

# NOTAS SOBRE LA EMPRESA PÚBLICA EN MÉXICO

FRANCISCO JAVIER GAXIOLA

*El intervencionismo estático, ha provocado una profunda transformación del derecho. Al Derecho Mercantil clásico, se ha agregado un derecho nuevo fuertemente impregnado de derecho público al que se llama a veces Derecho Económico: regla concerniente a los servicios públicos económicos, a las empresas públicas, a las asociaciones profesionales; reglas relativas a la dirección de la economía, a la distribución, a los precios, a la distribución del crédito, al control de cambios, etc. (Julliot de la Morandiere, Rodiere y Houin.)*

## I

A pesar de su actualidad y de su proliferación, la empresa pública como institución no es una nueva forma económica de participación del Estado en la actividad nacional, aun cuando sí puede considerarse como un concepto jurídico nebuloso, impreciso y falto de unidad.

No pretendo en estas notas buscar los orígenes ya remotos de la empresa pública y creo que basta a mi propósito aceptar que fue una consecuencia del mercantilismo y de los grandes descubrimientos. Dice Laufenburger que "el mercantilismo... es un intervencionismo desprovisto de todo carácter socialista, puesto que apela a la iniciativa privada para realizar el programa económico del Estado, concediendo monopolios con esa finalidad, conserva la propiedad privada y tolera la formación libre de ingresos. Pero, por vez primera, la economía se halla orientada hacia la realización de un fin político productivo, al cual se sacrifica, si es menester, la preocupación de la rentabilidad; en el caso de que tales expresiones tuvieran algún sentido antes del advenimiento del sistema capitalista".<sup>1</sup>

Portugal y Francia representaron así los tipos de lo que pudiéramos llamar la estabilización del comercio exterior que se realizaba o por cuenta del rey y con barcos propiedad de la Corona, o bien convirtiendo al Estado, como lo hizo Colbert, en el empresario del comercio exterior. Otro tipo distinto fue el de la política inglesa que dió personalidad jurídica a las compañías, con atribución de concesiones monopolísticas y onerosas por la participación que en las ganancias tenía el rey.

Dentro de nuestra tradición económico-jurídica, podemos encontrar en España, ciertos tipos de esta actividad como el de la fabricación de pólvora (1500), la explotación de las salinas por cuenta del Estado; el monopolio del tabaco y otras, porque la formación de grandes compañías fue obra del despotismo ilustrado de Carlos III y no aparecieron sino hasta el siglo XVIII.

Por lo que toca al régimen colonial, pudiera haber cierta afinidad en las Casas de Contratación y muy especialmente con la creación de los pósitos y el funcionamiento de las alhóndigas para asegurar la conservación de cereales, evitar el alza de sus precios y asegurar su conveniente distribución.

## II

Estos antecedentes nos permiten afirmar que se actuaba siempre dentro de formas económicas con tendencias políticas y que el problema jurídico no

<sup>1</sup> Henry Laufenberger, *Intervención del Estado en la vida económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, p. 17.

era la nota relevante de la actividad intervencionista del Estado. Es por ello que se ha dicho con razón, que el jurista debe aceptar la ineludible vejación de ideas y conceptos esencialmente económicos y es entonces cuando surge esa irreconciliable actitud entre quienes se aferran de buena fe al concepto anacrónico del Estado Liberal y los que propugnan el intervencionismo del Estado de formas diversas en la vida económica de las naciones.

De manera intencional he calificado de anacrónica la doctrina del Estado Liberal. El concepto de *laissez faire* y *laissez passer* es, a mi manera de ver, algo que pertenece a la historia de las doctrinas económicas y políticas; pretender resucitarlo aun cuando sea con las aguas lustrales de un "neo liberalismo", es imposible como tendencia y absurdo como doctrina, habida cuenta de que las mismas fuerzas en que podría sustentarse son las que lo destruyen y las que provocan, incitan y se acogen a la intervención del Estado en la vida económica.

Las instituciones tradicionalmente conservadoras, han tenido que aceptar la realidad y matizando los conceptos, diluyendo las formas de actuar, aceptan el intervencionismo Estatal. La misma Iglesia Católica, en las Encíclicas *Mater et Magistra* y *Populorum Progressio*, consagra el principio de subsidiaridad, lo que supone la afirmación del papel relevante de la "iniciativa personal de los particulares"; pero, reconociendo asimismo la necesidad de la activa presencia de los Poderes públicos siendo su acción "de orientación, de estímulo, de coordinación, de suplencia y de integración", (*Mater et Magistra*) que, como "responsables del bien común, no pueden menos de sentirse obligados a desenvolver en el campo económico una acción multiforme más vasta, más profunda y más orgánica, como también a ajustarse a este fin en las estructuras, en las competencias, en los medios y en los métodos (*Mater et Magistra*)" "...la misma evolución histórica pone de relieve cada vez con mayor claridad que no se puede conservar una convivencia ordenada y fecunda sin la aportación en el campo económico ya de los particulares, como de los Poderes públicos, aportación simultánea, concordantemente realizada y proporcional a las exigencias del bien común en medio de las situaciones variables y de las alternativas humanas." (*Mater et Magistra*.) "La sola iniciativa individual y el simple juego de la competencia no serán suficientes para asegurar el éxito del desarrollo." "Toca a los poderes públicos escoger y ver el modo de imponer los objetivos que hay que proponerse, las metas que hay que fijar, los medios para llegar a ellas, estimulando al mismo tiempo todas las fuerzas agrupadas en acción común. Pero ellos han de tener cuidado de asociar a esta empresa las iniciativas privadas y los cuerpos intermedios. Evitarán así el riesgo de una colectivización integral o de una planificación arbitraria que, al negar la libertad, excluiría el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana." (*Populorum Progressio*.)

Expuesto en términos generales cómo se ha transformado el sistema económico en su relación con la actividad del Estado, que va desde una abstención absoluta caracterizada por una actitud pasiva y un estado de alerta, pero sólo para mantener el orden que pudiera permitir el juego natural de lo

que entonces se consideraban leyes económicas y su funcionamiento automático sin la existencia de factores que pudieran entorpecerlo, hasta un intervencionismo tímido impuesto por la realidad y una participación cada día más acentuada del Estado, para corregir situaciones anómalas y satisfacer necesidades de carácter general, de interés colectivo, corrigiendo vicios y evitando privilegios.

