

EMPRESA PÚBLICA Y SOCIEDAD ANÓNIMA DE ESTADO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Publicación de la actividad privada*. III. *Concepto de empresa pública*. IV. *Servicios públicos económicos, empresas descentralizadas, empresas nacionalizadas y sociedades anónimas de Estado*. V. *Sociedad anónima de economía mixta*. VI. *Conclusión (proyectos nacionales)*.

I. INTRODUCCIÓN

Un nuevo y fecundo campo de estudio e investigación nos ofrece ahora la extensa y vigorosa actividad económica del Estado. El camino que lleva andado ha provocado transformaciones profundas en la vida económica. Jamás se tuvo sospecha de que las actividades que el tiempo o la tradición —sobre todo bajo la égida del Estado liberal— habían reservado al dominio de los particulares fueran algún día actividades estatales. Mayúscula utopía resultaba pensar que el Estado pudiera transformarse en un empresario dedicado a producir o a comerciar o a emprender cualquiera actividad económica.¹ Los mismos vocablos empresa y empresario —conceptos económicos por excelencia— sólo servían últimamente al habla de comerciantes e industriales particulares.

Para regular jurídicamente las funciones del Estado y la actividad de los particulares se inventó el binomio: derecho público-derecho privado, cuya rigidez ha tenido más valor dogmático que práctico, pedagógico que científico. El derecho público era el derecho del Estado; un acto es-

* Publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XV, núm. 57, enero-marzo de 1965.

¹ Es contundente la veracidad de la frase escrita recientemente por Michel Drancourt, ante los hechos del mundo contemporáneo: “En todos los países industriales del mundo el Estado es el primer empresario. Su presupuesto y el presupuesto de las colectividades públicas alimentan una parte esencial de las obras”, *Les Clés du Pouvoir*, Francia, Fayard, 1964, p. 46.

tatal imponía una norma jurídica pública. El derecho privado era el derecho de los particulares, sus actos reclamaban normas jurídicas privadas.

Distantes de esas concepciones política y jurídica, las administraciones públicas modernas no se privan de incursionar en el campo de la economía, en la que muchas ocasiones se ven impelidas a actuar. Hoy es normal mirar al Estado, en especial al Poder Ejecutivo, ocuparse de ramas económicas vitales a la nación. Inclusive existe la obligación jurídica de intervenir, en los textos de las Constituciones y leyes fundamentales de los Estados contemporáneos. Queda en consecuencia totalmente desterrado de la vida actual el liberalismo, cuyos postulados o principios son un anacronismo al invocarlos y los reservamos más bien para el terreno puramente escolar.

Cultivando en horizontes económicos, el Estado se convierte en empresario, en accionista, adquiere otras inversiones. Realiza operaciones de comercio, invierte sus fondos en ramas industriales, produce y distribuye bienes, asume el papel de banquero y asegurador, construye, arrienda, etcétera. De aquí deriva o se forma el régimen económico intervencionista en que viven los Estados occidentales.

Bajo este clima de numerosa y compleja actividad económica de los Estados modernos, el derecho ha sufrido cambios importantes. Entre otros, el precitado binomio derecho público y derecho privado ha perdido totalmente su solidez para dar paso a la gestación de un derecho económico del Estado, que por igual asocia normas jurídicas de las dos ramas tradicionales del derecho, públicas y privadas. El derecho público no tiene el histórico monopolio de la actividad del Estado ni el privado la de los particulares. Ambos sujetos, Estado y particular, pueden ser objeto de las normas jurídicas calificadas de públicas y privadas, aunque sea en medida diferente.

Precisamente el Estado-empresario es quien rompe con aquellos moldes que por siglos lo ataron. Para ser empresario el Estado tuvo y tiene que someterse a las normas jurídicas propias a toda empresa: civiles y mercantiles, es decir, el derecho privado. Este sometimiento a normas de diverso orden es el camino obligado para dar respuesta oportuna y adecuada a las exigencias actuales en que se colocan los países de mayor o menor desarrollo económico. No sería posible que el Estado figurara como factor básico en el desarrollo económico del país si no acatará los dictados que impone y son propios de ese desarrollo. Pero pensamos em-

pero, que si bien es cierto que el Estado empresario o socio utiliza las normas del tradicional derecho privado, también lo es que esa practica ha dado origen a dos fenómenos cuyos alcances no se han recogido o pulsado en toda su extensión. Nos referimos desde luego a la privatización de la actividad del Estado y a la publicización de la actividad de los particulares.

En efecto ambos fenómenos son la consecuencia inmediata del intervencionismo económico del Estado en que vivimos. Uno y otros fenómenos íntimamente ligados producen, sin embargo, efectos distintos. La privatización de la actividad del Estado amplía la esfera de acción de éste. La publicización de la actividad de los particulares además de ampliar el radio de acción del Estado y de reducir la de éstos, minimiza el terreno en que ha venido actuando el derecho privado. Es decir, el primer fenómeno consiste en el uso de procedimientos o técnicas de derecho privado por el Estado para la realización de sus fines; en cambio, el segundo consiste en que los terrenos en que siempre habían cultivado sus relaciones jurídicas los particulares —sometidas al régimen del derecho privado— pasan ahora, a virtud del fenómeno, a formar parte de los terrenos en que cultiva sus relaciones jurídicas el Estado, sometidos al régimen de derecho público.² En este último podríamos recordar las palabras de Ripert, para quien el fenómeno se simplifica en la invasión del derecho público sobre campos reglamentados por el derecho privado.³

Creemos que ha sido el uso constante que el Estado ha venido haciendo de normas de derecho privado para cumplir con atribuciones económicas el que ha originado la publicización de la actividad particular, es decir, que el derecho público prive al derecho privado de materias que le estuvieron reservadas por mucho tiempo. Esto ha sucedido así porque son de tal manera complejas las tareas económicas del Estado, que en múltiples casos la norma del derecho privado no ofrecía cauces apropiados y por lo mismo se hace inevitable que nazca una norma especial que canalice aquellas labores económicas. De esta forma se ha producido una numerosa legislación administrativa de fuerte contenido económico.

² Nava Negrete, Alfonso, "Contratos privados de la administración pública", *Revisita de la Facultad de Derecho*, núm. 51, t. XIII, julio-septiembre de 1963, p. 704.

³ Ripert, G., *Declin du droit*, París, 1949, pp. 28 y ss.

II. PUBLICACIÓN DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

El receptor que ha experimentado las consecuencias de los fenómenos señalados es el derecho administrativo. Es verdaderamente inusitado el material que por motivos teóricos, técnicos o políticos el Estado ha incorporado a sus dominios. En el derecho civil, por ejemplo, el fenómeno de la publicización precitado ha dado vida a la frase: “régimen exorbitante de derecho común”. ¿Qué significa esto? Se trata de normas jurídicas que no son en pureza normas jurídicas civiles sino que por adoptar o poseer una fisonomía especial las hace salir de la órbita propia del derecho civil, en otras palabras, son normas jurídicas que en principio reconocen su fuente en el derecho civil pero que los hechos las han cambiado en normas de derecho público administrativo. Esto se pone de manifiesto en los contratos administrativos que están sujetos a normas o a principios distintos a los que rigen los contratos civiles, aun cuando adoptan aquellos principios que son comunes a todo contrato. Por ejemplo la compraventa que tradicionalmente se ha calificado de contrato civil puede transformarse en un contrato administrativo de suministro por la sola presencia de ciertas normas o cláusulas.

En el derecho mercantil el fenómeno se presenta más ostensiblemente. El nacimiento de la empresa pública y la práctica de nacionalizaciones son referencias bastantes para constatar que numerosas materias y leyes mercantiles hoy figuran como netamente administrativas. Hay casos por otra parte en que leyes mercantiles prohíjan normas administrativas: Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley Federal de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Ley de Instituciones de Seguros, etcétera; a veces leyes administrativas hospedan normas jurídico-mercantiles: Ley Federal de Turismo, Ley Forestal, Ley Federal de Radio y Televisión, Ley de Propiedad Industrial, etcétera. En ocasiones reina una verdadera confusión para calificar una ley como administrativa o mercantil, tal acontece por ejemplo con la reciente Ley de Navegación y Comercio Marítimos, la Ley de Fomento de Industrias Nuevas y Necesarias, la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, Ley de Crédito Agrícola, etcétera. Sin embargo, podemos afirmar sin titubeos que la tendencia en nuestro país es la de proliferar la legislación administrativa de contenido económico-mercantil.

