

El Estado no es otra cosa que una forma de vida humano-social, vida en forma y forma que nace de la vida.

Herman Heller

V

INSTITUCIONES PÚBLICAS DE DERECHO ECONÓMICO

SUMARIO: 1. Servicios públicos comerciales e industriales. A) Crisis de la noción de servicio público. B) La actividad comercial e industrial del Estado. 2. La empresa pública. A) La razón de la empresa pública. B) Empresa pública y servicio público. 3. Asignaciones económicas por interés público y social. 4. Garantías jurídicas para la colaboración económica y social.

1. *Servicios públicos comerciales e industriales*

La noción de servicio público es uno de los conceptos básicos del derecho público. Para la teoría clásica del derecho administrativo, principalmente para León Duguit y Gastón Jèze, dicha disciplina se podría reducir al derecho de los servicios públicos. Maurice Hauriou, por su parte, pone de relieve que “el acto administrativo se caracteriza por su objetivo: el servicio público”.

El servicio público puede ser utilizado en dos sentidos, uno sería para designar cierto servicio prestado al público y que se caracteriza por ser de interés público, y otro, sería para distinguir al organismo público que realiza dicho servicio. Las consecuencias jurídicas del concepto son de gran importancia, pues determinan el régimen jurídico aplicable a los sujetos que intervienen, a los actos que realizan, a

la responsabilidad en que pueden incurrir e incluso la forma de resolver las controversias que se llegaran a presentar, pues son de naturaleza diferente a las que se suscitan en el derecho privado.

Aun en el caso de que el servicio público se realice en casos excepcionales por un particular, por medio de concesión, queda sujeto a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado.

Sin embargo, la intervención del Estado cada vez más marcada en la economía, ha producido, entre otros fenómenos, el surgimiento de los llamados servicios públicos comerciales e industriales y con ellos el nacimiento de las empresas públicas, habiéndose preocupado el derecho administrativo francés de explicarlos, cuando era más fácil reconocer que eran instituciones que tenían otro sentido y características que el llamado servicio público y, por lo tanto, les correspondía un régimen exorbitante del propio derecho administrativo.

Marcel Waline,¹ destaca que en estos servicios públicos comerciales e industriales, se da una conjugación de disposiciones de orden público y de derecho privado. De derecho privado, por lo que se refiere a la responsabilidad frente a usuarios y terceros, la situación del personal, las relaciones con otras entidades públicas, el régimen fiscal a que están sujetos, que es igual al de los particulares, lo mismo que a ciertos contratos que celebran; por otro lado, de un régimen especial y parcial de derecho público; en tanto el personal de dirección conserva la calidad de funcionario, la expropiación se puede utilizar para adquirir los inmuebles necesarios para el servicio, se le aplican los principios de los contratos administrativos, y otros.

El hecho de que se tratan de conservar los principios del servicio público a actividades comerciales e industriales, en donde los entes públicos aparentemente actúan, como diría la jurisprudencia francesa, "en las mismas con-

¹ *Traité Elementaire de Droit Administratif*, 5a. ed., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1950, p. 289.

diciones que un particular”, han ocasionado ciertas incongruencias dentro del llamado derecho administrativo, en el que se presentan argumentaciones dignas de mejor causa para defender la tesis de que es servicio público una actividad comercial e industrial. Así ocurre, como dice Waline, que ante la presencia de dos categorías de servicio público, uno propiamente administrativo y otro comercial e industrial, “la noción de servicio público ha perdido, desde este primer punto de vista, su unidad”.²

Es importante no perder de vista que el surgimiento de la noción de servicio público comercial o industrial, ha sido producto de diversos fallos de los tribunales franceses, o sea, analizando casos particulares, por lo que no podría dar lugar a un sistema homogéneo y coherente. Desde el primer fallo en ese sentido, el 22 de marzo de 1921, en el caso “Société commerciale de L'Ouest Africain, dite affaire du bac d'Eloka”, donde se analizaba la explotación de un servicio de transporte efectuado por una entidad pública en las mismas condiciones que un industrial particular, hasta los últimos fallos en la materia, se puede apreciar que para hacer la distinción se atiende al objeto del servicio (comercial o industrial) y a su rentabilidad (recuperación por contraprestación de particulares). Sin embargo, hasta ahora la distinción en la jurisprudencia francesa no ha dejado de tener cierta arbitrariedad y subjetividad, lo cual no sería de preocuparse, sino en tanto que dicha situación ocasiona un régimen jurídico considerablemente modificado al propio del servicio público administrativo, por lo que sería conveniente tratar de buscar el criterio diferenciador en la doctrina.

A) *Crisis de la noción de servicio público*

Desde hace varios años se ha hablado de una crisis jurídica de la noción de servicio público,³ que se manifiesta en tres aspectos fundamentalmente:

² *Ibidem*, p. 290.