Debo precisar que al tratar en estas notas de la empresa pública en México, acepto el moderno concepto de *la empresa* tal como la expuesto con singular precisión y claridad Barrera Graf: "Se trata, desde luego, de una figura de contenido *eminentemente económico*, la cual, como muchas otras, ha sido reconocida por el derecho."

"Así pues, para que haya empresa comercial se requiere que la actividad del empresario se dirija a la organización de los diferentes factores de la producción [es decir, del capital, del trabajo y de los elementos naturales], con la finalidad de cambiar bienes o servicios o de producirlos para el mercado. Al concepto de empresa *el ánimo de lucro es connatural, pero no esencial*, y la doctrina moderna está de acuerdo con esta interpretación que es la única, por lo demás, que explica la naturaleza comercial de todas las empresas, tanto de las privadas como de las de economía mixta y de las estatales, en las que puede faltar la intención especulativa, pero no la finalidad de producir bienes o servicios para el mercado."<sup>2</sup>

### III

En México, tenemos ciertos antecedentes que revelan la tendencia a una incipiente intervención del Estado, aún dentro de un régimen clásicamente liberal como Estado-gendarme, que caracterizó al porfiriato y basta para ello citar la organización que se dio a los productores de pulque creando solapadamente un verdadero monopolio.

En el régimen contemporáneo de nuestra Revolución, fuera de los procesos de nacionalización y expropiación en que habré de ocuparme, encontramos un antecedente en la política de economía dirigida iniciada el año de 1933. En efecto y en aquella época, la crisis de la Escuela Liberal había inclinado a los Estados hacia un intervencionismo más o menos directo en los fenómenos de la producción y la distribución, y su acción tendía a encauzar todos los recursos y capacidades productivas utilizables de una manera regular, y a distribuir los productos con menos injusticia; la corriente de la libre competencia había sido canalizada y desviada de su curso natural, por ser insuficiente el sistema de ajuste automático de las relaciones económicas.

El predominio creciente de los intereses de la colectividad sobre los intereses y los derechos del individuo, es lo que fundó el movimiento de la economía dirigida como instrumento de colaboración, sin sacrificar los derechos esenciales del individuo y aun utilizándolos. El principio del ajuste automático sostenido por la Escuela liberal como resultado de un equilibrio

<sup>2</sup> Jorge Barrera Graf, *Tratado de Derecho Mercantil*, México, 1957. vol. I.

natural en el sistema de la libre concurrencia, era inadmisibile; pero al mismo tiempo se comprendía la falta de equilibrio que podía resultar de una intervención centralizada y por ello se adoptó la economía dirigida que conciliaba nuestra idiosincrasia —que todo lo espera del gobierno-providencia—, con la iniciativa y actividades personales.

Dentro del régimen jurídico de la propiedad, tal como lo establecía entonces el artículo 27 constitucional, el Estado podía hacer una explotación directa de los recursos minerales y petroleros o, en ejercicio de un derecho subjetivo, otorgar concesiones a particulares que en cuanto a su vigencia y dentro de un concepto de función social, estaban condicionados a la ejecución de trabajos regulares de exploración y explotación.

Sin embargo, dos factores habian hecho casi imposible la creación de un patrimonio nacional del Estado, en lo que toca a algunas substancias del subsuelo: 1º La antigüedad de las explotaciones mineras, que es coetánea de la Colonia, y su gran desarrollo en México pusieron los fundos más ricos y las zonas más codiciadas, en manos de particulares o compañías, por el sistema de concesiones; 2º La creciente importancia de los combustibles procedentes de hidrocarburos de hidrógeno, en el proceso moderno de industrialización, fincaron intereses de cuantía en México para aprovechar los ricos yacimientos de nuestro país.

Lo mismo que la Ley Minera, la del Petróleo establecía la posibilidad de crear las reservas nacionales, y para formarlas se siguieron dos caminos: el directo mediante la expedición de un reglamento, y el indirecto por medio de la tributación. De acuerdo con el primero, publicado el 19 de mayo de 1933, las reservas petroleras nacionales quedarían constituidas por los terrenos libres a cien kilómetros de las costas y de la frontera Norte del país, así como de la línea divisoria con Honduras Británica y Guatemala; los comprendidos dentro del territorio de la Baja California y los que se encontraren en el álveo o cauce de los ríos y demás corrientes de propiedad nacional o en los vasos de los lagos y lagunas y en las zonas federales; los que estuvieren dentro de terrenos nacionales y baldíos o en los bienes inmuebles de la Federación; los cubiertos por las aguas territoriales en el Golfo de México, el Mar Caribe, el Océano Pacífico y el Golfo de California, y los terrenos solicitados en concesión de exploración o explotación o concesionados y los que se concesionaren, al recuperar su carácter de libres por cualquier motivo.

Creadas las reservas petroleras, se buscó la forma de mejorar el aprovechamiento del mercado interior de combustibles, que se encontraba totalmente en manos de empresas extranjeras, que fijaban a su arbitrio los precios de los productos. La expedición del reglamento sobre las reservas, fue un paso importante hacia la nacionalización efectiva del petróleo y el Estado quedó en posibilidad “de distribuir equitativamente entre el mayor número posible, las fuentes de riqueza petrolera; de regular el ritmo de la producción otorgando o negando las concesiones que se solicitaren y de formar la reserva fija para asegurar en cualquier tiempo y emergencia el abastecimiento del país y evitar el acaparamiento de los campos de producción, así como

organizar una empresa nacional que diera fácil acceso a las actividades y capitales mexicanos y pudiera regular el abastecimiento y los precios del mercado interior”.