Todo aquello nos autoriza a pensar que asistimos a la integración de un derecho mercantil administrativo ¿o bien de un derecho administrati-

vo mercantil? La colocación del adjetivo nos revelaría únicamente la tendencia del fenómeno, que como ya apuntamos, nos llevaría a sostener la creación del derecho administrativo mercantil. Empero, no aceptamos ninguna de las dos posiciones, creemos que esas leyes o normas jurídicas deben pertenecer exclusivamente al derecho administrativo o al derecho mercantil simple y llanamente. Es cuestionable y difícil, claro está, resolverse en uno u otro sentido, pero ese es precisamente el fenómeno o el problema por comprender o resolver.

¿Cómo se presentan estos fenómenos a propósito de la creación y funcionamiento de las empresas públicas, y en especial de aquéllas que se estructuran bajo la forma de sociedad anónima? La empresa pública es únicamente una de las formas de gestión económica del Estado, tal vez la más importante. Es a través de ella que el Estado produce bienes y servicios económicos, comerciales o industriales, emparentando con las empresas privadas.

Cronológicamente el procedimiento jurídico de la concesión fue el primer instrumento estatal para llevar a cabo actividades económicas. Lo que no niega que actualmente se le use pero ya no en la forma principal y única de antes. En la imposibilidad frecuente de armonizar el interés económico del concesionario y el interés público del servicio, se buscó una fórmula que conciliara mejor esos intereses y se halló concretamente en las llamadas sociedades de economía mixta. Estas sociedades surgen del interés que tiene el Estado en una empresa y no conformándose en vigilar su organización y funcionamiento entra a formar parte de la sociedad que la explota y así quedan asociados capital público y capital privado en el marco de una estructura de derecho común, que es la sociedad anónima. El Estado no solo vigilará y verificará la ejecución de la empresa sino que él mismo la dirigirá y ejecutará.

Sin desplazar el sistema de la economía mixta la administración moderna ha recurrido a procedimientos de gestión económica de derecho público. Destaca principalmente el de la descentralización por servicio, que en los diversos países que lo han adoptado presenta ciertas modalidades particulares. Es importante hacer notar que en las diversas legislaciones la descentralización por servicio se ha bautizado con distintos nombres o títulos. En Francia, por ejemplo, se habla de establecimientos públicos industriales y comerciales, de *regies* y de *societades nacionales*. En Estados Unidos e Inglaterra funcionan las *comisiones administra-*

tivas que mucho tienen de descentralización por servicio. En México se usan distintos vocablos, además de comisión y establecimiento, como institución pública descentralizada, servicio público descentralizado, patronato, fundación, junta, etcétera. Algo semejante acontece en España y en Italia.

Pero además de las confusiones que provocan tantos membretes ocultando verdaderos organismos descentralizados, por servicio, aumentan considerablemente el desacierto y el equívoco si constatamos que bajo el mismo rótulo se crean organismos de distinta naturaleza jurídica. Por ejemplo en Francia las *regies* y las sociedades nacionales por igual encubren un organismo descentralizado o una empresa de economía mixta. Sobre el particular, en México, reina mucho desorden. Bajo la idea de junta, patronato o fundación se crean auténticas asociaciones civiles u organismos descentralizados e incluso fideicomisos que han sido últimamente una de las formas jurídicas más usadas para destinar fondos públicos a fines determinados. Así se conjugan estructuras jurídicas, civiles, administrativas o mercantiles al amparo de un título que no es índice de nada. El desconocimiento exacto de lo que hace, ha llevado al legislador mexicano a establecer organismos de naturaleza jurídica doble y contradictoria. Así, el Banco Nacional de Crédito Agrícola y el Banco Nacional de Crédito Ejidal son por declaración de su Ley (Ley de Crédito Agrícola) organismos descentralizados, en cambio, por la forma en que se compone su capital se trata en rigor de sociedades anónimas de economía mixta. Por fin, ¿son instituciones públicas administrativas o privadas mercantiles?

Para llegar a determinadas soluciones o proposiciones acerca de la naturaleza administrativa o mercantil de la empresa pública y resolver si existen o no las sociedades anónimas de Estado, empecemos por saber qué encierra la expresión empresa pública.

III. CONCEPTO DE EMPRESA PÚBLICA

El maridaje de los dos términos que integran la fórmula empresa pública fue inconcebible para el liberalismo. Las actividades económicas o lucrativas reconocían el impulso único de la iniciativa particular, hecha empresa privada. Sin embargo, el desarrollo económico de los países y las experiencias últimas de nuestros días han probado plenamente que el Estado prospera y triunfa en su nueva tarea de empresario. Las necesida-

des públicas económicas nacidas fundamentalmente a causa de dos guerras mundiales comprometieron al Estado a iniciar trabajos que cumplieran el cometido de satisfacerlas. Para ello el Estado no tenía más que un camino a seguir: la empresa, consagrada y recomendada por la economía política para las tareas económicas. El Estado es pues originariamente, un empresario por la fuerza de las circunstancias. Es claro que hoy son motivos muy diversos los que le mueven para constituir empresas públicas. A veces razones de orden político dan vida a empresas públicas, tal ha sucedido con algunas nacionalizaciones practicadas en Francia, Italia, Alemania, Inglaterra, Cuba, República Árabe Unida, etcétera, que tras de privar de su propiedad a los particulares constituyen ese tipo de organismos. En ocasiones ni la política ni la fuerza de las circunstancias impelen al Estado a crear empresas públicas, son más bien motivos que calificaríamos de carácter “doctrinal” los que le convencen o persuaden.

La extensión y dominio de las empresas públicas sobre las ramas más heterogéneas de la economía nacional demuestran suficientemente dos cosas: su papel de factor decisivo y rápido en el desarrollo económico y la enorme y grave responsabilidad del Estado. No es exagerado decir que: “La generalidad del fenómeno muestra que la empresa pública es considerada en principio como el medio técnico de obtener la realización de planes coordinados en todas las naciones, es decir, el mejor resultado económico y social para un volumen dado de medios humanos, materiales y financieros”.⁴

¿Qué significado tiene el término empresa pública? Ante todo es una empresa como cualquiera empresa privada. Siendo así empecemos por saber qué es una empresa.

El vocablo empresa posee dos acepciones fundamentales: económica y jurídica. Sin embargo, históricamente la palabra empresa es de cuño eminentemente económico. Su connotación económica no ha presentado grandes dificultades y tal vez ninguna. En palabras, en más o en menos, por empresa se entiende la organización de los factores de la producción. Por el contrario el concepto jurídico de empresa ha encontrado serios escollos, entre otros destaca el uso continuo de sinónimos como negociación mercantil. Tanto en la doctrina como en la legislación, especialmente mercantil, hallamos diversas definiciones que se han ido agrupando en dos grandes corrientes: la empresa como organización o como actividad.

⁴ Delion, André G., *L'etat et les entreprises publiques*, París, Sirey, 1959, p. 13.

Barrera Graf por ejemplo define la empresa diciendo que es: “La organización de una actividad económica que se dirige a la producción y al intercambio de bienes o de servicios”,⁵ cuenta para el autor la idea de organización antes que la actividad misma. Mantilla Molina reconoce diferencias entre empresa y negociación mercantil; calificando a esta última como la manifestación externa de aquélla. Opta el autor por darnos un concepto de negociación mercantil, como el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósitos de lucro.⁶ Aun cuando textualmente no aparece la palabra actividad, es indudable que va implícita como fin a que se destinan las “cosas o derechos”.

Amén del uso de otros vocablos como establecimiento mercantil o fabril, casa de comercio, almacén, etcétera, en las leyes mexicanas es frecuente el empleo de los vocablos: empresa y negociación como sinónimos. El Código de Comercio tras usar en su articulado las ideas de empresa y negociación no llega a un concepto de ninguna. Dentro del sistema casuístico de su artículo 75 figuran como actos de comercio diversas modalidades de empresas, dando a entender que son actos de comercio los que se refieren a las empresas, pero ¿qué es empresa para este Código? La única definición que hemos encontrado —acerca de lo que es una empresa— en una ley vigente es la que señala la reciente Ley de Navegación y Comercio Marítimos (*Diario Oficial* del 21 de noviembre de 1963) en su artículo 127: “Se entiende por empresa marítima el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados para la explotación de uno o más buques en el tráfico marítimo”. Aun cuando no se trata de un concepto general, subyace en esa definición la idea de empresa, que luego vamos a encontrar en el proyecto de Código de Comercio de 1960. Efectivamente, en este proyecto, en el capítulo 1o. del título segundo, el artículo 598 reza: “Se entiende por empresa o negociación mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios”. En este concepto se acoge la práctica legislativa del uso indistinto de empresa o negociación mercantil. Indudablemente que definir una cosa es una actividad

⁵ Barrera Graf, citado por Mantilla Molina.