³ *Vid.* De Corail, Jean-Louis. *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1954.

a) En contra de la tesis objetiva de servicio público, que lo contempla como ejercicio de atribuciones de Estado, sostenida principalmente por Duguit, Bonnard y Hauriou, la intervención del Estado en la economía, ha transformado la actividad administrativa para dar origen a los servicios públicos comerciales e industriales.

b) En contra de la tesis subjetiva de servicio público, que lo caracteriza atendiendo a las modalidades jurídicas que tiene la organización del Estado, sostenida principalmente por Gastón Jèze, la evolución económica y social ha creado nuevas entidades que difícilmente podrían ser encuadradas como formando parte del gobierno, no sólo en el caso de la concesión, sino también en el llamado servicio público funcional, en el cual, para la realización del servicio ya no se requiere de la figura del establecimiento público, sino que particulares y otras entidades *sui-generis*, como en Francia serían las cámaras de comercio e industriales, pueden tener el carácter de servicio público, no sujeto, por lo tanto, al derecho privado.

c) La creación de las llamadas empresas públicas que constituyen la crisis tanto objetiva como subjetiva de la noción de servicio público y cuyos estudios han proliferado a partir de la Segunda Guerra Mundial, principalmente al presentarse el fenómeno de la nacionalización de las empresas. Sobre la nacionalización, es importante destacar, como precisa Waline,⁴ que no siempre implica la creación de un servicio público, pues el mismo en ciertos casos pre-existe a la nacionalización, y en otros, a pesar de la nacionalización, la entidad no varía su régimen jurídico de derecho privado, sin que por ello se pueda dejar de considerar servicio público. Esto nos hace reflexionar si la creación de la empresa pública no sólo constituye una crisis de la noción de servicio público en el derecho administrativo, sino también una crisis del concepto de empresa en el sentido que le ha dado el derecho privado, ya que dentro de sus conceptos e instituciones, no es posible o es difícil aceptar la existencia de este tipo de empresas.

⁴ *Op. cit.*, p. 295.

B) *La actividad comercial e industrial del Estado*

Cuando surge el concepto de servicio público comercial e industrial en 1921, el objetivo era conservar la tesis de que los servicios explotados por el Estado eran servicios públicos, en tanto eran actos normales de su funcionamiento para atender su objeto natural (tesis de Matter); más tarde, Bonnard trató de justificar los servicios públicos comerciales e industriales, diciendo que se podrían diferenciar por su objeto, o sea, que eran servicios que se prestaban para obtener un beneficio, como en las empresas privadas, por lo que su fin era convertirse en fuente de recursos para la administración.⁵ Por su parte, M. Chavanon, para precisar estos servicios señala que se tiene que recurrir a los códigos de comercio, en donde se define lo que se entiende por acto comercial, por lo que los servicios públicos comerciales e industriales serían los servicios públicos en los que se ejecutan, en forma habitual, los actos de comercio.⁶

Atendiendo a las condiciones jurídicas de su organización, Waline nos dice que el criterio de distinción obedece simplemente al criterio del legislador, que en algunos casos considera adecuado que un servicio se sujete a reglas de derecho privado;⁷ en igual sentido Laubadère considera que es la voluntad de la administración quien decide el régimen aplicable de derecho administrativo y de derecho privado, a través de la organización del servicio; para Rolland, lo fundamental es la intención en todas las circunstancias que han ocasionado la creación del servicio, tanto de organización como funcional;⁸ para Blaevøet, las características de los servicios citados, son que: debe proporcionarse teniendo por objeto atender las necesidades naturales de la población y debe satisfacer todas sus demandas, para lo cual, se emplean ordinariamente las modalidades del derecho común, sin que obste para que ten-

⁵ *Precis de Droit Administratif*, 4a. ed., Paris, 1943, p. 5.

⁶ *Cit.* en De Corail, Jean-Louis. *Op. cit.*, pp. 38-41.

⁷ *Ibidem*, p. 48.

⁸ *Ibidem*.

gan prerrogativas de poder público, además de que las prestaciones de servicios son remuneradas por los usuarios en función de su utilización;⁹ para Laroque, por último, también coincide en que los servicios industriales se caracterizan por la naturaleza de los procedimientos de derecho empleados en las relaciones que se establecen entre el servicio y los terceros.¹⁰

De lo expuesto por la doctrina, se puede observar que ha existido una falta de consenso general en definir lo que son los servicios públicos industriales y comerciales, queriendo definir el concepto por las consecuencias que produce, sin detenerse a pensar que es una petición de principio, en tanto que el régimen jurídico depende de la noción que se tenga y de los objetivos que se buscan y no a la inversa, además de que pretenden buscar unidad donde sólo hay diversidad. Sin embargo, no deja de ser interesante el intento de la doctrina francesa para seguir insistiendo que son servicios públicos y que son, por tanto, instituciones de derecho administrativo, lo cual en la actualidad, ya no es posible sostener.

Así, para Bonnard,¹¹ sigue siendo servicio público, en tanto satisface los intereses generales, aunque suscita una "reserva" en tanto no siempre se aplica el derecho público. Laubadère,¹² es de una opinión similar, al sostener que por ser servicio público debe quedar sujeto al derecho administrativo, aunque exista concurrencia de regímenes jurídicos, lo cual deriva de la voluntad del legislador. Rolland,¹³ es de la opinión de que existe una noción dual del servicio público, por un lado, en sentido lato, designa a todas las empresas públicas relevantes para los gobernados, y por otro lado, en sentido estricto, las empresas sujetas a un régimen particular o de excepción, propio de empresas particulares.

Los intentos de reconciliación con el concepto tradicional

⁹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁰ *Ibidem*, p. 50.

