

LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y EL ESTADO (ALGUNAS PUNTUALIZACIONES JURÍDICAS Y PRÁCTICAS)

SUMARIO: 1. *Preámbulo*. 2. *Evolución de las funciones del Estado*. 3. *Instrumentos jurídicos para que el Estado asuma la gestión económica*. 4. *Diferentes situaciones que pueden determinar la gestión del Estado*. 5. *Criterios del Estado gestor en su explotación*. 6. *Formas prácticas mediante las cuales el Estado asume una gestión que se halla en manos de particulares*. 7. *Inconvenientes de la constitución de empresas públicas como sociedades de derecho privado*. 8. *Las empresas públicas y la unidad del Estado*. 9. *Algunos criterios que encauzan hacia una solución*.

1. *Preámbulo*

Las empresas públicas son instituciones jurídicas de muy reciente aparición, su estructura se debe casi enteramente al empirismo de sus creadores. Es necesario que el derecho aborde un profundo estudio de ellas con el objeto de conocer mejor su origen, naturaleza y finalidad, como manera de buscar para ellas un régimen jurídico más racional, estable y ajustado a sus características. En esta ponencia se precisan algunos de los hechos que pueden servir como elemento de juicio para una tarea como ésta, se exponen críticas a algunas prácticas muy difundidas y se concluye por poner en discusión la estructura que hoy se asigna a tales empresas en la mayor parte de los países.

2. *Evolución de las funciones del Estado*

En menos de setenta años el mundo occidental ha pasado del concepto de Estado prescindente (algunos lo denominaron Estado gendarme), ocupado sólo del orden público, de las relaciones políticas internacionales y de la solución de los conflictos interindividuales, conforme al cual resta como mero espectador de las actividades privadas sociales y económicas, al concepto de que el Estado necesita asumir una positiva injerencia en el impulso y desarrollo de estas últimas, con miras a en-

caminarlas hacia el bienestar general y de las grandes mayorías nacionales.

Esta injerencia estatal puede darse en dos grados diferentes: a) estímulo a la educación, protección de la salud pública y promoción de la seguridad social (seguridad contra la miseria, el desempleo, la ancianidad); b) intervención en las actividades económicas mediante planificación, reglamentación y fiscalización de ellas y, en algunos casos asunción directa de las actividades de producción y de distribución de bienes o servicios.

Lo primero corresponde al modelo de Estado benefactor (*Welfare State*) que se ha impuesto predominantemente en los países altamente industrializados; lo segundo atañe al Estado denominado interventor o gestor, y es propio de la mayor parte de los Estados en vías de desarrollo, según diversos grados de intensidad.

Todo ello supone, desde un punto de vista jurídico, un notable incremento de las funciones propias del Estado. A las funciones originales, muy limitadas por los principios liberal-individualistas, suceden muchas otras que exigen una clara comprensión de lo que es y lo que debe ser la economía nacional y de las medidas apropiadas para alcanzar su máximo desarrollo y, como consecuencia de él, el mayor bienestar de toda la población.¹

Nuestro tema está reducido a aquellos casos en que el Estado toma a su cargo directamente la gestión de actividades de producción y de distribución de bienes o servicios, para lo cual establece las denominadas empresas públicas.

3. Instrumentos jurídicos para que el Estado asuma la gestión económica

Dentro de un mundo en el que originalmente las actividades de producción y distribución de bienes y servicios han estado a cargo de los particulares, la constitución de empresas públicas puede corresponder a cualquiera de estas tres opciones:

¹ Este incremento de las funciones del Estado atrae censuras de los juristas tradicionales. Tal es el caso de Ripert G., en *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, París, 1946, pp. 211-212, y en *Le declin du droit*, París, 1949, pp. 60-62. Otros criterios más abiertos como los de Friedmann, Wolfgang *El derecho en una sociedad en transformación*, México, FCE, 1966, pp. 107, 122, 128, 140; 141; 407, 430, 495 y 504, lo comprueban objetivamente como una realidad irreversible.

a) se trata de actividades económicas que los particulares no han asumido aún (como podría ser la explotación del uranio, desconocido hasta hace pocos años);

b) se trata de actividades económicas que ya están desarrollando los particulares y que éstos aceptan que asuma en el futuro el Estado;

c) se trata de actividades económicas que ya están desarrollando los particulares y que éstos se resisten a ceder al Estado, por estimarlas de gran conveniencia para sus intereses propios.