⁶ Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 5a. ed., México, Porrúa, 1961, p. 101.

que presenta serias dificultades, por ello mismo nos permitimos criticar aquella definición con la sola idea de contribuir a mejorarla, si es que estamos en lo cierto. Desde luego es un concepto profundamente económico y además no disimula el criterio tradicional para calificar la mercantilidad de los actos: la conducta reiterada con fines de lucro. El inconveniente que hallamos al concepto es incluir como elemento esencial la idea de lucro, pues pensamos que puede haber empresa sin lucro, como lo son precisamente muchas empresas públicas que obtienen resultados económicos pero sin perseguirlos como lucro. Es seguro que la empresa pública recoge más bien la idea de empresa económica que la de empresa mercantil. Por ello es que el régimen legal de las empresas públicas es más bien administrativo-económico que mercantil-económico. El lucro, motor de las empresas mercantiles privadas, es sustituido en las empresas públicas por el interés público.

De las pocas líneas dedicadas a saber qué es empresa llegamos a la conclusión que empresa es una actividad económica organizadora de diversos elementos, destinada a producir bienes o servicios. Pero si bien esta idea se aplica a lo que son las empresas públicas, en éstas domina más el concepto de organismo económico que de actividad económica. Como organismo económico la empresa pública coordinará una serie de elementos para cumplir su tarea de producir bienes o servicios.

Si ya sabemos que la empresa pública es un organismo económico y por lo mismo sometida a las normas del derecho económico, ¿qué alcance debemos dar a su carácter público?

Principiemos por declarar que ese carácter no deriva del régimen jurídico a que se someten, pues algunas se sujetan al derecho público y otras al derecho común o privado. No, el carácter público de las empresas públicas es resultado a la vez de la propiedad pública de los bienes que integran su patrimonio y del interés público al cual están afectados. No desconocemos que en muchos casos la personalidad jurídica de derecho público que el legislador atribuye a una empresa (organismo descentralizado, por ejemplo) es la causa misma de la cualidad pública de la empresa. Pero también conocemos numerosos casos en que la empresa pública posee una personalidad jurídica de derecho privado como sucede con las sociedades anónimas de economía mixta. Encontraremos empresas públicas con un régimen de derecho público y empresas públicas con un régimen de derecho privado, y seguramente otras que el régimen jurídico sea mixto en iguales o distintas proporciones. ¿Cómo

explicarse el carácter público de las empresas con régimen de derecho privado? Únicamente es posible si se recuerda o tiene presente que los bienes de tales empresas son propiedad pública y que se destinan a fines de interés público.

En conclusión,⁷ empresa pública es un organismo económico, coordinador de diversos elementos y bienes del Estado para producir bienes o servicios. Su carácter económico, que traduce la palabra empresa, exige su autonomía frente al Estado, pero la palabra pública debe traducirse en obediencia al Estado, quien la controlará y llevará su dirección. Con mucha razón Delion declara que: “La difícil misión del Estado es definir un equilibrio entre esos dos caracteres y de vigilar su mantenimiento”.⁸

La existencia de numerosas empresas públicas en casi todos los sectores de la economía prueba suficientemente la falta de sentido de aquella frase acuñada en el seno de la incredulidad: el Estado es un mal empresario. A medida que el Estado se ha ido sometiendo más fielmente a los métodos de la producción económica de las empresas privadas la creación de las empresas públicas ha quedado plenamente justificada.

Si hemos afirmado que el carácter público de estas empresas deriva de su función de interés público y de la apropiación estatal de los bienes que integran su patrimonio, obtenemos de aquí dos importantes consecuencias: el Estado es el propietario y director de las empresas públicas. De esta doble titularidad estatal y de ser un organismo económico procede el régimen jurídico especial de tales empresas. Parecería un contrasentido decir que como organismo económico se impone la aplicación del derecho común y como propiedad estatal es imprescindible la aplicación del derecho público. Pero no lo es, porque esto es precisamente lo que da unidad y originalidad a la noción de empresa pública: conciliar dos regímenes jurídicos en la realización de tareas económicas de interés público.

Balancar los dos regímenes y determinar el grado en que han de aplicarse a cada empresa es algo que no se ha resuelto en definitiva ni satis-

⁷ Después de discutir el proyecto de ley presentado en 1948 por el gobierno francés presidido por M. Queuille, la Comisión de Negocios Económicos de la Asamblea Nacional definió la empresa pública así: “La empresa pública es un organismo dotado de personalidad civil y de autonomía financiera al cual el Estado transfiere a nombre de la nación, la propiedad o la administración de una explotación comercial o industrial”, Connois, René, *La Notion. D’Etablissement public en droit administratif Français*, París, 1959, p. 190.

⁸ Delion, André G., *op. cit.*, nota 4, p. 14.

factoriamente por ningún país. Son varios los motivos que nos obligarían a pensar que el derecho común que regula las empresas privadas es el derecho económico que debe regir a las empresas públicas. No de otra manera se podría explicar porqué el Estado ha llegado a ser un buen empresario. En los países en que proliferan estas empresas se puede comprobar fácilmente que su funcionamiento se deja al dominio del derecho mercantil y del derecho civil. Sobre todo ese dominio se manifiesta en la gestión financiera y contable de las empresas públicas. Por ejemplo, el número y la celeridad de las operaciones, desprovistas de formalidades, que llevan a cabo sólo son posibles a través de los canales del derecho mercantil. El formalismo que revisten de ordinario las operaciones administrativas servirían más bien de dique que de cauce. La claridad y sinceridad en la descripción contable de sus actividades es condición a toda empresa que habita un clima que no soportaría presupuestos artificiales o falsos y desvíos económicos.

Pero si bien por su origen, por su vida interna, por el ambiente en que se mueve, porque dejaría de ser empresa, la aplicación del derecho común es esencial a las empresas públicas, es cierto también que él no absorbe todo su régimen jurídico. Efectivamente, las empresas públicas están sometidas a la tutela económica del Estado y ella les impone ciertas modalidades que modifican sus condiciones normales de actividad. Cuenta mucho que el Estado sea propietario de tales empresas y que el motor de su funcionamiento no sea el lucro de las empresas privadas sino el interés público de la función pública.

Aquellas modalidades, que apoyan la aplicación del derecho público a la organización o al funcionamiento de las empresas públicas, obedecen a dos factores o causas: a la propiedad estatal de los bienes de las empresas y al interés público del servicio económico que prestan. Es decir que esas modalidades consisten en imponer normas de derecho público a una empresa que se rige normalmente por el derecho común, atendiendo a las dos causas apuntadas. Entiéndase que esa aplicación es sólo parcial.

Hay empresas públicas que atienden un servicio público económico, y son las más numerosas, pero ello no niega que las haya también que no lo presten. Habrá además empresas que presten un servicio público económico con o sin aportación económica del Estado.

Los casos de empresas que sin aportación económica del Estado prestan un servicio público económico no son empresas públicas, pues como recordaremos el carácter público de estas empresas proviene de la concu-

rrencia de dos elementos: propiedad pública y actividad de interés público. Esto sin dejar de reconocer que en este tipo de empresas el régimen jurídico es de derecho común, principalmente, y de derecho público —en parte— en razón misma de la naturaleza del servicio que se presta. Respecto al manejo de estas empresas el Estado no tiene una auténtica tutela económica —que implica su dirección— sino un control o vigilancia derivados del ejercicio de sus facultades de policía económica, en atención a la actividad de interés público que se desarrolla. Bajo el mismo poder quedan aquellas empresas cuya actividad económica no es servicio público que interesa al Estado vigilar, sin importar inclusive que cuenten con alguna ayuda económica estatal —subsidio—, pues ésta no convierte al Estado en empresario o en accionista.

En cuanto a si las empresas públicas prestan o no un servicio público económico, ello es irrelevante para determinar su régimen jurídico. Es bastante que su actividad represente un interés público aunque no llegue a ser servicio público. No existe en consecuencia una relación obligada entre empresa pública y servicio público. Es inexacto decir que empresa pública es servicio público, y lo mismo que servicio público es una empresa pública. Por lo demás, la noción misma de servicio público económico es bastante contingente. A este tipo de servicios conocidos como servicios públicos industriales y comerciales debemos la llamada “crisis de la noción de servicio público” que preocupa a la doctrina contemporánea. En efecto, el servicio público económico ha abandonado la concepción tradicional del servicio público administrativo. Por ejemplo ha terminado con su noción orgánica, que hacía de todo servicio público un organismo público necesariamente (ya vimos que hay organismos privados que prestan servicios públicos). Igualmente ha hecho perder toda su fuerza al principio de que todo servicio público es un régimen de gestión (de derecho público), conocemos empresas de servicio público sometidas al derecho común. La misma noción material de servicio público ha extendido en tal forma su dominio que le ha sido del todo desfavorable haciéndose más imperioso su concepto.