Las reservas petroleras estuvieron siendo explotadas por el Control de Administración del Petróleo Nacional, que tuvo un campo limitado de acción. Tales consideraciones y el propósito de ir incorporando en la actuación del Estado a los mismos elementos que con ella pudieran beneficiarse, señalaron la conveniencia de adoptar un procedimiento en que se asociaran los intereses públicos, constituidos por aportaciones del erario, por reservas petroleras nacionales y por otros bienes de propiedad pública, con los intereses privados a fin de constituir una empresa cuyas finalidades serían: la explotación petrolera a efecto de regular los mercados interiores, satisfacer principalmente las necesidades del Estado y de las empresas de servicios públicos; fomentar la inversión del capital nacional en la industria y procurar la preparación de técnicos mexicanos, teniendo por mira principal, en todo caso, que los aprovechamientos de la riqueza petrolera nacional se realizaran con el mayor beneficio colectivo. El capital privado que se invertiría en los negocios de la compañía debería tener las garantías y el aliciente debidos, así como una importante influencia en la orientación de la empresa, sin menoscabo de los intereses generales que se trataba de satisfacer.

Dentro de estos propósitos, el 20 de diciembre de 1933, el Presidente de la República solicitó autorización del Congreso para crear una sociedad de economía mixta, que tendría por objeto principal el de asegurar el abastecimiento del país en general y especialmente las necesidades del Gobierno y de los Ferrocarriles Nacionales de México; y expedida la ley necesaria, con posterioridad se organizó la Compañía Petróleos de México, S. A. (Petro-mex), a la que el capital privado aportó fuertes inversiones y que constituyó un paso importante en la nacionalización del subsuelo y en su explotación por una empresa semioficial.

Después de ese primer ensayo, se expidió el 31 de agosto de 1934 la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público y ellas sólo podrían constituirse cuando se tratase de actividades de interés público y particular, conjuntamente, a juicio de la Secretaría de la Economía Nacional (Artículo 1º) introduciendo así un criterio de discrecionalidad que hacía potencialmente más amplia la facultad intervencionista del Estado y aceptaba la forma característica de las llamadas empresas de economía mixta, con la doble participación de la colectividad pública y de los particulares, en el capital y en la administración dentro del campo del Derecho Mercantil, estableciendo así una colaboración del Estado y de los particulares para la organización y gestión de empresas de interés público, revistiéndolas de formas consagradas por el derecho privado, las sociedades de responsabilidad limitada, reglamentadas por la vigente Ley General de Sociedades Mercantiles.

Otro de los problemas de alta importancia nacional era el relativo a la industria eléctrica, y para resolverlo se creó la Comisión Federal de Electricidad, tomando en consideración que se habían presentado situaciones de sobrecapitalización de las empresas y de tarifas elevadas, y que era necesario

definir la acción del gobierno frente a los problemas de la generación de energía eléctrica en el país, sobre estos dos puntos básicos: "I. El suministro de energía eléctrica debe hacerse a un precio de tal manera reducido, que la producción industrial viva de la energía eléctrica y no para la energía eléctrica; y II. Que el sistema de distribución de dicha energía se ramifique en nuestro territorio, de manera que desarrolle los núcleos regionales productores y haga posible la formación de nuestros centros industriales." (20 de diciembre de 1933.)

#### IV

Hasta entonces, habíamos llegado al principio de colaboración para fines de actividad pública; todavía no se planteaba el problema medular del intervencionismo estatal: ¿actividad directa de la administración pública, con exclusión del interés privado? ¿Actividad complementaria? ¿Actividad subsidiaria?...

Dos fenómenos de gran importancia dentro de la vida institucional de México, cambiaron radicalmente el concepto y los métodos de la intervención estatal en la economía: la expropiación petrolera y los procesos de nacionalización.

Sin entrar en un análisis político-económico del decreto de 18 de marzo de 1938, debe precisarse que fue una disposición expropiatoria de los bienes de ciertas y determinadas empresas petroleras rebeldes a cumplir un laudo de los tribunales de trabajo<sup>3</sup> una ejecutoria de la Suprema Corte de

<sup>3</sup> Considerando del Decreto:

#### CONSIDERANDO:

Que es del dominio público que las empresas petroleras que operan en el país y que fueron condenadas a implantar nuevas condiciones de trabajo por el Grupo número 7 de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje el 18 de diciembre último, expresaron su negativa a aceptar el laudo pronunciado, no obstante de haber sido reconocida su constitucionalidad por ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin aducir como razones de dicha negativa otra que la de una supuesta incapacidad económica, lo que trajo como consecuencia necesaria la aplicación de la fracción XXI del artículo 123 de la Constitución General de la República, en el sentido de que la autoridad respectiva declara rotos los contratos de trabajo derivados del mencionado laudo.

#### CONSIDERANDO:

Que este hecho trae como consecuencia inevitable la suspensión total de actividades de la industria petrolera, y en tales condiciones es urgente que el Poder público intervenga con medidas adecuadas para impedir que se produzcan graves trastornos interiores que harían imposible la satisfacción de necesidades colectivas y el abastecimiento de artículos de consumo necesario a todos los centros de población, debido a la consecuente paralización de los medios de transporte y de las industrias productoras; así como para proveer a la defensa, conservación, desarrollo y aprovechamiento de la riqueza que contienen los yacimientos petrolíferos, y para adoptar las medidas tendientes a impedir la consumación de daños que pudieran causarse a las propiedades en perjuicio de la colectividad, circunstancias todas éstas determinadas como suficientes para decretar la expropiación de los bienes destinados a la producción petrolera.

