singulares no son fácilmente aislables, puesto que los efectos de las diversas elecciones se entremezclan y confunden, de manera que los ciclos tienen siempre carácter abierto en cuanto se renuevan incesantemente. Sólo de vez en cuando, a cierta distancia, en el tiempo, es posible reconstruir las consecuencias de alguna decisión importante y reconocer que la misma fue feliz o inoportuna; pero se trata de valoraciones expresadas en sede, por así decirlo, histórica, que no pueden influir sobre la conducta actual de la empresa que, en el momento en que el juicio es formulado, está seguramente ocupada en una problemática enteramente nueva.

No basta, por otra parte, que la conducta observada por la empresa haya asegurado un cierto grado de desarrollo: es también necesario que este desarrollo no haya sido inferior al de las empresas competidoras. Y es en esta necesidad que debe buscarse el único control efectivo de la conducta de las empresas, en la conciencia de que la empresa participa en una competencia abierta en un mercado libre, y en la necesidad de adoptar todas las precauciones que sirvan para evitar la derrota en esta carrera, cuyo precio sería demasiado alto: la desaparición de la empresa y, por lo tanto, la desaparición de su grupo de mando.

Características esenciales de esta competencia son: que no se conocen los tiempos de los adversarios y que la meta es permanentemente desplazada. Por otra parte, en cualquier fase de la carrera basta superar un cierto margen de separación respecto a quienes están en primera fila para ser eliminados; precisa entonces tratar de obtener lo máximo de todo acto de la propia existencia de la empresa, para no encontrarse bajo esta invisible (pero no por ello menos significativa) línea de eliminación, antes bien, para realizar un progreso y colocarse a la cabeza: se trata, por lo tanto, de hacer uso de la autonomía ínsita en todo acto negocial para realizar la más adecuada regulación que procure los mejores medios de producción a los costos más bajos, los mejores materiales, la maquinaria más seleccionada, los lugares y locales más aptos, la mano de obra más calificada, los capitales de más bajo interés, los directores más capaces; se trata de vender a los precios más elevados, se mejora la calidad para incrementar las ventas; se aplican los pro-

cesos productivos más modernos; se reducen, del modo más expedito, los tiempos necesarios para cada operación; más en general, se trata de eliminar todo período de inutilización de los varios factores productivos.

El cuadro no estaría completo si no se precisara una ulterior característica de la carrera perenne en que toda empresa se encuentra frente a las demás en régimen privatístico; en esta justa cada concurrente, por así decirlo, puede valerse de cualquier máquina para aumentar su propia velocidad, y también puede, en cualquier instante, cambiar la máquina usada si aparece una más veloz. Por ende toda empresa está constreñida a dar por hecho el progreso científico de los adversarios, y a tratar de anticiparse a ellos. Se trata no sólo de optimizar la propia organización y las combinaciones productivas actuales, sino también, y todavía más, se trata de preparar desde ahora para el futuro las decisiones más apropiadas; el comportamiento actual de la empresa es siempre la realización de una futurización anterior. En esta perspectiva la empresa investiga hoy los campos en los cuales sea previsible para mañana los progresos más rápidos (campos cuya conveniencia podrá derivar incluso de la ausencia actual de empresas igualmente dinámicas), incrementa la investigación científica, acelera el flujo de las innovaciones, perfecciona el grado de calificación de la mano de obra, recluta oportunamente los mejores ejecutivos. En realidad la economicidad misma, para las empresas en régimen privatístico, debe ser entendida en sentido no estático sino dinámico, con proyección hacia el futuro.

Sin embargo sería erróneo estimar que toda empresa puede crecer sin límite y que su mayor o menor desarrollo depende exclusivamente de su voluntad y capacidad: en realidad el desarrollo de la empresa está también condicionado por factores objetivos, externos o internos, como por ejemplo la capacidad de absorción de los mercados, el monto de los capitales disponibles, la presencia de una mano de obra especializada, una efectiva capacidad de dirección, la ausencia de empresas competidoras que restrinjan ritmos de desarrollo superiores; si no se tiene debida cuenta de estos factores, y se incrementan los otros elementos olvidando aquellos cuya dimensión esté legalmente limitada, se tropezará con obstáculos tales en los procesos productivos que determinarán resultados catastróficos. Por consiguiente, cuando nos referimos a un ritmo de desarro-

llo máximo, consideramos con ello el máximo y equilibrado desarrollo de todos los factores necesarios, dentro de los límites derivados de las condiciones técnicas objetivas propias de cada uno de los referidos factores.

25. También para las empresas en régimen privatístico que se diga sobre la responsabilidad está condicionado por la situación relativa a los controles. Si no hay ninguna medida objetiva para medir el rendimiento (estando el control de éste confiado esencialmente al estímulo de la competencia) no puede haber ninguna medida objetiva tampoco para medir la responsabilidad de los componentes del grupo directivo de la empresa. Por otro lado a nivel de dirección (especialmente si se tiene en consideración una empresa de grandes dimensiones) se ha debido constatar que la sanción más grave no puede consistir sino en la remoción del cargo. Toda otra sanción sería inadecuada: las penales, porque repugna a la conciencia moderna la aplicación de medidas punitivas por errores de valoración; las civiles, porque el patrimonio individual corresponde a una dimensión que no puede conmensurarse con la de la empresa. Como el estímulo para la acción se basa esencialmente en el espejismo de aumentar el poder de mando de la empresa e indirectamente el poder propio, así recíprocamente la sanción se identifica con la privación de este poder. Y puesto que no existe nunca certeza de la efectiva erroneidad de la conducta sino que, por el contrario, no se excluye que a la distancia de años una decisión que en el momento aparecía aventurada y que de hecho haya sido fuente de graves dificultades en los primeros años de aplicación, se revele como un genial bastión para el desarrollo de la empresa, el administrador separado del poder efectivo y luego con frecuencia alabado y honrado.

Se explicó al comienzo que el acto negocial, hecha abstracción de la eficacia autoritaria, tiene una estructura muy cercana a la del acto político. En consecuencia el ejercicio del poder en las empresas gestadas en forma privatística asume caracteres muy próximos a los del ejercicio del poder político. Se notará así que la sanción que se aplica a los dirigentes de empresas presenta las mismas características de la llamada responsabilidad "política" a la que están sometidos los hombres políticos en los regímenes que acogen el principio de la democracia formal. En efecto, también

la responsabilidad política consiste en el mero alejamiento del cargo, alejamiento inexorable y duro, y sin embargo frecuentemente acompañado del tributo de honores y alabanzas.

La analogía entre responsabilidad empresarial en régimen privatístico y responsabilidad política en régimen de democracia formal podría llevarse más a fondo, examinándose los mecanismos a través de los cuales dicha responsabilidad es hecha valer. Así como no hay principios fijos que condicionan la renovación de la clase política, otro tanto puede decirse para los grupos empresariales. Puede ocurrir que un administrador que se haya equivocado (y otro tanto puede ocurrir para un político) permanezca a pesar de ello en el poder, hasta logrando con ello consolidar su posición; recíprocamente óptimos políticos, u óptimos administradores, pueden perder sólo porque son desplazados por otros que pertenecen a una ola sucesiva que han logrado adueñarse de los controles de mando.

En el ámbito de los grupos empresariales, ya sea porque tienen una consistencia numérica más limitada, o porque los movimientos son más lentos y el espíritu de grupo y el interés social sugieren apoyarse en todo caso sobre los mejores, estos fenómenos se presentan con tintas más atenuadas, pero lo que resulta cierto es que en uno y otro caso, en el ámbito empresarial y en el político, la responsabilidad no es sino el fruto de relaciones de fuerza y de confianza recíproca en un ambiente fluido.

26. Los programas de desarrollo, que en régimen privatístico son preparados por las mismas empresas a las que se aplican y que presentan la característica de estar constantemente impulsados al máximo, tienen un grado de vinculación mayor con mucho de lo que ocurre en régimen administrativístico; además las evaluaciones o, en todo caso, las inobservancias concretas de estos programas, están reducidas al mínimo. Se verifica una verdadera paradoja: los programas son extremadamente rígidos y por lo tanto las empresas, en cuanto son sus propias autoras, deberían ser inducidas a elaborarlos con prudencia. ¿No es un hecho verificable dondequiera que quien está firmemente obligado a respetar un deber, trata de reducir, en lo posible, su contenido? Y en cambio las empresas privatísticas ponen toda su buena voluntad en aumentar el alcance de los deberes a que estarán sometidos con pesadísimas cadenas.

El mecanismo que explica este comportamiento paradójico está constituido por la conexión entre la necesidad de maximizar en los programas el propio desarrollo y el régimen contractual. En un mercado competitivo la contraparte trata de obtener para sí las mejores condiciones; cada uno de los oferentes, para obtener el consentimiento del cliente, debe asegurarle las mejores condiciones en términos de calidad, precio, tiempos de entrega. En el momento de la oferta, por consiguiente, la empresa optimiza su conducta en la oferta con márgenes de seguridad reducidos al mínimo y sobre la base de tales previsiones ofrece entregar una mercancía en calidad y cantidad prefijada, dentro de un plazo que por regla general considera como esencial. Si la oferta es aceptada se estipula el contrato. En este momento la empresa ya no es libre, debe realizar su programa, puesto que la inobservancia de una cualquiera de las cláusulas pactadas, que en su conjunto presuponen la consecución efectiva de la capacidad productiva prevista por el programa, supondría una responsabilidad por daños. Este es un riesgo que ninguna empresa puede correr a la ligera, puesto que el otro contratante a su vez, sobre la base del contrato, ha cumplido previsiones correspondientes de optimización de su propia conducta para ligarse contractualmente con otras empresas. Y la empresa no podría invocar la imposibilidad de realizar su programa para sustraerse a sus obligaciones contractuales, pues habiendo sido elaborado por ella mismo el programa, todo error de previsión, así como la inadecuada diligencia en la ejecución, deben imputarse a su responsabilidad. La empresa no podría, por tanto, invocar el "hecho del príncipe", fácilmente configurable en régimen administrativístico bajo la forma, por ejemplo, de falta de asignación de las materias primas o de los materiales requeridos, o asignación de bienes de calidad diversa, o retardo en la conclusión de un procedimiento administrativo.

En su conjunto el régimen privatístico postula la estipulación de series de contratos, ligado cada uno de ellos a todos los otros que lo han precedido y lo han hecho posible, y cada uno de estos contratos hace indirectamente más pesado el vínculo que constriñe a la empresa singular para realizar sus programas de modo completo, preciso y oportuno.

Esta interconexión entre programas y contratos explica un fenómeno que de otro modo sería incomprensible, es decir, el

la reducción de los tiempos en un sistema productivo de tipo privatístico.

Para la optimización de la conducta de toda empresa es esencial que se dé el máximo grado de utilización de cada factor productivo; un apoyo determinante para la producción de este resultado se tiene si la empresa está cierta de disponer de los factores singulares en el momento preciso en que deba valerse de ellos; ni un momento después, porque ello bloquearía todos los procesos productivos, ni un momento antes, porque ello equivaldría a un período de inutilización; la garantía de disposición del factor en el momento justo se obtiene estableciendo un término esencial en el contrato a cargo de la empresa que debe proveerlo; ésta a su vez está constreñida a programar su conducta y a obligar frente a sí a otros productores para poder respetar el término así establecido.