¹¹ *Op. cit.*, p. 199.

¹² *Cit.* en De Corail, Jean-Louis. *Op. cit.*, p. 66.

¹³ *Ibidem*, p. 68.

de servicio público, o de considerar que tiene una concepción dual, no hacen sino patentizar la crisis que existe sobre el particular. Como dijimos, la unidad de la noción está definitivamente abandonada y el servicio público comercial e industrial, responde a una noción autónoma, que consideramos forma parte del derecho económico y no del derecho administrativo, salvo que sostengamos, como hace Waline,¹⁴ para buscar una forma de solución, que el derecho administrativo actualmente tiene como base la idea de utilidad pública y ya no de servicio público, que sólo comprendería una forma principal, de intervención del Estado.

Las consecuencias de los servicios públicos comerciales e industriales, son de tal naturaleza que, como concluye Jean-Louis de Corail,¹⁵ en su obra clásica sobre la crisis de la noción de servicio público en el derecho administrativo francés, ponen en peligro serio a los conceptos fundamentales del derecho administrativo.

Esta intervención del Estado en la economía a través de los servicios públicos comerciales e industriales sólo se puede explicar atento a los fines que se buscan con el derecho económico, que le dan justificación y permiten dar unidad como instrumento a la llamada empresa pública.

2. *La empresa pública*

Una de las consecuencias de la creación de los servicios públicos comerciales e industriales, es la configuración de la llamada empresa pública, producto también de la jurisprudencia francesa, en la que por resolución de 31 de julio de 1942, en la famosa sentencia Montpeurt,¹⁶ llegó a señalar que existían servicios públicos personalizados que no eran establecimientos públicos, o sea, que eran organismos que realizaban servicios públicos separados de las personas públicas clásicas.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 7.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 129.

¹⁶ *Cit.* en Gaxiola, Francisco Javier. "La empresa pública en México", en *Estudios de derecho público contemporáneo*, UNAM, México, 1972, pp. 114-115.

Con ello se quiso destacar, desde un principio, que había otras entidades distintas al Estado que la auxiliaban en la realización de su actividad y que había tenido que recurrir a ellas por considerar que dada la naturaleza del servicio a prestar, se podría utilizar la organización de la empresa. El tema en sí, ha creado una inquietud intelectual en el derecho privado y en el derecho administrativo, tratando de criticarla o justificarla. Nuestra pretensión es sólo analizarla como un instrumento o mecanismo que ha creado el derecho económico para poder alcanzar sus objetivos.

La empresa es un concepto de carácter económico ante el cual el derecho se enfrenta muy a menudo, teniendo que regularla atendiendo al fin que se pretenda alcanzar. Una empresa es una "unidad económica", según Georges Ripert y Paul Durand, que tiene por objeto la producción de bienes o servicios, tesis que actualmente se ha generalizado. Por su parte, Truchy considera que la empresa deviene objeto de reglamentación, atendiendo a su naturaleza jurídica, por lo que se puede definir como la "unidad económica y jurídica en la que se agrupan y coordinan los factores humanos y materiales de la actividad económica".¹⁷

Se ha destacado desde un punto de vista moral o político, más que económico, que la empresa debe evolucionar hacia la figura de institución, como figura comunitaria o de comunidad, pues no se debe ya explicar como un simple contrato de carácter político-social, sino en función de perseguir "el interés común de quienes participan en ella y el bien común del pueblo",¹⁸ de lo cual concluye Ripert, que su concepto se debe buscar en el derecho fiscal y laboral, como disciplinas autónomas que prescinden de los conceptos tradicionales; nosotros consideramos que en todo caso se puede encontrar más fácilmente dicha concepción en la empresa pública, que regula el derecho económico.

La empresa por ser un concepto económico, implica que

¹⁷ Cit. en Ripert, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p. 276.

¹⁸ *Ibidem*, p. 278.

las disposiciones que tratan de reconocerlo como fenómeno sujeto a su regulación, atendiendo a los fines específicos de cada disciplina, hacen que aparezca como un tema típico del derecho de la economía. Así, el reconocimiento y reglamentación que se hace de la empresa como entidad de derecho mercantil, de derecho fiscal y de derecho laboral, se puede analizar desde ese punto de vista.

En el derecho mercantil la empresa se justifica atendiendo al campo de aplicación de dicha disciplina, destacando al empresario como la figura principal y concibiéndola como la forma de organización de los factores de la producción para obtener lucro o ganancia. En materia fiscal, se regula a la empresa con la finalidad de precisar el sujeto y a veces el objeto del impuesto, al gravar los ingresos o utilidades de las empresas, tengan personalidad jurídica o no, principalmente en los impuestos directos, que gravan la capacidad contributiva del causante. Por último, el derecho laboral busca, a través de reconocer a la empresa como unidad económica responsable frente a los trabajadores, crear una situación objetiva que justifique gran parte de sus instituciones, como la estabilidad en el trabajo, la sustitución de patrón, el reparto de utilidades, el contrato colectivo y tantas otras, en las que se parte de la despersonalización de la empresa.

