

**UNIVERSIDAD NACIONAL ESTATAL A DISTANCIA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO ECONÓMICO CON MENCIÓN EN COMERCIO
INTERNACIONAL**

**INVESTIGACIÓN FINAL DENTRO DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN, PARA
OPTAR AL GRADO DE MASTER EN DERECHO ECONÓMICO CON
MENCIÓN EN COMERCIO INTERNACIONAL**

**“LAS SOCIEDADES PÚBLICAS MUNICIPALES DE ECONOMÍA MIXTA Y SU
REGULACIÓN EN COSTA RICA. UNA LAGUNA JURÍDICA”**

Lic. Wilberth Quesada Garita.

Lic. Jorge Isaac Solano Aguilar

INDICE

Tema	Página
Introducción	6
a) Estado de la cuestión	6
b) Objetivo General y Objetivos Específicos	7
c) Hipótesis de Trabajo	8
d) Criterios y limitaciones metodológicas	8
Título I: De las empresas públicas	13
Capítulo 1. Aspectos Generales	13
Sección I. Del concepto de empresa	13
Sección II. Noción General de Empresa Pública	13
1. Empresa Pública en sentido estricto	20
a) Naturaleza Jurídica	20
b) Régimen Jurídico	21
c) Características	22
i. Personalidad Jurídica	22
ii. En cuanto al patrimonio	22
iii. Especialidad	22
iv. Régimen Administrativo	22
v. Situación Jurisdiccional	22
vi. Contratación de bienes o servicios	22
vii. Personal	22
viii. Organización	23
2. Elementos de la Empresa Pública	23
a) Elemento Subjetivo (Pública)	23
b) Elemento Objetivo (Empresa)	23
Sección III: Clases de Empresas Públicas	25
1. Empresa Pública-Ente de derecho Público	25
2. Empresa Pública-Órgano Público	26
3. Empresa Pública-ente de Derecho Privado	27

Sección IV De las Sociedades Economía Mixta	29
1. Naturaleza Jurídica	29
2. Régimen Jurídico	30
3. Características	30
a) Personalidad Jurídica	30
b) En cuanto al patrimonio	31
c) Especialidad	31
d) Régimen Administrativo	31
e) Situación Jurisdiccional	31
f) Contratación de bienes o servicios	31
g) Personal	32
h) Organización	32
Sección V: De las nuevas formas de prestación de los servicios públicos municipales	32
1. Del Servicio Público Municipal	32
2. Conceptualización de la Municipalidad	33
3. Concepto de “lo local”	38
4. Prestación del Servicio Público Municipal	42
5. Funciones Privativas y no Privativas	43
Sección VI Clasificación de los Servicios Públicos Municipales	44
1. Los de saneamiento Básico	45
a) Del Recurso Hídrico	45
b) Del Alcantarillado Pluvial y Tratamiento de Aguas Residuales	46
c) Del Manejo de los Desechos Sólidos	47
d) Del Aseo de Vías Públicas y Sitios Públicos	49
2. Los de Infraestructura	50
a) Camino Públicos	50
b) Infraestructura Social	51
c) Asistencia Social	51
d) De la Policía Municipal	53
e) De los Mercados Municipales	54
3. Fijación de tasas y precios por los servicios	

Municipales	55
Título II: La regulación legal de las sociedades públicas de economía mixta en Costa Rica: Una Laguna Jurídica	55
Capítulo I. Justificación Legal e Importancia económica y financiera de la figura	56
Capítulo II. Las sociedades municipales de Economía Mixta en la práctica y en el Derecho Comparado	64
Sección I Las sociedades de Economía Mixta: Una figura económica tardíamente positivizada en nuestro ordenamiento municipal, a diferencia de lo que ocurre en la práctica y legislación comparadas	64
1. Argentina	69
2. Bolivia	72
3. Colombia	75
4. España	83
5. El Salvador	93
6. Honduras	96
7. Panamá	97
Capítulo III. Sociedades Públicas Municipales de Economía Mixta y su Regulación en Costa Rica: Una Laguna Jurídica	98
Sección I. Regulación legal de las Sociedades Públicas Municipales de Economía Mixta	98
1. Órganos con potestad de iniciativa y de autorización para su creación	101
2. Aspectos que debe contener el acuerdo municipal que autoriza su constitución.	101
3. Consideraciones acerca del contenido mínimo correspondiente	
4. El carácter público de estas sociedades: Sumisión a la normativa de control	111

5. Aplicación de los principios de la contratación administrativa	129
6. Limitaciones en virtud de “lo local” y sus consecuencias en la determinación del objeto,	134
7. y de las actividades que puedan realizar esas sociedades	
8. Límites y condiciones de la potestad de las municipalidades para disponer de sus bienes, para participar en estas sociedades	154
9. El vehículo jurídico de esas empresas: sociedades. ¿pero, qué clase?	158
10. La organización interna de la sociedad	160
11. Medio jurídico para seleccionar el socio del sector privado	174
12. Imposibilidad de discriminar al socio privado en razón de su nacionalidad	175
13. Aspectos tributarios	179
14. Aspectos financieros y patrimoniales	186
a) Bienes materiales e inmateriales reconocidos en el código de comercio como aporte al capital social distintos al dinero	186
b) Acciones	188
c) Emisión de bonos	192
d) Créditos y avales	193
e) Fideicomiso	198
f) Intermediación financiera	201
g) Venta de sociedades	204
15. Disolución y liquidación	209
Anexo Constitución de Sociedad de Economía Mixta	219
Conclusiones	226
Recomendaciones	227

Bibliografía y Fuentes

INTRODUCCION

Atendiendo a los requerimientos formales vigentes para este tipo de investigaciones, en este capítulo nos avocaremos a reseñar el estado de la cuestión, los objetivos, hipótesis de trabajo, metodología y demás elementos de diseño que orientan el presente trabajo.

a. ESTADO DE LA CUESTIÓN:

Como el nombre mismo de la presente investigación lo sugiere, este trabajo tiene por objeto contribuir al estudio de un tema realmente bisoño en nuestro ordenamiento jurídico: el de las sociedades públicas municipales de economía mixta.

Y es que el lector podrá entender desde un inicio que se está ante una gran laguna jurídica, con solo reparar en el hecho de que la única norma jurídica del Código Municipal, el artículo 13 inciso p), que pretende aludir a ese instituto es más que lacónica, sumamente omisa, y que, como se verá en su desarrollo, la ley especial recientemente promulgada para regular ese instituto, no viene a resolver dicha laguna, de lo que es prueba fehaciente el hecho que las municipalidades no están empleado tal figura jurídica a pesar de que, como también se tendrá oportunidad de comprobarse en el cuerpo de la investigación, el instituto se erige como un adecuado instrumento para que las municipalidades puedan realizar verdaderos emprendimientos y obtener recursos libres en beneficio primero de la Hacienda Municipal y, en particular, del cumplimiento de sus cometidos constitucionales y legales. Consideramos desde ya tan insuficiente el texto especial vigente recientemente aprobado, que en esta investigación hemos optado por analizarlo tal y como se presentó como proyecto de ley, porque las insuficiencias del proyecto no fueron superadas y, más bien, se terminó aprobando prácticamente de la misma manera.

Consecuentemente, estamos ante un problema legal del tipo denominado “laguna jurídica”, que se complica aún más por el hecho, ya apuntado, de la falta de un adecuado desarrollo de *lege lata* y doctrinal, al menos en lo que hace a Costa Rica porque, como se verá en las páginas precedentes, en el Derecho y Práctica Comparados el de estudio ha merecido la atención del legislador, de la doctrina y de la propia práctica de los operadores jurídicos, lo mismo que de los principales actores que giran entorno a esa figura: las municipalidades y el

sector privado. Unos y otros han aunado esfuerzos por llevar a la letra de la ley y a la realidad fáctica esta entidad con distintos objetos, por lo que en ellos tiene carta de ciudadanía desde muy lejana data.

En nuestro país, el esfuerzo por llenar esa laguna jurídica ha corrido por cuenta de la Procuraduría General de la República, órgano que a través de varias consultas ha sentado una verdadera jurisprudencia administrativa que ha propendido a resolver una serie de interrogantes sobre esas sociedades; pero que, como se verá, ha sido insuficiente en punto a una variedad de puntos medulares, sin dejar de lado que, a nuestro juicio, en aspectos clave como el del objeto ha sido conservadora y hasta contradictoria.

Como se ha indicado, la doctrina patria ha sido totalmente parca –prácticamente inexistente- en el abordaje de un tema que, realmente, ofrece una gran riqueza para el estudioso, dados los distintos ángulos en que puede ser asumida.

b. OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

De lo dicho hasta ahora, se podrá advertir que el objeto principal de la investigación es demostrar en forma suficiente la existencia e inconveniencia de esa laguna jurídica para el adecuado aprovechamiento de la figura denominada sociedades públicas municipales de economía mixta.

Para tales fines, se han planteado como objetivos específicos:

1. el establecer la relación de las empresas públicas estatales (*rectius*: sociedades) con las municipales;
2. conocer la regulación legal en sentido amplio de esas sociedades en el Derecho Comparado;

3. conocer manifestaciones prácticas y actuales de las sociedades en estudio en la Práctica Comparada.

4. establecer el estado actual de la cuestión en nuestro ordenamiento.

5. conocer los alcances –y limitaciones- del proyecto de ley.

6. esclarecer aspectos puntuales de estas sociedades, en los planos objetivo, subjetivo y funcional.

En definitiva, queremos dar luz en un tema oscuro en Costa Rica e inspirar a otros para que asuman de igual el desarrollo de tales sociedades".

c. HIPÓTESIS DE TRABAJO:

De acuerdo al desarrollo formal que se viene haciendo, es evidente la hipótesis de trabajo que sustenta la investigación:

“La regulación vigente de la figura de las sociedades públicas municipales de economía mixta es insuficiente en la actualidad, lo cual plantea una laguna jurídica en su regulación positiva, que se erige en un desestímulo para su aplicación por parte de las municipalidades y de los particulares”. "

d. CRITERIOS Y LIMITACIONES METODOLÓGICAS:

Con base a las anteriores premisas, y considerando también la imposición curricular de utilizar fuentes muy actuales en su data, hemos arribado al criterio metodológico de excluir en la medida de lo posible referencias doctrinales o jurisprudenciales de vieja fecha o que no guarden relación de especialidad con la materia en estudio. Consiguientemente, encontrará el lector que la mayoría de las fuentes de consulta excluyen doctrina y jurisprudencia para la parte

especial sobretodo. Esta exclusión se fundamenta en un hallazgo más: la indagación bibliográfica real y virtual (por demás exhaustivas tanto en cuanto a localidades visitadas como en punto a filtros utilizados para la segunda-, no permitió encontrar fuentes doctrinales que cumplieran con una triple exigencia: actualidad, especialidad y, además, profundidad. No creímos, y no creemos, que sea adecuado “bombardear” al lector con citas y transcripciones de autores y tribunales sí, o eran muy antiguas, o muy generales –vgr. para este caso lo que abunda es el tratamiento de la empresa pública estatal no municipal-, o muy laxas – porque la referencia era parca o porque, como aconteció en la mayoría de los casos, el autor se limitaba a glosar la legislación, sin dar su criterio o el de otros y, mucho menos, sin ir más allá de la ley-.

Es evidente que estas limitaciones se predicen de nuestro entorno fáctico y, en cuanto al virtual, el uso de distintos filtros propició una excelente fuente de textos legales y ejemplos prácticos; mas en cuanto libros, o publicaciones similares, se presentó el problema adicional de las restricciones impuestas en tutela de la propiedad intelectual que llegan al absurdo de no permitir más que ver unas cuantas hojas de la fuente y, en la mayoría de los casos, se trata de publicaciones que no reúnen requisitos mínimos para comprobar la autoridad de quien presuntamente los suscribe lo que hace que, al no ser conocidos en nuestro medio ni brindarse información que permita siquiera formarse una idea de su verdadera competencia intelectual, obligaron a su descarte.

Pese a lo anterior, el resultado que verá el lector, consideramos, le permitirá formarse una idea bastante clara y completa de la figura a nivel internacional, para lo que se aplicaron criterios adicionales de autoridad de la fuente por su procedencia –vgr. España, Argentina-, por su conocido desarrollo y éxito en su aplicación –Colombia-, por su cercanía con nuestro país – Centroamérica-, entre otros casos.

Asimismo, al encarar el estudio en la parte nacional, se empleó todo el complejo de información que se ha ido produciendo en forma sistematizada la Procuraduría, como en virtud del proyecto de ley a que se ha aludido, y que ha permitido, este último, que distintos actores productivos, municipales y públicos den su criterio al respecto.

Entonces, y conforme a lo dicho, NO encontrará el lector lo que sobre el tema haya dicho tal o cual autor; mas sí fuentes primarias de consulta actualizada y manifestaciones reales de la figura.

Las limitaciones apuntadas han permitido que se pueda asumir la investigación con un método analítico por excelencia, toda vez que hemos descompuesto en el proceso de investigación cada fuente para extraer principios aplicables a la parte especial y, concretamente, a la regulación nacional de *lege lata* de la figura, a la vez que oteamos en el futuro con observaciones puntuales y críticas al proyecto de ley.

Como se verá en el aparte respectivo, el ejercicio que se hará no es intelectual únicamente. El conocimiento a profundidad de las sociedades públicas municipales de economía mixta tiene implicaciones que van más allá de elucubraciones vacuas. Se trata de sociedades con importancia económica para las municipalidades en la medida en que si se logran desarrollar en el país, se constituirán en fuente de recursos libres para las municipalidades, a la vez que en un instrumento que contribuirá a cambiar la gestión municipal, haciéndola cada vez más empresarial, con un criterio de responsabilidad por los cometidos locales a que están llamadas, particularmente en momentos en que estas corporaciones requieren con urgencia recursos no comprometidos que les permitan potenciar su capital en sentido amplio.