El signo indicativo del grado de vinculación de los programas en régimen privatístico podría ser precisamente localizado en la restricción de los términos o, en todo caso, en su respeto de parte de los obligados; de modo que el cuadro de conjunto está formado por empresas que se afanan laboriosamente para entregar bienes a otras empresas, o para efectuar servicios a su favor, en los momentos precisos en que éstas lo necesitan, y así por consiguiente en una cadena indefinida.

27. La empresa con régimen privado presenta una conformación global bien definida. Como organismo que debe afirmarse para sobrevivir en una competencia abierta, dicha empresa tiene una estructura autoritaria; el poder de mando está centralizado en un pequeño grupo, prevaleciendo la forma oligárquica sobre la monocrática; este grupo debe asegurar una dirección unitaria: su cometido es actuar con prontitud y decisión. No hay divisiones institucionales de poderes, contrapesos internos ni límites preconstituidos de actividad; la organización misma debe ser plasmada por el grupo de mando, de modo tal que se adecúe rápida y flexiblemente al variar las exigencias. Corresponde al grupo de mando saber utilizar al máximo cada factor productivo, operar las más convenientes combinaciones de factores y predisponer oportunamente las condiciones que aseguren a la empresa un ritmo de desarrollo rápido y constante.

Igual que en las relaciones con los otros factores, también es de responsabilidad exclusiva del grupo de mando obtener el máximo rendimiento del factor trabajo.

Bajo este ángulo se manifiesta una de las más patentes diferencias entre la empresa con régimen privado y la que tiene régimen público. Faltando en esta última el mecanismo automático de estímulo derivado de la lucha competitiva, se trata de influir sobre cada uno de los distintos componentes de la empresa para que superen, singularmente y en conjunto, el rendimiento previamente fijado. Para este fin se establecen premios y sanciones y se institucionalizan formas de emulación en el ámbito de la propia empresa o entre los sujetos pertenecientes a varias empresas.

Sería inexacto considerar que estos medios no son usados en el régimen privado, pero no están institucionalizados, porque es responsabilidad del grupo de mando adoptar éstas, así como otras técnicas posibles, para alcanzar el máximo de rendimiento de los trabajadores. Es decir, también en este campo rigen los principios de la centralización de la responsabilidad, de la adecuación y de la flexibilidad. Todos los medios pueden usarse si responden al fin de conferimiento de premios, distinciones honoríficas en el ámbito de la empresa, obtención de honores del Estado, incentivos económicos a la emulación, aplicación de sanciones, desarrollo de la tradición, realización de una organización eficiente que haga imposible, por el hecho, una merma individual de rendimiento, autoridad de los cuadros dirigentes, mecanismos de persuasión, etc. Se recurrirá a una o a otra de tales técnicas o a varias de ellas de modo combinado ponderando en concreto su rendimiento y, por ende, tomando en cuenta también las condiciones económicas y sociales generales. Lo que parece cierto es que la economicidad de la empresa no puede asegurarse con sólo el buen rendimiento de los trabajadores, si fallan o es insuficiente la acción de mando, y que la eficiencia de la acción de mando se manifiesta, en primer lugar, cualquiera que sea el medio usado, en la obtención de un rendimiento máximo por parte de todos los participantes en la empresa.

28. A través de los diversos aspectos considerados el comportamiento de los institutos privatísticos y publicísticos aparece bastante claro. Pero esto no es todavía suficiente para formular un juicio comparativo: éste presupone siempre una perspectiva par-

cular, la elección de un fin u objetivo específico con el cual medir el rendimiento. El fin que se toma como unidad de medida es, por ahora, el de la "economicidad" de la gestión. Las conclusiones que se obtendrán poseerán, entonces, valor respecto a dicho fin, exclusivamente. Por otra parte, la elección de este criterio no es arbitraria, pues las referencias a la "economicidad" se encuentran en muchos textos: el Art. 3 de la Ley N° 1589 de 22 de diciembre de 1956 dispone que los entes autónomos de gestión, dependientes del Ministerio de las Participaciones Estatales, deben "manejarse según criterios de economicidad"; el artículo 1° de la Ley N° 1643 de 6 de diciembre de 1962 obliga al ENEL a operar "con costos mínimos de gestión"; a su vez el Art. 23 del Reglamento de la Hacienda Productiva Socialista de Estado prescribe que la empresa debe perseguir los objetivos que le son fijados "con base en la conveniencia", asegurando "en el interés de la economía nacional, la obtención de los mejores resultados con el menor gasto de trabajo, y de bienes materiales y financieros".

En lo que a esta finalidad se refiere, la mayor conveniencia de los institutos privatísticos (régimen de los actos, de los sujetos, de los bienes, de los controles), entendidos como medios técnicos de organización de la empresa, no puede ponerse en duda.

Las elecciones singulares son más adecuadas y rápidas, incluso en el sentido de que pueden descubrir más rápidamente los errores y eliminarlos en el futuro; la organización es flexible y se modifica bajo el incesante impulso hacia la racionalización, en vista de las particulares características técnicas de los procesos productivos, de las condiciones del mercado, de las dimensiones alcanzadas; la facultad de crear otras personas jurídicas entera y durablemente controlables agrega una nueva nota a la flexibilidad de la empresa; los bienes son obtenidos en la medida, cualidad y tiempo necesarios; en las grandes empresas internacionales no se advierte de hecho el problema del límite del poder externo; la organización de mando es oligárquica, con relaciones fluidas de poder en el interior del grupo de los directores que permitan su rápida y continua renovación; pero es autoritaria y potente frente a cualquier otro grupo perteneciente a la empresa; único control verdadero es el del éxito, es decir, el del desarrollo dinámico de la empresa; pero existe un mecanismo jurídico específico que hace positivamente vinculante dicho control, en cuanto la empresa, después de que ha programado

su desarrollo futuro por la vía más rápida, estipula con terceros contratos que sólo podrán ser cumplidos por ella si cumple a la vez aquel programa de modo puntual y oportuno; finalmente, las responsabilidades están centralizadas, al no existir ninguna autoridad externa que pueda interferir con las líneas de desarrollo programadas.

En el ámbito del régimen publicístico los comportamientos concretos se fundan en valoraciones anteriores que necesariamente son fruto de previsiones abstractas —al menos en parte— y por lo tanto corresponden preferentemente a valores promedio (no son los mejores pero tampoco los peores: apenas tienden a superar la suficiencia); la organización presenta un grado de mayor rigidez que varía sin embargo según el tipo de modelo publicístico utilizado; la obtención de los bienes se realiza por medio de procedimientos más complejos, que no garantizan la oportunidad y puntualidad de las entregas ni la plena correspondencia con las exigencias indicadas que inciden, por lo tanto, ya sobre las opciones que deben tomarse para la combinación de los factores productivos, ya sobre la realizabilidad de las opciones hechas; la organización del mando tiene poderes a veces amplios, pero que en todo caso tienen límites rígidos; también son rígidos, en diversa medida, las relaciones en el ámbito de la organización del mando; se definen con precisión los controles y las responsabilidades con referencia al tipo de comportamiento y de resultado que había obligación de realizar.

Los dos puntos neurálgicos de un régimen publicístico para la organización de las empresas están representados por el tiempo y la calidad. El resultado es negativo relativamente al factor tiempo en todas las perspectivas posibles: ¿tiempo para reunir los medios necesarios en función de un proceso productivo ya establecido? ¿cuánto tiempo para racionalizar una unidad productiva ya existente? ¿cuánto para crear una nueva unidad productiva de un tipo ya conocido? ¿cuánto para descubrir y realizar una nueva unidad productiva?

La insuficiencia del régimen empresarial de tipo publicístico en términos de calidad depende de la circunstancia, varias veces mencionada, de que el producto debe corresponder a un modelo fijado precedentemente y que, por lo tanto, mientras que por un lado contiene necesarios e ineliminables elementos de abstracción

por otro es fruto de valoraciones promedio; además ese modelo tiene carácter estático, esto es, debe ser seguido hasta que no sea autoritariamente modificado. Al contrario, en régimen privatístico la producción tiende constantemente a basarse en el mejor entre los modelos realizables por la empresa; el impulso hacia la futurización del desarrollo estimula incesantes mejoramientos, creación de productos sustitutivos, búsqueda de combinaciones productivas incluso con miras en productos nuevos que satisfagan no las necesidades existentes sino necesidades que a su vez deberán ser creadas.

El problema de la calidad no ha sido advertido hasta ahora en la plenitud del ámbito de los regímenes empresariales de tipo publicístico porque en la primera fase de un proceso de industrialización el aspecto cuantitativo prevalece sobre el cualitativo. Es sólo a partir del momento en que la cantidad llega a ser suficiente que la búsqueda de una mejor calidad salta al primer plano.

No puede probarse el rendimiento —en términos de calidad— de un régimen publicístico sino hasta cuando, al establecer los standards, puedan tomarse como modelo los productos ya realizados en el ámbito de otros sistemas productivos organizados con régimen privatístico. La piedra de toque del régimen publicístico está así representado por la creación de modelos y por el logro de calidades todavía desconocidas para las empresas similares que operan en sistemas con régimen privatístico. Este resultado no puede decirse ciertamente que se haya realizado si comparamos la calidad y el ritmo de novedad de los productos de las empresas sujetas a régimen publicístico en la URSS (no obstante que dichas empresas cubren la entera gama de los productos utilizados en las sociedades contemporáneas y tengan las más amplias dimensiones) frente a la calidad y al ritmo de los productos de la empresa con régimen privatístico de los países occidentales. Según la advertencia ya hecha, la comparación debe ser hecha exclusivamente con las empresas sujetas a régimen administrativo común, mientras que la conclusión podría ser distinta para las empresas, necesariamente limitadas en número, que operando en sectores prioritarios, se valen de hecho de actos políticos.

Tiempos más prolongados, deficiencia en la calidad, inciden en la economicidad de las diversas empresas y sobre el rendimiento global de un sistema cualquiera de tipo publicístico. Si quisiéramos

referirnos a experiencias históricas concretas, aún estando conscientes de la problemática extrema de inducciones de este género, se debería suponer que el sistema ha compensado la menor eficiencia de las empresas con una menor remuneración para todos o para algunos de los factores productivos en particular, como por ejemplo las materias primas o los salarios reales. Por otra parte la economicidad podría haber sido conscientemente sacrificada a otros intereses públicos que atañen ya sea al mismo campo económico, como la necesidad de poner en acción un proceso acelerado de acumulación productiva, ya sea a esferas de orden social o estrictamente político, como en seguida se verá.

29. La diversidad de comportamiento y rendimiento (desde el ángulo de la economicidad) de la empresa con régimen privatístico y con régimen publicístico no es un hecho casual, sino que tiene carácter necesitado. Este descubrimiento es uno de los más geniales frutos de las investigaciones marxistas: a él se dedica sustancialmente el segundo volumen del *Capital*. El comportamiento del empresario no debe imputarse a la bondad o maldad de su ánimo, ni a la inteligencia o la torpeza de sus decisiones, sino que generalmente es provocado por la coherencia lógica del sistema; el empresario que quiera sustraerse a estas reglas de conducta que tienen —todas— naturaleza férrea, debe estar dispuesto a salir del sistema, esto es, a renunciar a su naturaleza misma de empresario, a pasar a otros el poder de mando o incluso a ver destruida su empresa.

De esta premisa la experiencia ha permitido luego deducir un importantísimo corolario: si los comportamientos son necesitados, si dependen del régimen jurídico de la empresa y de la lógica que de ahí deriva para el entero sistema, ello quiere decir que tanto la naturaleza del empresario, es decir, el hecho de que él sea una persona física o jurídica, como la diversidad de los detentadores de los capitales: individuos, sociedades, entes públicos o el Estado carecen de influencia al respecto.