Para saber si la empresa pública realiza o no un servicio público es necesario preferir la concepción subjetiva del mismo a la objetiva. Es decir que servicio público cada vez que así lo decida el Estado o gobierno en forma expresa o según las prerrogativas y obligaciones que establezca que denuncien su voluntad.

El interés en saber si la empresa pública lleva a cabo un servicio público o no reside en que cuando lo presta, la empresa queda sujeta a un control y a una dirección más severos que si no lo presta. Y no solo eso, sino que además los imperativos de organización y funcionamiento económicos de la empresa pueden relegarse a un segundo plano. La inversión como tal puede sacrificarse a cambio del servicio público. En este supuesto el derecho público tendrá un mayor dominio sobre el régimen de la empresa que el derecho privado.

Por otra parte nos encontramos con empresas públicas que pertenecen absolutamente al Estado y empresas que pertenecen al Estado y a los particulares.

A la primera categoría corresponden los establecimientos públicos industriales y comerciales y algunas *regies* y sociedades de Estado de Francia, que encubren verdaderos establecimientos públicos de esa índole.

En México forman parte de esa categoría algunos organismos descentralizados por servicio con actividades económicas (Petróleos Mexicanos, Ferrocarriles Nacionales de México) y comisiones, patronatos, institutos que ocultan aquel tipo de organismos (Comisión de Fomento Minero, Comisión Federal de Electricidad, Comisión de Tarifas de Electricidad y Gas, Comisión Nacional Consultiva de Pesca, Comisión Nacional de Fruticultura, Patronato del Maguey, Instituto Mexicano del Café, etcétera).

En la segunda categoría quedan comprendidas las llamadas sociedades de economía mixta, conocidas también como empresas de participación estatal. Este tipo de empresas es muy numeroso en los países occidentales y en México abarcan principales actividades económicas: Nacional Financiera, Banco Nacional de Comercio Exterior, Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, etcétera.

Cuando decimos que el Estado es propietario de las empresas públicas queremos indicar con ello que se trata de propiedad pública que se opone a la propiedad privada de los particulares, aun cuando sabemos que los bienes que forman el patrimonio de las empresas públicas (organismos descentralizados o sociedades de economía mixta) son de la propiedad concreta de éstas. Aun dentro de esta idea habría que precisar que en las sociedades de economía mixta, si el Estado es accionista mayoritario él es, de hecho, el propietario, aunque de derecho lo sean también los particulares; si el Estado es accionista minoritario, la propiedad se divide entre él y los particulares, aunque de hecho es de los últimos y, a veces, según los casos, sea en realidad del Estado.

IV. SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS, EMPRESAS DESCENTRALIZADAS, EMPRESAS NACIONALIZADAS Y SOCIEDADES ANÓNIMAS DE ESTADO

La empresa pública de propiedad pública únicamente es una organización administrativa creada por el Estado. El servicio público económico que realiza es a través de una personalidad jurídica y con un patrimonio propios. Su estructura administrativa le hace formar parte de la administración pública en general, pero su autonomía le permite actuar separadamente. Funciona con una personalidad distinta a la del Estado y sus operaciones e inversiones encuentran apoyo en un patrimonio propio, sin que su presupuesto forme parte del presupuesto general del Estado. Pero su autonomía y funciones económicas no rompen con la unidad de la administración, pues logran armonizar con ella en virtud de estar vinculada con el Estado a través de la tutela económica que éste ejerce sobre aquélla.

Tales son los elementos esenciales que la teoría asigna a los organismos descentralizados que prestan servicios económicos. En la legislación, sin embargo, no conserva la pureza de esos rasgos que muchas veces se desvanecen o debilitan por varios motivos.

1) El organismo descentralizado por servicio en su concepción originaria teórica y legislativa se ocupaba exclusivamente de servicios de orden administrativo: defensa exterior e interior, educación, justicia, salubridad, caminos, etcétera. Entonces la concepción orgánica del servicio era dogma: decir servicio público era lo mismo que organismo público. En el momento en que el Estado se inicia en actividades económicas hasta convertirse en un gran empresario, aquel dogma se destruye y admite que servicios públicos se prestan por organismos privados, pero además se rompe con la noción material de servicio público que privaba, para hacer imprecisos sus límites y contornos propios, dudándose qué actividades económicas que realiza el Estado son propias de él y por lo mismo puedan con exactitud llamarse servicios públicos. Aparece inevitablemente el novedoso concepto del servicio público económico o mejor conocido como servicio público industrial o comercial.

Con la aparición del servicio público comercial e industrial no sólo cayeron de su base viejas concepciones como la del servicio público administrativo y la del establecimiento público administrativo o sea la concepción orgánica del servicio, sino que además se inicia la etapa que la

doctrina francesa llama “crisis de la noción de servicio público”. Diversos motivos han inspirado al jurista francés para pensar en esa crisis, que presenta obligadamente la crisis misma del órgano administrativo que lo presta o sea la crisis de lo que es establecimiento público (u organismo descentralizado por servicio).

Efectivamente, la crisis existe, y México ha penetrado a través de una legislación administrativa económica que paulatinamente ha ido objetivando las ideas que venimos exponiendo y que se resumen, como dice Martial-Simon, en la conquista del derecho privado por el derecho público.⁹

Aquella crisis se explica en dos razones: 1) la imprecisión de la noción de servicio público, nacida del aumento de actividades del Estado, en especial de orden económico, y consecuentemente 2) el régimen jurídico de derecho público y de derecho privado a que se someten esos servicios, y no uno especial de derecho público como antes se imponía.¹⁰ La primera razón explica que junto al Estado-administración hallamos al Estado empresario. Ahora bien, para hacer posible esta dualidad, el Estado abandona como único el régimen jurídico especial que es el de derecho público, y se sujeta al régimen del derecho privado. Este último sometimiento se ha traducido en dos grandes consecuencias: adoptar estructuras no administrativas, como la sociedad anónima, para prestar los servicios públicos económicos y conquistar poco a poco terrenos del derecho privado mediante leyes que son más administrativas que mercantiles. El procedimiento empleado para este fin ha sido en nuestro medio tal vez más lento que en otros, pero bien claro en sus propósitos, de ir reformando la legislación mercantil y civil para adaptarla a los intereses públicos del Estado. A veces la transformación ha sido más radical y se dicta una legislación derogatoria de aquélla.

⁹ *Préface. La notion d'établissement public en droit administratif français.* R. Connois.

¹⁰ Jèze por ejemplo pensó lo siguiente: “Decir que en tal hipótesis hay servicio público, es decir que, para dar satisfacción regular y continua a tal categoría de necesidades de interés general, los agentes públicos pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial... Todas las veces que se está en presencia de un servicio público propiamente dicho, se constata la existencia de reglas jurídicas especiales que, todas, tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, dar lo más rápida y completamente posible satisfacción a las necesidades de interés general” (*Les principes généraux du droit administratif*, troisième édition, 1930, t. II, p. 2).

La conclusión que debemos sacar de esa crisis o fenómeno es la de Connois: ampliar la noción de organismo descentralizado por servicio (establecimiento público en Francia) y comprender así los servicios públicos industriales y comerciales, y hacer abstracción del régimen jurídico, en el sentido que él no interesa —derecho público o derecho privado—, para determinar aquella noción.¹¹ En consecuencia el tipo de empresa pública que señalamos al empezar este apartado (organismo descentralizado) se regirá por el derecho público, y en esto reside y consistirá la imprecisión de su régimen y damos la razón a Waline cuando afirma. “Es casi imposible dar actualmente una definición rigurosa de establecimiento público y de caracterizar con precisión su régimen jurídico”.¹²

Si la tradición jurídica impuso un régimen jurídico de derecho público y un organismo público como condiciones para que existiera servicio público, en nuestros días el servicio público se presenta por organismos públicos o privados y su régimen puede ser público o privado e incluso mixto. Decir ahora servicio público no obliga a pensar necesariamente en un régimen jurídico especial y en un organismo público. Contrariamente a esta idea Connois afirma: “Para nosotros, el término «servicio público» empleado para definir el establecimiento público no puede tener más que un sentido, aquél de organismo público”.¹³ En cambio sí aceptaríamos decir que todo organismo descentralizado por servicio implica la existencia de un organismo público y de un servicio público, sin hablar nada de su régimen jurídico.