Se trata de un instituto que interesa –o debería interesar- a las 81 municipalidades existentes; a su parte política (Concejo –Regidores y Síndicos-; Alcalde), técnica y operativa y, especialmente, a las comunidades que se encuentran en su jurisdicción y que a diario ven con estupor, pesimismo y hasta indiferencia la gestión municipal, a pesar de ser ellas las principales receptoras de su trabajo diario.

Estas sociedades vinculan tanto al Estado –facilitador de su desarrollo legal y de su ulterior estabilización y propagación mediante apoyo financiero-, a las municipalidades –que tienen en sus manos la posibilidad de aprender a trabajar bajo esquemas de administración privada y, por ende, verdaderamente orientados a resultados- y al sector privado –con su capital participando de alguna forma en la gestión local-, todo lo cual contribuye a aunar sinergias y, de ahí, a reducir costos y potenciar procesos productivos exitosos.

Es como se verá, un tema típico del Derecho Económico, ya que involucra distintas ramas de ese Derecho como la Pública –Derecho Administrativo-, de la Empresa –Derecho Comercial-, Financiero, Bancario; Constitucional –el concepto de lo local y los límites que el mismo impone a las municipalidades-; Civil –en cuanto a los Bienes-, etcétera.

Con ese norte optimista, el trabajo se compone de dos partes: en la primera, se estudia la empresa –sociedad- pública en general y particularmente en Costa Rica, y en una segunda, las sociedades públicas de economía mixta tanto en su regulación y práctica comparadas, como en el plano nacional de *lege lata* y de *lege ferenda*.

DEDICATORIAS

A mi familia, sin cuya comprensión y apoyo no habría sido posible esta empresa, al significar la misma burtarles horas infinitas y únicas de amor y atención. Especialmente a mis Hijas María Fernanda y María Daniela.

Wilberth.-

A mis padres, quiénes con su ejemplo me han enseñado cual es el camino correcto en la vida

Jorge Isaac.-

TITULO I

De las Empresas Públicas

Capítulo I. Aspectos Generales

Sección I. Del concepto de empresa

Acerca del concepto de empresa, la doctrina ha indicado que misma gira bajo dos direcciones doctrinales: el concepto de actividad y el de organización. En ese sentido, se ha dicho que la noción de empresa gira alrededor de dos ideas fundamentales: actividad económica y organización. Para nuestros efectos, sea cual sea el criterio doctrinal en que se inspiren los teóricos y estudiosos en esta material, la jurisprudencia y el derecho positivo, siempre se comprobará en sus diversas concepciones, la presencia explícita o latente de aquellos dos parámetros.

En cuanto a la idea de empresa, esencialmente en derecho mercantil se observan tres orientaciones fundamentales. En primer lugar, un punto de vista objetivo, para el cual la empresa no es más que un conjunto de actos mercantiles; un objeto y no un sujeto. Para la tesis subjetiva moderna, la noción de empresa descansa sobre el principio de la profesionalidad, de la habitualidad en el ejercicio profesional del comercio.

Sección II. Noción General de Empresa Pública

Del análisis doctrinario que hemos realizado, hemos arribado a la conclusión de que el parámetro que permite determinar la existencia de una empresa pública es el control que el Estado u otro ente público ejerza sobre ella, de forma tal que si esta ingerencia está en manos del Estado o un ente público, la empresa será pública. Como lo veremos y dado que este tipo de empresas se organizan como sociedades con acciones, el control se traduce o ejerce a través del dominio de dichas cuotas, intervención que encuentra su asidero en el artículo 50 de la Constitución Pública al establecer que *“El estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”*

Habida cuenta de ello, el criterio determinante para la calificación de una empresa en pública o privada, es el control que una persona pública o privada ejerza sobre ella. En la empresa pública, es necesario que un ente público ostente la mayoría de las acciones de la sociedad.

Sobre la conceptualización de empresa pública, resulta de suma importancia, en este punto, acotar la posición de la Procuraduría General de La República cuando ha dicho que *“Debido a la heterogeneidad de la institucionalidad pública provocada por la utilización de figuras propias del derecho Privado, y la consecuente convergencia de sistemas diferentes aplicables a una misma figura jurídica, se ha propugnado por la adecuación entre la forma jurídica de personificación y el régimen jurídico que utiliza la Administración: “Es decir, régimen jurídico de Derecho Público, forma jurídica pública; a régimen jurídico privado, forma de derecho privado:”* (Antonio Troncoso Reigada, **Privatización, Empresa Pública y Constitución**, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.62).

No obstante, es claro que la diversidad de mecanismos tendientes a asegurar las misiones de servicio público hace que las categorías usuales *“persona pública-persona privada, derecho público-derecho privado”* no den una respuesta satisfactoria a los problemas que se presentan y por tanto, que esa reducción *persona pública-derecho público, forma de derecho privado, derecho privado* no sea absolutamente satisfactoria (cf. M, Guyonard, P, Collin: *“Chronique générale de jurisprudence administrative française”*. AJDA, mayo-2000, p.410).

Quizás por ello el artículo 3º de la Ley General de La Administración Pública permite que el derecho privado regule la actividad de los entes públicos cuyo giro de actividad sea industrial o comercial, aún cuando la organización sea propia del Derecho Público.

Ahora bien, en el caso de las empresas públicas constituidas bajo las formas del derecho privado, en diversas ocasiones se ha incurrido en la impresión de considerarlas entes de naturaleza privada. Se trata, simplemente, de una errónea determinación de la naturaleza del ente en tanto definida con base en su

personalidad jurídica así como en el régimen al cual se sujeta ... Y es que la naturaleza pública o privada de las empresas se define en razón de una diversidad de elementos, entre los que, además de tomarse en cuenta aspectos tales como la personalidad jurídica, se observa la titularidad del patrimonio, el control estatal, la creación por ley y el fin público al que se deben, entre otros. De esta Forma, la personalidad no constituye el elemento definidor de la naturaleza del ente, pues si bien la personalidad puede ser privada, de conformidad con la organización y régimen atribuido por la ley, su naturaleza es pública si la titularidad del patrimonio y el control sobre ella se encuentra en manos del estado... ”

Se desprende de lo anterior, que debe sostenerse que las empresas públicas son entes públicos, parte del sector público económico, siempre y cuando la titularidad del patrimonio de la empresa y su control y fiscalización estén en manos del Estado o algún ente público.

La aplicación de otros agentes tales como el fin público para el que fueron constituidas, así como su origen legal, entre otros, ayudan a perfilar con claridad la naturaleza de la entidad, Aspectos tales como la personalidad jurídica y el régimen aplicable no son sinónimos de la naturaleza de la figura jurídica creada y en tal sentido, no pueden ni deben ser tomados como características únicas para definir su naturaleza. Una definición de esta clase, al delimitarse a aspectos específicos, es parcial, y por ende, errónea, en tanto hace caso omiso de la totalidad de los elementos que caracterizan a la entidad.

Con el surgimiento del intervencionismo municipal y estatal en la actividad económica, se ha generado una serie de figuras que buscan la participación inmediata de las Municipalidades y/o el estado en el mercado nacional e internacional ya sea para la venta o intercambio de servicios en el mercado o la gestión de servicios públicos; bajo esta coyuntura, surgen las denominadas genéricamente y en sentido amplio empresas públicas; concepto utilizado indiferenciadamente para denotar tanto a las empresas municipales o estatales concretamente (sentido estricto) como a las demás empresas del sector público de la economía.

El concepto de empresa como unidad de factores para la producción económica u organización de medios materiales para la realización de una determinada explotación económica (venta e intercambio de bienes y servicios en un mercado), es utilizado no solo en el derecho comercial, sino también, en el ámbito de Derecho público, cuando se refiere a la participación mayoritaria municipal o estatal a través de formas societarias (sociedades de capital), elemento esencial que dará la condición de empresa pública. Por cuanto según se vera

mas adelante, las sociedades constituidas con capital minoritario municipal o estatal, es decir igual o menor a un 50%, si bien son empresas, no son consideradas de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico como empresas públicas propiamente.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, solo serán empresas públicas entonces, aquellas sociedades íntegramente de las Municipalidades o el Estado, o bien cuando estos participen en calidad de socios mayoritarios; de tal manera que, cuando una municipalidad se configure como accionista mayoritaria o bien, el capital sea íntegramente aportado por esa, la empresa se convertirá en una empresa pública municipal o estatal en concordancia al artículo octavo párrafo cuarto de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, al menos así se desprende del texto mismo de la norma en comentario, al indicar que: *“Las sociedades mercantiles constituidas con arreglo con la legislación costarricense son empresas públicas únicamente cuando estén bajo el dominio mayoritario o el predominio legal del Estado de otro ente u órgano público.”* Lo anterior, independientemente de la actividad gestionada, lleva a considerar como un yerro del legislador, que puedan existir empresas gestoras de servicios públicos, que en virtud de la participación minoritaria de la Municipalidad o el Estado, no pueden ser catalogadas como públicas aún cuando estén tuteladas absolutamente por el derecho público y empresas meramente mercantiles o industriales, que en virtud de la participación mayoritaria de la corporación local en éstas, se tengan como públicas aún cuando su régimen jurídico total o predominante sea de derecho privado.

Debe señalarse en este punto, que no obstante el régimen ostentado por la empresa o ente que se trate, al estar vinculados con el manejo y administración de fondos públicos, siempre deberán observar la normativa existente en materia de contratación administrativa conforme a su numeral 2 y someterse a los controles ejercidos por la Contraloría General de la República en concordancia con los lineamientos existentes en la Ley Orgánica de la citada entidad de conformidad con los artículos 4 incisos a), b), d) y e), 8 párrafo quinto, 11,12, 18, 19 y 20 principalmente.

No obstante las determinaciones normativas que puedan presentarse, ha de advertirse que no obstante el contenido de los preceptos normativos que puedan promulgarse, la finalidad de l empresa, determinará la naturaleza jurídica de ésta, y los actos y la actividad que ha

de gestionar, o sea, es el factor que esencialmente va a determinar su régimen jurídico en razón de que, si es una empresa gestora de servicios públicos, aún cuando su estructura sea de tipo privado (sociedad de capital), tendrá que respetar el ordenamiento público con relación a la gestión del servicio que se trate y las normas conexas de observancia obligatoria, es decir, bajo un régimen de derecho público a diferencia de la gestión meramente comercial o industrial para lo cual se define un régimen de derecho privado (Derecho Comercial).

Ahora bien, ha de recordarse que en esta tipología de personas jurídicas pueden irradiar formas mixtas, o que ocurre en la mayoría de los casos, por tal motivo debe estudiarse muy bien la normativa que operaría en cada caso concreto y separarse de modo diametral, bajo que régimen jurídico, despliega la actividad que se trate para que no lleve a confusiones, errores y eventualmente a posibles abusos de derecho, verbigracia: si es una sociedad anónima de capital mayoritariamente municipal, gestora de un servicio público, pero en el supuesto de que la autoridad jurisdiccional valore, la procedencia o no de una certificación de deudas emitida por el contador de la empresa como título ejecutivo para la admisión de una demanda por el incumplimiento de un contrato de servicios profesionales, la especie debe valorarse conforme al derecho privado y no con base en el derecho público ya que la actividad sale de la esfera reguladora del servicio público, y aún cuando así fuere sino existe una ley especial que lo establezca expresamente, tal entidad en su función privada no puede gozar de dicha prerrogativa o privilegio exclusivo de las administraciones públicas, de modo que en este caso, impera la aflicción de la normativa privada y deberá la empresa tramitar la demanda por la vía ordinaria como cualquier otra persona.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales de la empresa, principalmente en cuanto a la calidad de los funcionarios laborantes para las empresas públicas, salvo norma expresa en contrario, ha de observarse el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública, que textualmente indica:

“...1. Es servidor público la persona que presta a la administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. *A este efecto considérense equivalentes los términos de “funcionario público”, “servidor público”, “encargado de servicio público” y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza indique lo contrario.*

3. *No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.”*

El análisis de la norma transcrita, revela una situación sumamente importante y contrastante con la doctrina internacional, al establecer por un lado, que no serán considerados funcionarios públicos, los trabajadores de las empresas en general o bien aquellas personas que se encargaren de la gestión de servicios, cuando su gestión dimane un carácter y beneficio económico para las municipalidades o el Estado; sin embargo, obsérvese que tal exclusión no opera para cualquier actividad de irradié ese cariz (empresarial o gestión de servicios económicos), sino solo con relación a gestión de actividades sometidas al derecho privado; lo anterior provoca una doble identidad de los funcionarios cuando se trate de empresas públicas de régimen jurídico mixto o que es lo mismo, gestoras de servicios públicos y también de actividades mercantiles, porque, dado su doble carácter, estarán tuteladas como se ha visto, por el derecho público y derecho privado según el tipo de gestión, pero únicamente serán considerados funcionarios públicos, aquellas personas que gestionen o cuando gestionen, actividades regidas por el derecho público. Ejemplificando lo dicho, se puede reflejar en la situación que se presentaría, cuando un funcionario de una empresa pública municipal, desarrolla un proyecto mercantil pero como función, también le corresponde la gestión de cobro del servicio público; conforme a lo visto en líneas supra, en la primera actividad gestionada funge como funcionario particular, pero en la segunda tara, indudablemente posee la investidura de un funcionario público acorde a la Ley de cita.

De acuerdo a lo anterior y concordancia con el numeral 113 de la Ley íbidem, el derecho administrativo es aplicable respecto de aquellas relaciones de servicio entre la administración y sus funcionarios o servidores públicos y en cuanto a los funcionarios gestores de actividades tuteladas por el derecho común, estarán regidos por el derecho laboral o mercantil según corresponda, sin embargo “... *Se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales y reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y la moralidad administrativas*”

Ahora bien, con relación a la materia penal, los funcionarios de las empresas públicas o gestores de servicios públicos de las municipalidades o el estado siempre tendrán como funcionarios públicos, sea que no son excluidos de tal responsabilidad; la no exclusión es lógica, si se piensa que el patrimonio es integral, mayoritaria o parcialmente público o de alguna u otra manera desarrolla potestades de imperio, por tanto debía existir tal mecanismo para la no operancia de impunidad ante la eventual presencia de hechos delictuosos, tanto de cariz económico como de otras actividades reguladas y tipificadas especialmente con relación a los funcionarios públicos.