En el primer caso, el Estado no va a tener grandes problemas para tomar a su cargo tales actividades, por mucho que ellas despierten las apetencias de empresarios privados, con tal que el ordenamiento jurídico vigente admita su gestión y contenga normas legales que permitan reservar al Estado dichas actividades. Una variante se presentará en el caso de que el Estado y los particulares convengan en compartir esas actividades en el futuro; en tal situación no habrá dificultades.

El segundo caso podrá regirse sin inconvenientes por las vías normales que ofrece el derecho privado, pues existiendo acuerdo entre el Estado y los empresarios particulares, podrán concertar un traspaso al Estado de las actividades económicas y de los bienes necesarios para su desarrollo, ajustándose a los contratos de uso común, principalmente la compraventa. Cuando por estas vías ordinarias el Estado adquiere bienes y derechos que le permiten tomar a su cargo una empresa o un grupo de empresas ya establecidas, puede hablarse con toda propiedad de una estatización.²

En el último caso antes señalado, la potestad soberana del Estado —supuesto que su régimen jurídico admita que él se haga cargo de esas actividades económicas— no puede verse limitada por la oposición de los particulares; pues le está permitido supeditar esta oposición acudiendo a una nacionalización. Entendemos por nacionalización:

un acto gubernativo de alto nivel, destinado a un mejor manejo de la economía nacional o a su reestructuración, por el cual la propiedad privada sobre empresas de importancia es transformada, de una manera general e impersonal, en propiedad colectiva y queda en el dominio

² El concepto de estatización no ha sido fijado de manera generalmente aceptada en la ciencia jurídica. A nuestro juicio, debe aplicarse a aquellos casos en los que el Estado se hace cargo de empresas particulares para continuar su explotación, sin usar de su poder público, sino mediante una libre convención celebrada con los propietarios.

del Estado (bien sea directamente bien sea a través de órganos especiales que lo representan) a fin de que éste continúe la explotación de ellas según las exigencias de interés general.³

La nacionalización no supone necesariamente una organización socialista de la economía, pues ha sido aplicada también en regímenes capitalistas modernos y en democracias sociales como medio para que el Estado obre en calidad de productor o distribuidor de bienes o servicios en ámbitos más o menos limitados, pero de una gran trascendencia para la reorganización de la economía.

La reserva, la estatización y la nacionalización de actividades económicas o de empresas constituyen, pues, los principales instrumentos jurídicos especializados para que el Estado entre al campo directo de la gestión económica.

4. *Diferentes situaciones que pueden determinar la gestión del Estado*

Existen razones muy variadas que pueden determinar al Estado a tomar a su cargo las actividades económicas indicadas.

Hay casos en los que los particulares no se interesan por asumir la explotación de una determinada actividad de producción o de distribución de bienes o servicios, bien sea porque estiman que no existen las circunstancias o apoyos necesarios para llevarla a cabo, bien sea porque no la consideran suficientemente remunerativa. Si el Estado la tiene por indispensable para las necesidades nacionales, habrá de hacerse cargo de ella. Pensemos, por ejemplo, en un ferrocarril cuya explotación arroja pérdidas, pero que es el único medio de comunicación para una región del país.

Otras veces se trata de empresas que en opinión de los órganos del Estado no deben quedar a cargo de particulares por razones superiores de interés nacional (como podrían ser fábricas de armamento).

En oportunidades el Estado desea tomar a su cargo ciertas actividades altamente redituables, como medio de mejorar sus recursos financieros, como sucede en algunos países con el comercio de tabaco (para el cual suele constituirse un estanco).

³ Es la definición que presentamos en nuestras obras: *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional*, México, FCE, 1974, p. 50; *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros*, México, UNAM, 1976, p. 26, y "La nacionalización en su aspecto jurídico", *Derecho económico internacional*, México, FCE, 1976, p. 138.