Junto a la empresa mercantil, la empresa laboral y la empresa para efectos fiscales, ha aparecido la empresa pública, como uno de los instrumentos del que se vale el derecho económico para alcanzar el objetivo de ordenar con eficiencia y equidad la economía de un país, bajo la consideración de que la acción de las empresas privadas y los particulares en lo individual o en su conjunto, no pueden resolver los problemas de la sociedad actual.

A) *La razón de la empresa pública*

Para Marie-France L'Hériveau,¹⁹ las empresas públicas

¹⁹ *Pourquoi des entreprises publiques?*, Dossiers Thémis, Paris, 1972, pp. 11 y ss.

se pueden explicar desde tres diferentes concepciones de la realidad socioeconómica.

- a) *Una concepción neoclásica*, que la desprende de la naturaleza del propio sistema económico capitalista, para el que son necesarias dichas empresas dentro del funcionamiento total de la economía. Así, la empresa pública se justifica por las características propias de ciertas actividades, en donde se presenta el carácter indivisible de ciertos bienes o servicios, que por lo tanto deben ser ejercidos por un solo ente, que viene a ser el Estado, ante lo problemático que sería que lo manejara un particular; igualmente se justifican por la existencia de "monopolios naturales" en ciertos sectores de la producción.
- b) *Una concepción global de la apropiación pública de los medios de producción*, que la desprende de las posturas keynesianas y poskeynesianas, en donde se contempla al Estado como principal promotor de acciones de interés público, o sea, en interés de la sociedad. Así, la creación de estos entes se explica por la necesidad de aplicar la política económica que el Estado fija en función del interés citado. Se llama global en tanto que se apoya en la concepción integral del Estado que la sostiene, que abarca todos los ámbitos, pues se necesita racionalizar el conjunto en función de metas de interés de la sociedad y no del conjunto de intereses de las personas que la integran.
- c) *Una concepción marxista de la apropiación pública de los medios de producción*, que la desprende de la doctrina marxista, en la que la existencia de empresas públicas aparece como fenómeno de contradicción entre las relaciones de producción y las fuerzas productivas, al constituir aquéllas frenos del crecimiento de estas últimas. El Estado, así, se convierte de instrumento de dominación de la clase capitalista, cada vez más en parte de ella, concretamente del estrato monopolista que se favorece directamente de

la acumulación del capital a través de la explotación y la transferencia de la plusvalía creada en los sectores no monopolistas. El Estado deviene en propietario de una parte del capital total de la economía y como no tiene por objetivo el lucro sino una desvalorización, permite que crezcan las utilidades de las otras fracciones del capital total, al no retener para sí la plusvalía que le corresponde.

Para nosotros, la existencia de la empresa pública como institución de derecho económico, la podemos desprender en gran parte de la segunda de las tesis expuestas, o sea, de la llamada "global".

Efectivamente, podríamos considerar que el Estado se desenvuelve en dos ámbitos, como poder público y como agente económico. A la primera la denominaríamos administración pública, en tanto ejercicio de poder público y la otra como de explotación e intervención económica,²⁰ en tanto ejercicio del poder económico con un sentido de interés público o social.

En ambos casos, dichas realidades se convierten en fuerzas creadoras del derecho. En el primer caso del derecho administrativo, sobre todo en la noción de servicio público, que lo puede ejercer el Estado por alguno de sus propios órganos o sus establecimientos (administración pública centralizada o desconcentrada), o fuera de él, a través de entes dotados con personalidad jurídica y patrimonio propios (administración pública descentralizada) y aun en casos especiales concesionar dicho servicio a algún particular. En el segundo caso, forma parte del derecho económico, al ser una actividad comercial, industrial o cualquiera de naturaleza económica, que por sus características propias no se podría considerar como servicio público administrativo. En el derecho económico, el Estado puede recurrir a sus propios establecimientos o bien crear fuera de él ciertas unidades económicas con personalidad jurídi-

²⁰ Para Alain, Barrère, la economía pública se integra por tres sectores: servicios públicos, explotaciones públicas e intervenciones públicas. *Cit.* en L'Heriteau, M. F., *op. cit.*, p. 61.

ca propia, así como fomentar o beneficiar a ciertas empresas privadas o sociales que renuncien a ciertos beneficios o intereses propios para satisfacer necesidades generales, para así poder lograr o coadyuvar a alcanzar los fines de interés público y social que se buscan por la sociedad en su conjunto, dentro de un plan con su presupuesto programático nacional, y que es lo que ha dado origen, entre otros fenómenos, a la creación de los llamados originalmente servicios públicos comerciales e industriales y que actualmente ha hecho que cobre fuerza la concepción de empresa pública, que exige un régimen propio adecuado a su naturaleza, ante la dificultad notoria para resolver satisfactoriamente su problemática actual, a través de instituciones de derecho privado y aun de derecho administrativo.

B) *Empresa pública y servicio público*

Para Farjat, existe una "independencia de la noción de servicio público de la de empresa pública",²¹ pues con una empresa pública por haber sido nacionalizada no por ese solo hecho se convierte en servicio público, y éste no necesariamente se realiza a través de una empresa pública.

Laubadère,²² por su parte, destaca que en la relación entre empresa pública y servicio público comercial o industrial se pueden encontrar tres situaciones: en algunos casos coinciden; en otros el servicio industrial no se realiza a través de una empresa pública, sino a través de los modos de gestión tradicional de los servicios públicos, y en donde no puede existir la autonomía de que requiere la empresa pública; por último, resalta que en otras situaciones la empresa pública realiza servicios públicos administrativos que no son comerciales ni industriales.