Por otro lado y con relación a la responsabilidad contractual o extracontractual que eventualmente pudiera presentarse en el funcionamiento de las empresa públicas, debe valorarse en primea instancia la naturaleza jurídica del ente, la normativa aplicable y si operó como administración pública o ente privado, además debe estudiarse si la gestión realizada, fue de cariz público o privado. Una vez esclarecidos los puntos citados, se dispondrá la operancia del régimen de responsabilidades ya sea de derecho público o privado según corresponda en cada caso concreto.

Por otro lado y en relación al órgano jurisdiccional competente para ejercer el control judicial sobre las empresas públicas, debe señalarse que no es igualitario en todos los casos y dependerá de tres factores esenciales, por lo tanto deberá observarse la naturaleza jurídica del ente, la actividad desarrollada por la empresa y por otro lado el régimen jurídico concedido por el legislador, del examen de los citados elementos, se podrá determinar si constituyen una administración pública o no.

Es importante destacar de acuerdo a lo valorado en líneas supra, la condición de administración pública es independiente a su configuración como empresa pública ya que por solo el hecho de ser conformada con capital mayoritario de las municipalidades o el Estado, no la convierte en un ente público, sino en el tanto y el cuanto ostente y ejerza en sus actividades competencias y atribuciones del derecho público y goce de prerrogativas propias y exclusivas de las entidades públicas por así reconocerlo expresamente una norma de derecho.

En caso de que la empresa se constituya como una administración pública, deberá tramitar sus asuntos judiciales ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda; y por el contrario, si se configurase en una persona jurídica privada y no pública por realizar actividades de cariz mercantil, deberá tramitar sus asuntos judiciales ante la jurisdicción común.

Especial estudios presentan aquellas, que ostenten una doble identidad por estructurarse con plataformas mixtas; en estos casos tendrán un doble control, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando funjan como administraciones públicas y la Jurisdicción Civil en aquellos casos donde operen como personas jurídicas de derecho privado (mercantil).

Dentro del concepto de la empresa pública, debe observarse la existencia de dos elementos básicos, a saber un elemento Subjetivo, que señala la participación de la Administración del Estado u otra persona administrativa pública estatal; y un elemento objetivo, referido a la actividad económica desarrollada.

1. Empresa Pública en sentido estricto

a) Naturaleza Jurídica

Este prototipo de entidades son, también conocidas en la doctrina como empresas municipales o estatales, son personas o entidades de derecho público, formalmente descentralizadas y creadas por ley especial y donde su capital es absolutamente estatal o municipal dedicadas a la gestión de servicios público y/o actividades de índole mercantil.

La presencia de una descentralización municipal o estatal a favor de las empresas, la establecerá la actividad que realice, es decir si se dedica a la gestión de servicios públicos o no, por cuanto ello provocaría la necesidad de transferir a la empresa, atribuciones administrativas o competencias públicas pertenecientes al ente público creador.

De lo dicho se desprende, que la creación de empresas públicas (sentido estricto) gestoras únicamente de actividades comerciales o industriales o donde estas asuman el servicio

público como contratistas, bajo una forma directa de gestión económica, no puedan considerarse como entes descentralizados de las municipalidades o el estado. Igual norma rige para todas las empresas públicas (sentido amplio) creadas bajo las formas societarias ya sean como sociedades municipales o estatales, asís como para las sociedades de economía mixta.

Como se ha dicho su característica esencial y diferenciadora de las demás empresas públicas, es precisamente que tiene su génesis a la vida jurídica mediante una ley especial, que no solamente les dará nacimiento sino que delimitará con precisión su régimen jurídico y el ámbito de acción.

b) Régimen Jurídico

La ley de creación, es de carácter público, aún cuando sea una norma que atenderá a la discrecional dosis publicista o privatista que aplique el legislador en cuanto a la delimitación del régimen jurídico de la empresa. Dentro de esta amalgama jurídica la empresa municipal o estatal, puede ser gestora de servicios públicos o realizar actividades mercantiles, sean comerciales o industriales o bien, ambas a la vez.

En el primero de los casos, estará regida por el derecho público, por cuanto debe respetar el orden jurídico tutelante del servicio público si existiere, en el segundo caso obedecerá a un régimen jurídico predominantemente de derecho privado y finalmente, el tercer caso remitirá a un régimen mixto. No obstante lo anterior, al ser entes que nacen en virtud de una norma especial, por lo general esa misma norma, brinda la estructura jurídica reguladora de su régimen y a esa deben someterse.

Doctrinariamente estas empresas públicas, son una pertenencia de las municipalidades o el estado, poseen un régimen jurídico propio dentro del derecho público, mayormente respecto de las conexiones con la administración creadora.

Sin embargo como se ha adelantado, puede ser que le legislador dentro de sus potestades, las sustraiga de la esfera pública para remitirlas a un régimen privado y las autorice realizar actividades mercantiles (comercial o industrial), lo cual variaría vertiginosamente su régimen jurídico al privado, lo que provocaría principalmente que se presentarán como personas jurídicas privadas, controladas judicialmente por la Jurisdicción Común y donde las relaciones con terceras personas, se someten a una regulación absolutamente estructurada bajo

el manto del derecho privado. Este último aspecto variaría las características de esta tipología de entes. Salvo norma expresa en contrario, en los casos de presentar un carácter mixto, deben observar las regulaciones del derecho público en cuanto a la gestión de servicios públicos y el derecho privado entratándose de gestionar actividad mercantil.

c) Características

i. Personalidad Jurídica: Poseen personalidad jurídica de derecho público, independiente de la personalidad de la municipalidad creadora y deben constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de Personas.

ii. En cuanto al patrimonio: El patrimonio es independiente, afectado al cumplimiento de sus fines propios. La corporación local creadora le entrega los recursos necesarios para la gestión de un servicio público, la realización de actividades mercantiles o ambas a la vez para que destine parcial o totalmente los ingresos percibidos a los fines propios del ente o cualesquiera otros.

Los bienes entregados al patrimonio de la empresa, serán considerados bienes públicos de dominio privado, salvo que una ley les de esa condición y los afecte a cumplir esa especial función o bien se entreguen al uso y aprovechamiento público de acuerdo con lo establecido por el Código Civil.

iii. Especialidad: Normalmente son entes descentralizados de las municipalidades o el estado, se crean mediante ley formal, sometidas al régimen legal y estatutario, sin las potestades exorbitantes poseídas por las administraciones mayores y entidades autárquicas.

iv. Régimen Administrativo: Son entes de derecho público y por ende sometidos a sus lineamientos. La base jurídica de la empresa es la ley creadora.

Es conveniente que la municipalidad creadora, se reserve potestades interventoras y revisoras de la actividad propia de las empresas públicas y pueda controlarlas y pedir el rendimiento de cuentas, es decir mantener facultades de tutela, dado que nacerán con patrimonio municipal y con fin instrumental, no obstante el control de legalidad y oportunidad de sus actos y presupuestos ejercido por la Contraloría General de la República.

- v. **Situación Jurisdiccional:** Como personas de derecho público, se encuentran sometidas a la tutela de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Civil de Hacienda.
- vi. **Contratación de bienes o servicios:** Por nacer con el fundamente económico de traslado de fondos públicos locales, debe seguir los parlamentos de contratación establecido en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.
- vii. **Personal:** Dependerá de la actividad gestionada por la empresa pública sea gestora de servicios públicos o actividades mercantiles y su virtual tutela por el derecho privado. De modo que solo los funcionarios que realicen actividades no tuteladas por el derecho común, podrán considerarse funcionarios públicos con todas las consecuencias que tal calificación provoca, en los demás casos se someterán al régimen del derecho privado. No obstante o anterior y como excepción dentro del régimen laboral, serán considerados funcionarios públicos para todos los efectos de cualquier empresa pública, cuando se trate de hechos delictuosos a la tutela de la materia penal.
- viii. **Organización:** Será establecido de conformidad a la ley creadora y su régimen estatutario, pero nunca bajo una organización societaria (sociedades de capital), salvo norma expresa del legislador.

2. Elementos de la Empresa Pública

a. Elemento Subjetivo (Pública)

Se requiere de la participación de un ente público. Por cuanto la empresa pública se caracteriza por que el empresario es una Administración Pública, la cual puede ser central o descentralizada.

Para que la Administración sea reconocida como tal debe ser titular de por lo menos un cincuenta por ciento de las acciones de la sociedad o bien asegurarse el control de los órganos de decisión, que han sido los criterios seguidos para reconocer la existencia de este elemento subjetivo; sin embargo, se reconoce que la segunda opción es en casi todos los casos consecuencia de la primera.

En esta línea, la mayoría de la doctrina ha señalado que la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente

público. Dicho control se verá reflejado en la posibilidad de tomar decisiones, es decir regir su propio rumbo.

b. Elemento Objetivo (Empresa)

Se refiere al desarrollo por parte del ente de una actividad comercial, mercantil o agropecuaria, con el propósito de alcanzar fines públicos, lo que la Ley General de la Administración Pública denomina “giro empresarial”

Es así como se ha señalado que la empresa pública es una forma de gestión de los servicios de la Administración para la obtención de fines públicos, ubicado de esta manera a esta forma de organización administrativa, como una forma de gestión de servicios públicos. Por su parte la Ley General de la Administración Pública en su numeral 3, dispone que:

“1.El derecho público regulará la organización y la actividad de los entes público, salvo norma expresa en contrario.

2. El derecho privado regulará las actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes.”

De dicha norma se desprende, que la actividad de todos aquellos entes que tengan un giro meramente comercial, será regida por el Derecho Privado. Es así como las empresas públicas al desplegar una actividad mercantil, no podrían competir en un medio donde interactúan una serie de sociedades privadas, que por su régimen privado, tienen una mayor flexibilidad en el despliegue de sus actividades y negocios.

Así las cosas, someter a las empresas públicas o aquellos entes donde su giro ordinario constituye una actividad mercantil a las normas del derecho público, implicaría prácticamente, provocar su desaparición del medio, toda vez que no podrían competir ni hacer frente todos los compromisos adquiridos con terceros de una forma eficiente y rápida.

Sin embargo, el artículo crea una serie de laguna e inquietudes, por lo que la primera pregunta sería determinar qué es un ente dedicado a un giro comercial. Obsérvese como el concepto crea una atmósfera un tanto confusa, es por ello que será en cada caso en particular que deberá establecerse y delimitar el giro de la entidad. En esta tesitura, la Procuraduría General de la República ha expresado que *“Esta entidades están sujetas al derecho público en cuanto a su organización, dada la imperativa necesidad de regular y controlar el ejercicio de las competencias que le vienen*

otorgadas por el ordenamiento jurídico, o sea por la sujeción al principio de legalidad y el efectivo cumplimiento de los fines públicos encomendados igualmente por el propio ordenamiento”.

La empresa como parte de la Administración puede ser vista como actividad o como organización. De esta forma la empresa tendrá dos facetas la dinámica correspondiente a la actividad y la estática que se refiere a la organización. La actividad de empresa se entiende como una actividad económica en sentido amplio de producción, a saber: agrícola, industrial o de transformación, comercial o de cambio, y la de servicios. Debemos concebir a la organización de la empresa como aquella que está compuesta por los medios necesarios (personales o materiales).

Estos conceptos presumen que la actividad de la empresa pública será siempre actividad de empresa en los términos descritos por ello, regulados por el derecho privado, empero, tal y como se verá a continuación, efectivamente se presentan variaciones en cuanto a la organización.

Para establecer a cual régimen jurídico están sujetas las empresas públicas en Costa Rica resulta relevante realizar la clasificación de las diferentes manifestaciones de ellas en nuestro medio.

La doctrina costarricense de manera generalizada ha agrupado las empresas públicas nacionales en tres manifestaciones distintas a saber: empresa pública-órgano público, empresa pública-ente de derecho público y empresa pública ente de derecho privado.

Sección III: Clases de Empresas Públicas

1. Empresa Pública-Ente de derecho Público

Se les conoce además como ente público económico, y se asemejan con lo que se conoce como Administración Descentralizada, la cual está sujeta a un régimen jurídico de carácter público y por ende sujeta al principio de legalidad y únicamente en lo concerniente a la actividad empresarial adscritas a un régimen de derecho privado. Empero, vale indicar que por estar sujetas a la ley en materia de gobierno, se halla controladas y reguladas por diversos órganos, en un esquema propio de la tutela interinstitucional. La doctrina ha señalado que la descentralización administrativa consiste en delegar poderes de decisión en entes distintos de los simples agentes del poder central, no sometidos al deber de obediencia jerárquica.

Dentro de la noción de descentralización, cuando hablamos de empresa pública-ente de derecho público, debemos fijarnos en el objeto que debe acompañar estas empresas, por lo que podemos señalar que se enmarcan dentro de lo que conocemos como descentralización institucional, que también recibe el nombre de funcional, técnica o por servicios, este último concepto es quizá el que más se identifica con este tipo de empresa pública.

Para que se de la existencia de este ente público, deben convergir algunas características a saber: personalidad jurídica, autonomía financiera y un fin público específico.

De las dos formas de empresa pública expuestas es posible concluir que ambas son de administración pública, creadas por la ley y comparten un régimen jurídico mixto de derecho público-derecho privado, con varios matices, dependiendo en muchos casos de sus propias leyes y del grado de independencia que estas les otorguen.

Dentro de esta categoría pueden ubicarse los Bancos Comerciales del Estado, el Instituto Nacional de Seguros y, el Instituto Costarricense de Electricidad, el Instituto Costarricense de Puertos al Pacífico y la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago, entre otros.