Cuando el Estado se propone asumir ciertas actividades económicas de reconocida importancia para la mejor ordenación o progreso de la economía nacional conforme a las necesidades colectivas, es decir, cuando el Estado decide asumir él mismo ciertas actividades económicas relevantes porque con ello entiende cumplir con su moderno deber general de velar por el bienestar económico de todo el país, sin que medien esas razones menores y concretas que se han señalado en los casos anteriores, puede hablarse más propiamente de una estatización o de una nacionalización, según se proceda en forma voluntaria o forzada.

Sin embargo, en todos esos casos corresponde constituir empresas públicas que organicen y desarrollen en el futuro las actividades por cuenta del Estado, salvo que, en situaciones que la práctica demuestra como excepcionales, el Estado resuelva operar en forma directa mediante la utilización de un servicio u oficina ya existente en su administración pública o que se cree especialmente dentro de ella para el fin. Con esto tenemos planteadas las dos formas en que el Estado puede asumir la función gestora en algunos sectores de la economía, que son: la creación especial de las empresas públicas necesarias o la utilización de la organización administrativa central del Estado.

5. *Criterios del Estado gestor en su explotación*

Ya está dicho que el Estado toma a su cargo la explotación de actividades económicas frecuentemente con el fin de cumplir su función de tutoría de los intereses generales de la nación. Pero aun admitiéndolo así, es posible concebir que en razón de las ideas económicas prevalecientes en el seno de los órganos del Estado, se adopten criterios diversos en lo que se refiere a cada negocio en concreto.

Pues podría ser que el Estado, pese a haber asumido la empresa o el grupo de empresas con miras al beneficio general de la economía del país, se proponga que su gestión le arroje ganancias. Así como podría ocurrir también que la importancia que le asigna a su alta misión de velar por el bien común lo llevara a realizar una explotación de la que esperara tan solo un balance equilibrado de ingresos y egresos, sin aspirar a utilidades como lo hace un empresario privado. Y hasta podría suceder que el sentido que atribuya a aquella alta misión lo llevara a asumir la gestión o a perseverar en ella aun en el entendido de que los ejercicios venideros podrían arrojar pérdidas.

Fácil es advertir que una propensión en uno u otro sentido será determinada casi siempre por el criterio ideológico imperante. Los que

equiparan este tipo de actividades del Estado a las de los empresarios privados, tendrán por desastrosa una gestión que no produzca utilidades. Por el contrario, quienes otorguen primacía a las altas funciones del Estado como promotor del bien común, tenderán a considerar un tanto secundaria la falta de ganancias, con tal que la gestión estatal cumpla adecuadamente aquéllas.

6. *Formas prácticas mediante las cuales el Estado asume una gestión que se halla en manos de particulares*

Cualquiera que sea el instrumento jurídico que el Estado emplee para quedar en condiciones de asumir una gestión de empresas o de un grupo de empresas, se presentan varias vías operativas diferentes en cuanto al objeto al cual ese instrumento va a ser dirigido, en los casos en que se trata de adquirir empresas privadas ya establecidas.

Partimos de la base de que la empresa es un concepto económico y no jurídico.⁴ Ella es una unidad económica que incluye los bienes materiales necesarios para llevar a cabo la actividad, los elementos humanos que la desarrollan técnica y materialmente y los conocimientos necesarios para cumplirla.⁵ Lo que predomina en una empresa son los medios materiales e inmateriales de cualquier clase, destinados al cumplimiento de una finalidad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios. Pero en la mayor parte de las legislaciones este concepto, tan primordial en las sociedades actuales, no existe en tanto concepto jurídico, por lo que tampoco existe una universalidad de bienes materiales, inmateriales y personales, derechos y obligaciones que integren un conjunto que pueda ser, como tal, su objeto jurídico.

A pesar de ello, es tan pujante y fuerte la realidad, que los juristas se ven obligados a usar la noción de empresa en sus aplicaciones de la ley.

Esto explica que algunos piensen que una nacionalización o una estatización deben tener como objeto propio una o varias empresas privadas, cada una de ellas considerada como una unidad económica total.⁶

⁴ Cfr. Chenot, B., *Organisation économique de l'État*, París, Dalloz, 1965, p. 367, nota 18.