La empresa pública dentro del derecho económico, no acepta las dos posturas administrativas anteriores, por lo siguiente:

²¹ *Op. cit.*, p. 189.

²² *Droit public économique: op. cit.*, p. 473.

- a) La empresa pública, por su naturaleza, no puede realizar un servicio público administrativo, el cual sólo se puede llevar a cabo por los entes creados por el derecho administrativo (establecimiento público, dependencia pública, órgano administrativo centralizado o desconcentrado, organismo público descentralizado y otros) o en ciertos casos, por particulares a los que se les concede, pero no por una empresa pública, que es sujeto del derecho económico.

Al analizar cualquier ente, podemos concluir que si desempeña un servicio público administrativo, no puede ser una empresa pública, y por contra, si es una unidad económica de producción de bienes o servicios para el mercado, no puede ser servicio público administrativo.

- b) La empresa pública y el llamado servicio público comercial e industrial son conceptos que en derecho económico se implican, a tal grado que no puede existir el uno sin el otro, salvo en un solo caso de excepción, que es la concesión que se puede dar a un particular de dicho servicio.

Al ser la empresa pública *una unidad económica de producción de bienes o servicios que el Estado gestiona o controla directa o indirectamente, con el objeto de que realice o coadyuve a realizar los fines políticos, económicos y sociales que se propone alcanzar*, el que tenga personalidad, como ocurre normalmente, o no la tenga, no afecta su reconocimiento como sujeto u objeto de derecho económico. Lo mismo ocurre en el derecho fiscal y laboral, que reconocen como empresas, unidades económicas sin personalidad jurídica o formalmente constituidas por varias personas.

Del concepto se desprende, que se tiene que atender a la naturaleza de la unidad económica, más que a la denominación o la forma jurídica con la que se la quiera revestir. Así, una empresa pública real puede aparecer formalmente como órgano administrativo (establecimiento público u organismo descentralizado), comisión, sociedad comercial,

fideicomiso, fondo, cooperativa, institución, asociación, sistema u otro. Si en la realidad se dan los elementos de una empresa pública, estamos frente al derecho económico y es necesario sujetarla a un régimen jurídico apropiado.

El único caso en el cual no coincide empresa con servicio público comercial e industrial, es cuando el Estado considera conveniente que dicho servicio lo realice un particular, aunque sujeto a cierto régimen jurídico exorbitante del derecho privado. En esta situación, el particular no es empresa pública. (Por ejemplo, lo que ocurre con la banca cuando se realiza por particulares y no por empresas públicas.)

La empresa pública no es, por lo tanto, una empresa privada de propiedad pública ni tampoco debe confundirse con aquellas empresas que la doctrina llama "semipúblicas", "mixtas" o de "interés público" o "sociedades de economía mixta", o lo que llama Carnelutti fenómenos del Estado coempresario, situaciones en las que si bien participa el Estado en el capital, o a través de recursos subsidia y alienta a ciertas empresas privadas, con la condición de que coadyuven a alcanzar los objetivos nacionales, o para resolver alguna situación coyuntural o sólo para colaborar en lograr un mayor ritmo de crecimiento, al no llegar a tener el Estado ni la propiedad completa, ni el control de la administración, ni tener, en suma, las características que dimos a la empresa pública, no son entidades de derecho económico.

En este sentido, la empresa pública como institución de derecho económico podrá resolver los múltiples problemas que existen actualmente y que no han podido solucionar totalmente los jusprivatistas ni los jusadministrativistas. Por ejemplo, la conveniencia de empresas públicas y su necesidad se miden en función de los beneficios que representan para la sociedad y en la economía en su conjunto y no en función del lucro o de la ganancia, que aunque pudiera llegar a generarse, no constituye el objetivo principal. La empresa pública debe ser rentable socialmente y es útil que sea autosuficiente, para no convertirse en sólo

una carga para la sociedad, sin ninguna utilidad pública o social.

Por su naturaleza, es diferente a la empresa privada, que legalmente debe respetar el interés público o social y ejercitar sus derechos sin perjudicar a terceros, en cambio, la empresa pública justifica su creación, desarrollo, transformación y hasta su extinción en función de ese interés público o social, de acuerdo a los objetivos que busca el derecho económico.

En México, las empresas públicas han sido objeto de cierta regulación jurídica desde 1947, al expedirse la primera Ley para el control por parte del gobierno federal, de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, en cuya exposición de motivos, se precisó que para “la satisfacción de necesidades públicas específicas que exijan una organización especializada y administración ágil, de tipo comercial o industrial, el gobierno federal ha venido creando numerosos organismos descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propios y participando en empresas comerciales e industriales”, mismas que había que supervisar financieramente y controlar administrativamente, para “procurar el mejor y mayor rendimiento de las inversiones hechas, así como la correcta satisfacción de los fines para que fueron creados”.