2. Empresa Pública-Órgano Público

Se ha considerado que este tipo de empresas son órganos adscritos a un ente público que desarrollan una actividad empresarial. Así estos órganos por su propia naturaleza carecen de personalidad jurídica, sin embargo gozan de autonomía administrativas, financiera y contable. En la práctica este tipo de empresas surgen cuando el ente público no tiene como misión principal la actividad de empresa, si no que esta actividad posee un carácter secundario, para lo que se crea un órgano independiente para que realice esa labor.

Se requiere un mínimo de autonomía del órgano, para lo cual no solo deben tener competencia exclusiva y una administración separada, sino además independencia financiera. Por ello deben ser creados por ley o decreto y se utiliza la técnica de desconcentración en grado máximo.

En esta línea, la Ley General de La Administración Pública señala en su artículo 83 que:

1. *Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento....*

.....4. *La desconcentración será máxima cuando el inferior este sustraído además a órdenes instrucciones o circulares del superior.”*

Es así como entre el órgano empresa y el ente al cual esta adscrito no existe una relación jerárquica, por lo que está desligada de las órdenes y disposiciones de los superiores, no obstante, si existe una relación de dirección inter orgánica, que se manifiesta mediante directrices, tal y como lo indica los numerales 99 inciso 1) y 100 del citado cuerpo normativo:

“Artículo 99.-1. Habrá relación de dirección cuando dos órganos de la administración activa tengan diversa competencia por razón de materia y uno de ellos pueda ordenar la actividad, pero no los actos, del otro, imponiéndole las metas de la misma y los tipos de medios que habrá de emplear para realizarlas, dentro de una relación de confianza incompatible con órdenes, instrucciones o circulares.”

Por su parte, el numeral 100 dispone en lo que nos interesa

“-1. Cuando un órgano tenga potestad de dirección sobre otro podrá impartirle directrices, vigilar su cumplimiento y sancionar con la remoción al titular que falte a las mismas....”

Asimismo, es posible determinar que el régimen jurídico relativo a su administración financiera, habitualmente es más dócil que el aplicable en general al ente del cual forma parte el órgano. Es así como, puede afirmar que se encuentra dentro de la administración pública, pues si bien es cierto posee independencia, estamos ante un órgano administrativo más, sin embargo, su actividad se rige por el derecho privado, salvo ley en contrario.

Estas empresas también han sido denominadas por la doctrina como “empresas órgano”, “empresas propias o de explotación”, y “unidades económicas sin personalidad jurídica”. Algunos ejemplos de esta clase de empresa los son la Fabrica Nacional de Licores, la Tiendas Libres del IMAS y el Consejo Técnico de Aviación Civil.

3. Empresa Pública-ente de Derecho Privado

Es criterio de nuestra Procuraduría General que este tipo de empresas públicas constituyen “una sociedad como cualquier otra constituida conforme al Código de Comercio y regida por este”, razón por la cual se afirma que la participación económica debe ser tal que le

permita a la administración controlar económicamente la sociedad, lo que se consigue ya sea controlando el capital o controlando su Junta Directiva.

Es viable afirmar, entonces, que una sociedad es empresa pública cuando la Administración tiene control de ella, lo que en la mayoría de las veces se traduce en controlar el capital accionario.

Por tanto, las empresa públicas entes de derecho público pueden presentarse de dos formas, la primera cuando la totalidad del capital esta en manos de la Administración y la segunda cuando al menos el cincuenta por ciento del capital social esta en manos de la Administración, lo que se denomina empresa mixta. En ambos casos el estado se asegura el control de la misma.

Sin embargo, por ser constituida en la mayoría de los casos como sociedades anónimas conforme al Código de Comercio, se conciben como entes privados, y empresa pública en la media que pertenece al Estado. Por ello están subordinadas en cuanto a su actividad en el derecho privado.

Se da otra peculiaridad al definir su régimen jurídico de sujeción, puesto que si bien se indicó que se crean y organizan como sociedades anónimas privadas y por su giro, en virtud del numeral tercero inciso segundo de la Ley General de la Administración Pública, su actividad se rige por el derecho privado en cuanto a su giro empresarial, lo cierto es que no se escapa de regulaciones propias del derecho público por el manejo que se dad de fondos públicos. Razón por la cual, como se verá mas adelante están sujetas a lagunas disposiciones del derecho público.

Es menester indicar, que no es necesario de una ley para su creación, puesto que su creación en principio responde a la de cualquier sociedad anónima regida por el Código de Comercio.

De lo anterior, es posible sostener que la sumisión del ente al derecho público está determinada por su organización o por su funcionamiento, sea por que haya sido creado bajo una estructura pública o por que se le hayan otorgado competencia que generen función administrativa, o bien por el manejo de fondos públicos cuando así corresponda. Asimismo, tratándose de entes públicos que tienen una manifestación empresarial, no existe duda que el régimen que se aplica, tanto a la actividad como a la organización es el derecho público.

Doctrinalmente no son merecedoras de subsidios, sin embargo, en la práctica se han dictado algunas medidas arancelarias otorgándoles subsidios o subvenciones. Por último cabe destacar que no emiten actos administrativos, toda vez que no se encuentran dentro de la estructura de la Administración Pública.

Algunos casos que se dan dentro de nuestro ordenamiento jurídico son el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), los EBAIS, Correos de Costa Rica S.A. y RECOPE, entre otros.

Sección IV De las Sociedades Economía Mixta

1. Naturaleza Jurídica

Refiérase a aquellas personas o entidades de participación pública (municipal o estatal) y privada (personas físicas o jurídicas), creadas bajo cualquier forma societaria, no obstante la prevalencia de la configuración en sociedades de capital con personería jurídica propia y donde su capital es mixto, dedicadas esencialmente a la gestión de actividades de índole mercantil (comercial o industrial), lo que no impide la gestión de servicios públicos u otras actividades de interés general.

Los aportes en esta tipología de sociedades como se ha dicho, son mixtos pudiendo ser la participación municipal o estatal mayoritaria, minoritaria o en una proporción igualitaria. En cuanto a la aportación del capital societario, pueden participar otras entidades del sector público, capital que no se tendrá como aporte privado, sino que se unirá al aporte municipal o estatal por principio jurídico.

Al igual que las sociedades municipales o estatales, su nacimiento surge en virtud de una ley pública autorizatoria, pero que no necesariamente delimitará de forma especial e integral, su nacimiento, organización y funcionamiento como sucede con la empresa pública en strictu sensu, sino que en los aspectos organizativos y funcionales se remitirá totalmente al derecho privado, salvo en aquellos casos de gestoría de servicios públicos, para lo cual, deberá

observar el orden jurídico público. En este sentido ha de considerarse inmersa en una esfera de derecho público en cuanto a su nacimiento y de derecho privado o mixto en cuanto a su desarrollo

Como se ha dicho su característica esencial y diferenciadora de la demás empresas públicas (sentido amplio), es precisamente que tanto su capital como la participación societaria, configuran un grado hibridez o misticismo entre lo público y lo privado, por otro lado ha de destacarse que en principio no pertenecen íntegramente a las municipalidades o al Estado, y se dedican a la gestión de actividades predominantemente comerciales o industriales, cobijadas por el derecho privado (comercial-mercantil).

2. Régimen Jurídico

Salvo ley especial en contrario, su régimen jurídico es absolutamente regido por el derecho privado y principalmente por el derecho comercial ya que se instrumentalizarán a través de sociedades anónimas o de responsabilidad laboral preponderantemente sometidos a los beneficios y obligaciones del comerciante únicamente deberán observar el orden jurídico público cuando gestionen servicios públicos.

En virtud de que una de sus características fundamentales, es precisamente ser de economía mixta, deben considerarse como empresas públicas, solo aquellas sociedades donde el aporte público sea mayoritario, esto en concierto con el numeral 8 párrafo quinto de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Este prototipo de sociedades son la instrumentalización de una nueva función de gestión mercantil de las municipalidades o el estado para la participación activa dentro del mercado de venta e intercambio de bienes y servicios, exógena y excluida de cualquier forma preestablecida por el derecho público, aún cuando puedan desarrollar actividades de cariz público exclusivamente o públicos-privados, lo que provocaría una duplicidad de regímenes jurídicos.

3. Características

a. Personalidad Jurídica: Poseen personalidad jurídica de derecho privado, independiente de la personalidad de la municipalidad o entidad pública creadora y deben constituirse en

escritura pública e inscribirse en el Registro Público de Personas. Se tendrán como empresas públicas (sentido amplio) solo cuando la participación pública sea mayoritaria.

b. En cuanto al patrimonio: El patrimonio está conformado por el capital público y privado. Los accionistas entregan los recursos necesarios para la gestión de actividades mercantiles, industriales o de gestión de servicios públicos establecidas, los dividendos obtenidos serán repartidos entre los socios de acuerdo a su cuota de participación.

Los bienes entregados al patrimonio de la empresa, serán considerados bienes públicos de dominio privado, salvo que una ley de esa condición y los afecte a cumplir esa especial función o bien se entreguen al uso y aprovechamiento público en concordancia con lo establecido por el Código Civil.

c. Especialidad: Entes descentralizados o no de las municipalidades o cualquier otra Administración Pública, sometidas al régimen jurídico del derecho privado, específicamente comercial, público o mixto según las actividades y la forma de gestión en que las desarrolle.

d. Régimen Administrativo: Son entes de derecho privado o mixto y por ende sometidos a sus lineamientos pertinentes según su configuración. La base jurídica de la empresa es la normativa mercantil y el régimen estatutario de la sociedad.

Es conveniente que la municipalidad creadora, se reserve potestades interventoras y revisoras de la actividad propia de las empresas públicas y pueda controlarlas y pedir el rendimiento de cuentas, es decir facultades de tutela, dado que nacerán con patrimonio municipal y con un fin instrumental, no obstante el control de legalidad y oportunidad de sus actos y presupuestos ejercido por la Contraloría General de la República.

e. Situación Jurisdiccional: Como personas de derecho privado, se encuentran sometidas a la tutela de la jurisdicción civil: únicamente fungieran como sociedades gestoras de servicios públicos y con relación a esa materia, pueden ventilar sus asuntos ante la vía jurisdiccional contencioso administrativa o civil de hacienda.

f. Contratación de bienes o servicios: Por nacer con el fundamento económico de traslado de fondos públicos locales, debe seguir los parámetros de contratación establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

g. Personal: Dependerá de la actividad gestionada por la empresa pública sea gestora de servicios públicos o actividades mercantiles y su tutela por el derecho privado. De modo que al realizar los funcionarios públicos, por tal motivo se someterán al régimen del derecho privado, salvo si gestionaran servicios públicos y se sometieren por esa circunstancia al derecho público, situación que los convertiría en funcionarios públicos.

No obstante lo anterior y como excepción dentro del régimen laboral, serán considerados funcionarios públicos para todos los efectos, los funcionarios de cualquier empresa de participación municipal o estatal, cuando se trate de hechos delictuosos sometidos a la tutela de la materia penal.

h. Organización: Será establecido de conformidad al Código de Comercio y la organización de las sociedades y la organización de las sociedades de capital sea anónima o de responsabilidad limitada, así como de acuerdo con su régimen estatutario.

Sección V: De las nuevas formas de prestación de los servicios públicos municipales

1. Del Servicio Público Municipal

Podemos ahora entrar a analizar en concreto que debemos entender por servicio público municipal, respecto del cual, de manera introductoria, podríamos referirnos como el atribuido a la instancia de poder municipal a cuyo cargo está el aseguramiento y la prestación del servicio.-

En efecto, en nuestro caso, la administración de los servicios locales, ergo, de los servicios municipales, por disposición constitucional corresponde en cada cantón al gobierno municipal (Artículo 169 de la Constitución Política). El servicio público municipal no se

diferencia del servicio público en general, salvo por su titular. Esa titularidad determina el ámbito de los servicios municipales en donde la municipalidad esta autorizada para perseguir cualquier fin general en tanto sea local.

En los términos establecidos por el constituyente, el legislador lo retoma en el artículo 4, inciso c) del Código Municipal, por medio del cual se atribuye a la Municipalidad la administración y prestación de los servicios públicos municipales, es decir, referidos en concreto, a que deben presentar un evidente interés “local”.

2. Conceptualización de la Municipalidad

El régimen municipal costarricense se encuentra regulado en el título doceavo de la Constitución Política, que comprende los artículos 168 a 175 de la Carta Magna Fundamental. Precisamente, el artículo 169 establece que la administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado por un cuerpo deliberadamente, integrado por regidores municipales de elección popular y por un funcionario ejecutivo. Desde este plano, sobre la conformación del Gobierno Municipal, la Sala Constitucional en el voto 1355-96 ha establecido que “...*el Ejecutivo Municipal (hoy Alcalde Municipal), junto con el Concejo Municipal, integran el llamado Gobierno Local, de origen constitucional (artículo 169)*”

La Procuraduría General de La República, en el dictamen C-143-2000 del 28 de junio del 2000, citando a la Sala Constitucional ha indicado que la municipalidad es una corporación pública que como tal representa la comunidad de residentes que la forman. Este es un ente territorial y única descentralización territorial del país.

El Código Municipal define a la Municipalidad como una persona jurídica estatal con patrimonio propio, personalidad y capacidad jurídica plenas para ejecutar todo tipo de actos y contratos necesarios para cumplir sus fines.

El nivel de autonomía de las municipalidades no desvirtúa el vínculo jurídico formal que las relaciona con la función pública y por ende con el gran concepto de Administración Pública, puesto que estas no son otra cosa que personas jurídicas del Estado que por aspectos de territorialidad, ejercen potestades y competencias específicas en este territorio. Precisamente

por ser un ente administrativo, la Municipalidad esta sujeta al principio de legalidad –artículo 11 Constitución Política.