Justicia de la Nación: el desacato se castigó y ante los apremios de tiempo y la urgencia de no interrumpir la producción y refinamiento de hidrocarburos, se estableció un régimen transitorio por decreto de 20 de marzo que creó un organismo público con personalidad jurídica, denominado Administración General del Petróleo Nacional complementado por el Consejo Administrativo del Petróleo, para que manejara los bienes muebles e inmuebles expropiados, y no fue sino hasta meses después (20 de julio de 1938) cuando el Congreso de la Unión creó una *Institución pública*: Petróleos Mexicanos con personalidad jurídica y con el objeto de encargarse de los bienes muebles e inmuebles expropiados; los que se le aplicarían al liquidarse Petróleos Mexicanos, S. A. y, en términos generales, los terrenos de reservas petroleras más otros bienes que se enumeran en el decreto y con facultades para celebrar los actos y contratos necesarios para realizar su fin principal. La dirección se encomendó a un Consejo de Administración de

Por lo expuesto y con fundamento en el párrafo segundo de la fracción vi del artículo 27 constitucional y en los artículos 1º, fracciones v, vii y x, 4, 8, 10 y 20 de la Ley de Expropiación de 23 de noviembre de 1936, he tenido a bien expedir el siguiente

#### DECRETO:

Art. 1º Se declaran expropiados por causa de utilidad pública y a favor de la nación, la maquinaria, instalaciones, edificios, oleoductos, refinerías, tanques de almacenamiento, vías de comunicación, carros-tanque, estaciones de distribución, embarcaciones y todos los demás bienes muebles e inmuebles de propiedad de: la Compañía Mexicana de Petróleo "El Águila", S. A., Compañía Naviera de San Cristóbal, S. A., Compañía Naviera San Ricardo, S. A., Huasteca Petroleum Company, Sinclair Pierce Oil Company, Mexican Sinclair Petroleum Corporation, Stanford y Compañía Sucesores, S. en C., Penn Mex Fuel Company; Richmond Petroleum Company de México, California Standard Oil Company of Mexico, Compañía Petrolera el Agüí, E. A., Compañía de Gas y Combustible Imperio, Consolidated Oil Company of Mexico, Compañía Mexicana de Vapores San Antonio, S. A., Sabalo Transportation Company, Clarita, S. A., y Cacalilao, S. A., en cuanto sean necesarios, a juicio de la Secretaría de la Economía Nacional, para el descubrimiento, aceptación, almacenamiento, refinación y distribución de los productos de la industria petrolera.

Art. 2º La Secretaría de la Economía Nacional, con intervención de la Secretaría de Hacienda como administradora de los bienes de la nación, procederá a la inmediata ocupación de los bienes materia de la expropiación y a tramitar el expediente respectivo.

Art. 3º La Secretaría de Hacienda pagará la indemnización correspondiente a las Compañías expropiadas, de conformidad con lo que disponen los artículos 27 de la Constitución y 10 y 20 de la Ley de Expropiación, en efectivo y en un plazo que no excederá de 10 años. Los fondos para hacer el pago los tomará la propia Secretaría de Hacienda del tanto por ciento que se determinará posteriormente a la producción del petróleo y sus derivados, que provengan de los bienes expropiados y cuyo producto será depositado, mientras se siguen los trámites legales, en la Tesorería de la Federación.

Art. 4º Notifíquese personalmente a los representantes de las compañías expropiadas y publíquese en el *Diario Oficial de la Federación*.

Este decreto entrará en vigor en la fecha de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*. (Se publicó el 19 de marzo de 1938.)

Dado en el Palacio del Poder Ejecutivo de la Unión, a los dieciocho días del mes de marzo de mil novecientos treinta y ocho.—Lázaro Cárdenas.—(Rúbrica).—El Secretario de Estado y del Despacho de Hacienda y Crédito Público, Eduardo Suárez.—(Rúbrica).—El secretario de Estado y del Despacho de la Economía Nacional, Efraín Buenrostro.—(Rúbrica).—Al C. Lic. Ignacio García Téllez, Secretario de Gobernación.—Presente.

integración mixta, con representantes del Gobierno Federal y del Sindicato de Trabajadores Petroleros.

Desde el punto de vista jurídico ¿qué era la corporación recién creada? Desde luego participaba de ciertas características de las Sociedades Anónimas, en cuanto al órgano rector y a las operaciones que podía realizar; pero no era una sociedad de interés público y responsabilidad limitada de las contempladas por la ley a que nos hemos referido; no era tampoco una típica sociedad de economía mixta. ¿Podría considerarse como un fenómeno de descentralización administrativa?

Según la Teoría del Derecho Administrativo, pueden señalarse como formas de descentralización:

- a) La regional.
- b) La patrimonial, con asignación de un patrimonio para la realización de un servicio público.
- c) La funcionalista.
- d) La concesión.

Dentro de estas directrices, el Dr. Gabino Fraga, da tres formas de descentralización:

- a) Por región.
- b) Por servicio.
- c) Por colaboración,

sin que ellas puedan considerarse como "tipos" bien caracterizados sino como tendencias.

"Pero en verdad todas estas formas de descentralización más o menos determinadas —dice Surria— pueden reducirse a dos: la *descentralización regional* y la *descentralización por servicio*... que comprende la descentralización patrimonial con la consagración de un patrimonio autónomo aplicado a la gestión del servicio."<sup>4</sup>

Se ha considerado, también, que al lado de la descentralización se produce un movimiento del mismo orden y al que puede llamarse la *industrialización de los servicios públicos*, que *paradójicamente* se tiene como un medio eficaz para contrarrestar los excesos del intervencionismo del Estado.

Sin embargo, todos estos conceptos que podríamos llamar clásicos dentro de la doctrina del Derecho Administrativo, fueron transformados rompiéndose con la tradición jurídica, por el Consejo de Estado de Francia en la famosa Sentencia Monpeurt de 31 de julio de 1942, al fijar sus conceptos interpretativos:

1º El establecimiento público había sido definido tradicionalmente como un servicio público dotado de personalidad moral: existen servicios públicos *personalizados* a los cuales el Consejo de Estado niega expresamente el carácter de establecimientos públicos.

2º La noción de *Servicio Público* pierde definitivamente su significación orgánica. La gestión de los servicios públicos puede ya ser confiada no solamente a las personas públicas clásicas —Estado, Departamentos, Comunas

<sup>4</sup> Eustorgio Surria, *Derecho administrativo*, 3ª ed., Bogotá, 1957.

y establecimientos públicos— sino también a organismos que no teniendo el carácter de establecimientos públicos no constituyen, según la definición dada del establecimiento público en la sentencia Garnett 1956: “*Servicios Administrativos desprendidos, separados de la administración general del Estado*”.