Derivada de esa realidad la empresa pública, de exclusiva propiedad pública u organismo descentralizado, a pesar de ser un organismo público que incluso forma parte de la administración pública, y de prestar indudablemente un servicio público, sin embargo, su régimen jurídico no es únicamente de derecho público ya que no excluye en muchas de sus actividades al derecho común.

En la práctica legislativa mexicana son numerosos los casos en que se constata que esos organismos poseen un régimen jurídico mixto. Es cierto que predomina el de derecho público pero también lo es que el derecho privado rige algunas de sus actividades más importantes. Por ejemplo Petróleos Mexicanos, Ferrocarriles Nacionales de México, Comisión Federal de Electricidad, Comisión Nacional del Azúcar, Instituto Mexi-

¹¹ Connois, René, *op. cit.*, nota 7, p. 10.

¹² Waline, M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 6a. ed., París, p. 345.

¹³ Connois, René, *op. cit.*, nota 7, p. 31.

cano del Café, etcétera, realizan una serie de contratos y actos jurídicos sometidos al derecho mercantil y civil.

En Francia, después de haber notado que desde la Guerra Mundial el papel del Estado se estaba extendiendo ampliamente en el dominio económico, se pensó que “La gestión de esos nuevos servicios demandaba la aplicación de reglas de administración y de control más simples y más apropiadas a su objeto que aquéllas de los servicios públicos ordinarios. Era necesario para las empresas de naturaleza industrial o comercial inspirarse en los métodos en vigor en las empresas privadas”.¹⁴ Esto es manifiesto por ejemplo en los siguientes organismos (establecimientos públicos industriales o comerciales): Electricidad de Francia, Gas de Francia, *Regie* Autónoma de Petróleos, *Regie* Nacional de Industrias *Renault*, Oficina Nacional Industrial de Azogue, etcétera.

Esa situación es tan evidente que incluso se puntualiza que el régimen jurídico de los organismos descentralizados “administrativos” y el de los de carácter económico (industrial y comercial) es diferente, aun siendo públicos, prestar servicios públicos y formar parte de la administración pública. Su origen es el mismo, creación del Estado, y están igualmente bajo la tutela de éste, pero “las reglas que gobiernan su estructura y su comportamiento son adoptadas al fin que persiguen respectivamente y son por consecuencia diferentes. Aquel que se mezcla muy de cerca en la vida económica se comporta a menudo como una empresa cualquiera y se coloca cotidianamente en la zona de aplicación del derecho común...”.¹⁵

2) En México no es de uso corriente la expresión “empresa pública”, sobre todo en la legislación administrativa. En la doctrina reina absoluta anarquía pues su empleo se hace con falta de criterio. Las locuciones acuñadas son: organismo público descentralizado o institución pública descentralizada, sin diferenciar la naturaleza del servicio público que prestan: administrativo o económico y sin quedar desvirtuadas por el membrete que las exhibe: comisión, instituto, junta, etcétera.

En Francia por el contrario su uso es frecuente sobre todo para referirse a los establecimientos públicos industriales y comerciales. Pero además tanto la doctrina como la legislación francesas han puesto en circulación otras fórmulas: empresa nacionalizada. Sociedades de Estado, oficinas, que han creado un clima de incertidumbre sobre su verdadera naturaleza jurídica y su régimen jurídico.

¹⁴ *Ibidem*, p. 187.

¹⁵ Chenot, Bernard, *Organisation économique de L'Etat*, París, Dalloz, 1951, p. 302.

Es precisamente la nacionalización el instrumento político y jurídico que ha permitido a países como Italia, Inglaterra, República Árabe Unida y sobre todo a Francia impulsar su desarrollo económico por la acción directa del Estado. Actividades económicas principales como la banca, seguros, industrias básicas: minas, petróleo, gas, electricidad, maquinaria, transportes, etcétera, han sido nacionalizadas. A través de ese procedimiento se han creado deliberadamente auténticas empresas públicas, de exclusiva propiedad pública o nacional. Decimos que deliberadamente porque el Estado ha tenido en su voluntad, en el momento de nacionalizar, el de llevar a cabo por sí actividades económicas básicas del país sirviéndose de los cánones propios del derecho económico, que son concretamente los del derecho común.

Así entiende la “empresa nacionalizada” Laubadère, quien afirma:

Importa precisar que la noción de empresa nacionalizada, en cuanto que designe una categoría jurídica, no tiene más que un valor relativo. Como la expresión misma lo indica la empresa nacionalizada no se define más que por una circunstancia contingente, a saber, las condiciones particulares de su creación; pero por su objeto ella no constituye más que un género de servicio público industrial o comercial. Solamente se encuentra que de hecho esas empresas han sido sometidas a un régimen jurídico que el legislador ha querido aproximar al régimen de las empresas privadas conocidas de una manera más acusada que otros servicios.¹⁶

Aquel régimen se revela en la nacionalización de la banca en Italia, de la banca y las telecomunicaciones en Inglaterra, en este país incluso se ha pensado últimamente en nacionalizar la industria siderúrgica. En Francia, por ejemplo, el artículo 5o. de la Ley del 25 de abril de 1946, que nacionalizó 34 sociedades de seguros, precisa que aquéllas conservan su estatuto de sociedades mercantiles; en el mismo caso las empresas de gas y electricidad de Francia, en el artículo 4o. de la Ley del 8 de abril de 1946 se indica que están sometidas en lo que concierne a su gestión financiera y contable a las reglas en uso en las sociedades industriales y comerciales y están sujetas a los impuestos como esas sociedades. En México, después de nacionalizarse la Compañía Mexicana de Luz y Fuerza Motriz, S. A., la empresa ha seguido bajo el régimen jurídico propio de su estructura de sociedad anónima; aunque de sociedad ya no tenga nada.

¹⁶ Laubadère, A. De., *Traité élémentaire de droit administratif*, París, núm. 1182, 1953.

En las empresas nacionalizadas se ven claramente aquellos fenómenos de la publicación de la actividad privada y la privatización de la actividad estatal.

En efecto, como dice Chenot nacionalizar una empresa “Es hacerla pasar del sector privado al sector público...”. Toda nacionalización supone a la vez una transmisión de propiedad, de un patrimonio privado a la colectividad pública y la organización de una nueva forma de gestión que sustrae una empresa de la iniciativa privada para hacerla una empresa pública.¹⁷ Este cambio de propiedad privada a estatal y de forma de gestión —empresa privada a empresa pública—, que ampara la nacionalización, se consagró en la Constitución francesa de 1946: “Todo bien, toda empresa, cuya explotación tenga o adquiriera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe transformarse en propiedad de la colectividad”. Es decir, una regla de derecho público propiciaba un régimen jurídico, el de la empresa pública, que acoge como sabemos normas de derecho público y de derecho privado. Esto es así porque la nacionalización tiene por objeto una empresa en sentido económico y no jurídico.

Al auspiciar la nacionalización la transmisión de la propiedad de la empresa privada a manos del Estado, es necesario precisar que esa operación no siempre comprende a toda la empresa sino que a veces sólo a una parte. Es decir, que hay supuestos en que se nacionaliza una parte de la empresa y la otra se deja en propiedad privada. En el primer caso se tratará en rigor de una empresa pública; en el segundo en cambio la empresa que surge es de las conocidas como de economía mixta, que como veremos más adelante no todas son en propiedad verdaderas empresas públicas.

La propiedad de las empresas privadas nacionalizadas se adquiere a través de dos procedimientos: *a)* adquiriendo todo su patrimonio o bienes y *b)* adquiriendo todas sus acciones, si su explotación se lleva a cabo por una sociedad anónima.

a) Cuando la nacionalización sigue el procedimiento de adquirir el patrimonio de la empresa hace falta distinguir dos situaciones. Cuando el Estado se interesa en realizar una actividad industrial o comercial que está a cargo de una empresa, únicamente o en forma principal, los bienes, derechos y obligaciones de ésta se transfieren al nuevo organismo que se

¹⁷ Chenot, *op. cit.*, nota 15, pp. 357 y 358.

constituya al efecto. En cambio si el Estado se encuentra interesado en organizar, dirigir y prestar un servicio económico que atiendan varias empresas, la nacionalización comprenderá a todas, y su patrimonio pasará al Estado. Aun dentro de esta hipótesis, conviene aclarar que sólo se transmitirá la propiedad de los bienes afectados por esas empresas al servicio económico respectivo, no así la de aquellos otros bienes que en razón de la complejidad financiera de muchas empresas se destinan a otros fines u objetivos.