De previo a establecer cualquier análisis respecto del procedimiento que se genera para la conformación del acto municipal, indistintamente del agente que emite el mismo, sea este de índole unipersonal, o bien colegiado, es de rigor, definir para efectos de la presente, el concepto de acto administrativo, dimensionamiento el cual permitirá precisar un ligamen directo entre los elementos de aquel, sus características y requisitos que determinen su validez y la función municipal, aspectos que no son excluyentes, más al contrario coexistentes.

La Sala Constitucional de la Corte en resolución 5445-99 (Considerando III), señala que las Municipalidades o Gobiernos Locales “...son entidades territoriales de naturaleza corporativa y pública no estatal...” lo que contrasta con lo establecido en el artículo 2 del Código Municipal que las reconoce como “...una persona jurídica estatal...”

De conformidad con lo establecido en el artículo 170 constitucional, debemos partir de que las Municipalidades son entes corporativos, y la única descentralización territorial del país. Se constituye, en efecto, en una corporación pública que representa a la comunidad de residentes estables que la forman, y detenta la potestad de dictar actos de imperio y facultades para prestar servicios públicos dentro de un territorio determinado (el Cantón), territorio que explica la atribución de competencias para actuar y la legalidad de esa conducta: en tesis de principio, la validez de la actuación depende de que tenga lugar dentro de determinado territorio.

La atribución de competencia es a fin en general y no específico, lo que permite a la corporación municipal perseguir cualquier fin que se relacione con el bien común de los habitantes de su territorio, a diferencia del resto de entes descentralizados. Además, la Municipalidad posee una libertad para auto fijarse los cometidos y definir la propia esfera de acción, dentro del respeto al ordenamiento estatal y al espacio propio de otros entes territoriales. Esas potestades se aplican también en relación con los servicios públicos municipales, los cuales se caracterizan por la satisfacción del interés local.

De interés ha señalado la Sala Constitucional en resoluciones Nos. 2231-96 y 2237-96, ha dicho lo siguiente:

“V.- Es importante, entonces, vista la repercusión que esta resolución puede ocasionar, dejar establecido que, si bien es cierto el Estado a través de sus órganos constitucionales competentes —particularmente la Asamblea Legislativa y, en menor escala el Poder Ejecutivo— puede establecer una política general en cuanto a prioridades por las necesidades que afronta el país en determinado momento, de acuerdo con nuestro sistema democrático y según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada Municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra interferencia que sea incompatible con el concepto de “lo local” en los términos que fija la Constitución Política; todo lo relativo a la recolección, tratamiento y disposición de las basuras y desechos sólidos pertenece a la esfera de los “intereses y servicios locales” por lo menos mientras no se disponga su “nacionalización” mediante ley formal...”

No todo servicio municipal es creado por la ley, pues bien puede derivar de una norma inferior a esta, incluso, de un acto administrativo. En este sentido, se parte que la competencia municipal está informada por el carácter de “lo local” de la actividad o servicio, por lo que, aunque resulte redundante, el concepto de servicio municipal, necesariamente esta referido o identificado con el de servicio local. Como lo ha señalado la Procuraduría General de la República, existe una vocación general de la colectividad local para satisfacer el interés público, definido en razón de su fin y no del objeto.

El problema radica en como diferenciar lo “nacional” y lo “local”. La línea establecida por la Sala Constitucional en su resolución N° 1822-98 de 10:15 horas del 13 de marzo de 1998, citada anteriormente, es clara en cuanto a que trata de un aspecto que corresponde al legislador o bien, al juez aplicando las reglas de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados. (También véanse en ese sentido la resolución N° 6469-97 de las 16:20 horas del 8 de octubre de 1997, reafirmada en la N° 2806-98 de la 14:30 horas del 28 de abril de 1998).

Es claro que las actividades que desarrolle la Municipalidad, debe, necesariamente, tener como ámbito de aplicación su jurisdicción territorial (el cantón) conforme lo establecido en el artículo 3 del Código Municipal. Es decir, la Municipalidad es competente para organizar y prestar servicios locales, por lo que, a contrario sensu, no puede crear directa o indirectamente servicios que no califiquen como locales, consecuentemente, servicios cuyo ámbito de prestación exceda lo local. Al estarle impedida esa creación, se sigue como lógica consecuencia, que la Municipalidad no puede realizar ningún acto de delegación de un servicio

público que exceda lo local. Debe entenderse, entonces, que le está vedado asumir, fuera del ámbito de su territorio, una actividad industrial o comercial.

La Procuraduría General de la República en dictamen C-100-99, señaló que en ocasiones se presentan situaciones en las cuales el interés local y nacional o local y regional se confunden, ya que pese a existir un marcado interés nacional o regional resulta que también atañe al interés local, con lo que se produce el fenómeno de competencias concurrentes. Puede ocurrir que ante la falta de capacidad del ente corporativo se transfiera la competencia a un ente nacional para que sea este el que preste el servicio.

Sobre el particular, la Sala Constitucional de la Corte en la resolución de cita 5445-99, en lo que interesa consideró:

“X.-....No puede, entonces, crearse un conflicto por antagonismo o protagonismo entre la materia general de “los intereses y servicios locales” de los intereses y servicios públicos “nacionales” o “estatales”, intrínsecamente distintos unos de otros, pero que en realidad están llamados a coexistir; y ello es así, por que ambos tipos de interés pueden estar, eventualmente, entremezclados y mas bien, es frecuente que, dependiendo de la capacidad económica y organizativa de los gobiernos locales, sus limitaciones propias conduzcan a ampliar el círculo de los que aparecen como nacionales o estatales, lo que hace ver que la distinción no debe ser inmutable, sino gradual o variable: pero en todo caso, como lo ha expresado la jurisprudencia antes citada, corresponderá en ultima instancia al juez decidir si los criterios de distinción se conforman o no con el dimensionamiento constitucional. Definida la competencia materia de la municipalidad en una circunscripción territorial determinada, queda claro que habrá cometidos que por su naturaleza son exclusivamente municipales, a la par de otros que pueden ser reputados nacionales o estatales; por ello es esencial definir la forma de coparticipación de atribuciones que resulta inevitable, puesto que la capacidad pública de las municipalidades es local, y la del Estado y los demás entes, nacional; de donde resulta que el territorio municipal es simultáneamente estatal e institucional, en la medida en que lo exijan las circunstancias. Es decir, las municipalidades pueden compartir sus competencias con la Administración Pública en general, relación que debe desenvolverse en los términos como esta definida en la ley (artículo 5 del Código Municipal anterior artículo 7 del nueve Código), que establece la obligación de “coordinación” entre la municipalidades y las instituciones públicas que concurren en el desempeño de sus competencias, para evitar duplicaciones de esfuerzos y contradicciones, sobre todo, por que sólo la coordinación voluntaria es

compatible con la autonomía municipal por ser su expresión. En otros términos, la municipalidad esta llamada a entrar en relaciones de cooperación con otros entes públicos y viceversa, dado el carácter concurrente o coincidente —en muchos casos—, de intereses en torno a un asunto concreto. En la doctrina, la coordinación es definida a partir de la existencia de varios centros independientes de acción, cada uno con cometidos y poderes de decisión propios, y eventualmente discrepantes; pese a ello, debe existir una comunidad de fines por materia, pero por concurrencia, en cuantos sea común el objeto receptor de los resultados finales de la actividad y de los actos de cada uno. De manera que la coordinación es la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes.

Como no hay una relación de jerarquía de las instituciones descentralizadas, ni del estado mismo en relación con las municipalidades, no es posible la imposición a estas determinadas conductas, con lo cual surge el imprescindible “concierto” interinstitucional, en sentido estricto, en cuanto los centros autónomos e independientes de acción se ponen de acuerdo sobre ese esquema preventivo y global, en el que cada uno cumple un papel con vista en una misión confiada a los otros. Así, las relaciones de las municipalidades con los otros entes públicos, solo pueden llevarse a cabo en un plano de igualdad, que den como resultado formas pactadas de coordinación, con exclusión de cualquier forma imperativa en detrimento de su autonomía, que permita sujetar a los entes corporativos a un esquema de coordinación sin su voluntad o contar ella; pero que si admite la necesaria subordinación de estos entes al estado y en interés de este (a través de la “tutela administrativa” del estado, y específicamente, en la función de control la legalidad que a este compete, con potestades de vigilancia general sobre todo el sector). (...)

La relación de cooperación definida ha sido comprendida por la Sala Constitucional, que en forma reiterada ha señalado que para que puedan llevarse a cabo los proyectos de las distintas instituciones públicas, debe hacerse con respeto del ordenamiento jurídico: en primer lugar, las normas de rango constitucional, y después, las del rango legal y reglamentarias, de manera tal que, para que el Poder Ejecutivo o los otros entes públicos lleven a cabo proyectos de su iniciativa en una determinada localidad, deben contar con los respectivos permisos y licencias municipales, si es del caso, como lo indicó en sentencia de amparo número 02231-96, transcrita, en lo que interesa, en el considerando VIII de esta sentencia.

Esta obligación de coordinación entre las instituciones del Estado y las municipalidades esta implícita en la propia Constitución Política; así por ejemplo, en lo que se refiere a la potestad tributaria municipal, en tanto que, la iniciativa debe ser de los propios Concejos, tanto para su aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, como para la exención de los tributos, aún tratándose de la política económica del Estado, como se indico en sentencia número 2311-95, supra citada; con lo cual se esta diciendo que debe existir una debida y obligada coordinación entre el Estado y los entes corporativos locales, cumpliéndose así lo ordenado por esta disposición, sin que ello implique una invasión a la autonomía municipal.

Igualmente, estima la Sala que en materia de planificación urbana se debe dar esa misma relación de coordinación, aún cuando se ha definido –por disposición constitucional- que la planificación urbana es competencia de los gobiernos locales, la misma debería ordenarse de conformidad con las directrices y lineamientos generales del Plan Nacional de Urbanismo elaborado por el Poder Ejecutivo (a propuesta de la dirección de urbanismo del INVU y el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica) e integrado en el Plan Nacional y Desarrollo a que alude la Ley de Planificación Nacional, en el entendido de que ese Plan debe ser aprobado por una ley ordinaria”

3. Concepto de “lo local”

Sobre este concepto resulta importante citar la resolución N° 1822-98 de 10:15 horas del 13 de marzo de 1998, de la Sala Constitucional, que dispuso:

“La Sala tiene claro, y así lo ha sostenido en su abundante jurisprudencia sobre el tema, que el artículo 170 de la Constitución Política y el numeral 7 del Código Municipal, que lo desarrolla, han conferido a las municipalidades la gestión y promoción de los intereses y servicios locales, bajo una clara situación de autonomía, que es, sin duda, libertad frente a la Administración centralizada para la adopción de las decisiones fundamentales del ente... En síntesis, es el legislador –que tiene como límite el respeto al marco esencial de las competencias municipales- y eventualmente el Juez, el que debe establecer, en cada caso, si estamos ante un interés local o nacional”.

Posteriormente la misma Sala en resolución N° 5445-99 de las 14:30 del 14 de julio de 1999, se dispuso:

VI.- DE LAS ATRIBUCIONES DE LAS MUNICIPALIDADES EN RAZÓN DE LA MATERIA (CONCEPTO DE "LO LOCAL").

*Por disposición constitucional expresa -artículo 169-, hay una asignación de funciones o atribuciones en favor de los gobiernos locales en razón de la materia a "lo local", sea, "la administración de los servicios e intereses" de la localidad a la que está circunscrita, para lo cual se la dota de autonomía (de la que hemos hecho referencia en los Considerandos anteriores), aunque sujeta al control fiscal, financiero, contable y de legalidad de la Contraloría General de la República. De manera que sus potestades son genéricas, en tanto no hay una enumeración detallada de sus cometidos propios, sino una simple enunciación del ámbito de su competencia; pero no por ello no determinable, a lo que hizo referencia este Tribunal en sentencia número 6469-97, de las dieciséis horas veinte minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y siete, en los siguientes términos: "**IV.- LAS FUNCIONES MUNICIPALES EN MATERIA DE LICENCIAS.-** A partir de los conceptos expresados en el considerando anterior, resulta importante, a los efectos de definir las funciones de las municipalidades en lo que atañe a las licencias comerciales en general, y a manera de conclusión inicial sobre el tema, transcribir el siguiente párrafo del informe de la Procuraduría General de la República, visible a folios 77 y siguientes: «A partir de 1949, se otorga a la Municipalidad la administración de los intereses y servicios locales de cada cantón, estableciéndose que la misma estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley (artículo 169), e indicándose que gozan de autonomía (artículo 170). Se agrega además, en el artículo 175, que éstas dictarán sus presupuestos ordinarios y extraordinarios, los cuales necesitarán para entrar en vigencia, la aprobación de la Contraloría General, que fiscalizará su ejecución. Es claro entonces, que a partir de la promulgación de la actual Carta Magna, las Corporaciones Municipales tienen a su cargo la administración de los intereses locales, para lo cual se les otorga autonomía, incluida la presupuestaria, aunque sujeta a la Contraloría General de la República. Asimismo, en aplicación del artículo 121 inciso 13) [de la Constitución Política], tienen potestad para imponer tributos. En virtud de ello, cualquier normativa que, con anterioridad a la Carta Magna actual, restringiera tales atribuciones, habría quedado derogada con la entrada en vigencia de ésta (artículo 197 constitucional). Asimismo, cualquier*