La economicidad no depende de la calidad de las personas sino del rendimiento de los institutos jurídicos: y es a este rendimiento que debe atribuirse también la aptitud para provocar en los sujetos el hacerse de nuevas o mayores calidades.

Y puesto que no hay nada que impida al Estado utilizar para sus empresas los mismos institutos jurídicos hasta ahora usados satisfactoriamente por las empresas de los particulares, se sigue de allí que también las empresas estatales, si, en cuanto y con tal de que sean colocadas bajo la misma disciplina, pueden ser igualmente eficientes o, en otros términos, "económicas", que las de los particulares. Viene así a caer el mito de la mayor eficiencia de las empresas de los particulares respecto a las públicas, mito que tenía razón de ser mientras frente a las primeras, que gozaban de institutos jurídicos privatísticos, se contraponían sólo empresas públicas sujetas a disciplinas jurídicas total o prevalentemente de Derecho público. Debe en cambio quedar muy claro ahora que la eficiencia o economicidad es una meta que, si está provocado por comportamientos necesitados, el Estado puede realizar plenamente para sus empresas con sólo que esté dispuesto a recurrir a aquellos institutos jurídicos que condicionan dichos comportamientos. Del resto, la experiencia práctica ofrece desde hace tiempo datos que confirman plenamente todo lo que puede deducirse del análisis teórico, por un lado porque en los diversos países en que operan empresas públicas con instrumentos privatísticos dan éstas un rendimiento del todo análogo al de las empresas de los particulares, al punto de que cuesta distinguirlas, en este aspecto, de las últimas (por ej. *British Petroleum* en Inglaterra, *Regie Renault* en Francia, *ENI* o *Alfa Romeo* en Italia) y en cambio se contraponen a las empresas públicas que, en los mismos países, continúan usando instrumentos de Derecho público; y por otro lado porque en las mismas empresas de los particulares que ya exceden una cierta dimensión, el capital —según se dijo— se ha colectivizado sustancialmente, de modo que también por esta vía tenemos la prueba de que lo que determina su eficiencia no es la naturaleza, la calidad o las capacidades de los detentadores de los capitales, sino solamente el régimen jurídico de la empresa.

30. La indagación realizada analíticamente sobre los institutos conectados con la organización de la empresa induce a dos conclusiones seguras: que pueden distinguirse varios tipos de empresa según el modo en que los diversos institutos son utilizados y combinados entre ellos; y que estos tipos de empresa tienen un rendimiento distinto desde el punto de vista de la economicidad.

Los principales tipos de empresa según resultan de las consideraciones hechas pueden ser ejemplificados así:

a) La empresa que utiliza exclusivamente institutos privatísticos, que tiene la forma de las sociedades por acciones o de otro tipo de persona jurídica privada, y cuyo poder de mando está en manos de individuos singulares o, en todo caso, de sujetos privados;

b) La empresa, en todo idéntica a la precedente, pero cuyo poder de mando está en manos del Estado o de otro sujeto público, de modo directo o indirecto;

c) La empresa que utiliza exclusivamente institutos privatísticos, que en consecuencia puede crear libremente o concurrir a la creación de sociedades y otros sujetos privados por ella, pero que tiene la veste jurídica de persona jurídica pública;

d) La empresa que tiene veste jurídica de persona jurídica pública, pero que se distingue de la anterior porque utiliza institutos jurídicos privatísticos nada más que de manera prevalente, y que se caracteriza en que, aislada o conjuntamente, está sometida a los siguientes ligámenes: d') no puede crear, directa o indirectamente, ni concurrir a crear otros sujetos de Derecho privado; d'') debe operar sólo en sectores taxativamente prescritos; d''') utiliza los institutos privatísticos sólo para las relaciones externas —comprendida o no en ellas las relaciones de trabajo— mientras que utiliza institutos publicísticos para su organización interna;

e) La empresa que tiene la veste jurídica de persona jurídica pública, y debe operar, en la generalidad de sus relaciones, con institutos de Derecho público.

En el plano de la economicidad, las empresas pertenecientes a los primeros tres tipos tienen un rendimiento equivalente; las empresas de los otros tipos tienen un rendimiento gradualmente menor, en la medida en las que los institutos publicísticos sean sustituidos a los correspondientes del Derecho privado.

Por lo tanto, siempre en lo que atañe al aspecto de la eficiencia, la contraposición que debe hacerse no es entre empresa pública y privada, sino más propiamente entre empresa a régimen publicístico y empresa a régimen privatístico. Esta última puede

bien pertenecer tanto a particulares, como al Estado o a otros sujetos públicos: la naturaleza del propietario, a menos que intervengan otros factores, es indiferente respecto a los aspectos aquí considerados, puesto que el tipo de comportamiento y el rendimiento (en términos de eficiencia y en paridad de condiciones objetivas) permanecen idénticos. Cuando en lo sucesivo nos refiramos a las empresas en régimen privatístico, debe entenderse —y salvo que se hagan diversas especificaciones— que incluimos la categoría entera: las observaciones valdrán, entonces, tanto para las empresas de los particulares, sea para las de régimen privatístico pertenecientes a sujetos públicos.

31. Entre los tipos posibles de empresa merece una consideración aparte el “grupo integrado” o “firmy”, que según un modelo utilizado —pero con sensibles variaciones— en las economías de tipo colectivista, agrupa todas o la generalidad de las unidades de un sector productivo. La característica de este tipo organizatorio es que, pese a mantener la utilización de institutos publicísticos, se ha tratado de posibilitar por él tipos de decisiones y de comportamientos análogos a los de las empresas que operan con régimen privatístico. Para este fin se recurre ampliamente a institutos muy cercanos a los poderes políticos, aunque no se les quiera calificar como poderes políticos propiamente tales. Sin embargo no se ha tropezado con las dificultades que aquí hemos aparejado al uso general de poderes políticos por parte de las empresas, porque el recurso a estos poderes ha estado sustancialmente limitado, en el modelo en examen, a determinados aspectos de la organización interna. Entre los poderes característicos del grupo se cuentan los de crear unidades dependientes con personalidad jurídica pública autónoma, los de transformar, fusionar o disolver dichas unidades; de nombrar y remover los dirigentes de las unidades menores; de asignarles objetivos y de intervenir autoritariamente en diversos aspectos de su organización y en las distintas fases de sus procesos productivos.

Los grupos integrados son empresas de amplia y a veces de amplísimas dimensiones, y gozan de las ventajas consiguientes a dichas dimensiones. Pero debe excluirse que tengan o puedan tener un rendimiento comparable, en el plano de la economicidad,

al de empresas de iguales dimensiones que operan con régimen privatístico. Los factores que influyen negativamente sobre ese rendimiento parecen ser principalmente los siguientes:

En primer lugar es importante que el uso de institutos publicísticos de carácter político se extiende, en la generalidad de los modelos concretamente aplicados, no a todos indistintamente, sino sólo a algunos de los aspectos de la organización de las unidades dependientes; otros aspectos de la misma siguen siendo disciplinados por fuentes de tipo publicístico externas al grupo integrado como podrían ser por ejemplo las leyes o los reglamentos generales del gobierno central; en la medida en que un aspecto de la organización de las unidades dependientes se regula por la fuente externa (por ej., el número de los directores, sus relaciones recíprocas, administración de los fondos, actos y procedimientos para los que es necesario que intervenga el ente de mando, etc.) la estructura del complejo se torna rígida y se crean correspondientes momentos de autonomía de la unidad dependiente respecto al ente de mando.

Agréguese todas las dificultades que derivan de la permanencia, en vía general, de un régimen publicístico de los bienes, y sus efectos tanto sobre la organización interna como en sus relaciones con los terceros, y en particular con las empresas responsables de los otros sectores.

En tercer lugar, el grupo integrado según el modelo en examen abarca, podría decirse, por definición, solo ciertos sectores productivos, hallando así un límite taxativo de operatividad; se trata de empresas de amplia o amplísimas dimensiones, pero limitadas dentro de confines rígidos. Valen entonces para ellas todas las consideraciones antes desarrolladas sobre las influencias del vínculo de sector sobre la economicidad.

Al vínculo preconstituido de sectores de operatividad suele también agregar, agravando la situación, el obstáculo de tener que operar sólo en el interior, estando confiada a otras empresas la tarea de las relaciones con el extranjero. Aún en las hipótesis en que no está vedada la actitud directa en el extranjero, no se suelen advertir diferencias sensibles en el plano práctico, pues estas empresas, pese a su notable dimensión, estando habituadas a ciertos tipos de comportamientos y probablemente por la incapacidad

competir con las extranjeras, han demostrado escasa o ninguna propensión a aventurarse en los mercados externos (debiéndose aquí considerar sólo las intervenciones sugeridas por finalidades económicas, y no las provocadas por razones políticas): y así las cosas, el límite consistente en la participación dentro del sistema interno únicamente, puede considerarse sustancialmente válido para todas las empresas de este tipo.

Si la "economicidad" de la gestión fuese el único interés relevante en materia de empresa y, por lo tanto, el único posible parámetro de valoración, este escrito tendría que considerarse concluido en este punto.

Pero resulta que, como ya se ha puesto de relieve, la "economicidad de la gestión" no representa un valor absoluto, sino que constituye también ella el fruto de una decisión política. Ni siquiera en los casos en que la "economicidad de la gestión de la empresa singular" es fruto de un vínculo específicamente contemplado o hasta impuesto por normas positivas, constituye un valor absoluto.

En efecto, la "economicidad" puede ser valorada también desde ángulos diversos del de la empresa singular, como por ejemplo desde el punto de vista del Estado, entendido como colectividad organizada, o desde el del sistema económico considerado globalmente. Y además entran en consideración también otros intereses bien individualizados, los cuales pueden sugerir la reducción o incluso la anulación del peso que habría de conferirse a la economicidad de la empresa.

La experiencia ha demostrado, consecuentemente, que el régimen privatístico de las empresas no opera nunca en estado puro, sino que viene corregido, integrado o sustituido por regímenes de tipo diverso que, mirando a la satisfacción de intereses específicos, se traducen en institutos sustraídos al uso generalizado y, por ende, dotados de carácter publicístico. Las soluciones que la historia muestra, al deber adecuarse a condiciones y a necesidades que eran distintas y peculiares de las correspondientes sociedades políticas, han asumido un contenido extremadamente diversificado.

Nos limitaremos entonces a una exposición muy sucinta y esquemática.

Nótese que si en vez de comenzar con las empresas con régimen privatístico, cuyo rendimiento en términos de economicidad nos ha parecido superior, examináramos en primer lugar las empresas con régimen publicístico, que son las que en vía primaria satisfacen intereses diversos de la economicidad, se asistiría al fenómeno—inverso— de la inserción gradual en el sistema de institutos privatísticos a los niveles en los cuales la economicidad de la gestión puede ser perseguida como interés primario.

Es necesario aún recordar que, puesto que el rendimiento en términos de economicidad ha sido considerado equivalente para las empresas con forma privada dominadas por sujetos privados, para las empresas con forma privada dominadas por el Estado, y para las empresas con forma pública pero habilitadas para operar sin límites con institutos privatísticos, las observaciones que siguen valen indistintamente para estos tres tipos de empresas: a ellas conjuntamente entendemos referirnos con la expresión “empresa con régimen privatístico”. Las diferencias entre uno y otro de estos tipos respecto a la tutela de intereses singulares distintos de la economicidad, serán señaladas expresamente en cada caso.