“Las consecuencias de la tesis del Consejo de Estado en la sentencia Monpeurt fueron trascendentales para la doctrina, pues de ella nació el concepto y juicio de la empresa pública con un conjunto de reglas y el criterio de un estatuto general de las *empresas públicas*, entendiéndose por tales aquellas *industriales o comerciales que escapan a la apropiación del capital privado* y quedan, en último análisis, sujetas al imperio del Estado.”<sup>5</sup>

La noción de servicio industrial y comercial, como opuesta a los servicios públicos administrativos, no se funda ya en el criterio del “objeto del servicio” y en la distinción entre las actividades naturales y las actividades accidentales del Estado. Se han sustentado al respecto diversos criterios aislados o combinados y se toma muy en cuenta el objeto del servicio, el origen de sus recursos y las modalidades de su funcionamiento.

La distinción de los servicios administrativos y de los objetos industriales es en la práctica “tanto más compleja y sutil que un mismo organismo puede reunir las dos cualidades y que una persona moral de carácter administrativo puede operar servicios de carácter industrial y comercial”.

Hemos de concluir, pues, que pueden existir organismos descentralizados siempre que concurren un fin de interés general y la intervención de una persona pública. Si falta alguno de estos requisitos, la actividad tendrá un carácter privado.

Dentro de este criterio, surge la dicotomía: empresas sometidas a los principios del derecho público y sumisión parcial al derecho privado en virtud de la teoría general de la gestión privada y, sobre todo, aplicación a su actuación de procedimientos típicos de sumisión a las jurisdicciones comunes, criterio que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia, al reconocer a Petróleos Mexicanos el carácter de quejosa en el juicio de amparo, es decir, de persona moral privada que puede resultar agraviada por actos de autoridad y al obligarla a otorgar fianzas para que surta efectos la suspensión de los actos reclamados en el juicio constitucional, tesis complementada con las ejecutorias de la Sala Administrativa, que reconocen a la Comisión Federal de Electricidad el carácter de *organismo público descentralizado* y al mismo tiempo la capacitan para ocurrir al juicio constitucional en una contienda real y como parte agraviada. Es decir, le dan carácter privado.

Podemos, pues, concluir que se trata de Organismos públicos descentralizados, atípicos y con una doble personalidad: la de su creación que es de derecho público y la de su funcionamiento; en éste actúan como entes mercantiles y quedan sujetos a las normas del derecho privado. Al excluir la participación del capital privado, se les da el carácter de empresas públicas.<sup>6</sup>

La consecuencia inmediata de la expropiación petrolera, fue la creación

<sup>5</sup> Dellon, *L'Etat et les entreprises publiques*.

<sup>6</sup> El autor fue Presidente de Petróleos Mexicanos, de la Comisión Federal de Electricidad y la de Fomento Minero, y pudo conocer los procedimientos de su funcionamiento.

de Petróleos Mexicanos con las características que he procurado definir. Todavía no existía la *nacionalización* del petróleo y su incorporación excluyente dentro del patrimonio del Estado.

Se ha considerado que la nacionalización "tiene por objeto transferir a la colectividad nacional la propiedad de una empresa o de un grupo de empresas privadas a fin de substraerlas de la dirección capitalista y de organizar su gestión según las exigencias del interés general".

"Esta definición pone de relieve:

—"*La naturaleza de la operación*: es una forma de expropiación, una desposesión de los particulares en beneficio de la colectividad.

—"*Su objeto*: mientras que la expropiación tradicional afecta inmuebles, la *nacionalización va sobre empresas*, es decir, sobre unidades económicas de producción con todos los bienes y derechos que las componen y las cargas y obligaciones que las gravan.

—"*La inspiración*: la nacionalización procede antes que todo de la voluntad de dar a la gestión un móvil distinto del de la ganancia. Pero la elección de la palabra nacionalización atestigüa otro cuidado: la voluntad de evitar la *estatización*, incluyendo en este término la aplicación al manejo de la empresa de métodos administrativos tradicionales. Se ha citado a menudo la fórmula nacionalizar no es estatizar. *La nacionalización excluye, pues, a priori, la sumisión* de la empresa al derecho administrativo y tiende a mantenerla dentro del cuadro del derecho privado."

El decreto expedido el 18 de marzo de 1938 *expropiando* los bienes de determinadas compañías petroleras, no constituye por sí mismo la *nacionalización del petróleo*. Después de sostener con dignidad la posición de México y de *solucionar graves conflictos internacionales*, fue necesaria la reforma constitucional de 9 de noviembre de 1940. Corrieron cerca de tres años para que, al modificarse el artículo 27 de la Constitución General de la República, se estableciera que "tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se otorgarán concesiones ni contratos ni subsistirán los que se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva".

Autorizada por el Congreso de la Unión la formación de la Comisión Federal de Electricidad, sin precisar su naturaleza jurídica aun cuando sí su objeto que se consideraba como de utilidad pública (Decreto de 29 de diciembre de 1934), el de 15 de abril de 1937 tampoco la definió y no fue sino hasta el 14 de agosto siguiente cuando se la calificó como "dependencia oficial" con patrimonio. Doce años después se la definió como organismo público descentralizado, con patrimonio propio y personalidad jurídica (Decreto de 14 de enero de 1949) precisando su objeto, pero sin perder las bases del decreto original.

Las reformas constitucionales de 23 de diciembre de 1960 establecieron: "corresponde *exclusivamente* a la Nación generar, conducir, transformar,

<sup>1</sup> J. Rivero, *Droit Administratif*, París, 1962.

distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines”, *nacionalizándose* así con sus características jurídicas y económicas la industria eléctrica.

Quedaba por resolver la situación jurídica de las empresas privadas, que por concesiones otorgadas, se habían dedicado a la generación, distribución y venta de energía eléctrica: la Comisión adquirió la totalidad de las acciones de casi todas las empresas eléctricas que operaban en el país y por acuerdo de 10 de agosto de 1967 se ordenó su disolución y liquidación y la incorporación de sus bienes a la Comisión Federal de Electricidad, subsistiendo hasta ahora la Cía. de Luz y Fuerza del Centro, S. A., sucesora de la Mexican Light and Power Co., regida por las leyes de Canadá y que, hasta donde llega mi conocimiento, no ha sido ni disuelta ni liquidada, operándose así la nacionalización, supuesto que de esta sociedad no queda más que la forma jurídica, ya que ha desaparecido el capital privado.