⁵ Cfr. Ripert, G., en su obra primeramente citada en la nota 1, pp. 14-16, 48-50, 142, 259, 261, 262, 274 y 275.

⁶ Chile nacionalizó en 1971 su industria extractiva del cobre haciéndose dueño de las respectivas empresas explotadoras. Al proceder así tomó a su cargo la parte correspondiente del pasivo de las empresas nacionalizadas.

Sin embargo, en la práctica, los Estados no han operado siempre así, sino que han utilizado también otras formas.

Pues si bien muchas veces han procedido adquiriendo, voluntaria o forzosamente, la empresa en su conjunto, otras han preferido adquirir todas las acciones de la sociedad que daba su revestimiento jurídico a la empresa, o las cuotas pertenecientes a cada uno de sus socios (si se trataba de una sociedad que no fuera por acciones).⁷

Y no han faltado casos en los que se han adquirido únicamente los bienes que forman el activo de la o las empresas, sin demostrar interés por sus demás elementos ni hacerse cargo de sus obligaciones.⁸ Esta última forma es apropiada para aplicarla cuando el Estado se interesa por tomar a su cargo solamente una parte de las actividades de una empresa o grupo de empresas, las cuales subsisten para la continuación de sus demás actividades.

El procedimiento de adquirir únicamente los bienes que forman el activo de la empresa se presta mejor para reestructurar la organización de la empresa en lo jurídico y en lo económico. En cambio, las adquisiciones de empresas en bloque (sea directamente sea tomando sus acciones) podría significar (aunque no necesariamente) el propósito de mantener la organización que tenían en manos privadas.

La adquisición por el Estado de todas las acciones o partes de una empresa organizada bajo forma de sociedad,⁹ normalmente conduce a la extinción de la sociedad, por reunión de todos los derechos en una sola mano.

7. Inconvenientes de la constitución de empresas públicas como sociedades de derecho privado

Desde que el Estado ha asumido funciones nuevas que le permiten hacerse cargo —entre otras cosas— de la gestión de empresas de pro-

⁷ Chenot, B., *op. cit.*, p. 367, nota 1, señala que esta forma se utilizó en Francia para la nacionalización del transporte aéreo, de los seguros y de las usinas Gnome y Rhone. También se utilizó en Chile, durante 1971 y 1972 para la estatización de la banca.

Es de notar que este procedimiento de adquisición de acciones o cuotas puede ser empleado también cuando se trata de constituir empresas mixtas, en las que participen el Estado y los particulares.

⁸ Así procedieron México, en 1938, al nacionalizar (pese a que la disposición correspondiente habló de "expropiar") la industria extractiva del petróleo y Venezuela, en 1975, al cumplir igual nacionalización.

⁹ Aunque lo que sucede casi siempre es que las empresas están constituidas como sociedades, no hay inconveniente para que existan también empresas que no revistan esa calidad jurídica por pertenecer a un propietario individual.

ducción y distribución de bienes o servicios,¹⁰ la ciencia jurídica debiera haber ideado instituciones y conceptos especiales que permitieran la realización práctica de esas actividades con las características propias que corresponden a una gestión estatal. No ha sido así, sin embargo.

Por esta razón las empresas del Estado o empresas públicas de muchos países han buscado cobertura dentro de las formas jurídicas establecidas para los negocios de los particulares, principalmente constituyéndose como "sociedades" del Estado.¹¹

Tales sociedades, estructuradas de acuerdo con las reglas vigentes en el derecho privado, simplemente disimulan la ausencia de formas jurídicas genuinamente apropiadas para una empresa pública y, como toda distorsión de una realidad, traen aparejados numerosos inconvenientes.

Para mostrar esos inconvenientes parece útil referirnos a la organización de las empresas petroleras del Estado en Venezuela, después de la nacionalización de 1975, la que podría presentarse como un ejemplo típico.