Si por otra parte comenzáramos no con el prevaleciente régimen privatístico sino con el administrativo, asistiríamos al fenómeno inverso: aún allí donde el acto público se impone en la disciplina de las empresas como regla taxativa, en virtud de una taxativa decisión política, los institutos privatísticos han hecho también su ingreso, habiéndose constatado que para determinadas relaciones sin perjuicio del cuadro unitario, y precisamente en función de un mejor rendimiento de dicho cuadro, los institutos privatísticos producían mejores resultados que los de la disciplina administrativa, o los mismos resultados por medios más simples.

Por último parece indispensable advertir que el cuadro que va a delinearse es el de una empresa con régimen privatístico “en estado puro”, es decir, que opera en un ambiente que no está sensiblemente condicionado por institutos publicísticos. Tal cuadro presenta fuertes divergencias del que resulta del análisis de la situación histórica actual, precisamente porque la adopción de los institutos publicísticos ha sido dirigida especialmente a modificar ciertos efectos derivados del juego de los institutos privatísticos, y la experiencia ha demostrado que el recurso a dichos institutos publicísticos

ha sido eficaz y, en la generalidad de los casos, ha permitido realzar los objetivos prefijados. Antes bien, cuanto mayor se revele la diferencia entre cuadro “originario” y cuadro “actual”, tanto más seguras y amplias deberán considerarse la relevancia y la eficiencia de los institutos publicísticos. Pese a ello la descripción del comportamiento de las empresas privadas en un régimen “puro”, por así decirlo, conserva intacta su utilidad, pues las tendencias de comportamiento que de este modo quedan evidenciadas corresponden a líneas de fuerzas a las que la empresa en régimen privatístico está sometida aún en la fase más reciente de su evolución, precisamente porque son provocadas por su estructura interior, es decir, por el hecho mismo de ser una empresa de ese tipo, y continuar siéndolo.

33. La empresa con régimen privatístico está expuesta incensablemente a una competencia dura y abierta, cuyas consecuencias pueden consistir en la eliminación del organismo que resulta vencido, o de su consistencia física (por ej. quiebra, o dispersión de los factores productivos) o de su naturaleza de empresa (enajenación del poder de mando o incorporación de hecho o jurídica en otra empresa). Impulsada por la dinámica de esta competencia la empresa privatística presenta el aspecto de un organismo salvaje, rapaz, voraz, presto a recurrir a cualquier medio para maximizar su provecho en cada una de sus relaciones. Y comienza devorando los factores mismos de la producción en cada relación en que se presenten como contrapuestos y autónomos frente a ella.

En lo que concierne particularmente a los trabajadores el fenómeno ha sido estudiado con detalle: la lógica del sistema, especialmente al nivel de las empresas individuales (mientras que las relaciones para las grandes empresas que fundan su conducta en programas de larga duración se presentan de otro modo), si no hubiesen intervenido fuerzas externas para contrarrestarla, habría reducido los salarios al nivel mínimo apenas suficiente para garantizar la mera conservación y reintegración de la fuerza de trabajo. Esas fuerzas externas han sido representadas en primer lugar por las duras luchas sindicales, y luego por la ley, que alguna vez ha precedido pero más a menudo ha seguido y consolidado las conquistas sindicales. En definitiva la ley ha terminado por modificar la estructura interna de la empresa: ésta presentaba originalmente

un grupo de mando oligárquico o al inicio todavía monocrático, ejercitaba un poder absoluto frente a todos los otros componentes de la empresa, poder que sólo era contrastado por la facultad del trabajador de abandonar la empresa, pero esta facultad era gran medida ilusoria en presencia de una fuerte desocupación; mientras el trabajo fue prevalentemente indiferenciado, esto es, especializado.

En el desarrollo contemporáneo la empresa privatística ha asumido el carácter de una democracia autoritaria: se ha mantenido la reserva del poder de mando en las manos del grupo oligárquico, pero si bien puede éste disponer sin interferencia ni limitaciones de la conducta de la empresa, topa con límites insuperables (en cuanto están precisamente consagrados por la ley, fuente externa) en las relaciones con los trabajadores; como en un Estado de democracia autoritaria, los trabajadores gozan por un lado de un status protegido de libertad y de tutela de la dignidad humana (salario remunerativo, jornada limitada, feriados pagados, seguridad social, justa causa para los despidos, tutela de la dignidad individual, libertad sindical, etc.), pero no participan en el ejercicio de los poderes de mando. Esta estructura parece destinada a mantenerse en el futuro: la empresa, como organismo de carácter competitivo, exige responsabilidades centralizadas y unidad de orientación, y a una dirección concentrada en los intereses globales de la empresa misma, que logre no dejarse influenciar por los intereses sectoriales de los factores productivos singulares. Si al disciplinar las relaciones con los trabajadores la ley superase este límite, introduciría probablemente un principio de ruptura que socavaría el rendimiento del régimen privatístico global. La cogestión y otros institutos análogos tienen, por lo tanto, probabilidad de afirmarse no como instrumentos para la participación de los trabajadores en el gobierno de las empresas, sino como rito democrático dirigido a reforzar la ideología de la empresa y, por ello mismo, también el poder de mando de los dirigentes.

34. Análogo es el comportamiento de la empresa frente al capital. El capitalista dueño de la empresa ha sido sustituido por las grandes empresas en las que los bienes han asumido de hecho un carácter colectivo, por un tipo de relación parecida a la que inicialmente existía con los trabajadores. La empresa tiende a

maximizar las utilidades, en la medida máxima posible, en su propio y exclusivo interés, bajo la forma de autofinanciamiento, reduciendo el tipo de remuneración del capital accionario al mínimo compatible con las exigencias de la conservación y reintegración del capital mismo, según las condiciones del mercado, o con las exigencias de la disuación de toda tentativa de escalar el poder de mando por parte de otros grupos. En este sector sólo en algunos países ha intervenido la ley para imponer formas adecuadas de garantía sobre la veracidad de los datos del balance y en tutela de los derechos de las minorías; pero el problema permanece abierto en lo esencial, incluso por las exigencias de no debilitar con la inserción de estos controles empresas nacionales que ya se encuentren en dificultades por la competencia de empresas extranjeras más potentes.

Un aspecto menos estudiado, pero al cual conviene también aludir, es el de que la empresa devora del mismo modo a su propio grupo de mando, tanto porque elimina a los directores teniendo en cuenta nada más que sus propias exigencias, como porque, sobre todo en períodos de competencia aguda, exprime sus energías a veces hasta el límite de su resistencia. Las intervenciones externas pueden hacer poco al respecto, y se limitan a los aspectos económicos de la relación: aquí están sobre todo las motivaciones relativas a aspectos inmateriales, la fascinación del poder, con la lucha que ello supone, el status social, la afirmación de la propia personalidad, para dar una idea de la fuerza de la empresa frente a sus directores.

35. Rapaz y voraz en el interior, la empresa privatística lo es de la misma manera en sus relaciones externas. Las intervenciones de la ley y del acto administrativo son en este campo extremadamente diversificados: aquí las autoridades públicas deben estar siempre alerta, tanto para prevenir nuevos peligros producidos por las empresas, como porque es constante la tendencia de éstas de eludir los límites y prohibiciones que han sido ya establecidos. Siendo imposible un análisis de cada situación, nos limitamos a recordar que en estos casos las normas tratan de tutelar al contratante más débil que si no estuviera protegido sería destrozado en una competencia libre: a veces la protección concierne al productor (en Italia se han verificado por ejemplo los casos de la industria del azufre, los productores de cáñamo, de remolacha, de aceite de orujo, etc.), pero con más frecuencia al consumidor: y a este se-

gundo fin tienden, entre otros, los controles de las calidades anunciadas, las prohibiciones del uso de sustancias nocivas, la disciplina de los precios de los productos de primera necesidad, etc.

36. La fuerza de la empresa se manifiesta en el hecho que ella ejercita su presión frente a los intereses privados de igual modo que frente a los intereses públicos. Es más, hay ciertos intereses de la colectividad que se encuentran particularmente expuestos a los asaltos de las empresas, como por ejemplo los fiscales, urbanísticos, del paisaje, sociales, sanitarios, etc.

Para impedirlos el legislador se ve obligado a crear mecanismos muy precisos que dan lugar a series procedimentales de actos administrativos cuya efectiva realización condiciona la licitud de los comportamientos de los particulares.

37. Hemos contemplado hasta aquí las intervenciones públicas de menores dimensiones. Pero hay otras más relevantes y de mayor complejidad impuestas por una valoración de la misma economicidad, pero no ya referida a la empresa singular sino al sistema económico global. Las lagunas y deficiencias de un sistema montado con régimen privatístico de las empresas han sido estudiadas por una abundante literatura que ha podido utilizar una experiencia más que secular: aquí bastará aludir a algunos de los aspectos más evidentes, sobre todo para poner de relieve los institutos publicísticos cuya intervención se requiere. Las dificultades del régimen privatístico se originan en la circunstancia de que cada empresa ignora el comportamiento preciso de los otros empresarios, de que cada empresa es constreñida por la dinámica del sistema a valorizar sólo su propio interés empresarial, y no el diverso y más amplio interés de la colectividad, de que el poder de cada empresa está limitado por el monto de los medios de producción que logre reunir todo ello por la falta de un centro de dirección del sistema total. Consecuencias: crisis repetidas que se traducen en inutilización de factores productivos y que son causa de antieconomicidad del sistema; intereses estrictamente económicos —pero valorados a nivel de la colectividad— que permanecen insatisfechos; sectores productivos abandonados o no cultivados porque requieren una dimensión empresarial que supera la capacidad de las empresas existentes; condicionan la remuneración del capital al transcurso de plazos de

masiado largos; ausencia de economías dependientes de una acción coordinada. Como era de esperar, se han producido mecanismos de compensación a tales deficiencias en el ámbito mismo del sistema privatístico, sea bajo la forma de carteles o de otras formas de coordinación entre empresas (pero a veces peligrosas para otros intereses públicos), o sea sobre todo a consecuencia de la formación de empresas de mayores dimensiones que adquieren un conocimiento más amplio del mercado, que tienen una producción balanceada a través de una pluralidad de sectores, que detentan un poder de mando externo mayor, que realizan ya en su propio seno formas de coordinación productiva y están en grado de formular programas de larga duración. Pero las intervenciones más decididas siguen siendo, en la generalidad de los países, las del Estado, las cuales consisten: en el uso coordinado de diversas técnicas de intervención para prevenir, controlar y bloquear las crisis; en facilidades, incentivos y adopción de procedimientos administrativos de coordinación para hacer económicos también desde el punto de vista de las empresas los intereses que conciernen directamente a la economía de la colectividad (el fenómeno afecta sobre todo el desarrollo de las áreas atrasadas, las localizaciones industriales en general, la constitución de núcleos de desarrollo, las producciones nacionales deficitarias, las de bienes esenciales, etc.); la creación de empresas públicas para llenar vacíos del sector productivo, salvar empresas destinadas a desaparecer, efectuar inversiones que superen la capacidad del sistema existente; la coordinación de todos los sectores productivos en el ámbito de un programa nacional.