De esta manera surgen varios supuestos: 1) el Estado obtiene el monopolio de un servicio económico de una empresa privada, adquiriendo el patrimonio de ésta; 2) el Estado obtiene el monopolio de un servicio económico prestado por varias empresas, adquiriendo los bienes que éstas afectaron al mismo (Petróleos Mexicanos); 3) el Estado, sin monopolizarlo obtiene prestar un servicio económico a cargo de una empresa privada, adquiriendo el patrimonio de ésta, lo que supone otras empresas privadas prestando el mismo tipo de servicio (Ferrocarriles Nacionales de México).

Este procedimiento de nacionalizar reviste caracteres especiales. Aquí la nacionalización es más bien una bandera política, pues no constituye una jurídica que por sí sola opere la transmisión de la propiedad. Hace falta para que esto sea posible, expropiar el patrimonio de la empresa privada si es un medio jurídico-administrativo para adquirir por el Estado la propiedad de bienes de particulares. La práctica enseña, por otra parte, que los países como Francia y México que han utilizado este procedimiento han terminado la nacionalización creando empresas públicas con estructura administrativa, es decir, han instituido organismos descentralizados por servicio (establecimientos públicos industriales o comerciales). Es el caso de Petróleos Mexicanos y de Ferrocarriles Nacionales de México, que hoy son organismos descentralizados pero que antes eran empresas privadas que fueron nacionalizadas transmitiendo la propiedad de su patrimonio al Estado mexicano mediante el decreto de expropiación pública correspondiente.

Es cierto que la expropiación cuando se nacionaliza ofrece problemas técnicos y políticos de sumo complejos. La indemnización por ejemplo no puede considerarse como el valor exacto del patrimonio que pertenece a la empresa, pues aquél no sólo incluye, técnicamente hablando, bienes muebles o inmuebles, abarca obligaciones, deudas, riesgos, crédito mercantil, etcétera. No hay mercado posible para empresas industriales

cuyo auge económico decide al Estado adquirirlas. Además esta indemnización no se traduce de continuo en dinero en efectivo sino en títulos que transforman al antiguo accionista de la empresa nacionalizada en el titular de obligaciones, es decir, que de socio se pasa a simple acreedor de la empresa.

Se cumplen así los dos efectos de la empresa nacionalizada: transmisión de la propiedad y nueva gestión, que se reúnen en el organismo descentralizado. Por lo mismo el régimen jurídico será de derecho público fundamental y mínimamente de derecho privado para este tipo de empresa nacionalizada.

b) Cuando la nacionalización sigue el procedimiento de adquirir la totalidad de las acciones de la empresa privada, surge la sociedad anónima de Estado, que en Francia se denomina sociedad de Estado o sociedad nacional. Ocurre en este supuesto que la transmisión de las acciones deja subsistir la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, que continúa siendo titular de su patrimonio. Resulta paradójico encontrar funcionando una sociedad mixta con un sólo accionista: el Estado, que ni gramatical ni jurídicamente es posible y mucho menos una anónima que exige por ley cinco socios por lo menos (artículo 89, fracción I, Ley General de Sociedades Mercantiles). Empero no es escasa la literatura mercantilista que sostiene la posibilidad jurídica de sociedad anónima de un solo socio, que revela más bien la necesidad económica de poder destinar un patrimonio a un fin determinado sirviéndose de la estructura de aquélla.¹⁸ Esta necesidad es la que ha impulsado al Estado de servirse de la sociedad anónima —sin pensar o meditar en una ficción jurídica o un cambio semántico convencional— pero no en la misma forma que lo harían los particulares. Éstos buscarían el lucro y aquél la manera más adecuada para satisfacer ciertos intereses públicos.

Acontece en este procedimiento para nacionalizar, lo mismo que en el anterior, la nacionalización es solo instrumento político y no medio jurídico para efectuar la transmisión de las acciones a favor del Estado. Es necesario para que esto suceda, comprar las acciones de la empresa privada, que sí es una vía jurídica para adquirir su propiedad por el Estado. Es claro que podría haber otros medios legales para conseguirlo, incluso se podría valer de la expropiación misma, pero si hay algo que recomien-

¹⁸ Cervantes Ahumada, R., *Las sociedades de responsabilidad limitada*, pp. 77 y ss., Mantilla Molina, R., *op. cit.*, nota 6, p. 343.

da la compraventa mercantil en este caso es la celeridad y la sencillez, que evita obstáculos o formalidades.

La sociedad anónima sigue bajo el gobierno del código de comercio y las leyes mercantiles, pero su transformación en empresa pública obliga a pensar dos cosas: en una sociedad anónima de Estado (de un socio como proponen los mercantilistas) o en una sociedad anónima ficticia que oculta un organismo de diversa naturaleza jurídica.

Indudable es que la sociedad anónima concebida por el derecho mercantil no es la misma, no conserva sus elementos básicos cuando se le convierte en empresa pública. La asamblea general de accionistas, órgano supremo de la sociedad anónima y fuente de sus poderes jamás podrá existir ni reunirse, obviamente, pues sólo hay un accionista que es el Estado. Son órganos exteriores a la sociedad los que van a ejercer las funciones de esa asamblea general. El consejo de administración emanado ordinariamente de aquella asamblea (artículo 181, fracción II, Ley General de Sociedades Mercantiles) no es así en la sociedad anónima de Estado. Los miembros del consejo son designados por órganos exteriores a la sociedad que representan diversos intereses. El director o presidente de la sociedad es designado por aquel consejo o de continuo por el gobierno, quien se reserva el nombramiento de los principales funcionarios de aquélla.

En tales condiciones la sociedad anónima del derecho mercantil es pura ficción en la llamada sociedad anónima de Estado: falta su órgano social supremo, la asamblea general de accionistas; el consejo de administración no tiene su fuente en esa asamblea; los miembros de este consejo y las facultades de aquella asamblea provienen y se ejercen por designaciones y órganos exteriores a la sociedad.

La sociedad anónima de Estado nace como una sociedad sin socios. Es el caso muy reciente de la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, S. A., que aparece después de que el Estado mexicano compró las acciones de la empresa extranjera Compañía Mexicana de Luz y Fuerza Motriz, S. A., nacionalizándola, en otras palabras adquiriéndola el Estado para transformarla de empresa privada a empresa pública. Su gerente es nombrado por el presidente de la República y su consejo de administración se integra por representantes de varios organismos como la Secretaría de Hacienda y la Secretaría de Industria y Comercio, etcétera. En iguales condiciones la Compañía Nacional de Subsistencias Populares, S. A. (Conasupo, S. A.) que sustituyó a la Ceimsa, es una sociedad anónima con un

socio; el Estado, que suscribe todo su capital de \$100,000,000.00, conforme al acuerdo presidencial que la creó (*Diario Oficial de la Federación* del 25 de marzo de 1961). No es desde luego un caso de nacionalización en el sentido que se da a ésta por la práctica mexicana: adquirir por el Estado empresas privadas extranjeras, pero sí lo es en el concepto más universal que apunta Chenot, según expusimos: transformar una empresa privada en una empresa pública. El gerente de esta compañía o sociedad (sin socios) es designado por el presidente de la República y su consejo de administración se integra por representantes de varias dependencias e instituciones, como son los delegados de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, Industria y Comercio, Agricultura y Ganadería, etcétera.

No es por pura tradición que estas compañías, que prestan vitales servicios públicos económicos, han conservado la estructura jurídica de la sociedad anónima. Además de que ello simplifica los problemas de transmisión, conviene al Estado actuar frente a los usuarios del servicio como empresa privada, asegurando el éxito de la empresa económica y en cambio actuar como empresa pública dirigiéndola, para encausarla hacia los intereses públicos de por medio. En el fondo la estructura jurídica de estas compañías no es en estricto sentido de verdaderas sociedades anónimas, sólo lo son en apariencia. Con esto aprovechan el mecanismo de la anónima que ha sido útil en todos los tiempos para llevar adelante grandes empresas. En realidad se trata de estructuras administrativas económicas, que explotan los métodos del régimen jurídico de la anónima.

Acontece en el seno de estas grandes empresas públicas una acentuada privatización de la actividad estatal al someterse al derecho mercantil de la anónima para prestar un servicio público. Pero al mismo tiempo representa la publicización de la actividad privada que desarrollaban esas empresas y que jurídicamente tiene sus manifestaciones: la dirección de la empresa en manos del Estado, el servicio público creado, el interés público motor de la empresa y sobre todo la indudable transformación de la sociedad anónima, que autorizan y fundan la aplicación de numerosas normas de derecho público.