Por de pronto, la ley venezolana ha debido, imperiosa pero ficticiamente, autorizar la constitución de sociedades anónimas constituidas por un solo socio, el Estado. Además, en las sociedades anónimas admitidas por este contradictorio mandato, todo es irregular. La dirección y administración están encargadas a una asamblea de socios y la jefatura a un directorio que aquélla designa, suponiéndose una pluralidad de sujetos jurídicos que no existe, desde que todos los que en ella intervienen actúan y obran en nombre del socio único. Estas sociedades son calificadas como "mercantiles", siendo que a través de ellas se cumple una alta función estatal justificada por consideraciones de conveniencia colectiva y no por el afán egoísta de una utilidad. Artificiosamente, pues,

¹⁰ El artículo 97, apartado segundo, de la Constitución de Venezuela permite expresamente al Estado reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público, por razones de conveniencia nacional, y señala una aspiración a que se cree y desarrolle una industria pesada básica bajo el control del Estado.

¹¹ Las empresas nacionalizadas del cobre se constituyeron en Chile como cinco empresas estatales organizadas bajo la forma de sociedades colectivas compuestas por la Corporación del Cobre y la Empresa Nacional de Minería, ambas entidades estatales con personalidad y patrimonio jurídico propio. Ello fue así por exigencias legales impuestas por la oposición al gobierno del presidente Allende, cuyo propósito original era diverso. Ver nuestra obra *La batalla por el cobre*, Santiago de Chile, Editorial Quimantú, 1972, pp. 128, 140-144, 367, 467 y ss.

En Venezuela las empresas petroleras del Estado se constituyeron como sociedades anónimas, no obstante que en virtud de la ley correspondiente se dejaba libertad al Ejecutivo para buscar las formas jurídicas más convenientes.

se finge la existencia de una sociedad que no existe y de un funcionamiento sobre la base de varios sujetos que es imposible. Por añadidura se califica el acto con una designación incompatible con la naturaleza del Estado.

Todo se basa, por consiguiente, en ficciones y supuestos falsos, únicamente por no haber establecido una empresa pública con características propias, adecuadas a su real naturaleza.

8. *Las empresas públicas y la unidad del Estado*

Es indudable que el brusco ensanchamiento de las funciones del Estado, ocurrido en las últimas décadas, ha rebasado por entero los moldes jurídicos tradicionales. Por otra parte, los científicos del derecho no han proporcionado aún los nuevos moldes jurídicos apropiados para solucionar jurídicamente la insuficiencia. Por ello es que podemos agregar una crítica más de fondo que la que efectuamos en la sección precedente.

Apremiado el Estado por la urgencia de encontrar las vías oportunas para desarrollar sus nuevas funciones, siempre inaplazables desde el punto de vista de las conveniencias colectivas, ha debido ceñirse a creaciones jurídicas un tanto improvisadas, que si bien satisfacen la necesidad del momento, no parecen haber sido meditadas suficientemente con una proyección a lo permanente y definitivo.

Es así como en el campo del derecho administrativo han proliferado entidades jurídicas nuevas que, con nombres diversos, se sitúan en la periferia del Estado tradicional (el cual va perdiendo con ello su fuerte unidad jurídica) como entidades públicas autónomas o descentralizadas.

Estas entidades se caracterizan por deber su existencia a la voluntad del Estado, por tomar a su cargo funciones nuevas que a éste le toca asumir y, generalmente, por recibir de aquél todos sus elementos, medios y bienes; no obstante, aparecen a la vida del derecho como entes relativamente autónomas, provistas de una personalidad jurídica diferente de la del Estado y con patrimonio separado. Dentro de este conjunto amplio caen, por cierto, las empresas del Estado.

Naturalmente, esto no sucede así por puro capricho y pueden darse razones, algunas de ellas valiosas, para justificar la creación de estos verdaderos satélites que aparecen alrededor del Estado central.