## V

Hay otro tipo de empresas que tienen su origen en la Constitución Federal o que resultan ineludibles para la realización de la política económica del Estado en materias de interés público o de necesidad social.

El artículo 28 constitucional prohíbe la existencia de monopolios, pero exceptúa la emisión de billetes “por medio de un solo Banco que controlará el gobierno federal”.

Ocho años después de entrar en vigor la Constitución General de la República, el Congreso de la Unión —en ejercicio de la facultad concedida en la fracción x del artículo 73 constitucional— expidió la Ley de 25 de agosto de 1925 que creó el Banco de México al que se le concedió el monopolio, también constitucional, de emitir billetes, añadiéndole otras facultades necesarias para el mejor éxito de su función y esenciales a todo Banco Central: regulación de la circulación monetaria, de los cambios sobre el exterior y de la tasa del interés; el redescuento de documentos de carácter mercantil y la realización de operaciones que requiriera el servicio de la Tesorería de la Federación.

¿Por qué, si el Banco iba a ser el instrumento más eficaz para asegurar la estabilidad económica de México; para llevar a la práctica la política monetaria y para regular y mantener los cambios sobre el exterior, con su indiscutible y doble efecto de mantener la cotización internacional del peso y de influir en la balanza de pagos, se le dio el carácter de Sociedad Anónima? (Artículo 1º de la Ley) y, ¿no se le reconoció como una corporación pública nacida de la Constitución, de forma atípica y con facultades para ejercer sus funciones de orden público, de interés general y vitales para nuestra economía?

La única razón parece que fue de origen político.

Antes de la fundación del Banco de México se había reconocido como "una necesidad apremiante la reorganización de la Comisión Monetaria, porque, como dependencia de la Secretaría de Hacienda, se había contaminado de todos los vicios y corruptelas engendrados por la acción política malsana que imperó, en otro tiempo, en aquel ramo de la Administración. Se procedió, pues, a satisfacer tan ingente necesidad y se procuró, además, hacer esto en forma de constituir una fuente de enseñanzas que pudieran ser aprovechadas, llegado el caso, para cimentar con firmeza y erigir con solidez el futuro Banco de Emisión. De allí que el Decreto de 24 de diciembre de 1924 haya tendido a independizar administrativamente la Comisión Monetaria *constituyéndola en sociedad anónima*, y que le haya asignado dos órdenes de funciones: las bancarias de depósito y descuento, y las que antes desempeñaba, en conexión con el Gobierno Federal, como sucesora de la antigua Comisión de Cambios y Moneda.

"Desde que, con motivo de la reorganización, fue renovado el personal directivo de la Comisión Monetaria y comenzó ésta a actuar de acuerdo con su nuevo estatuto, se evidenció la factibilidad de funcionamiento administrativo de una institución semejante *fuera de la perniciosa influencia de la política y, durante toda su vida, ofreció un campo de experimentación excelente sobre el cual han sido elaborados la Ley Constitutiva, la Escritura Social y los Estatutos del Banco de Emisión.*"<sup>8</sup>

No obstante y después de una experiencia de 16 años, la nueva ley del Banco de México publicada el 31 de mayo de 1941, consagró el error al establecer en su artículo 1º: "Por esta ley se regirá en lo sucesivo la *Sociedad Anónima* constituida por escritura de 1º de septiembre de 1925", teniendo buen cuidado de no repetir en su articulado ese carácter de sociedad anónima, ya que sólo y siempre se habla del *Banco de México*.

Las funciones del Banco de México excluyen la posibilidad de que, dentro de la teoría clásica, pudiera ser una Sociedad Anónima aún de carácter *sui generis*, pues es indiscutible que en ciertos aspectos ejerce actos de autoridad y no de gestión análogos a los de los particulares; los primeros constituyen sistemas derogatorios del derecho común y tienden a la satisfacción de un interés general, económico o social.

No puede aceptarse que la imposición de sanciones por deficientes en el encaje legal, sea un acto de gestión privada ni aun cuando quisiera dársele el carácter de pena convencional pactada, supuesto que no hay contrato o convención entre el Banco Central y las instituciones que integran el sistema bancario nacional. De la misma manera, la fijación de los tipos de descuento, la intervención indirecta en los fenómenos de distribución de bienes por el procedimiento de redescuento de cartera proveniente de determinadas operaciones como el trigo, no son ni pueden ser actos propios de una Sociedad Anónima. Las mismas *circulares* del Banco de México, de cumplimiento obligatorio para las instituciones de crédito y que fijan normas y procedimientos para las operaciones de crédito, no son actos de gestión sino de autoridad.

<sup>8</sup> Alberto J. Pani, *La política hacendaria y la Revolución*, México, 1926.

Merece especial interés el punto relativo a las *circulares* del Banco de México, examinadas en relación con la facultad reglamentaria que constitucionalmente compete al Presidente de la República. El doctor Gabino Fraga es un exegeta brillante de la facultad reglamentaria a que se contrae el artículo 89, fracción 1 de la Constitución General de la República, haciendo —como dice Tena— “un esfuerzo de dialéctica parece concluir la interpretación gramatical al fin preconcebido”.

Debemos reconocer que la facultad reglamentaria es consustancial a un régimen constitucional y que tiene antecedentes continuos en la historia de nuestras constituciones escritas, desde la de Cádiz en 1812; la federalista de 1824; la Cuarta Ley Constitucional de 1836 y las Bases Orgánicas de 1843, hasta que la Constitución de 1857 la suprimió sin razón conocida.

Sin embargo, ante los imperativos de la realidad y la defectuosa redacción de la fracción 1 del artículo 89 de la Constitución de 1917, la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de la facultad reglamentaria, haciendo extensiva la teoría de las facultades implícitas y como un medio para cumplir las expresamente concedidas; pero eso sí, subordinando siempre el Reglamento al texto de la Ley, encerrándola dentro de un marco rígido e inflexible y no limitándola, sino atribuyéndola exclusivamente y sin posible delegación, al Presidente de la República.