A partir de ese momento, en las leyes subsecuentes, las preocupaciones principales fueron precisar los organismos y empresas sujetos a su regulación, ampliar las facultades del gobierno federal para el mejor control y establecer nuevas normas e instituciones de inspección más eficaces y acuciosas (así se señala en las exposiciones de motivos de las leyes de 1965 y 1970, esta última en vigor). Además de la Ley para el Control citada, encontramos una serie de disposiciones esparcidas en diversas leyes administrativas sobre presupuesto, contabilidad, gasto público, deuda pública, adquisiciones, contratos y obras públicas y otros, que han creado un sistema jurídico que choca en muchas ocasiones con la legislación mercantil que sigue aplicándose a las empresas.

De acuerdo a lo que hemos expuesto sobre derecho económico sería conveniente y saludable que en sustitución de dicha legislación administrativa, preocupada por vigilar la participación estatal y la inversión que se realiza, se procurara ir más al fondo del problema, para que atendiendo a la naturaleza de las nuevas entidades y la estructura y mejor forma de funcionamiento, independientemente de la regulación jurídica que se decidiera dar a los organismos públicos descentralizados que realizan un servicio público administrativo, para las demás entidades denominadas paraestatales, se buscara congruencia y sistematización, a través de la expedición de una Ley General de Empresas Públicas.

En la iniciativa de reforma al artículo 90 de la Constitución de 1980, para establecer las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación, para "conseguir una mayor coherencia en su ejercicio y evitar desperdicios y contradicciones", como dice su exposición de motivos, es de hacerse notar que se limita a señalar que las leyes determinarán las relaciones entre dependencias y entidades de la administración pública federal, cuando hubiera sido conveniente que además se hubiera hecho explícita la posibilidad de expedir legislación sobre la empresa pública, más allá del contexto de considerarla actividad comercial, sino, como entidad de derecho económico, que requiere una legislación especializada.

3. Asignaciones económicas por interés público y social

No existe una sola economía, sino diversas economías que se definen en términos de los problemas que se cuestionan y cuyas respuestas se buscan, lo cual no puede dar lugar a un solo concepto y quienes lo han intentado han creado más confusión que aclaración en la materia.

Sin embargo, para efectos de nuestra exposición, vamos a adoptar la más genérica y quizá por ello la más aceptada, que señala que economizar no es más que una elección continua entre diversas posibilidades, y que la economía no es, en el fondo, sino la teoría de las alternativas, esto

es, según Robbins, la actividad de asignación a la forma de conducta impuesta por la influencia de la escasez.

Esta asignación, que deriva de los determinantes reales de la actividad económica, como insuficiencia de medios, alternatividad de los fines y su valoración, puede recaer sobre los propios recursos del titular de la decisión: los capitalistas sobre su capital, los propietarios sobre sus bienes, los consumidores sobre sus ingresos, el gobierno sobre sus propios establecimientos públicos y el funcionamiento de sus servicios públicos administrativos y otros. Sin embargo, ha ocurrido principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, el surgimiento de una asignación que obedece a decisiones coercitivas de una autoridad supraordinada a los detentadores o productores de bienes y servicios y que se realiza conforme a su propia valoración.

Así ocurre, que si la asignación es de elementos propios, puede caer en la esfera del derecho privado, sea comercial o civil, si son personas privadas, o del derecho administrativo, si se trata de bienes del Estado. En cambio, en el segundo caso, cuando la asignación es ajena en función del interés público o social, nos encontramos frente a instituciones del derecho económico que buscan organizar jurídica y objetivamente amplios sectores de la producción y el consumo, en función del plan.

Ha sido Gustavo Radbruch, quien ha enfatizado mejor que nadie este tipo de instituciones de derecho económico, que buscan la limitación de la prepotencia de los más fuertes en las relaciones económicas que se dan en la sociedad y que no se pueden dejar al libre juego del mercado, pues ello sólo ocasionaría el agravamiento de la cuestión social y que los ricos se hicieran más ricos y los pobres más pobres.

La desigualdad económica hace que operen diversas instituciones que buscan una igualdad, no como aplicación de una justicia conmutativa que cuida la equivalencia de las contraprestaciones entre dos personas, sino fundamentalmente desde el punto de vista de la justicia distributiva, en donde se hace aparecer a un tercero, que es el Estado, para velar por el interés público y social, y así cuidar de

la equidad en la distribución. Las relaciones económicas se contemplan desde el punto de vista del interés económico general de la productividad de la economía.

Hemos de recordar que para Radbruch (*supra*), el derecho económico surge cuando el Estado no deja actuar a las fuerzas económicas como libre actividad particular, sino que trata de dominar las leyes de su movimiento, mediante normas jurídicas, organizando la economía en función de las finalidades del derecho económico.

La intervención del Estado en la economía con dicho sentido, se manifiesta en diversas instituciones de derecho económico, como son aquellas que impiden la constitución de ciertos monopolios, que permiten controlar los precios, que protegen los derechos de los consumidores frente al comercio organizado, que protegen los salarios de los trabajadores fuera de la empresa, que regulan la inversión extranjera y promueven la inversión nacional para evitar la prepotencia de las empresas transnacionales, que regulan la transferencia de tecnología que proviene en gran medida de las citadas empresas transnacionales y otras tantas que están surgiendo dentro de la economía actual.