38. El cuadro de las intervenciones realizadas con institutos de Derecho público en el ámbito de los regímenes prevalentemente privatísticos que se han delineado, pretendía servir como simple ejemplificación: en la realidad las técnicas de intervención pública son complejas y diversificadas. Los instrumentos que en ciertas circunstancias y lugares son útiles, se revelan en otros superfluos o hasta dañosos. Y esto depende de muchas razones. En efecto, según las diversas condiciones de desarrollo económico y social cambian las exigencias a las que debe hacerse frente; las características políticas, ideológicas y jurídicas de los distintos Estados pueden llevar también a apreciar de modo diverso una exigencia de consistencia objetivamente idéntica; la variedad de ambientes económicos, jurídicos y políticos incide también sobre el

rendimiento de cada técnica; y en fin, no todos los Estados están en grado de usar los mismos instrumentos, pues algunos de estos exigen una dimensión en la cual no todas las sociedades políticas están en grado de operar.

Por ejemplo, hoy generalmente se estima que los contratos de suministro y los programas de investigación del gobierno americano representan un factor decisivo del desarrollo tecnológico en los sectores avanzados (por ej. electrónica en general y con referencias específicas a los computadores, misilística, energía nuclear, biofísica y bioquímica) y en consecuencia un importante elemento coadyuvante de la dinamicidad del sistema económico americano en su conjunto. Técnicamente esta forma de intervención supone erogaciones de sumas mediante afectaciones hechas por ley y por contrato pero la eficacia de la intervención está relacionada con el volumen de las afectaciones y con la preexistencia de estructuras industriales en posición de valerse de ellas para realizar nuevos descubrimientos y hallazgos en zonas fronterizas de la ciencia. Por efecto de las investigaciones realizadas, las potentes empresas que gozan de estos contratos disponen de un flujo continuo de innovaciones que les permite superar la competencia. Una de las razones de fuerza de las sociedades americanas en el exterior depende del hecho de que pueden aprovechar del mismo flujo de informaciones e innovaciones de las sociedades madre; y puesto que en sus relaciones internacionales estos beneficios son retribuidos mediante royalties, el sistema económico norteamericano realiza, con las grandiosas inversiones en los programas de investigación, el triple beneficio de alcanzar metas de prestigio, reforzar de modo relevante la posición competitiva de sus empresas dependientes y de obtener mediante el pago de los royalties una consistente reintegración de los capitales invertidos. El análisis detallado de estos procesos demuestra que las analogías hechas entre Estados Unidos de América y la Comunidad Económica Europea son abstractas y vagas. Malgrado la amplitud de su espacio económico, la Comunidad no posee una correspondiente autoridad política: es un área en la que grandes empresas preexistentes pueden expandirse con éxito (y esto explica el rápido desarrollo de las empresas americanas en Europa), pero que no disponiendo de poderes de exacción fiscal y de disposición política propia no podría en ningún caso adoptar técnicas de intervención parecidas a las usadas en Estados Unidos. También en este caso

(así como antes se dijo en relación con el diverso comportamiento de las empresas americanas y soviéticas en el exterior) la diversidad de rendimiento económico es atribuible con toda seguridad a las fórmulas jurídicas de organización de la Comunidad.

Si bien son distintas las formas de intervención pública, hay un punto sin embargo en que existe acuerdo: que la presencia maciza de la intervención pública es por sí un factor esencial del rendimiento global de todo sistema económico que utilice institutos privatísticos.

La intervención pública opera como un elemento de estabilidad: a ella se deben tanto la eliminación o al menos la detención de las crisis recurrentes, como la obtención, en los últimos decenios, de ritmos de desarrollo que en el pasado se juzgaban imposibles de alcanzar por los sistemas que ya hubieran superado un cierto grado de desarrollo. La medida de la complejidad alcanzada por el sistema en su conjunto, complejidad sobre la que varias veces hemos dirigido la atención, y que se traduce en intersecciones y conexiones de institutos privatísticos y publicísticos, queda demostrada en esta aparente paradoja: que el mayor factor de desarrollo de un sistema económico fundado sobre la prevalente adopción del régimen privatístico para las empresas, está representado por la presencia activa del Estado, que es el más típico y potente de los institutos de Derecho público.

39. El Estado eroga medios y dispone de poderes de contenido positivo y negativo que, si bien son decisivos para el desarrollo del sistema económico en su conjunto, lo son aún más para las empresas que logran aprovecharse de ellos. La empresa con régimen privatístico, dadas su virulencia y dinamicidad, no deja entonces ningún medio sin probar para tratar de dirigir estos flujos benéficos en su favor. El diseño de una economía fundada en institutos privatísticos no estaría completo si no se mencionara esta presión de las empresas, asociaciones de empresas o grandes empresas singulares, sobre el Estado: presión encarnizada, permanente, con frecuencia dolosa. De ahí derivan relaciones complejas, cuya evaluación se hace difícil por la multiplicidad de sus componentes, como la aspiración a la autonomía de la clase política o de la burocracia, la corriente ideológica que ve en el Estado el mediador autónomo entre los intereses opuestos, el deseo y a veces hasta la necesidad

del Estado de apoyar las empresas nacionales, pero de apoyarlas sobre bases de imparcialidad y sin estar condicionado.

Las técnicas de control del fenómeno tienen carácter público también en este caso, y consisten en procedimientos de publicización o nacionalización, según diversas fórmulas.

Pero el recurso a institutos de este tipo encuentra notable dificultades y se hace casi imposible cuando las empresas no sólo estén en su generalidad dirigidas por particulares, sino que sean de particulares. En estos casos, paradójicamente, la autoridad autónoma del Estado se consolida sólo si el número de las empresas sobrepasa una cierta dimensión y sus intereses están bien balanceados. El Estado es más débil frente a una o dos que frente a muchas empresas (de análoga fuerza) que operen en sectores distintos. La empresa que presiona sobre el Estado ejercita en realidad una presión que en cierta medida está dirigida contra las otras empresas éstas, en consecuencia, si son advertidas, no dejarán de ejercitar una presión igual y contraria. El pluralismo de empresas termina entonces por crear un sistema de "counter-vailing powers" que permite a los tecnócratas, entre otras cosas, participar en el juego como grupo de presión autónomo más directamente ligado con el poder político.

Los problemas de las relaciones con el poder político se plantean por el solo hecho de que existen las empresas, que son organizaciones fuertes y en cierta medida autónomas; pero es indudable que estas relaciones, aún si las dificultades no desaparecen tampoco en este caso y adquieran, por el contrario, caracteres diferentes, tienen soluciones más fáciles si las empresas están regidas con régimen publicístico o al menos tienen, en su organización, un determinante pública.

40. Es oportuna en este punto una pregunta planteada desde las primeras páginas, sobre la cual hemos vuelto varias veces pero cuya respuesta ha sido siempre diferida: cuando las empresas estén habilitadas u obligadas en línea general a organizarse o operar en el exterior con los institutos de derecho privado ¿tienen un significado concreto y presenta una efectiva utilidad calificada su personalidad jurídica como pública? Desde un punto de vista sustancial, para que una empresa sea pública es ciertamente suficiente

que el Estado u otro organismo público mantenga su poder de mando: empresas sustancialmente públicas son, entonces, también aquellas que tienen forma de sociedad por acciones, con tal de que la mayoría de las acciones y el poder de control, cualesquiera sean los institutos usados para realizarlo, se mantengan en manos de órganos o sujetos públicos. En consecuencia, la cuestión planteada (siempre con referencia a empresas que en los demás aspectos deban ser gestadas por medio de institutos privatísticos) pregunta qué cosa agrega, o eventualmente qué cosa quita a una empresa sustancialmente pública la atribución de la personalidad jurídica pública en sustitución, por ejemplo, de la forma de la sociedad por acciones.

La tesis de la inutilidad de la forma pública en estos casos tiene la simpatía de los prácticos y es acogida, en sede teórica, por la definición del ente público como mero ente exponencial.

La respuesta a esta interrogante no puede ser única y general, sino que varía según las finalidades que se pretenden alcanzar. Si el Estado se contenta con haber creado un sistema desarrollado de empresas y de mantener su dominio, y pone como finalidad del sistema la eficiencia de las empresas y su dinamismo, la adopción de la forma societaria, en particular la de la sociedad por acciones, es suficiente para ese efecto. El peligro de esta solución, ya antes evidenciado, es que el sujeto que tiene el poder de mando puede, en cualquier momento, sustituir los administradores e infringir así los principios de la autonomía de la empresa y de la centralización de las responsabilidades en su interior. Ocurre así que, cuando el Estado tenga el capital total de una sociedad y a la vez intente adaptar el planteamiento que podría llamarse meramente empresarial de las empresas públicas, los órganos del Estado se abstienen de hecho de ejercitar el poder de mando, es decir, se comportan igual que un accionariado fraccionado, dejando que el grupo de mando se renueve según las leyes de su dinámica interna, por cooptación, al igual que los grupos de mando de sociedades cuyo capital, aunque perteneciente a particulares, ha asumido de hecho las características de un bien colectivo (fondos de seguro, poder de mando perteneciente —por vía indirecta— a la misma empresa, amplísimo fraccionamiento de las acciones, etc.). La pertenencia pública del capital social constituirá un límite para la cesión de la empresa; para lo demás las empresas privadas del Estado se comportarán en este esquema y bajo todos los aspectos, como cualquier otra em-

presa con régimen privatístico, (parece pertenecer a este modelo "British Petroleum"). Lo que no significa que deban omitirse de todo las intervenciones del Estado en el sistema económico: serán igualmente necesarias, pero deberán asumir las características de las intervenciones que se plantean como externas respecto a la empresa y al sistema que deriva de ella (consistirán por ejemplo en prohibiciones, autorizaciones, incentivos, facilidades, maniobra fiscal, manipulación de instrumentos crediticios, contratos de investigación, etc.).

Entre las finalidades del Estado pueden estar en cambio junto a la de la eficiencia, la de utilizar específicamente las empresas para la obtención de objetivos públicos concretos realizables mediante acción empresarial.

Mediante la creación de nuevas grandes empresas públicas se pueden efectuar rápidas inversiones en sectores base de la economía con función anticíclica, con efectos de estímulo directo o de carácter difusivo de la producción; una empresa pública puede servir para deshacer una situación monopolística u oligopolística que represente una estrangulación del sistema económico; la intervención autoritaria puede ser indispensable para introducir un nuevo tipo de empresa que, aunque útil para el desarrollo económico en su conjunto, encuentre en el interés de los particulares para disfrutar de modo más prolongado las instalaciones existentes en un sector colateral, intercambiable, un obstáculo para su surgimiento (un caso de contraste entre el interés económico general y el de grupo era por ejemplo evidente en Italia en la actitud de las empresas eléctricas privadas frente a las instalaciones nucleares); otras veces la creación de nuevas empresas públicas puede remediar una deficiencia objetiva derivada tanto del temor de las empresas privadas a aventurarse en campos desconocidos para ellas, cuanto de su deseo de no invadir sectores dominados por otras, eventualmente extranjeras a fin de evitar represalias peligrosas; la creación mediante decisión política puede hacerse también indispensable o por el carácter extremadamente riesgoso de la empresa, o por el hecho de que ella tenga una dimensión económica que supere las posibilidades de los empresarios existentes; finalmente la creación de empresas públicas puede servir para una rápida industrialización de áreas atrasadas o para crear de modo coordinado un nuevo polo de desarrollo industrial

o una nueva infraestructura empresarial; otras veces la intervención pública mira a salvar empresas deficitarias pertenecientes a particulares o a poner en manos nacionales empresas privadas a punto de ser cedidas a extranjeros, etc. No existe objetivo empresarial de relevancia pública que sea fin en sí mismo, o que sea medio para otros fines ligados con el desarrollo del sistema económico en general, que no pueda ser realizado cuando se tiene un sistema de empresas eficiente y pueda disponerse de ellas incluso singularmente. Estas exigencias de una intervención del Estado, de carácter interno, en el sistema empresarial, que se realiza precisamente a través de las empresas, son sentidas sobre todo en los sistemas económicos necesitados de aceleraciones adicionales además de la que ya poseen, derivada de la dinamicidad de las empresas; y en particular, entonces, en los sistemas en que generalmente las empresas no superan la dimensión media o en las que el desarrollo de conjunto esté todavía atrasado.