A pesar de la doctrina constitucional mexicana; de la teoría de nuestro Derecho Administrativo y de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, las *circulares* del Banco de México tienen un carácter reglamentario de la Ley General de Instituciones de Crédito por cuanto a que tienden a asegurar y exigir su observancia y su aplicación, más o menos flexible, según las imposiciones financieras y económicas.

Dentro del criterio de la Suprema Corte de Justicia, las *circulares* —por su propia naturaleza— son expedidas por los superiores jerárquicos, en la esfera administrativa, dando instrucciones a los inferiores sobre el régimen interior de las oficinas, o sobre su funcionamiento con relación al público o para aclarar a los inferiores la inteligencia de disposiciones legales ya existentes; pero no para reconocer derechos o imponer restricciones al ejercicio de ellos, es decir, se trata de una facultad jerárquica dentro de la organización interna de la administración pública.

Sin embargo, las *circulares* del Banco de México no tienen ninguna de esas características; lejos de ello, imponen obligaciones a las instituciones de crédito que integran el sistema bancario nacional; restringen en ciertos casos su actividad; regulan el otorgamiento de créditos y la forma de operarlos, es decir, de hecho intervienen en la realización de los objetos de los Bancos y revisten propiamente el carácter de disposiciones reglamentarias de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares que practica el propio Banco de México en ejercicio de lo que podría calificarse como una facultad delegada.

Las dichas *circulares* tienden a la exacta observancia de una ley expedida por el Congreso de la Unión, por lo que doctrinalmente son un acto reglamentario ejecutado con cierta libertad y autonomía, y esto no es acto de

gestión, sino de autoridad, ajeno por completo al objeto y funcionamiento de una sociedad anónima.

Además, el Banco de México tiene facultades para celebrar convenios internacionales de pagos e interviene en la ejecución de pactos internacionales como los relativos a las informaciones que deben suministrarse al Fondo Monetario Internacional o al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, de acuerdo con el Convenio aprobado en Bretton Woods.

Hay otras instituciones que si no tienen su origen directo en la Constitución, pueden considerarse como resultado del ejercicio de facultades implícitas, como medio para realizar la actividad del Estado en materias económicas y sociales.

La explotación del ejido, dentro de un sistema de economía productiva —no para el consumo— requirió el crédito ejidal; la protección a la pequeña propiedad y su explotación racional, el crédito agrícola; la indemnización de daños y perjuicios sufridos, el seguro agropecuario; el fomento al funcionamiento de cooperativas, la creación del instrumento adecuado para habilitarlas y refaccionarlas.<sup>9</sup>

Así surgieron otras instituciones de crédito como el Banco Nacional de Crédito Agrícola; el Nacional de Crédito Ejidal; el de Comercio Exterior; el Nacional de Fomento Cooperativo: todas como Sociedades Anónimas, sin más explicación en cuanto a su forma, que una inercia burocrática.

A todas, en mi concepto, les es aplicable la misma crítica constructiva que al Banco de México puesto que, con otras funciones y con procedimientos indirectos en cuanto al otorgamiento de créditos vienen a regular la producción agrícola y pesquera, ejerciendo acto de autoridad y no de gestión.

## VI

Existen otras empresas públicas que tienen su origen mediato en la Constitución, inmediato en disposiciones reglamentarias.

Me refiero concretamente a la petroquímica, de tanta importancia en la evaluación de los sistemas de explotación del petróleo y factor *primordial de nuestro desarrollo económico*.

Debemos distinguir dos situaciones que obedecen a criterios técnicos:

*Primero.* La elaboración directa por el Estado a través de ciertos organismos en los que no pueden tener participación de ninguna especie los particulares, de los productos que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas que sean resultado de procesos petroquímicos fundados en la transformación química importante o en el primer proceso químico importante que se efectúe a partir de productos o subproductos de refinación de hidrocarburos naturales del petróleo, o que *tengan un interés económico social fundamental para el Estado.* (Art. 27

<sup>9</sup> El autor, como Secretario de la Economía Nacional, elaboró el proyecto de ley creando el Banco Nacional de Fomento Cooperativo y lo fundó durante su gestión. Confiesa haber incurrido en el error que ahora critica.

del Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo, *Diario Oficial* de 25 de agosto de 1959) complementado por el acuerdo de 13 de enero de 1960 en el que se especifican los productos de petroquímica básica.

*Segundo.* La elaboración de los productos que sean resultado de los procesos petroquímicos subsecuentes a los señalados, en que podrán operar indistintamente y en forma no exclusiva, la nación, *la iniciativa privada sola* o asociada con la Nación, por conducto de Petróleos Mexicanos, o de organismos o empresas subsidiarias de dicha institución o asociadas a la misma, creadas por el Estado (Art. 28 del Reglamento citado).

Dentro de la tesis intervencionista del Estado en los fenómenos de la economía nacional, se creó la Nacional Distribuidora y Reguladora, S. A. (nuevo error de quien esto escribe, por lo que toca a la forma jurídica del ente) con el propósito de regular los precios de los llamados artículos de primera necesidad.

A través de diversos procesos de adaptación y de capacidad económica, se llegó a la actual CONASUPO, también sociedad anónima, que ciertamente no realiza actos de mera gestión. Basta citar la fijación de los precios de garantía para determinados productos; el otorgamiento de subsidios y el régimen de suministro a las industrias consumidoras de determinada materia prima, que no constituyen actos de gestión.

Pueden, pues, existir y de hecho funcionan tres tipos de organizaciones:

- a) Empresas estatales, con exclusión de cualquier otro interés.
- b) Empresas de economía mixta.
- c) Empresas privadas con finalidades públicas.

Las primeras no tienen por qué organizarse como Sociedades Anónimas; las segundas caen dentro del ámbito de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Interés Público, y las terceras pueden adoptar una forma mercantil, seguramente la de Sociedades Anónimas.