Una personalidad jurídica propia puede ser necesaria para asignar a la entidad estatal una mayor libertad de actuación, en relación con la que tiene la administración central del Estado, tradicionalmente so-

metida a controles, restricciones y responsabilidades que retardan o cifien excesivamente el curso de sus realizaciones. Una separación de patrimonios puede explicarse por la necesidad de llevar una cuenta separada de los resultados financieros de esa determinada entidad. Su relativa autonomía en cuanto a la dirección, podría presentarse como conveniente para evitar que la política partidista o la periódica renovación de criterios políticos propia de las democracias, no interfieran en la conducción de actividades que muchas veces requieren de planes a largo plazo o tienen un sentido técnico o exigen conocimientos especializados o una experiencia que no dan una simple adhesión partidista, caso en el cual se hallan posiblemente todos los entes que se relacionan con las actividades económicas y, en particular, las empresas públicas.

Lo cierto, sin embargo, es que las dificultades que se trata de salvar por ese camino ni se resuelven en la práctica acudiendo a la figura jurídica de las entidades dotadas de autonomía (puesto que no obstante todos los propósitos, la política partidista influye dentro de ellas, por lo que la dirección autónoma resulta más aparente que real) ni aparecen resueltas tampoco con la estructura jurídica que se atribuye a dichas entidades.

En efecto, podríamos imaginar sin tropiezo alguno una alteración de los principios excesivamente rigurosos que rigen hasta ahora las tareas de la administración pública para aquellos casos en que se trate de funciones que requieren de una mayor discrecionalidad y holgura, sin que ello significara llegar al extremo de crear organismos exorbitantes situados en esa extraña forma de supuesta independencia. Y podrían establecerse para las oficinas encargadas de atender estas nuevas funciones del Estado patrimonios de afectación, consagrados hoy jurídicamente, para dejarlos menos al alcance de decisiones parlamentarias improvisadas o de restricciones que pudieran retardar su actuación oportuna so pretexto de fiscalización debida; todo ello sin originar una escisión bastante ficticia entre un único Estado, que se presenta con su rostro despejado dentro de la administración central, pero que se lo cubre con la máscara de un ente descentralizado cuando se trata de empresas públicas o de otros organismos estatales semejantes.

Una concepción unitaria e integrada de todos los brazos e instrumentos de acción del Estado, estructurada sobre la base de una administración pública única y centralizada, nos parece la que mejor asegura la eficiencia administrativa, el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles y, en especial, la identidad final de metas y de objetivos dentro de la acción común. Son esta unidad e integración del Estado las que se quiebran con la aparición de las entidades autónomas.

9. *Algunos criterios que encauzan hacia una solución*

Evidentemente el problema es abstruso y de difícil solución. Evidentemente no tenemos la audacia de señalar su solución. Sin embargo, manteniéndonos dentro de la posición de juristas, que es la que nos corresponde, podemos insinuar algunas ideas que, con el apoyo de las que otros puedan aportar, facilitarían el hallazgo de una solución satisfactoria.

Concretándonos a las empresas públicas, que sin ser las únicas son aquellas en que las dificultades parecen ser mayores, podemos señalar:

a) Una de las exigencias indispensables para una actividad económica como las que ellas atienden, es que gocen de una amplia discrecionalidad en el manejo de sus operaciones, discrecionalidad que no es una característica de las atribuciones de los órganos administrativos ordinarios del Estado. Sin esa amplitud de posibilidades de decisión y acción, una empresa pública o privada, puede ir al fracaso. Es indispensable, por consiguiente, pensar en una incorporación de las empresas públicas a la administración central del Estado, pero bajo condiciones de flexibilidad que aseguren la soltura, movilidad y fluidez requeridas para el manejo de sus operaciones.

b) Una exigencia propia de toda actividad estatal es que ella se enmarque dentro de planes generales del Estado, que se subordine a los criterios prevalecientes en las autoridades superiores y que los encargados de llevarla a cabo asuman responsabilidades públicas, que son las que corresponden a la naturaleza de su desempeño. Esto hace necesario conjugar esta disciplina con la discrecionalidad de que antes hablábamos, mediante reglas especiales, con el fin de restituir al Estado su unidad perdida.

El problema fundamental para la incorporación de las empresas públicas a la administración central del Estado radica, por consiguiente, en encontrar la ecuación armónica que equilibre la discrecionalidad con la disciplina y la responsabilidad, pero siempre con orientación a que cada una de aquéllas se sienta una parte de todo un complejo sistema que busca el bien de la colectividad por encima de todo.