El punto más delicado por desentrañar consiste en resolver si la “sociedad anónima de Estado” es una verdadera transformación jurídica de la sociedad anónima del derecho mercantil, consagrando el caso de la sociedad anónima de un socio o bien simplemente encierra una estructura administrativa (que como otras, se someten a los imperativos del derecho

común, claro está, en este caso en forma más acusada). En este sentido nos inclinamos, pues no admitimos ni la sociedad anónima, ficción que propicia la primera solución (un socio, distinto régimen y procedencia de sus órganos sociales) ni mucho menos una sociedad anónima de derecho administrativo. Hay algo, sin embargo, que debemos apuntar y es que está ocurriendo un fenómeno curioso: muchas normas jurídicas que tradicionalmente eran mercantiles se van transformando en administrativas. Esto se puede observar en las últimas reformas practicadas a varias leyes mercantiles.

Así, tal vez sin proponérselo, el Acuerdo que creó la Conasupo expresó en su considerando 3o.

...el Ejecutivo Federal estima oportuno dar cima al plan originalmente previsto creando una nueva institución que contando con objetivos, estructura administrativa y recursos financieros más adecuados a las funciones que se le encomiendan, sea un órgano de servicio público que planifique, controle y ejecute, en un nivel más alto, las intervenciones reguladoras en los mercados de compra y de consumo.

¿Pero qué clase de estructura administrativa? Nada revela el texto del Acuerdo. Desgraciadamente ni la Conasupo ni la Compañía de Luz y Fuerza de Centro, S. A., cuentan con una ley que determine su régimen jurídico.

En definitiva, ambas empresas públicas vestidas de sociedades anónimas obedecen esencialmente a las características del organismo descentralizado que presta servicios económicos y que hemos señalado al empezar este apartado III. Nada de extraño tiene que se sometan con mayor acento al derecho común, pues es del todo cierto que: “El derecho común es indispensable a las empresas públicas tanto en su vida comercial como financiera, puesto que, público o privado, un organismo económico se encuentra frente a los mismos problemas y a las mismas instituciones”.¹⁹ Igual pasa con algunas empresas públicas francesas que bajo el título de sociedades de Estado ocultan verdaderos establecimientos públicos industriales o comerciales.

¹⁹ Delion, *op. cit.*, nota 4, p. 21 El senador francés Armengaud en sesión cameral de 1953 habló de la empresa pública y la definió así: “La empresa pública es una persona moral dotada de autonomía financiera cuyo capital pertenece íntegramente al Estado y está afectado a una explotación comercial, industrial y agrícola”. Connois, *op. cit.*, nota 7, pp. 190 y 191.

En conclusión, las empresas nacionalizadas (empresas públicas) bien por la apropiación del patrimonio de las empresas privadas o por la adquisición integral de sus acciones, revisten la misma naturaleza jurídica de organismos descentralizados. La única diferencia que hallamos entre la empresa pública creada a través de uno u otro procedimiento para nacionalizar, es el mayor ajuste de sus operaciones o funciones al derecho económico (derecho común) de estos últimos y el menor en las primeras.

V. SOCIEDAD ANÓNIMA DE ECONOMÍA MIXTA

Sociedad de economía mixta o empresa de participación estatal son las dos expresiones usuales para calificar a la empresa pública de propiedad pública y privada. Una empresa de economía mixta, como su propio enunciado lo indica, es la conjugación o combinación de capital público y de capital privado. En otras palabras es una empresa privada en la que el Estado participa económicamente en calidad de socio.

Verdad es que no presenta problema alguno el concepto de la empresa de economía mixta. Significa a la vez un procedimiento jurídico y una modalidad política que emplea el Estado por diversos motivos; como dice De-Michel: “La economía mixta constituye una fórmula jurídica y financiera que permite asociar los capitales públicos y los capitales privados”.²⁰

Interesa poner de relieve que la empresa de economía mixta es ordinariamente explotada por una sociedad anónima. De aquí deriva porqué se le denomina sociedad de economía mixta y porqué las dos economías o capitales asociados se colocan dentro del marco del derecho común, propio a esta sociedad. En efecto, la empresa de economía mixta es una sociedad anónima en la que el Estado es accionista, luego estamos en presencia de una empresa de derecho común, cuando menos en principio.

Decimos que este tipo de empresas es un procedimiento de política económica porque a través de él el Estado resuelve algunos de sus intereses más vitales. Efectivamente en la gran mayoría de los países occidentales la economía mixta abarca principales ramas de la actividad económica. Después de la Primera y de la Segunda Guerras Mundiales florecieron en forma inusitada.

²⁰ Michel, André de, *Le controle de L'etat sur les organismes privés*, París, 1960, t. I, p. 336.

Entre los motivos o razones que dan origen a su nacimiento y les imprimen modalidades destacan: *a)* un medio de salvar del desastre financiero a empresas privadas cuyas actividades representan fuertes intereses económicos y cuya desaparición ocasionaría graves consecuencias a la economía nacional (en nuestro país es frecuente esta causa o motivo, que se practica a través de la Secretaría de Hacienda o de la Nacional Financiera, que adquieren la mayoría de las acciones e incluso llegan a comprarlas en su totalidad, evitando alarmas financieras quizá más lesivas), *b)* un medio de impulsar o desarrollar determinados sectores económicos, deficientes en la iniciativa privada o inexistentes, con la respectiva ventaja económica (Altos Hornos de México, S. A.; Ayotla Textil, S. A.; Diesel Nacional, S. A.), un medio político (Teléfonos de México, S. A.). Sería prolijo e imposible descubrir las verdaderas causas que originan estas empresas en cada país. Un dato, no obstante, es común a todas ellas: su importancia económica.

No debemos pensar que toda sociedad de economía mixta es empresa pública. Existen fundamentalmente dos formas de economía mixta en razón del grado o extensión de la participación económica del Estado. Es decir, el Estado puede ser accionista mayoritario o accionista minoritario. Ello implica ciertas modalidades en el gobierno de la sociedad, que nos autoriza desde ahora para calificar de empresa pública únicamente a aquella sociedad en la que el Estado es accionista mayoritario.

Como accionista mayoritario el Estado goza jurídicamente de poderes iguales a cualquier otro accionista particular que posea el mayor número de acciones. En tal virtud, la dirección y el funcionamiento de la sociedad se monopoliza o depende del Estado. Esto implica desde luego que las prerrogativas y facultades administrativas modifiquen la vida normal de la anónima. Es cierto que aquí no se pierden los órganos sociales: asamblea general y consejo de administración, como vimos sucede en la sociedad anónima de Estado. Pero la dirección interna que ejerce el Estado y el control externo a que la somete desvirtúan la aplicación ordinaria del derecho mercantil.

Como accionista minoritario el Estado no deja de influir en el curso normal de la anónima. En estos casos mueven al Estado a adquirir algunas acciones de una sociedad razones de control y de orden técnico, pues sólo así podrá en forma más efectiva conocer el funcionamiento de una empresa, o bien controlar que las ayudas financieras que proporciona a al-

gunas empresas se destinen efectivamente a los fines para los que se otorgan. En estos supuestos el control externo a través de disposiciones administrativas se hace más necesario, pues es insuficiente el poder de accionista minoritario para evitar decisiones contra el interés financiero o el interés público del Estado.

Como quiera que sea las sociedades de economía mixta no pierden su carácter o estructura jurídica de sociedades anónimas, que fundamentan la aplicación del derecho mercantil. No obstante lo cual, el accionariado público imprime fisonomía especial a la anónima de economía mixta. Por ejemplo,

...el Estado, que es una entidad jurídica no puede principalmente sesionar en los organismos dirigentes y debe enviar representantes, para formar parte de esos organismos. Por otra parte, los poderes del Estado en tanto que es accionista son generalmente exorbitantes del derecho común. El principio es que el Estado debe poder ejercer una influencia preponderante tanto en la asamblea general como en el consejo de administración, aun si el número de acciones que posee no son normalmente suficientes para darle esta influencia. No se trata solamente de una simple adaptación técnica de las reglas de la sociedad anónima sino de una verdadera transformación jurídica. El fundamento de esta transformación es el hecho de que los fondos públicos están comprometidos en la sociedad y que deben ser protegidos.²¹

Es decir, que el Estado accionista no puede siempre ejercer sus poderes de tal en las mismas condiciones del derecho común. Esto sin perjuicio de reconocer que muchas sociedades de economía mixta están sujetas a controles externos más poderosos que los mismos internos. Recordemos por ejemplo que en nuestro país están sometidas al control administrativo y financiero que fija la Ley para el control por parte del gobierno federal de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal de 1947; sin omitir los controles externos especiales en que se colocan determinadas empresas, como lo son las instituciones nacionales de crédito.