Esta intervención la podemos encontrar también y en gran medida en la regulación o limitación en los contratos, principal instrumento de circulación y concentración de la riqueza, así como de su distribución, por lo que no es posible dirigir la economía si no se dirigen las relaciones contractuales. Esto ha ocasionado una decadencia del contrato como manifestación de la autonomía de la voluntad, al convertirse, como diría Jossierand, en un "contrato dirigido", o como destacaría Radbruch, en un "contrato dictado", lo que patentiza la reglamentación y fiscalización por los poderes públicos en su formación, ejecución y dirección, en base a los fines del derecho económico.

En México, estas instituciones tienen en gran parte su fundamento, en la parte final del segundo párrafo del artículo 28 constitucional, en el que se señala que la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia: "todo lo que constituya una ventaja exclusiva

indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

4. *Garantías jurídicas para la colaboración económico-social*

La garantía de ejecución de un plan, en donde se encuentran los fines del derecho económico, estriba en que sea obra de todos, en que sea “cosa de todos”, en que las fuerzas políticas, económicas y sociales de la nación se concierten, se impliquen en el plan, considerándolo como tarea colectiva, en la que cada cual tiene la responsabilidad de su propia labor.

Por lo tanto, su cumplimiento no puede dejarse a que el concierto en la elaboración tienda “espontáneamente” a prolongarse por un concierto en la ejecución, como señala Massé,²³ ni tampoco que por interés, los particulares lo acepten, al reducirles las incertidumbres y los riesgos del mercado, al representar el plan no sólo lo probable sino lo deseable a través de una previsión colectiva; razón por la cual se requieren garantías jurídicas o sea, de la seguridad y protección contra el riesgo del incumplimiento, para que sea efectiva la colaboración económico-social y así poder alcanzar los objetivos y finalidades del plan.

Lo anterior no es obstáculo para que sea deseable, como se ha señalado en muchas ocasiones, principalmente por la doctrina francesa, que se cree una cierta conciencia por parte de la población de que el plan es de carácter obligatorio, lo que ocasionaría que se iría efectuando en la práctica, aun sin la coacción o sanción legal, poniéndose de relieve un aspecto psicológico en el cumplimiento, como lo ha señalado Laubadère,²⁴ quien precisa que el plan representa una “reducción de incertidumbres”, una “información sobre lo posible”, una “empresa de riesgo calculado”, o bien, considera que el plan representa una “anti-improvisación”.

²³ *Op. cit.*, p. 109.

²⁴ *Droit public économique, op. cit.*, p. 364.

Así ocurre que la población se adheriría a un plan, más por convencimiento, que por sometimiento.

Independientemente de que a través de una ley, como ya señalamos anteriormente, se pueda delimitar los derechos y obligaciones de las personas físicas o morales de un país en función del plan, en tanto el derecho económico en los países de economía mixta, como es el caso de México, evolucionan hacia esa certidumbre y seguridad jurídica que da no sólo la existencia de un plan, sino todo el conjunto de disposiciones jurídicas que permiten su debida ejecución, tenemos que destacar aquellas instituciones que transitoriamente permiten lograr los objetivos buscados, tanto por parte del llamado sector público, como por lo que se refiere a los sectores privado y social. En este sentido cobran especial interés las inversiones, los incentivos, y los beneficios de carácter económico.

La inversión en tanto asignación de recursos para obras o servicios productivos, constituye uno de los aspectos fundamentales de la ejecución del plan. La inversión que se requiere, es tanto la del propio gobierno federal, como la de los sectores privado y social, en tanto constituye una responsabilidad compartida la ejecución de las metas y objetivos insertos en el plan.

Dentro de la inversión pública o mecanismos directos que utiliza el Estado para encauzar la actividad económica a ciertos objetivos, el subsidio, como institución de derecho económico, es también un mecanismo de apoyo o fomento para alcanzar sus fines. El subsidio es una ayuda financiera sin compensación equivalente, o sea, una cesión unilateral del Estado para que entidades o personas alcancen los objetivos deseados o previstos.

Igualmente, la inversión que realiza el Estado puede ocasionar premeditadamente dos fenómenos que podrían garantizar la colaboración económico-social de personas físicas o morales, para alcanzar ciertos objetivos de interés público y social. En un caso, sería que a través de la inversión en obras o servicios puedan ejercer presión sobre los proveedores y sobre los contratistas, para que se

ajusten al plan, y por otro lado, que a través de los diversos fideicomisos o fondos públicos, así como de las empresas públicas, se puedan convertir en instrumentos de promoción de inversión de los sectores privado o social, para alcanzar las metas que la sociedad se hubiera fijado.

Por otro lado, los incentivos o estímulos, como procedimientos de incitación económica de muy diversa índole y naturaleza, pertenecen actualmente al derecho económico, debiéndose regir por los principios característicos de esta nueva disciplina y ya no por los criterios parciales con los que se han manejado dentro del derecho fiscal y dentro del derecho administrativo.

Esto implica un cambio en la concepción y política que se ha seguido en materia de incentivos, estímulos o promociones económicas, las cuales se han establecido con una multitud de criterios, incluso hasta contradictorios entre sí, o que siendo coyunturales, por inercia burocrática se convierten en permanentes, o bien, criterios que se fijan atendiendo a la política personal de un gobernante o incluso de sus colaboradores, sin un marco legal que permita seguridad y equilibrio, creando una verdadera maraña de disposiciones administrativas, confusas y en algunos aspectos anacrónicas, que en muchos casos ocasionan una administración subjetiva por parte de quienes otorgan las franquicias.