disposición dictada con posterioridad a dicho texto que violente las competencias y atribuciones otorgadas a esas Corporaciones, sería inconstitucional.» El examen de la Procuraduría General de la República conduce a señalar, sin embargo, que la descentralización territorial del régimen municipal, no implica una restricción o eliminación de las competencias asignadas constitucionalmente a otros órganos del Estado (id. folio 81), de manera que existen intereses locales cuya custodia corresponde a las Municipalidades y junto a ellos, coexisten otros cuya protección constitucional y legal es atribuida a otros entes públicos, lo que ha sido objeto de un trato legislativo muy claro en el artículo 5 del Código Municipal, al indicar que la competencia municipal genérica no afecta las atribuciones conferidas a otras entidades de la Administración Pública, y esa afirmación debe entenderse, desde luego, como conclusión constitucionalmente posible, pero únicamente como tesis de principio. Y es así, porque al haber incluido el constituyente un concepto jurídico indeterminado en el artículo 169, al señalar que le corresponde a la Municipalidad de cada cantón administrar los servicios e intereses «**locales**», se requiere, para precisar este concepto, estar en contacto con la realidad a la que va destinado de manera que la única forma de definir o de distinguir lo local de lo que no lo es, es por medio de un texto legal, es decir, que es la ley la que debe hacerlo, o en su defecto, y según sea el caso, deberá hacerse por medio de la interpretación jurisprudencial que de esos contenidos haga el control jurisdiccional. Y puede decirse que el empleo de conceptos indeterminados por la Constitución significa, ante todo, un mandato dirigido al Juez para que él -no el legislador- los determine, como bien lo afirma la mejor doctrina nacional sobre el tema. Es a partir de estas conclusiones resultantes de la labor de interpretación legal, que se concluye, como expresamente se dirá más adelante, que todo lo atinente a las licencias comerciales es materia que está inmersa dentro de lo local, síntesis que es complementada con la naturaleza misma de lo que es gobierno comunal. O lo que es lo mismo, **lo local tiene tal connotación que definir sus alcances por el legislador o el juez, debe conducir al mantenimiento de la integridad de los intereses y servicios locales, de manera que ni siquiera podría el legislador dictar normativa que tienda a desmembrar el Municipio (elemento territorial), si no lo hace observando los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política; ni tampoco promulgar aquella que coloque a sus habitantes (población) en claras condiciones de inferioridad con relación al resto del país; ni la que afecte la esencia misma de lo local (gobierno), de manera que se convierta a la Corporación en un simple contenedor vacío**

del que subsista solo la nominación, pero desactivando todo el régimen tal y como fue concebido por la Asamblea Nacional Constituyente. En otro giro, habrá cometidos que por su naturaleza son municipales -locales- y no pueden ser substraídos de ese ámbito de competencia para convertirlos en servicios o intereses nacionales, porque hacerlo implicaría desarticular a la Municipalidad, o mejor aún, vaciarla de contenido constitucional, y por ello, no es posible de antemano dictar los límites infranqueables de lo local, sino que para desentrañar lo que corresponde o no al gobierno comunal, deberá extraerse del examen que se haga en cada caso concreto [...] Consecuentemente, no sólo por norma legal expresa (el Código Municipal, la Ley de Licores), sino, y esto es lo más importante, por contenido constitucional expreso (artículo 169), no pueden subsistir funciones de ningún ente público, que disputen su primacía con las municipalidades, cuando se trata de materia que integra lo local." De lo anterior, resalta el hecho de que, por voluntad expresa de nuestra Carta Fundamental, se asigna una competencia específica a los gobiernos locales, atribución que además es exclusiva de éstos; es decir, se trata de una competencia originaria de la municipalidad y sólo mediante una ley de nacionalización o de regionalización es que puede ser desplazada, total o parcialmente. En este orden de ideas, no debe dejarse de lado la problemática institucional, en tanto debe determinarse para que la transferencia del caso proceda, si la municipalidad está o no en capacidad real y técnica para cumplir con los servicios públicos que le competen, prefiriéndose el traslado del servicio a instituciones de carácter regional o nacional; y asimismo, cuando el problema desborda la circunscripción territorial a la que están supeditados los gobiernos locales, es que puede trasladarse esa competencia a las instituciones del Estado nacionales o regionales correspondientes; en ambos supuestos, se insiste, se requiere de una ley de nacionalización o de regionalización, según sea el caso.

Dados estos antecedentes, es dable afirmar, junto con la doctrina costarricense más calificada, que lo territorial del ente (municipio) es, en realidad, lo territorial de sus potestades para dictar actos de imperio y de sus facultades para prestar servicios públicos y consiste en que tanto el sujeto que lo hace, como la atribución de competencia para hacerlo y la legalidad de esa conducta, vienen determinados por el propio territorio. Pero el poder público del ente territorial no es ilimitado ni exclusivo; su definición la recibe del Estado, generalmente por vía constitucional y lo tiene junto a

otros entes de igual naturaleza y de mayor o menor radio espacial, respecto de los cuales se armoniza mediante la distribución de competencias. Por ello se dice que la municipal es una verdadera descentralización de la función política en materia local, que incluye la capacidad de dictar normas con valor reglamentario, que resultan superiores en el campo reservado, o sea, en la administración de los intereses y servicios locales. En otras palabras, en lo atinente a lo local no caben regulaciones de ningún otro ente público, salvo que la ley disponga lo contrario, lo que implica un fundado motivo para dictar la regulación; o lo que es lo mismo, el municipio no está coordinado con la política del Estado y solo por la vía de la ley se puede regular materia que pueda estar vinculada con lo local, pero a reserva que esa norma jurídica resulte razonable, según los fines que se persiguen. Es por ello que las normas y la conjugación de cada una de ellas, sean los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del anterior Código Municipal, no resultan contrarias a la autonomía municipal, porque en todo caso, lo que debe privar por jerarquía de las disposiciones, es, en primer lugar, la supremacía de la norma constitucional y de seguro que lo local prima sobre los objetos de los entes descentralizados, que son creación de la ley cuando se trata de definir lo que es local'. (El subrayado no es del original).

4. Prestación del Servicio Público Municipal

Como servicio público, el servicio municipal puede ser prestado en forma directa o bien, acudiendo a los diversos procedimientos que el ordenamiento prevé como constitutivos de una gestión indirecta: la concesión de servicio, la gestión interesada, el permiso, la constitución de sociedades mercantiles o cooperativas, el concierto, el arrendamiento, según lo previsto por la ley. Así, la municipalidad esta autorizada para asumir la prestación de la actividad por medio de sus propios órganos creando un ente (si esta autorizada para ello), o bien delegar la gestión del servicio, manteniendo el poder organizador y director y consecuentemente, la responsabilidad derivada de la vigilancia sobre la correcta prestación del servicio.

Lo cual implica fijar las condiciones bajo las cuales el operador deberá prestar el servicio. La participación de una entidad pública o privada en la prestación de los servicios locales requiere de un acto de habilitación del titular del servicio, que en los servicios municipales es la Municipalidad.

Una entidad Municipal podrá ser constituida por ley, pero también esta puede autorizar la constitución de empresas municipales. En efecto, el artículo 13 de Código Municipal en lo que interesa establece:

“Son atribuciones del Concejo: (...) p) Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta.”

A partir de lo anterior, es claro que las municipalidades pueden recurrir a la creación de empresas públicas, por medio de las cuales administra tanto los servicios municipales tradicionales como, eventualmente, asumir nuevos servicios, incluidos los de carácter económico, constituyéndose la empresa en un instrumento para hacer participar a los particulares en la gestión de los intereses locales. Estaríamos frente a una especialización de la organización municipal y una gestión mas flexible, en donde el concepto de especialidad implica que el acto constitutivo debe señalar los servicios a que se dedicará la sociedad y que una vez creada, esta deberá dedicarse exclusivamente al objeto social correspondiente, no pudiendo intervenir en campos de actividad que exceden ese objeto. Por su parte, el concepto flexibilidad puede conducir a la adopción de formas privadas de organización de la empresa, así como la aplicación de normas de derecho común en orden del funcionamiento de lo que se ha denominado “la huida del derecho Administrativo.”

El artículo 13 ibidem no es claro en cuanto a la naturaleza jurídica de la entidad que llegará a crearse, pues si bien, autoriza para la constitución de empresas bajo formas societarias, no es clara en cuanto a que se debe entender por establecimientos públicos, y si al referirse a las empresas industriales y comerciales (que, en principio, serian las empresas públicas municipales), el legislador pretendió no solo poner en evidencia el objeto de la entidad sino también referirse a su naturaleza y al régimen aplicable.

Como y se ha referido, las competencias de las municipalidades están en función de los intereses públicos que tratan de satisfacer; sin embargo, no obstante, no es fácil establecer si un interés público es general, regional, provincial o local. Puede ocurrir que pertenezca, a la vez, a varios niveles o ámbitos, en cuyo caso el legislador habrá de asignar la función de la comunidad territorial que considere, sin perjuicio que tal atribución se haga en forma plural (compartida, concurrente, indistinta, industria o mixta).

5. Funciones Privativas y no Privativas

Hay diversas funciones que las municipalidades deben retomar en forma exclusiva, por su trascendencia en el ámbito de lo local, que se denominan privativas, y otras, que se denominan no privativas, con un carácter residual o marginal, que serán atendidas una vez cubiertas las del primer orden (privativas).

En las primeras (privativas), caracterizadas por el necesario ejercicio de las mismas por parte de la Municipalidad; atribuidas a esta manera exclusiva, encontramos, el transporte y tránsitos públicos, construcción y urbanización, planificación urbana, aseo y ornato, y el desarrollo comunitario.

En las segundas (no privativas) se caracterizan por no ser necesario su ejercicio por la municipalidad, pues su competencia es de atribución plural, verbigracia, la asistencia social, la salud pública, la protección del ambiente, la educación y cultura, la capacitación y la promoción del empleo, el deporte y la recreación, el turismo, construcción de viviendas sociales, prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia, entre otros.

A partir de lo anterior, es decir, de la función privativa del servicio, se puede establecer que servicios municipales en sentido estricto, son los que sean de primera necesidad o de utilidad pública y que redunden en un beneficio para los habitantes. Como ya se señaló, es servicio público toda actividad jurídicamente regulada por la Administración y enderezada a satisfacer una necesidad general.

En la gestión de los servicios públicos municipales se distinguen dos grandes bloques: de un lado, la gestión por la propia corporación que a su vez puede adoptar formas de gestión directa (se circunscribe a las funciones públicas municipales) o indirecta (que engloba las distintas modalidades de contratación de dichos servicios con el sector privado), y de otro, la gestión asociada con otras entidades locales (Consortios, Conciertos, etc.) e incluso con administradores de otro orden distinto al local. El otro gran bloque de formas de gestión de los servicios públicos es la gestión asociada entre distintos entes públicos locales o no. Tradicionalmente se distinguen dos formas: la mancomunidad y el consorcio.

Sección VI Clasificación de los Servicios Públicos Municipales

Pueden ubicarse en tres grandes grupos: los de saneamiento básico (todas las actividades municipales en la atención de la salud pública y los servicios que contribuyan para su mantenimiento); los de infraestructura (que brinda en atención de los bienes de dominio público municipal y su deber de brindar infraestructura básica para la educación, por ejemplo); y los destinados a la asistencia social (o atención de necesidades marginales de las municipalidades, verbigracia, las denominadas funciones no privativas).

1. Los de saneamiento Básico

a. Del Recurso Hídrico.

Dentro del primer grupo tenemos los servicios relacionados con el recurso hídrico, que como bien universal necesario para la conservación de la vida, ha sido tarea de las autoridades públicas el crear sistemas de acueductos que permitan su abastecimiento en las comunidades.

En el caso de nuestro país, este fue un servicio que históricamente estuvo en manos de las Municipalidades, sin embargo, el crecimiento demográfico motivó la transferencia del servicio hacia una institución pública, motivada, sobre todo en el área metropolitana, en la incapacidad que presentaban las municipalidades para capitalizar y, con ello, invertir y mejorar el servicio de agua potable.

La constitución Política en el párrafo segundo del artículo 50 establece el derecho de toda persona a “...un ambiente sano y ecológicamente equilibrado...”, lo que implica la protección y conservación de los recursos hídricos. Al respecto, la Sala Constitucional en resolución N° 2005-01178 de las 15, 16 horas del 8 de febrero de 2005 consideró:

“...En un caso donde se planteó un problema similar, en el Mercado de Palmares, esta Sala, sentencia N° 2003-01431 de las 10:53 del 21 de febrero de 2003, señaló, en lo que interesa:

“(...) V.- Sobre la protección de las aguas. Este Tribunal, en una ya abudantísima línea jurisprudencial, ha establecido el deber que tiene los órganos del Estado y las corporaciones municipales de preservar el medio ambiente (véase por ejemplo sentencia N° 00644-99 de las 11:24 horas del 29 de enero de 1999). En este contexto, huelga decir que un aspecto sumamente importante de la tutela de la salud pública y del medio ambiente, esta conformado por la protección de las reservas de agua, que deben conservarse por obvias razones, libres de contaminación: El legislador, al percatarse de su capital importancia, estableció un deber del Estado de preservar la pureza de las aguas...”

Legalmente encontramos regulado lo relativo a la conservación y uso sostenible del agua como de interés social, los criterios a utilizar la conservación y uso sostenible del recurso hídrico, y los supuestos básicos en los que, ineludiblemente, han de aplicarse dichos criterios.

El artículo 264 de la Ley General de la Salud, N° 5395 de 30 de octubre de 1973, y sus reformas, establece que el agua constituye un bien de utilidad pública y su utilización para el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso. Lo anterior, implica que la característica principal que la Administración y el manejo del recurso hídrico debe procurar, es la potabilidad del agua.

También vinculado con la tutela y protección del recurso hídrico, está la regulación respecto de la evacuación sanitaria de excretas y aguas servidas y negras, protección tanto de vista posible contaminación del suelo y creación de focos infecciosos, como desde el punto de vista de la protección del agua apta para el consumo humano. En el caso de existir un alcantarillado, todo propietario tiene el deber, impuesto por la ley General de Salud (artículo 288), de conectarse, aunado a que el control técnico de los mismos lo ejercen tanto el Ministerio de Salud cuanto el ICAA, independientemente de quién lo administre y opere, sea una persona de derecho público o derecho privado.