El control o más bien la dirección interna que otorga el accionariado mismo al Estado y el control externo, que impone la ley administrativa como reflejo del intervencionismo en que vivimos, sobre la sociedad de

²¹ *Ibidem*, p. 341.

economía mixta, constituyen a decir verdad su fuente vital económica y jurídica.

Son el interés público que priva en la actividad económica que desarrollan esas sociedades y los fondos públicos invertidos en las mismas, las causas que se rompa la relación del poder jurídico y la participación financiera. En otros términos, aunque el Estado no tenga una gran aportación económica en una sociedad anónima, la ley administrativa e incluso la mercantil le otorgan poderes de accionista mayoritario.

En suma, el poder jurídico y económico sobre la sociedad anónima de economía mixta no dependen únicamente del contrato o estatuto de ella, sino más bien de la reglamentación legal, que varía sus cláusulas o destruye sus principios. La ley está por encima del contrato de la sociedad. Citemos para ejemplo los casos de la Nacional Financiera, S. A. y del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S. A. que son en rigor jurídico sociedades de economía mixta (artículo 24 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, que define a las Instituciones Nacionales de Crédito: “se reputarán instituciones u organismos auxiliares nacionales de crédito los constituidos con participación del gobierno federal o en los cuales éste se reserve el derecho de nombrar la mayoría del consejo de administración o de la junta directiva o vetar los acuerdos que la asamblea o el consejo adopten”). Son dos instituciones nacionales de crédito en las que el gobierno federal es accionista mayoritario y su estructura de sociedades anónimas no se somete plenamente a la ley mercantil de sociedades ni a la escritura constitutiva básicamente; no, el gobierno jurídico y económico de la sociedad e institución se rige fundamentalmente por la ley orgánica de cada una de ellas. Es una ley administrativa la que impera sobre la organización y funcionamiento de esas sociedades anónimas, que sufren de modalidades o adaptaciones que son verdaderas transformaciones jurídicas.

Aquí nuevamente observamos cómo el derecho público invade campos del derecho común y los hace propios derogando la ley mercantil o sustituyéndola por leyes administrativas. El Banco de México, S. A., ofrece un particular ejemplo del grado de cómo ese fenómeno opera en que el accionariado privado sólo tiene de hecho voz pero no voto y que las siglas de la anónima son simple adorno; la ley orgánica del Banco de México, S. A., es netamente una ley administrativa que impone un régimen económico administrativo a una institución administrativa (organismos

mo descentralizado). Otro caso en que poco falta para que se cree una sociedad anónima de Estado es el del Banco Nacional de Comercio Exterior, S. A., pues la suma de las acciones de propiedad pública (gobierno federal, Banco de México, Nacional Financiera, etcétera) y las funciones que desempeña de agente gubernamental borran cualquiera idea de sociedad anónima.

En México la asociación de capitales públicos y privados ha impuesto la asociación de dos regímenes jurídicos: el de derecho público y el de derecho privado. Esta unión no es la misma en todas las empresas. A veces domina el derecho público como en las cuatro empresas citadas, en otras ocasiones es el derecho mercantil, sobre todo cuando el gobierno mexicano es accionista minoritario. Hay por otra parte un grupo considerable de empresas mexicanas de economía mixta que son verdaderos consorcios de empresas públicas y privadas, y entonces no es posible graduar al régimen jurídico.

Sin embargo, la trayectoria que observamos es la estatización de la sociedad anónima con marcado régimen de derecho público. Por ello mismo no es aventurado sino más bien fundado que siendo las instituciones nacionales de crédito sociedades en las que el Estado es accionista mayoritario, se proponga ya como imperativo la nacionalización de la banca en México, poniendo al descubierto la voluntad estatal.

No puede en consecuencia predicarse en forma absoluta y llana que las empresas de economía mixta son sociedades de derecho común, hace falta distinguir numerosas situaciones que no concuerdan con tal aseveración. Decir escuetamente con Manero que: "...las sociedades mixtas son personas jurídicas de derecho privado y sometidas a la ley común de las sociedades anónimas",²² es ahogar la realidad mexicana en una gota de tinta.

Habría necesidad de penetrar a las sesiones de las asambleas generales y de los consejos de administración de las sociedades de economía mixta para comprobar plenamente si la sociedad anónima y su régimen de derecho mercantil imperan literalmente o si por el contrario el accionariado público ha impuesto modificaciones y en qué medida o forma. Haría falta consagrarse al estudio y examen especial como se presenta esa metamorfosis en general y en particular en cada sociedad anónima de economía mixta. Hoy sólo apuntamos algunas ideas.

²² Manero, Antonio, *Promoción, organización y financiamiento de empresas*, México, Porrúa, 1958, p. 150.

VI. CONCLUSIÓN (PROYECTOS NACIONALES)

Una realidad no desprovista de ironías y contrastes, ignorada la mayoría de las veces, presidió recientemente el deseo de elaborar una ley que controlara, esa es la palabra, el funcionamiento de los organismos descentralizados y de las empresas de economía mixta.

Existió seria preocupación en resolver la construcción del proyecto legislativo. Un primer paso se dio organizando un viaje a Italia para conocer las experiencias de este país. El resultado del viaje fue el proyecto de Ley para el Control de los Organismos Descentralizados y de las Participaciones Estatales en Empresas Privadas, debido al senador y licenciado Rodolfo Brena Torres. El aplauso y la opinión de aceptación no fue unánime y se festinó el costo del viaje. Celosos de la capacidad ajena otros senadores elaboraron un proyecto más, pero eso fue... un proyecto más. Apareció otro proyecto de ley para el control y vigilancia de los organismos públicos descentralizados y de las empresas de participación estatal, cuyo origen desconocemos pero que seguramente no se hizo por ninguna de las dos cámaras legislativas, pues ese proyecto sí se discutió en ambas y se aprobó, dejándose al Ejecutivo su aprobación final. Tal vez alguna reforma u objeción al proyecto por una cámara o la proximidad de un nuevo gobierno o que simplemente no gustó del todo al Ejecutivo Federal, el proyecto naufragó, es decir, aún no del todo, puesto que no ha existido otro que lo sustituya. Por lo demás, si este proyecto aprobado por ambas cámaras legislativas llegara a olvidarse no sería el primer caso.

Conocemos todos esos proyectos y creemos haberlos leído cuidadosamente. La verdad es que pese a ser anacrónica, contradictoria y sin el rango de lo novedoso y lo académico, la ley de 1947 es superior a todas ellas en cuanto a que jurídicamente brinda apoyo más firme y práctico al Ejecutivo Federal en su política de desarrollo social y económico. Es tan complicado el andamiaje de aquellos proyectos que no resuelven la cuestión principal que motivó su nacimiento: el control efectivo de los organismos descentralizados y empresas de economía mixta. Es natural u obvio explicárselo. Ese control no se ha logrado en México porque la culpa siempre la expía la Ley de 1947 por defectuosa, cuando en realidad lo que falta no es un control jurídico sino precisamente un control político. El despilfarro de los fondos públicos en los organismos descentralizados y su desvío en las empresas de economía mixta es cuestión de control de

personas. La desconfianza que sobre este asunto inspiran tales organismos al gobierno federal no se soluciona modernizando las leyes sino cambiando las personas.

Entre otros errores del proyecto aprobado está la denominación que da a las sociedades de economía mixta de empresas de derecho común (artículo 3o.). ¿Será posible predicar esto de la Nacional Financiera, del Banco Nacional Hipotecario, del Banco Nacional de Comercio Exterior? Por otra parte se habla de participaciones de la Federación en las empresas de derecho común, ¿no será que en muchos casos es al revés: participación privada en empresas públicas? Razón tiene Delion al afirmar: “Nosotros dejaremos a las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, por esos diferentes motivos, el nombre de empresas públicas con participación privada”.²³ No seguiremos este camino de crítica destructiva. Queremos construir, y la única manera es hacer un proyecto de ley, si también nos entrara la miopía de *legiferar*, y no de desterrar las desconfianzas o dudas políticamente. No, hoy sólo hemos querido ensayar algunas notas sobre ese fenómeno de publicización de la actividad privada de derecho mercantil.

²³ Delion, *op. cit.*, nota 4, p. 31.