## VII

Fuera de los tipos de empresas que hemos analizado, funcionan en México un gran número de Sociedades Anónimas en algunos casos de interés general y social; en otros de beneficio económico colectivo y en algunos más de interés privado y absurdamente controladas por el Estado. Ellas tienen diversos orígenes:

a) Fundadas por la iniciativa privada, pero por razón de la naturaleza de su objeto son de interés público y social (Altos Hornos de México) y que el Estado ha absorbido a través de sus instituciones subsidiarias, conservándose su forma mercantil. *Están sujetas al control, pero no al imperio del Estado.*

b) Empresas que, dentro de la realidad nacional e independientemente de su objeto, el Estado ha absorbido por imperativos políticos o financieros, y

c) Empresas que se han adjudicado al Estado, a través de organizaciones subsidiarias, para recuperación de créditos indebidamente concedidos, pero que ni tienen un objeto de interés público, ni hay razón para que indirectamente estén controladas por el Estado. Es el caso típico de una fábrica de bicicletas.

Dentro de una clasificación general, podemos considerar acertado el criterio de Pérez Moreno: "La evolución se ha basado en lo 'espontáneo'. La proliferación de entes de gestión económica, no ha respondido a un esquema nacional previo. Remedando la estructura del pensamiento hegeliano podríamos decir —no pasando la confianza en la expresión de su mismo grafismo— que la tesis intervención del Monarca absoluto con las grandes compañías mercantilistas, contrapuesta con la antítesis inhibicionismo del poder de cuño liberal, determina la síntesis de proliferación de personas públicas (o sostenidas por la administración) que actúan en la vida económica sometidas a la normativa mercantil."<sup>10</sup>

En México se ha seguido el mismo proceso y la Ley para el Control por el Gobierno Federal, de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, no resuelve el problema ni del criterio regulador del intervencionismo del Estado, ni el de la personalidad jurídica, ni el de la morfología de la empresa pública.

No el primero, porque fuera de las empresas públicas que tienen su origen en la Constitución, que han nacido o de la expropiación o de los procesos de nacionalización, nada hay que establezca la norma del Estado *en su intervención* en la economía nacional.

Fuera de los casos mencionados, origen constitucional y explotación directa del patrimonio nacional; del criterio que priva en la industria petroquímica no básica, carecemos de una orientación definida, de una norma flexible. Se ha hablado de actividad complementaria de la iniciativa privada, lo que supone formas de economía mixta, y también se da el concepto de actividad subsidiaria, lo que tanto vale decir, como suplir al sector privado, independientemente del interés público, en actividades en las que no se aventura por el temor, por inseguridad en la recuperación por lo novedoso de la actividad. Y si es mala la existencia del criterio de discreción absoluta en la creación del acto administrativo, peor es esa falta de criterio, de definición, de norma general flexible, en la creación de empresas públicas o simplemente de interés privado.

La breve exposición que antecede, me permite concluir que es necesaria la expedición de una ley de carácter general y de aplicación específica que:

1) Defina y precise el carácter jurídico-económico de la empresa pública creada por acto exclusivo del Estado en cumplimiento de sus deberes Constitucionales y como un medio de:

<sup>10</sup> Alfonso Pérez Moreno, *La forma jurídica de las empresas públicas*. Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1969.

a) Explotar en forma única y excluyente el patrimonio nacional, sin posible participación de ningún interés privado.

b) Realizar fines económicos y financieros, constituyendo —aun cuando parezca paradójico— monopolios constitucionales.

c) Realizar y complementar actividades de interés general, con la posible participación del sector privado.

Estas empresas públicas estarían sujetas en cuanto a su organización y funcionamiento interno, al estatuto de su creación; serían atípicas sin revestir ninguna de las formas de sociedades reconocidas por la Ley Mercantil, pero en cuanto a su actividad comercial y relaciones laborales, quedarían sujetas a la legislación común y a las jurisdicciones ordinarias.

Serían sólo y nada más que *Empresas Públicas*. Las primeras sujetas al imperio y al control del Estado; las segundas, sólo al control.

2) En cuanto a las últimas, constituyen propiamente Sociedades de economía mixta y son una manifestación de un intervencionismo económico del Estado, que se caracteriza por la participación del poder público en la integración del capital y por el control de la gestión.

3) Al lado de estas empresas, subsistirían con su forma de Sociedades Mercantiles ordinarias, las corporaciones privadas que ha absorbido el Estado por diversas causas y procedimientos, en las que se conserva el control en el capital y en la gestión, de acuerdo con el estatuto legal de las sociedades mercantiles.

4) Dentro de esta clasificación general, debemos considerar otro tipo de empresa pública, caracterizada por la naturaleza del sector económico en que opera y por la prestación de un *servicio público*; se trata ya de un fenómeno de descentralización dentro del concepto doctrinal del Derecho Administrativo en el que la actividad esencial corresponde teóricamente a la administración, pero en la que la gestión se encomienda a una empresa pública.

Satisface por su precisión la forma en que las clasifica para la Gran Bretaña, W. A. Robson, citado por Pérez Moreno, en seis grandes grupos, de los que sólo tomaremos dos adaptables a nuestro sistema constitucional y administrativo.

1) Servicios públicos (agua, gas, electricidad, puertos y refugios marítimos).

2) Transportes y Comunicaciones (ferrocarriles, autobuses, tranvías, trolebuses, líneas de navegación aérea).

Ellas permiten utilizar su funcionamiento para la prestación de servicios o funciones de la administración pública y se ajustan a nuestra realidad nacional; no necesitan revestir ninguna de las formas de sociedades que reconoce la legislación mercantil y constituyen lo que la doctrina inglesa llama "corporaciones públicas".

Para concluir estas notas, debo decir que "el examen al cual se acaba de proceder, revela la extraordinaria complejidad de la materia de los establecimientos públicos. Esta complejidad se explica, en parte, por la necesidad de adaptar procedimientos antiguos a situaciones nuevas nacidas del desarro-

llo de las actividades del Estado; pero el legislador y la autoridad reglamentaria la han agravado *distribuyendo a los organismos que crean etiquetas jurídicas sin ningún cuidado de su contenido*. Una clasificación parece necesaria: ella debería reservar sólo a los establecimientos públicos de tipo clásico, sometidos de manera general al Derecho Administrativo el calificativo de establecimiento público que encontraría así su coherencia y *desarrollar la autonomía de la categoría de empresas públicas, precisando la noción de comerciante público*".<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Jean Rivero, *op. cit.*