El ordenamiento jurídico regula lo relativo al recurso hídrico como parte de las regulaciones atinentes al ambiente y, dentro de este contexto, como un recurso directamente vinculado a la salud humana. Así ha de entenderse a partir de lo que establecen la ley orgánica del ambiente y la ley general de salud; esta última señala específicamente cuáles son las principales obligaciones de los propietarios de predios y edificaciones en lo que a la evacuación y disposición de excretas y aguas negras y servidas se refiere, En relación con lo cual, la citada Ley otorga competencias al Ministerio de Salud, para ordenar a los propietarios la realización de las obras necesarias para tales efectos, y sujeta el control técnico de los sistemas de alcantarillados a dicho Ministerio y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.

Por su parte, la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, le atribuye la competencia específica respecto de la conservación y protección ecológica de las cuencas hidrográficas y el control en la contaminación del agua.

b. Del Alcantarillado Pluvial y Tratamiento de Aguas Residuales

El alcantarillado pluvial, que tiende a confundirse con el servicio de acueducto (suministro de agua potable para la población), es un servicio público independiente, cuya prestación ha sido atribuida a las corporaciones municipales, y que la Procuraduría General de la República (dictamen C-330-2001 de 29 de noviembre de 2001) ha definido como *“aquella actividad de caños alcantarillados y mantenimiento de colectores generales y cauces naturales para el correcto y seguro desfogue de las aguas llovidas.”*

Siendo un servicio municipal, las corporaciones municipales están autorizadas para establecer una tasa que cubra el costo de la prestación efectiva del referido servicio, aunque el régimen tarifario municipal es deficiente en el tanto no se perciben ingresos suficientes que les permitan realizar reinversiones en este servicio, lo que llevaría a la prestación de más eficiente y de calidad.

En cuanto al tratamiento de aguas negras (uno de los problemas de mayor discusión), la Sala Constitucional ha señalado que el tratamiento deficiente de este servicio configura una violación a derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en los términos que establece el numeral 50 constitucional.

En lo que tiene que ver específicamente con la administración y operación de los sistemas de acueductos y alcantarillados, el ordenamiento jurídico si contribuye dicha competencia a un ente público, y lo hace en el contexto de una competencia genérica, muy amplia, cuyo contenido consiste en dirigir todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras residuales, locuaz supone la posibilidad de establecer políticas y dictar normativa en esa materia, así como promover la planificación, financiamiento y desarrollo de todo lo relacionado con aquella. En concreto, corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (artículos 1º y 2º, incisos a) y g) de su Ley Constitutiva, N° 2726 de 14 de abril de 1976).

Lo anterior, al tratarse de un servicio que trasciende el ámbito de lo “local”, y que el legislador atribuyó a un ente nacional denominado Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados la administración y operación de los sistemas de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras, por lo que las municipalidades ostentan una competencia residual y sujeta a una gestión eficiente en la materia. Lo anterior, no implica una desatención de la Municipalidades en la vigilancia respecto del eficiente servicio dentro sus respectivas

competencias territoriales, lo cual se refleja en la vigilancia del desarrollo urbano que se da a nivel cantonal.

c. Del Manejo de los Desechos Sólidos

Competencia conferida por el legislador en específico a las municipalidades, de conformidad con lo que establece el artículo 280 de la Ley General de Salud N° 5395 del 30 de octubre de 1973. Sin embargo, la gestión municipal en este tema es deficiente, pues prácticamente se limita la recolección de los desechos sin mayores estudios, o bien, preparación técnica, lo que se traduciría, ya no en una simple recolección de basura, sino en un adecuado manejo de los desechos sólidos, lo que obviamente también, necesitaría de la cooperación de todos los munícipes del cantón.

La jurisprudencia constitucional ha tratado el tema ampliamente, desde la perspectiva del derecho a la salud y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a partir del desarrollo de los artículos 21 y 50 constitucionales, así como de las normas contempladas en la Ley General de Salud, se infiere la obligación del estado y de las municipalidades de proteger el medio ambiente, derecho que debe ser definido y preservado con la finalidad de conseguir el bienestar de todos los habitantes de la nación. En ese sentido, el incumplimiento de estos deberes supone una grosera violación del derecho de la constitución. Asimismo, la Sala ha sido clara al disponer que ante las responsabilidades derivadas de la protección al ambiente y la salud, las justificaciones basadas en la falta de recursos económicos no es admisible. Asimismo, indica que el principio de continuidad del servicio obliga a las corporaciones municipales a realizar una debida planificación que impida el incumplimiento de deberes.

Dispuso la Sala Constitucional en la resolución 1226-2002, del 8 de febrero de 2002, que:

“(…) En cuanto al fondo del presente asunto, esta Sala ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que las Municipalidades se encuentran constitucionalmente obligadas con una serie de responsabilidades en materia de protección del medio ambiente, estableciéndose como deber típico de cada gobierno local, lo referente a la recolección y disposición de los desechos sólidos, sin que sea de recibo el alegato de la falta de recursos económicos o de otra índole para autorizar el quebranto del derecho a la salud y un medio ambiente sano y limpio. En el caso en concreto, el

Alcalde de La Unión ha informado a esta Sala bajo fe de juramento y con las consecuencias legales que ello implica, que la Municipalidad del Cantón de la Unión, luego de un problema ocasional y momentáneo, ha regularizado la prestación del servicio de recolección de basura en la zona, y se encuentra dando pasos tendientes a una solución permanente del mismo. Si bien la recurrente aporta una declaración jurada que busca acreditar el incumplimiento continuado, por parte de la Corporación, de sus deberes para con el medio ambiente y la salud pública, lo cierto es que ante la contradicción, a la falta de otras probanzas, y tratándose de la vía sumaria del amparo constitucional, ajena a la realización de elaboradas prácticas probatorias, considera este tribunal que queda sin demostrar la situación objeto de este recurso, razón por la cual es imposible determinar que en la especie se ha producido la violación o amenaza directa de los derechos fundamentales invocados por la recurrente. Lo anterior lleva a la necesidad de desestimar el presente recurso de amparo en todos sus extremos, sin perjuicio de la posibilidad que cabe a la amparada de acudir a la vía administrativa o la jurisdiccional común a solicitar se le indemnice por los gastos en que afirma haber incurrido como consecuencia del atraso en el servicio municipal de recolección y disposición de desechos sólidos.

“III- No obstante lo dicho en el párrafo anterior, esta Sala recuerda a la Municipalidad de La Unión que la atención del servicio de recolección de basura es de la máxima importancia, debido a las implicaciones que la deficiente prestación del mismo puede acarrear al medio ambiente y a la salud de la población. Asimismo, el principio de continuidad del servicio público obliga a la Administración a prever –con suficiente antelación- la posibilidad de que ocurran eventos que impidan el normal empleo de sus recursos estableciendo los planes de contingencia necesarios para evitar que tales eventualidades provoquen un incumplimiento de sus deberes para con los habitantes del cantón.”

Por otra parte, es importante señalar que el manejo de desechos sólidos, no solamente se ha convertido en los últimos años en un problema nacional, sino también en un negocio muy lucrativo para las empresas privadas (EBI y WPP) que han suscrito contratos con distintas municipalidades, precisamente para la prestación del referido servicio.

d. Del Aseo de Vías Públicas y Sitios Públicos

De los más generalizados por las municipalidades, más del 95% de las municipalidades lo prestan, el cual se puede ubicar dentro del deber que establece la Ley General de Salud del mantenimiento del ornato, por parte de las municipalidades con el respectivo cantón.

La potestad de planificar y operar a nivel local se encuentra concentrada en el Gobierno Municipal, pero está prácticamente no ejerce o se hace a un nivel muy elemental. Dicha actividad circunscribe a presentar el programa presupuesto anual, instrumento que cumple con una función de tipo más presupuestario que de planificación, reflejando únicamente la existencia de partidas presupuestarias destinadas para la prestación de determinados servicios públicos.

Además, de la falta de recurso humano especializado y de la tradicional ausencia de planeamiento institucional, las municipalidades adolecen de adecuados sistemas de información con los cuales puedan ejercer con propiedad esa función.

2. Los de Infraestructura

a. Camino Públicos

La ley General de Camino Públicos establece que las carreteras y caminos públicos son bienes de carácter demanial, y las Municipalidades tienen la propiedad de las calles de su jurisdicción; ergo, la responsabilidad de los Gobiernos locales de la construcción, conservación, rehabilitación y mantenimiento de la red vial cantonal, puentes y caminos vecinales. El artículo 1º ibídem señala que corresponde a las Municipalidades la administración de la red vial cantonal constituida por los caminos públicos no incluidos por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes dentro de la red vial nacional a saber, caminos vecinales, calles locales, caminos no clasificados tales como caminos de herradura, sendas, veredas, que proporcionan acceso a muy pocos usuarios, quienes sufragarán los costos de mantenimiento y mejoramiento.

Al respecto, es importante señalar que la única referencia contenida en el Código Municipal, es el artículo 78, que señala que la Municipalidad *“...podrá aceptar el pago de las contribuciones por el arreglo o mantenimiento de los caminos vecinales, mediante la contraprestación de servicios personales u otro tipo de aportes.”/Las obras de mantenimiento de los caminos vecinales podrán ser realizadas*

directamente por los interesados, previa autorización de la municipalidad y con sujeción a las condiciones que ella indique. La municipalidad fijará el porcentaje del monto de inversión autorizado a cada propietario beneficiado o interesado.”

Respecto de este servicio la gestión municipal ha sido deficiente, al no contar con la capacidad económica, técnica y administrativa necesaria para atender dicha necesidad, en parte, a la falta de recursos, incluso, ante la inercia de la Administración (Ministerio de Hacienda), en el oportuno giro de los recursos provenientes de impuestos específicos destinados al mantenimiento de las carreteras, verbigracia, el impuesto a los combustibles. Sin embargo, la Sala Constitucional ha sido clara en señalar que la falta de recursos no es una justificante, menos aún, un eximente de cumplimiento de un deber que constitucionalmente le ha sido atribuido.

b. Infraestructura Social

La gestión municipal se ha limitado a obras de tipo comunal, básicamente a la construcción de aceras y mantenimiento de parques, teniendo prácticamente en este sector, una dependencia casi absoluta del Gobierno Central, a través de los Ministerios de Educación Pública y el de Obras Públicas y Transportes. Aún así, con base en la organización interna de los centros educativos, así como en las organizaciones comunales, y sobre todo por el desarrollo de proyectos con costos más manejables, se han logrado aportes significativos por parte de dichas organizaciones con la coordinación de la Municipalidad respectiva.

Ahora bien con base en la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, N° 3155 de 3 de agosto de 1963, el ejecutor de dichas obras es dicho Ministerio.

c. Asistencia Social

Por su naturaleza (comprenden las funciones no privativas de las municipalidades), el destino de los recursos para brindar este tipo de servicios, lo será tanto no causen algún tipo de trastorno en la gestión municipal para la atención de servicios públicos de primer orden. Estamos frente a los servicios para la recreación y el deporte, la capacitación y empleo de los munícipes, la educación y la cultura, y por otra parte un aspecto que podríamos denominar de una naturaleza compuesta, ya que tiene en sí aspectos religiosos y culturales inmersos; el

manejo de los cementerios, que hasta 1884 estaban regidos por las reglas eclesiásticas (iglesia católica), produciendo conflictos, por la prohibición de sepultar cadáveres de quienes no profesarán dicha religión.

La normativa (legal y reglamentaria) que regula la materia es la siguiente:

1. Decreto Ley NXXIV, de 19 de julio de 1884, mediante el cual se dispuso la secularización de los cementerios.
2. Decreto ley N° 704 de 7 de septiembre de 1949, donde se reguló lo relativo a la propiedad y el arrendamiento de tumbas en cementerios.
3. Ley N° 6000 de 10 de noviembre de 1976, mediante el cual se dispuso que al disolverse las juntas de protección social, se traspasarla a las municipalidades de cada cantón la administración y los terrenos en que se encontrarán ubicados los cementerios.
4. Reglamento General de Cementerios, emitido mediante decreto N° 22183 de 6 de mayo de 1993.

Aunque ninguna norma legal o de rango superior, lo haya señalado expresamente, es calor que respecto de los cementerios municipales estamos frente a bienes destinados permanentemente a un uso de utilidad general, por lo que constituyen bienes de dominio público. Al pronunciarse sobre la naturaleza del os cementerios, el Tribunal Contencioso Administrativo, en resolución N° 144 del 12 de abril de 1999, consideró:

“...el régimen de los cementerios se ubica en el Derecho Público y el camposanto se considera como un bien demanial, lo que impide a los ciudadanos ejercer sobre ellos actos de posesión o pretender los derechos que de ella se derivan, quedando a salvo, claro está, las relaciones que se establecen con los propietarios, concesionarios o arrendadores de las sepulturas, monumentos y mausoleos que se erigen en el cementerio, las cuales estarían regidas, por el régimen apropiados a su condición.”

El Reglamento General de Cementerios (artículo 57) establece que los cementerios deben considerarse patrimonio público: Tal disposición, aunque no es de rango legal. Forma parte del ordenamiento jurídico vigente y refuerza la naturaleza demanial de los mismos, y siendo la inalienabilidad una de las características de este tipo de bienes, ocurre que las juntas administradoras de esos cementerios, ni ningún otro órgano municipal, esta jurídicamente

habilitado para vender espacios del terreno –propiedad de la municipalidad- donde se encuentra ubicado el cementerio. La municipalidad arrienda los espacios dentro del referido lugar, es decir, lo único que puede transferirse a los sujetos privados respecto al cementerio, es un derecho de uso sobre un sitio determinado –el cual se concretiza por medio de un contrato de arrendamiento- y no la propiedad de ese espacio.