Dos son los presupuestos que deben ser respetados para satisfacer en concreto las exigencias indicadas. El primero es que se asegure a las empresas públicas un status que les permita conservar y perfeccionar su eficiencia; las empresas operan como instrumentos si son eficientes; si para instrumentalizarlas y manipularlas se lesiona su eficiencia, se impide ipso facto la concreta realización de los objetivos propuestos, pues ningún resultado podrá alcanzarse si el instrumento ya no es idóneo.

El segundo presupuesto es, en cambio, que la forma jurídica permita hacer llegar a las empresas las órdenes individuales y las directrices impartidas por los órganos de gobierno. Para este fin el modelo representado por la forma jurídica pública parece un instrumento apto que posibilita soluciones diversas según cambien las circunstancias y las exigencias. Dicha forma representará en concreto el instrumento de armonización entre los intereses de la eficiencia satisfechos con la organización y los medios de acción privatísticos de la empresa, por una parte, y los intereses específicos que hallan expresión en los institutos publicísticos que se dirigen a la empresa. La delicadeza de la disciplina de este instrumento de armonía está en la dosificación atenta de la relación "autonomía-heteronomía". La empresa no es tal, ni puede ser concretamente eficiente si no goza de un efectivo grado de autonomía y si no tiene,

en su ámbito interno, responsabilidad y mando centralizados. Por otro lado, si la empresa debe poder ser, si es necesario, también el instrumento individual para la realización de específicos intereses públicos, no hay duda de que deba ser igualmente asegurada, de cualquier modo, su subordinación a los poderes del Estado.

Es en la satisfacción de estas antinómicas exigencias que la personalidad jurídica pública se ofrece como más adecuada que la privatística societaria. Esta excluye, en realidad, los balances, y ofrece soluciones extremas, de carácter opuesto: si hay control hay dominio completo (y hay dominio aún cuando hay concesión de autonomía, pero revocable en todo momento ad libitum del dominador), si no hay control, hay autonomía total. La forma societaria es entonces idónea en la más alta medida para las relaciones entre unidades menores y grupo total, no apta para las relaciones entre empresa y órganos estatales, siempre que a éstos se asigne no la tarea de fungir de empresarios (pues entonces el asunto sería distinto) sino la de impartir determinadas órdenes a las empresas. En la forma publicística todo eso puede ser adecuadamente regulado, modulando los criterios de elección de los administradores de la empresa, la duración en sus cargos (la fijación previa de un período que no sea brevísimo —por ej. tres o cuatro años— es garantía de autonomía), la disciplina taxativa de las hipótesis de remoción anticipada, el tipo de mandatos que pueden ser impartidos, la organización misma de las dependencias estatales a las que se confía la intervención en las empresas.

Este último es un aspecto que no debe subestimarse: por su fuerza dinámica interna las empresas son impulsadas a afirmar su prevalencia en toda relación en la que deban participar; es de esperar entonces que las empresas públicas, lejos de someterse pasivamente a los órganos del Estado, traten de adueñarse de ellos en forma indirecta para reducir su poder de mando, o aún mejor para utilizarlos como fuente de beneficio. La organización de los órganos del Estado deberá tener en cuenta estos peligros y estructurarse de modo que puedan resistirlos: y hasta parece superfluo advertir que la solución deberá buscarse no debilitando las empresas (pues esto atentaría contra su eficiencia) sino reforzando adecuadamente también a los órganos de dirección, para hacerlos plenamente eficientes y fuertes.

Otros dos efectos de la adopción de la forma publicística deben también mencionarse. El primero consiste en la imposibilidad para la empresa de disponer de su propia existencia y de su propia caracterización fundamental, pues estos aspectos se encuentran regulados por una fuente de grado superior (ley o acto administrativo) sustraída al poder dispositivo de la empresa. Desde el punto de vista práctico esto significa, entre otras cosas, que el poder de mando de las empresas de forma pública no es cesible a particulares ni, con mayor razón, a extranjeros.

El segundo aspecto deriva de las mayores posibilidades de equilibrio de la fuerza de las empresas, para crear un sistema de contrapesos que refuerce mejor a los órganos públicos de mando. Si todas las empresas son de forma privatística el equilibrio se podrá realizar mediante el desarrollo natural de la empresa, y por las (mayores) dimensiones mismas del sistema económico en su conjunto. De hecho esto se realiza hoy en los Estados Unidos en medida más extensa que en el pasado, como lo demuestra la circunstancia de que la política del Gobierno Federal parece hoy menos atribuible a las intervenciones de determinados grupos que en los decenios pasados (ej. posición de la United Fruit en el caso de Cuba; de las sociedades petrolíferas en el Medio Oriente). En los sistemas económicos intermedios, cuando no se interviene con medios internos, es en cambio más fácil, como se ha dicho, que cualquier empresa adquiera una posición de predominio que se refleje incluso en las relaciones con los poderes públicos. En estos casos la forma pública permite ejercitar aquellas intervenciones adicionales para favorecer la creación de otras empresas públicas que, insertándose en el sistema al lado de las dominantes, públicas o privadas, atenúen la capacidad de éstas de invertir la relación efectiva de fuerza entre gobernantes y gobernados. Una tentación que conviene evitar es la de marginar la fuerza de presión de las empresas de forma pública asignándoles límites taxativos de sector: este remedio es peor que la enfermedad, pues tales límites, como ya se ha indicado, constituye un freno muy grave para el dinamismo y el desarrollo de las empresas. La solución debe buscarse sin lesionar la dimensión de la empresa, antes bien, propiciando la obtención de la dimensión más económica por parte de ellas, y cuidando de que haya más de una empresa en cada dimensión: mejor aún si entre los diversos sectores hay interferencias, pues en este caso habrá un

mayor estímulo a vigilarse recíprocamente y a impedir que entre ellas adquiriera una prevalencia absoluta y, en consecuencia, los órganos del Estado podrán ejercitar más eficientemente la labor de dirección y mediación a ellos confiada.

41. Las anteriores consideraciones valen "de jure condendo" si y en cuanto se deba escoger, en sede política, si atribuir a una empresa sustancialmente pública la forma de ente público o de sociedad por acciones. El panorama es parcialmente diverso si la elección ya ha sido hecha y si se ha concretado adoptando uno u otro instituto positivo.

En particular, si las normas en vigor han conferido la personalidad jurídica pública, ello comporta la automática aplicación de una particular disciplina jurídica.

En los complejos sistemas jurídicos contemporáneos conviven uno junto al otro, tipos diversos de entes públicos (ej. entes que operan como administración pública, entes que producen bienes y servicios financiados por medio de procedimientos administrativos, entes que gestionan empresas en régimen enteramente administrativo, o con organización prevalentemente a régimen administrativo y con sector predeterminado, entes que gestionan empresas directamente con régimen privatístico, entes que controlan grupos de sociedades que gestionan empresas: nótese que esta clasificación se adapta sólo en parte a la de las empresas, puesto que así como hay empresas que no tienen personalidad jurídica pública, así también hay entes que no son empresas).

En otros términos, existe una pluralidad de tipos de entes públicos, así como existe, en el campo privado, una pluralidad de tipos de sociedad.

Cada uno de estos tipos representa un modelo organizativo diverso, y conlleva la aplicación de una disciplina jurídica distinta. Esto es, la aplicación de todas las normas vigentes para ese determinado tipo. Es más, existe un restringido número de normas que se aplican a todos los entes públicos, de cualquier tipo, así como, paralelamente, existen normas aplicables a todos los tipos de sociedades comerciales.

En Italia, las normas que (salvo derogatoria expresa) se aplican a todas las personas jurídicas públicas son pocas, pero

particularmente caracterizantes: permiten sustraerse a las garantías dictadas en la Constitución, de modo directo o indirecto, a favor de los sujetos privados, entre las cuales es importantísima la que consagra el principio constitucional de igualdad; la que prescribe la indisponibilidad de la propia existencia; la sujeción al menos a los poderes genéricos de vigilancia por parte de un órgano del Estado; la sujeción a los poderes de disolución de los órganos de administración y de nombramiento de comisarios en las hipótesis de grave y persistente violación de ley, o irregularidades de gestión. Las últimas dos características no son suficientes para eliminar la autonomía del ente frente a la administración; en virtud de las dos primeras características existe en cambio una total maniobrabilidad del ente por parte del Legislador, que en cualquier momento podría suprimirlo o transformarlo, limitar su iniciativa económica, imponerle especiales prestaciones a mayores cargas fiscales, incautar su patrimonio, etc., y todo esto mediante disposiciones singulares: son resultados que en el sistema italiano vigente, en lo que atañe a los sujetos privados (comprendidas las empresas del Estado con forma privatística) no podrían obtenerse jamás mediante leyes singulares, y que en relación con muchos aspectos concretos no podrían obtenerse ni siquiera mediante leyes generales.

Estas consecuencias distinguen entonces, de modo efectivo y concretamente apreciable, la disciplina de la personalidad jurídica pública relativa a la forma privatística societaria. Se dan también otros efectos derivados de la aplicación de las normas relativas a la especie a que el ente pertenece, o establecidas directamente en la ley especial relativa al ente. Para los entes de gestión que aún teniendo personalidad jurídica pública tienen la tarea específica de controlar grupos de sociedades controladas y vinculadas, y que por lo tanto están generalmente obligadas a operar con institutos privatísticos (ej. ENI; IRI; EFIM; entes de gestión minera, termal, de cine) la disciplina cohesiva consiste principalmente en su dependencia del Ministerio de las Participaciones y de los órganos de la programación (ver Arts. 2 y 4 de la Ley N° 1589 de 22 de diciembre de 1956; y 16 y 18 de la Ley N° 48 de 27 de febrero de 1967).

Sin embargo hay en el sistema italiano vigente una hipótesis límite, en la que el conferimiento de la personalidad jurídica pública estuvo ligado a otra norma que sujeta al ente a una disciplina de

sector que se aplica de modo uniforme a todos los sujetos que operan en el mismo, independientemente de su naturaleza pública o privada. En esta hipótesis, que es precisamente la de los bancos de interés nacional que ejercen el crédito ordinario, no hay una diferencia efectiva entre los entes públicos (ej.: Banco Nacional del Trabajo) y los que tienen forma jurídica privada pero cuyo capital es público al menos en su mayoría (ej. Crédito Italiano, Banco de Roma, Banco Comercial Italiano) puesto que, también para estos últimos las transformaciones en el capital social y las fusiones o incorporaciones están sujetas a control público. En esta hipótesis el conferimiento de la personalidad jurídica pública responde a funciones específicas, y a veces se ha transformado en causa de distorsiones derivadas de la aplicación a los entes, de normas cuya pertenencia a la disciplina especial debió en rigor excluirse (por ej.: normas penales dependientes de la calidad de oficial público que tienen los administradores).