Los procedimientos de incitación económica dentro de la nueva disciplina social, tienen justificación y objetivos concretos, además de que al formar parte de un solo sistema, permiten dar seguridad y congruencia a las acciones de los sectores público, privado y social, de conformidad a los objetivos del plan, lo que permite tener una política consistente, tanto en las exportaciones e importaciones como en el mercado interno.

No se trata de alentar por alentar a cualquier costo y de cualquier forma, ni siquiera como forma de acumulación de capital y riqueza o de la máxima industrialización, en el menor tiempo posible. Los incentivos se deben canalizar exclusivamente a aquellas actividades que se consideren

nacional o socialmente necesarias conforme al plan y atento a los objetivos del derecho económico.

Por lo tanto, ya no se deben analizar desde un punto de vista estrictamente económico, sino considerándolos fundamentalmente instrumentos para resolver los problemas sociales, como sería: garantizar un derecho al trabajo, distribuir la riqueza y el ingreso, y en general para conferir a la población una igualdad jurídica y económica garantizada.

Como destacan Heller y Kauffman: "Cuando la planeación y coordinación general del desarrollo es débil, existe una buena razón, si no una razón fundamental, para descartar el uso de una ley selectiva de incentivos tributarios".²⁵

Así los procedimientos de incitación se vuelven selectivos para tareas prioritarias y están en contra de la neutralidad que rige en el derecho fiscal o financiero, por lo que no pueden formar parte o explicarse a través de instituciones propias de dichas disciplinas, sino por el nuevo derecho económico.

Desde hace mucho tiempo, en la doctrina financiera se ha sostenido que la carga tributaria debe ser *neutral* entre los diversos sectores de actividad y las distintas formas de organización de las empresas. En gran medida el impuesto al valor agregado es consecuencia de este principio.

Los incentivos o estímulos no podrían quedar encuadrados dentro del principio de neutralidad, porque son fundamentalmente parciales, o sea, no neutrales, pues son instrumentos de que se vale el derecho económico para alcanzar sus objetivos, en muchas ocasiones rompiendo la ley de oferta y demanda en el mercado.

Dentro de esta concepción, cobra fuerza la necesidad de que todos estos incentivos o estímulos, que van desde la exención, reducción o devolución de impuestos, hasta la depreciación acelerada, créditos contra impuestos, políti-

²⁵ Heller, Jack-Kauffman, Kenneth. *Incentivos Fiscales para el desarrollo industrial*, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, México, 1965, p. 86.

ca arancelaria y control a la importación y otros tantos, estén sistematizados en un solo ordenamiento jurídico, fuera de la legislación tributaria. Estos instrumentos de estímulo se deben medir más que por el sacrificio fiscal que implican, por el resultado o beneficio que representan para la sociedad, al alcanzar los objetivos propuestos por el derecho económico, que son los mismos que busca la nación.

Junto a la inversión y el incentivo, que provienen directamente del Estado, hay otros medios o instrumentos indirectos que pueden constituir una garantía para la colaboración económica-social y que hemos denominado, sólo para efectos de distinción, beneficios económicos, y que provienen del propio sistema creado a través del plan, que hace que la política del crédito o financiamiento que se otorgue por empresas públicas o empresas privadas, a las que se hubiera concesionado el servicio público comercial de la banca, otorguen préstamos a tasas preferenciales y otorguen beneficios en función del cumplimiento del plan y por contra, nieguen créditos o servicios a empresas o particulares cuyas inversiones se apartaran del plan. Igualmente, el aumento de capital o de la circulación de acciones y obligaciones de empresas que realizaran producción de bienes o servicios que no fueran acordes con el plan, se aplicaría restricción en función del interés público o social, fomentándose, por contra, a través de diversas instituciones y organizaciones auxiliares, los aumentos o circulación de títulos a las empresas que presten la colaboración económica y social.

Aparentemente pueden ser medidas fuertes, pero válidas dentro de la economía de mercado o dentro de un sistema liberal, en el que se tratan de refuñar quienes no quieren cumplir con el plan ni con el derecho económico.

En México, en relación a los incentivos económicos, resulta muy importante la reforma hecha al artículo 131 constitucional, de 30 de diciembre de 1950. En el nuevo precepto, a pesar de referirse de manera expresa a los problemas del comercio exterior, supone que es potestad del

Estado “regular la economía del país y la estabilidad de la producción nacional”, por lo que se ha dicho que entra en contradicción con parte del artículo 28 constitucional, que conserva el principio de libre concurrencia y dispone que no habría “prohibición a título de protección a la industria”. Antonio Carrillo Flores²⁶ en este tema señala que sería conveniente determinar hasta qué punto en el artículo 131 opera una “derogación tácita” de parte del artículo 28 constitucional.

Independientemente de lo anterior, con el debido fundamento constitucional, sería conveniente expedir una Ley General de Estímulos Económico-sociales, que tomando en cuenta los principios del derecho económico, permita dar coherencia y unidad en la materia.

²⁶ “Las Facultades Constitucionales del Estado Federal Mexicano en Materia Económica, en *El Mercado de Valores*, núm. 36, 8 de septiembre de 1952, p. 10.