42. La experiencia ha demostrado que en un régimen privatístico de empresas generalmente no pertenecientes al Estado se insertan sin dificultad empresas estatales que hagan uso de los mismos institutos de Derecho privado. Estas empresas, no sólo dan un rendimiento análogo al de las empresas de los particulares sino que, aún persiguiendo también los fines públicos en vista de los cuales el Estado las ha creado, no alteran el rendimiento ni las características globales del sistema privatístico. Se plantea entonces la cuestión de si es previsible que tales características y rendimiento permanezcan idénticos también en hipótesis en que la totalidad o la generalidad de las empresas pertenezca, directa o indirectamente, al Estado. Se pregunta en sustancia, partiendo del dato histórico de sistemas jurídicos en los que todas o la generalidad de las empresas son públicas y operan ahora prevalentemente con instrumentos jurídicos publicísticos, si también para estos sistemas la adopción de los institutos privatísticos para las empresas represente una alternativa abierta, a la cual el sistema pueda recurrir cuando pretenda dar mayor peso al aspecto de la economicidad de la gestión, incluso si continúa persiguiendo todos los fines en vista de los cuales se ha impuesto la pertenencia de las empresas productivas al sector público.

Parece que puede darse una respuesta positiva a esta cuestión, si existen ciertas condiciones. La primera consiste en el goce de un grado suficiente de autonomía de parte de las empresas; la autonomía debe hacer posible la centralización de los poderes de mando en las manos del grupo director y, por ende, también la sanción consistente en la eliminación de dicho grupo, bajo la forma de alejamiento del poder, cuando la empresa, por su insuficiente grado de desarrollo, venga a ser suplantada o absorbida por otra.

Una segunda y fundamental condición es que no sólo la organización interna sino también la acción externa de la empresa deberá desarrollarse por medio de institutos privatísticos y que, en consecuencia, el ambiente jurídico externo sea tal que consienta recurrir a dichos institutos. En términos concretos esto significa renuncia a toda disciplina integral de carácter autoritario de las relaciones de trabajo, de las materias primas, de los capitales, de los abastos de mercancías; y regulación de estos y de todos los otros asuntos conexos con la producción de modo prevalentemente privatístico, con la consiguiente formación de los relativos "mercados".

En tercer lugar parece indispensable que, aún admitiéndose en línea general el recurso a los institutos privatísticos por parte de las empresas, no se pongan a ellas límites taxativos de actividad por sectores y lugares; en efecto, hemos puesto en relieve la importancia, determinante para la economicidad de las empresas en régimen privatístico, de posibilidades como la de crear nuevos sujetos, pre-disponer nuevas combinaciones productivas en otros sectores, operar en el extranjero. Por otra parte, la participación en los mercados mundiales valiéndose de sus propias dimensiones y del predominio ya consolidado en un extenso mercado interno, aparece como la ventaja más consistente y una de las causas más relevantes de eficiencia de las que pueda disponer un sistema económico que se valga de institutos publicísticos para crear de la nada empresas de enormes dimensiones. Recíprocamente, la participación en la competencia abierta por los mercados mundiales concurre a sostener el rendimiento del entero sistema aún en el sector interno.

Y no parece que el recurso a fórmulas privatísticas para la generalidad de las empresas estatales impida que dichas empresas respondan a los otros fines públicos que desean perseguir. La em-

presa pública con régimen privatístico, cuando se halle bien armada con los poderes públicos, es un dócil y dúctil instrumento para la persecución de cualquier fin público que pueda ser satisfecho mediante comportamientos de tipo empresarial y sin ceder necesariamente en ello frente a empresas regidas con régimen publicístico, en comparación con éstas, una más amplia posibilidad de manobra en razón de su más dinámica capacidad de desarrollo y por su más flexible adaptabilidad a las condiciones externas. La dirección dinámica de gobierno, actuada hasta ahora por medio de empresas con régimen publicístico, podría entonces igualmente, o aún con mayor ventaja, realizarse cuando el régimen de las empresas sin perjuicio de su carácter estatal, fuese modificado de publicístico a privatístico.

Y no debe olvidarse que en un sistema en el cual todas las generalidades de las empresas, aún operando en régimen privatístico, pertenezcan de hecho, directa o indirectamente, al Estado, se atenuarían los requerimientos y tensiones provocados por las mismas frente a los otros intereses públicos: ya se aludió a este resultado con referencia a un régimen mixto; ahora puede agregarse que la pertenencia sustancial de la generalidad de las empresas a un único propietario generaría, muy probablemente, una ética de comportamiento más respetuosa de los intereses, individualmente extraños a la empresa, que responden a la utilidad general.

Parece entonces que la pertenencia común de las empresas, directa o indirecta, al Estado, no alteraría las características propias de un régimen empresarial privatístico, y antes bien, podría mejorar su rendimiento global, pues de un lado permitiría una plena manifestación de la economicidad de la gestión de la empresa singular, mientras que del otro haría más fluída y simple la tutela de los otros intereses públicos confiados a la intervención de institutos propiamente publicísticos. De modo que no sería arriesgado prever que, cuando en el ámbito de sistemas en los cuales están ya presentes empresas de amplias dimensiones regidas y gestadas hasta el momento con régimen publicístico se introdujera el régimen privatístico, por virtud del efecto combinado del rendimiento necesario propio del régimen privatístico, de las dimensiones adecuadas y la disponibilidad de un enorme mercado interno, se generaría un enorme impulso dinámico y una tremenda expansividad, cuyas consecuencias se advertirían rápidamente no sólo en el sistema

al cual pertenezcan dichas empresas, sino también en los mercados mundiales.

43. Aún dejando de lado, en gracia a la brevedad, todos los delicados, graves y complejos problemas concernientes al necesario periodo transitorio, parece necesario de todos modos detenerse en algunas probables implicaciones de orden institucional, de la eventual adopción (en línea prevalente) de un régimen privatístico para la totalidad o generalidad de las empresas, aunque todas, en principio, pertenezcan al Estado.

Este hecho no quedaría sin consecuencias sobre una pluralidad de institutos jurídicos y para los comportamientos individuales. Una de las características más relevantes del régimen privatístico empresarial es la de estimular a todo individuo a hallar su lugar más adecuado en la sociedad y a desplegar al máximo sus capacidades. El régimen privatístico presupone y provoca movilidad de las personas, espíritu de aventura, deseo de mejoramiento, tensión intelectual; en otros términos, exige pleno desarrollo de la persona humana y como medio para realizarlo, goce de una amplia esfera de libertad. Entre privatización del régimen de las empresas, aún pertenecientes todas al Estado, y reconocimiento a los individuos de libertad personal, de domicilio, de circulación, de correspondencia, de reunión, de asociación, de palabra y de manifestación en general del pensamiento, existe una necesaria correlación; salvo para periodos breves, es imposible que se afirme una sin las otras.

Una segunda consecuencia de la privatización del régimen empresarial es la admisión necesaria de que los mismos bienes puedan ser objeto de apropiación también de los particulares y que, en consecuencia, junto a las empresas del Estado, puedan surgir también empresas formadas por o con el concurso de cualquier otro sujeto y, por ende, también de individuos singulares.

En efecto, régimen privatístico significa, como se aclaró al principio, indiferencia en relación con el sujeto y, por consecuencia, aptitud de cualquier sujeto —ciertamente que también del Estado, pero asimismo de individuos singulares y de todo otro sujeto privado— para hacer nacer el mismo tipo de negocio. Desde el punto de vista sustancial esto no conlleva alteraciones efectivas —al menos hasta que se esté en grado de controlar las actividades de los

extranjeros— pues dada la desproporción en los capitales disponibles debe preverse la absoluta imposibilidad para los terceros de constituir empresas tan potentes como las del Estado; viceversa, las empresas de los particulares pueden encontrar en ello una ventaja segura, pudiendo ocupar aquellos sectores marginales en los que difícilmente logran insertarse empresas de amplias dimensiones. Pero queda el hecho de que el nacimiento de empresas de particulares como corolario de la privatización de las empresas públicas constituirían una transformación institucional de primera importancia.

44. En todo caso los cambios no se limitarían a los institutos, sino que se extenderían a la cultura y a la civilización. El sistema empresarial privatístico crea nuevas necesidades, determina tipos de comportamiento de hábito, condiciona directa o indirectamente corrientes de pensamiento e ideas morales. El sistema empresarial provoca, más en general, un tipo de cultura y de civilización que le permita prosperar y afirmarse; y tiende a suprimir toda otra forma de cultura y, consecuentemente, de civilización que no se armonicen con esta función y que permanezca extraña a ella.

Por ello se postula coherentemente la existencia de una civilización capitalística; y hay que advertir solamente que el responsable de tal civilización no es tanto el capital cuanto el régimen privatístico de las empresas, si es que es exacto lo que se ha afirmado aquí de que un sistema de empresas sujetas a este mismo régimen produciría las mismas consecuencias aunque pertenecieran en principio al Estado.

En los países que adoptan sistemas empresariales de tipo publicístico precisamente por el diverso tipo de condicionamiento, la cultura, y más en general la civilización, se desarrollan con tonos diferentes: la menor movilidad de las personas, la atenuación de la ansia del éxito, mantienen más vivos los valores de la tradición; conservan íntegros los núcleos intermedios (familia, comunidades locales) favoreciendo el desarrollo de ideas morales más sólidas y profundas.

La fuerza autónoma menor de estos sistemas permite que en cierta medida prosperen y se afirmen también filones de cultura que no están ligados a la vida y a las exigencias del complejo empresarial.

Estas implicaciones demuestran que más allá de un cierto límite la escogencia del régimen de las empresas asume las mismas características fundamentales de la sociedad e implica una decisión que no atañe ya a la economía, sino que es política en un significado completo e integral. Y como para todas las decisiones políticas, que presuponen valoraciones globales y previsión de efectos de duración indefinida, también para este caso existe incertidumbre y criterio subjetivo sobre todo: sobre las razones para preferir uno u otro tipo de sociedad, es decir, de vida individual y colectiva, sobre la procedencia de las previsiones, sobre los límites mismos en que una generación deba asumir la responsabilidad o los sacrificios por hechos que afectarán seguramente sólo a las generaciones futuras. Y existe también el riesgo de que las mismas transformaciones provocadas por los sistemas productivos inviertan las posiciones: si resultan exactos los cálculos de futurización según los cuales en los países de desarrollo industrial más elevado (es decir, precisamente en los países que adoptan hoy el régimen privatístico de las empresas) los días dedicados al reposo superarán, al final de este siglo, a los dedicados al trabajo, es posible que una mayor autonomía de la cultura y formas más complejas y diversificadas de civilidad lleguen a ser precisamente una característica de estos países y que, como en una espiral, después de un fatigoso esfuerzo la sociedad retorne a sus orígenes, pero en posiciones más elevadas y conscientes.

45. De lo que se ha venido exponiendo pueden extraerse conclusiones diversas, en distintas direcciones.

Puesto que la adopción de uno u otro instituto jurídico influye, a menudo de manera relevante, sobre el rendimiento de las empresas y, en consecuencia, también sobre el de los sistemas económicos en su conjunto, resulta en primer lugar que en las elecciones de política económica, en las previsiones programáticas, en las indagaciones sobre los desarrollos futuros de cada sistema económico y en el planteamiento de las teorías económicas mismas, es imprescindible la consideración de los institutos jurídicos concretamente utilizados, o hipotizados como presentes, y de su probable rendimiento. Lo cual debe conllevar también la conciencia de que determinados resultados o promedios de rendimientos que estamos habituados a considerar como obvios o normales en referencia a ciertos

sujetos o sistemas (por ej.: en las sociedades por acciones, de los capitalistas en general, de las sociedades americanas, de los temas económicos con base privatística) constituyen en la realidad el fruto de institutos jurídicos específicos y no se producirían si estos institutos fuesen modificados o eliminados, así como podrían producirse aún en otros ambientes si se adoptaran aquellos mismos institutos jurídicos.

En resumen: el resultado económico de una empresa o de un sistema global depende no sólo de la cantidad y calidad de los factores disponibles —capacidades laborativas y gerenciales, materias primas, maquinarias capitales—, sino también del modo en que estos factores están organizados, esto es, de la cualidad y del tipo de régimen de Derecho de las que depende esta organización.

Esta primera constatación confirma que Derecho privado y Derecho público, disciplina privatística y publicística de los actos de los sujetos, de los bienes, de las relaciones con terceros, de los controles, son y no podrían no ser considerados otra cosa que simples técnicas de organización: esta afirmación constituyó el punto de partida de esta indagación y constituye a la vez su punto de llegada; un examen analítico, conducido con referencia a los correspondientes aspectos de la organización de la empresa, ha demostrado que en este organismo, en línea de principio, los institutos de uno u otro tipo pueden ser manejados indiferentemente. En esta materia no rigen principios absolutos, derivados de la naturaleza de las cosas, de la calidad de los hombres, de la fuerza imperativa de la razón; no existen conexiones necesarias entre institutos y particulares tipos de sujetos o de bienes. De modo que también el Estado y con él los sujetos públicos, puede utilizar para sus bienes, para las organizaciones que de él dependen, para los actos relativos a éstas, los institutos de Derecho privado, al igual que cualquier otra persona de Derecho. Entonces, el criterio para dar preferencia a uno y no a otro instituto no puede ser sino el del rendimiento, es decir, de que responda a lo que con él se pretende obtener.

A este respecto ha sido determinado para las empresas un objetivo preciso: el de la economicidad, que podría ser descrito también como eficiencia de la gestión. Es un objetivo consagrado expresamente en las legislaciones positivas. Y es un objetivo respecto al cual los institutos privatísticos, puestos frente a los corres-

pondientes institutos publicísticos, dan un rendimiento indudablemente mayor. Adecuación, flexibilidad, reducción de los tiempos, maximización —en definitiva— en el uso de cada factor productivo, son las características de la empresa que se habilita para operar en régimen privatístico.

La economicidad de la gestión de las empresas no es, sin embargo, el único objetivo posible: la economicidad puede ser referida, además que a la empresa, al sistema en su conjunto, y este desplazamiento de horizontes ya por sí mismo es suficiente para modificar los cálculos de rendimiento. Hay además otros intereses específicos que pueden ser considerados merecedores de salvaguardia, y cada uno de ellos puede requerir, o mejor dicho, normalmente requiere, la intervención de disciplinas publicísticas.

Por tanto, la construcción de los institutos concretos deviene obra compleja: lo privado y lo público pueden y deben ser oportunamente dosificados según las particulares y específicas exigencias a satisfacer. Cuando se dijo que institutos de Derecho público y de Derecho privado no son otra cosa que técnicas organizatorias, se abrió así la vía para sus posibles combinaciones; existe una amplísima gama de relaciones respecto a las cuales lo público y lo privado no se encuentran nunca, por así decirlo, en estado puro, y respecto a las que el problema concreto no consiste en utilizar lo público o lo privado, sino cuánto de uno u otro, y cuáles institutos de uno u otro tipo, y de qué modo enlazarlos y organizarlos operativamente.

Por otra parte, en las indagaciones realizadas Derecho público y Derecho privado, así como sus relativos institutos, fueron entendidos en el sentido de esquemas amplísimos, como por lo demás se advirtió oportunamente. Pero la organización concreta está hecha no sólo de visiones de conjunto sino también de soluciones específicas y de detalles; y los detalles, tanto como las líneas fundamentales del organismo, deben ser atendidos en sus particulares y concordados con el todo. En cuanto al grado de complejidad, los más relevantes institutos jurídicos, ante todo el Estado en su conjunto, y luego la organización constitucional, la disciplina del sistema económico, el régimen jurídico de las empresas, etc., pueden compararse a las potentes astronaves que llevarán a los hombres a la Luna, con la dificultad adicional de que para las astronaves

el objetivo puede ser ubicado exactamente en el espacio con referencia a un momento preciso, las construcciones sociales no tienen elementos que no sólo son por naturaleza constantemente cambiantes, sino que se modifican entre otras cosas por efecto del organismo unitario que concurren a integrar. Y como no puede pensarse en dejar partir una nave espacial antes de que todos sus mecanismos estén listos, del mismo modo, una sola parte de un mecanismo jurídico, aún aparentemente secundaria, si no está bien construida puede alterar el rendimiento conjunto y hasta puede provocar valores negativos en vez de los positivos que se esperan. Todo esto significa que no se puede confiar sólo en los resultados de las esquematizaciones generales, y que el rendimiento concreto depende no solamente de la elección de este o aquel instituto, sino del modo en que éstos serán regulados en sus detalles y ligados unos a los otros en una coherente visión de conjunto. De la complejidad de este trabajo se ha tenido una prueba en el hecho de que la esquematización misma, para no permanecer totalmente abstracta, ha debido tomar en cuenta las combinaciones posibles y ponerse a ilustrar series alternativas de desarrollo. Pero ni siquiera donde la esquematización ha sido más analítica deben surgir engañosas ilusiones.

En esta materia las soluciones concretas son sólo las que derivan de la consideración precisa de los objetivos y de elección cuidadosa de los institutos que, una vez precisamente disciplinada su configuración y sus conexiones, y adecuadamente dosificadas pueden servir mejor para alcanzar dichos objetivos, dadas las condiciones en las que los organismos que se crean tendrán que operar. En definitiva, toda solución es sustancialmente nueva y única, por lo que debe insertarse en un ambiente económico, social y jurídico que aún cuando pueda parecer similar, no es jamás idéntico al de otras épocas y otros países. La única función de la esquematización, así como del análisis comparativo, es entonces la de indicar las características fundamentales de los materiales que están disponibles que hipotéticamente pueden utilizarse en sus variadas combinaciones; nada más.

Estas observaciones acentúan entonces todavía más el carácter técnico de las construcciones jurídicas. Pero indican también cuál es el límite de este planteamiento. Un problema puede consi-

derarse de carácter técnico mientras los objetivos estén claramente prefijados y determinables, esto es, concretamente, cuando exista un metro seguro con base en el cual valorar el rendimiento de las soluciones experimentadas y de las nuevas que se proponen (ej.: economicidad de la gestión de las empresas). Pero si por su amplitud o sus implicaciones —que a la larga no dejará de producir— la solución deberá incidir sobre los mismos objetivos de los cuales se ha partido, es decir, sobre aspectos del cuadro general que se había convenido mantener intactos, el asunto sufre una mutación cualitativa y adquiere carácter político, debiéndose considerar política toda decisión que concierna a los fines mismos que deben ser perseguidos.

Por lo que atañe al régimen jurídico de las empresas, la mutación cualitativa puede relacionarse aproximadamente con una fase cuantitativa, esto es, con el momento en que se modifiquen las relaciones de prevalencia entre lo público y lo privado. La adopción prevalente del régimen privatístico para las empresas (manteniendo su pertenencia al Estado) en un sistema empresarial, regido hasta el momento sobre base publicística, provocaría con seguridad influencias en el régimen constitucional de los ciudadanos y de los bienes, sobre las características de la cultura, sobre la forma misma de civilización. Otro tanto ocurriría sobre todas las empresas de un sistema con base privatística si fueran sometidas a una disciplina administrativística analítica. De manera que la decisión final sobre la oportunidad de disponer transformaciones de este tipo escapa a la mera evaluación técnica y presupone una consciente decisión política.

Si estas observaciones son exactas, sobre la base de la experiencia puede hoy realizarse una transposición en términos más amplios que los de las fórmulas marxistas. No es la propiedad, sino más bien el régimen jurídico escogido para la utilización de los medios de producción, lo que condiciona la cultura y, en definitiva, la civilización misma de una colectividad. Marx se refería razonablemente a la propiedad del individuo privado porque éste era el instituto sobre cuya base se fundaba el régimen organizativo de las empresas en la primera fase de desarrollo de la era industrial.

La indagación formal está hoy en posibilidad de demostrar que las consecuencias que Marx examinaba se producen también

si la propiedad no es del particular, sino de sujetos colectivos, y que estas consecuencias no dependen sólo de la propiedad, sino del conjunto de institutos jurídicos privatísticos utilizados. Por esto es necesario referirse al régimen jurídico global al que está confiada la utilización de los medios de producción. Los medios de producción de que dispone una colectividad, permaneciendo invariable su composición cuantitativa y cualitativa, determinan un diverso tipo de civilización cuando sean utilizados por medio de técnicas organizatorias diversas.

En el momento en que un dato asumido como necesario y necesitante (propiedad del particular) es sustituido por otro que conlleva soluciones alternativas (régimen jurídico) el sentido global del planteamiento se invierte, puesto que se demuestra que es la misma colectividad, al escoger las formas de su propia organización, la que condiciona y tal vez determina su civilización futura.

LOS DISTINTIVOS DEL COMERCIANTE Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA*

Prof.: BORIS KOZOLCHYK
OCTAVIO TORREALBA

I. Introducción: La Hacienda, El Establecimiento, Los Distintivos y La Competencia Desleal.

Entre los bienes que han adquirido mayor importancia dentro del establecimiento mercantil contemporáneo, se hallan los llamados "distintivos" del comerciante, es decir aquellos símbolos que, como los nombres y marcas, sirven para identificar al comerciante y sus productos. Estos distintivos, al igual que las patentes que amparan el derecho a producir y distribuir determinados bienes en forma monopolística, constituyen el objeto de una rama del derecho mercantil denominada "derecho industrial" o "derecho de la propiedad industrial", en la cual se estudian tanto los procesos de adquisición de los distintivos y patentes como su protección.⁽¹⁾

Naturalmente, en un curso elemental de derecho mercantil, como éste, no hay campo para un estudio detallado del derecho industrial. Sin embargo, dada la importancia de esta materia, se hace necesario examinar, aunque sea en forma somera, algunos de los principios generales que la caracterizan, lo mismo que estudiar las reglas que tipifican a algunos de los sistemas legislativos más

* Este trabajo es parte del Capítulo II del *Curso de Derecho Mercantil - Texto y Material de Estudio*, obra en cuatro tomos que será editada próximamente.

(1) Así, según GHIRON, "La materia que forma objeto del curso de Derecho Industrial, es comúnmente conocida con los títulos siguientes: represión de la competencia desleal; disciplina de la hacienda; de los nombres, de la firma, de las enseñas, de las marcas y signos distintivos; disciplina de las invenciones industriales, de los diseños y modelos y correspondientes privilegios; derecho de autor" (MARIO GHIRON, *CORSO DI DIRITTO INDUSTRIALE*, T. I., p. 15 (Roma, 1935)). El estudio de los derechos de autor, según otros autores, no forma parte del derecho industrial por no ser inherente al ejercicio de la actividad de un establecimiento industrial o comercial. Véase a LEDESMA, JULIO C., *EL DERECHO INDUSTRIAL*, págs. 38 y sigs. (Buenos Aires, 1953); e ISIDRO SATANOWSKY, *DERECHO INTELECTUAL*, Tomo I, págs. 35 y sigs. (Buenos Aires, 1954).