De conformidad con los numerales 4 inciso d), 13 inciso b) y 74, todos del Código Municipal, como servicio local cuya administración corresponde al Gobierno Municipal (artículo 169 constitucional), corresponde a este fijar el monto del precio público.

d. De la Policía Municipal

Dentro del contexto de la Constitución, la policía municipal se encuentra destinada para atender o cumplir los fines de vigilancia y control de los servicios y bienes comunales y de control acerca del cumplimiento de las responsabilidades y obligaciones de quienes ejercen el comercio en diversas formas, a través de licencias otorgadas por las corporaciones municipales, cuyo ejercicio solo puede serlo dentro de los límites territoriales locales y conforme a las competencias legales establecidas en la materia, y sujeta al principio de proporcionalidad, la necesidad de la medida adoptada y el control jurisdiccional, como cualquier otro cuerpo policial. Ha sido reiterado el pronunciamiento de la Sala Constitucional, señalando:

“(...) Esta Sala ha reconocido la facultad con que cuentan las autoridades municipales de reiterar de las aceras y vías, los enseres y mercaderías de los vendedores ambulantes o estacionario que no se encuentren en derecho, en el entendido claro está, de que los mismos les sean devueltos a sus legítimos propietarios una vez concluido el operativo, por lo que el recurso, en cuanto se endereza contra ello, resulta improcedente.

IV. También ha reconocido que la competencia Municipal lleva implícita las potestades de policía, habida cuenta de la normativa que la rige, a lo que el efecto señalo:

“...De conformidad con el artículo 4 inciso 9) es facultad de las municipalidades velar por el orden público, de modo que bien pueden los gobiernos locales crear los cuerpos necesarios –como lo es la policía municipal- a fin de dar cabal cumplimiento al contenido del artículo mencionado.
Por otra parte, ya esta Sala ha dicho que bien puede la Administración despojar por la vía de hecho a aquellas personas que sin autorización alguna se instalen o invadan –como en este caso- las vías públicas, sin que para ello sea necesario cumplir con las reglas del debido proceso y a tal

efecto puede, incluso, retirar los bienes de los sitios públicos ocupados, a reserva, eso si de devolverlos a sus dueños en cuanto estos lo soliciten, salvo el caso de los bienes perecederos, los que por razones de protección a la salud pública pueden ser destruidos si llegan a constituir un peligro para ese bien superior (ver voto N° 2306-91 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno) (El subrayado no es del original”

e. De los Mercados Municipales

Destinados al comercio y uso común de la población, y encontrarse fuera del comercio, a tenor de los artículos 261 y 262 del Código Civil, los mercados municipales se conceptualizan como bienes de dominio público, y si los particulares puede utilizar y aprovechar una parte de su estructura, lo anterior debe realizarse a través de un contrato de concesión, todo bajo las regulaciones de normas de derecho público.

La Sala Constitucional de la Corte en resolución N° 4675-97 de las 15:45 horas del 13 de agosto de 1997, reconoce la naturaleza demanial de los mercados municipales, y los constituye en bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables cuya utilización privativa se permite, única y exclusivamente, de conformidad con la ley. Estamos frente a bienes públicos cuya administración corresponde a las municipalidades, para lo cual, están en posibilidad de dictar su propia regulación.

En este sentido, las sentencias N° 5231-94 de 15:18 horas del 13 de septiembre de 1994, y Sentencias Nos 3212-96 y 3227-96, de las 12:48 horas del 28 de junio de 1996 la primera y de las 17:21 horas del 10 de julio de 1996, la segunda, afirman el criterio jurisprudencial de que los mercados municipales son bienes de dominio público y, consecuentemente, la administración -como titular de esos bienes demaniales- puede constituir derechos de goce y disfrute sobre ellos, como el ejercicio de atributos inherentes al dominio, en la misma forma que cualquier propietario, pero bajo las formas y procedimientos que establece el derecho público, principalmente por la figura de la concesión, que es el acto administrativo por medios del cual la autoridad administrativa faculta a un particular para utilizar bienes del Estado, dentro de los límites y condiciones que señala la ley, constituyéndose derechos reales administrativos, de los que el alquiler de locales en mercados en una expresión,

de forma que los titulares de los derechos reales administrativos sobre los locales comerciales, no están en condiciones de igualdad con los titulares de contratos de inquilinato.

Para el goce del derecho de un espacio o piso dentro del mercado, la Municipalidad fija una tarifa (diaria), de conformidad con los estudios de costos suministrados por la Administración y las disposiciones contenidas en la ley de Arrendamiento de Mercados Municipales, Ley N° 2428, del 14 de septiembre de 1959 y sus reformas.

El Ministerio de Salud tiene la competencia necesaria para fiscalizar el cumplimiento de la normativa que rige la materia, y puede ordenar la clausura de los mercados cuyas instalaciones no reúnan los requisitos físico-sanitarios establecidos en la ley.

3. Fijación de tasas y precios por los servicios municipales

El artículo 4 del Código Municipal establece como atribución de las Municipales, aprobar las tasas, los precios y las contribuciones municipales, y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales. Asimismo, en el artículo 74 señala que cobrará “tasa y precios” por los servicios que preste.

De lo anterior, resulta importante la determinación de si el pago de las tasas y precios que se deriven de la prestación de los servicios de la Municipalidad es necesario que el munícipe haya hecho uso o no de estos o que tengan interés o no en utilizarlo. Al respecto la Sala Constitucional ha considerado como obligación de todos los ciudadanos el contribuir con las cargas públicas. A partir de lo establecido en el artículo 18 constitucional, por lo que, a criterio de la Sala, es irrelevante a esos efectos si el munícipe ha hecho uso o no del servicio.

Es necesario cuestionarse si para los efectos del pago de la contraprestación, es necesaria la prestación efectiva del servicio o no. La Procuraduría General de la República en la opinión jurídica no.57-2005, del 4 de mayo de 2005, indicó que *“...de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 74 del Código Municipal, la tasa correspondiente por concepto de aseo de vías y recolección de basura, solamente podrá cobrarse en la mitad en que se produzca el hecho generador previsto en esa norma, sea la prestación efectiva del servicio municipal que beneficie o afecte al sujeto pasivo; caso contrario el cobro de la misma sería ilegal.”*

En el mismo pronunciamiento, la Procuraduría establece que el cobro de la tarifa es procedente, en el tanto el servicio haya sido efectivamente prestado, siendo este el presupuesto

fáctico sine qua non, es decir, la prestación efectiva del servicio. Prestado el servicio, se constituye la obligación de pago para el contribuyente, sin que sea admisible su renuncia o “prescendencia voluntaria” del servicio pues siempre existirá la obligación de pago.

TITULO II

La regulación legal de las sociedades públicas de economía mixta en Costa Rica: Una Laguna Jurídica

Capítulo I: Justificación Legal e Importancia económica y financiera de la figura

Dentro del elenco de atribuciones reconocidas por el legislador ordinario a los concejos municipales en el artículo 13 inciso p) del Código Municipal Ley No. 7794, se establece en el Título III. Organización municipal Capítulo I. Gobierno Municipal, que este órgano colegiado podrá:

“...p)autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta”.

No obstante esta potestad expresa, es hasta el 8 de junio del 2010, que en el Diario Oficial La Gaceta se publica la Ley N° 8828 denominada “Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta”. Antes de esa fecha, aquella era la única disposición normativa positiva que existía en nuestro ordenamiento jurídico que especial y expresamente se refiriera a esa figura.

En tal virtud, de seguido se afrontará el examen a partir de la interpretación de dicha norma, y de otras fuentes jurídicas que aun sin el rango de norma positiva, dada su autoridad

son dables en coadyuvar con el examen que nos hemos propuesto como objeto de la presente investigación.

Previo a ello, se impone aclarar que el tema de fondo tiene un evidente interés tanto económico como financiero, no sólo para el Sector Municipal, sino de igual para el Sector Productivo y para el resto del Sector Público. Veamos.

En cuanto a lo primero, se aprecia que se está ante una verdadera irrupción de las entidades municipales en el quehacer económico, como una manifestación más del carácter mixto del sistema económico y político que nos rige.

Se está posibilitando que las Municipalidades intervengan en el tráfico mercantil si bien *prima facie* podría decirse circunscrito a ciertas actividades económicas que indudablemente tendrán que ver sus cometidos y fines (administradoras de los servicios locales en el ámbito de su jurisdicción) (aunque esa afirmación téngase como especulativa por cuanto será objeto de un estudio exhaustivo al desarrollar ese trabajo), lo cierto del caso es que implica la posibilidad de competir con otros actores económicos tanto privados como públicos en la prestación de servicios públicos que, obviamente, afectarán a los consumidores en la medida en que estos serán sus destinatarios en cuanto clientes; mas con la impronta de ser entidades de Derecho Público y, por ende, comprometidas con los fines superiores de atención de los intereses públicos.

En este orden de ideas, la Procuraduría General de la República se ha entendido en varios dictámenes y consultas del tema de fondo y, particularmente se ha ocupado del aspecto relativo a la intervención de las municipalidades en la economía, cuestión esta que se relaciona intrínsecamente con el interés económico que tiene el objeto bajo estudio.

A continuación se reproduce una cita extensa que se entiende de este tópico y que considerada su claridad se ha querido transcribir íntegramente.

Ha dicho la Procuraduría en el dictamen C-059-2005:

“A.- LA INICIATIVA MUNICIPAL EN LA ECONOMÍA.

La iniciativa municipal en la actividad económica la podemos subsumir dentro del concepto de la iniciativa pública en la economía. El tema de la participación del sector público en la actividad económica (producción y prestación de bienes y servicios en régimen de monopolio o de mercado, por los medios genéricos de la actividad administrativa, indirectos o directos), ha sido un tema referido, por lo general, al Estado. Desde

esta perspectiva, se habla de la iniciativa pública para mencionar la autorización del ordenamiento jurídico a favor de aquel para que intervenga en la actividad económica.

Nuestra Constitución Política, a diferencia de otras, verbigracia la Española de 1978 (artículo 128, inciso 2) (1), no reconoció, en forma expresa, la iniciativa pública en la economía. Empero, lo anterior no es óbice para expresar que el artículo 50 de la Carta Fundamental, constituye un fundamento jurídico suficiente que ampara la intervención del Estado en la economía. Esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, quien en los votos números 550-95, 3120-95 y 311-97, respectivamente, indicó lo siguiente:

‘La Constitución vigente, en su artículo 50, consagra un criterio importante en esta materia, dando fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, en el tanto no resulte incompatible con el espíritu y condiciones del modelo de "economía social de mercado" establecido constitucionalmente, es decir, se postula en esa norma, y en su contexto constitucional, la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, permitiéndose al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un "adecuado" reparto de la riqueza. Esta Sala en su sentencia #1441-92, de las 15:45 horas del 2 de junio de 1992, dispuso:

‘El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho.

Sobre el tema de la intervención del Estado en la economía, concretamente, el Tribunal Constitucional, en los votos números 6776-94 y 655-97, respectivamente, expresó:

‘En el campo económico el Estado no participaba en forma directa, lo cual dejaba al libre juego de los intereses de los participantes. Era el tiempo de la política económico-liberal del "laissez faire". Cualquier intervención de los organismos públicos que fuera más allá de la labor de gendarme o de policía, era tildada de ilegal o inconstitucional. Sin embargo, tal concepción del Estado ajena totalmente a los principios básicos del cristianismo, de la solidaridad y de la justicia social, fue ya superada. En definitiva se llegó a pensar que el Estado tiene que intervenir en el orden económico, tratando de distribuir con mayor justicia la riqueza, sin lesionar con ello la iniciativa de los particulares (empresarios). Y tal intervención no obedece al hecho de que el

Estado sea más poderoso, sino por su propia naturaleza. Así, la intervención estatal puede realizarse en forma directa, dándose origen a las empresas públicas. También, puede hacerlo de manera indirecta, concediendo subvenciones o mediante la adopción de medidas proteccionistas a los empresarios privados. Pero igualmente, y en aras del bien común, el Estado puede intervenir y participar en el quehacer económico por medio de su autoridad, para lo cual el ordenamiento jurídico le otorga potestades para dirigir, controlar y regular la economía. Dichas facultades pretenden que el empresario particular en sus actividades, se desenvuelva dentro de ciertos marcos que el Estado (que representa y cuida a toda la comunidad), establece en cada oportunidad’.

Ahora bien, el hecho de que el tema de la iniciativa pública haya estado residenciado en el Estado no significa, de ninguna manera, que exista una imposibilidad de las municipalidades de participar en la actividad económica, a pesar de que hasta el día de hoy esta situación no ha sido frecuente, por no decir inexistente (2), en nuestro medio.

Al igual que la intervención del Estado en la economía está sometida a una serie de requisitos, con el fin de ajustar ese accionar al Derecho de la Constitución, la intervención de la municipalidad en la actividad económica debe de cumplir con una serie de condiciones.

En España, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases Municipales del Régimen Municipal, reconoce la intervención directa de la Corporación en la actividad económica a través de la sociedad mercantil. En efecto, el artículo 85 de ese cuerpo normativo, en lo que interesa señala:

‘Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales cuando tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales.

2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse en forma directa o indirecta. En ningún caso podrá prestarse gestión indirecta de los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

A) Gestión por la propia Entidad local.

B) Organismo autónomo local.

C) ***Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local***. (Lo que se resalta no corresponde al original).

Por su parte, la Ley 39/ 1988 de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, deja entrever la posibilidad que tienen las entidades locales de conformar empresas mixtas, cuando en el artículo 149 se señala:

‘149.-

El presupuesto de la Entidad local será formado por su Presidente y al mismo habrá de unirse la siguiente documentación:

(...)

3) *Las Sociedades Mercantiles, incluso de aquellas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de Entidad local...’.*

Don Eduardo Ortiz Ortiz, tomando como parámetro el anterior Código Municipal, Ley número 4574 de 4 de mayo de 1970, en lo referente a la intervención directa en la economía (3) -objeto de esta consulta-, señaló que ‘... las municipalidades no pueden crear unilateralmente entes locales -ni públicos o privados- y sólo pueden hacerlo por virtud de convenio y mediante intervención aprobatoria o constitutiva de la Asamblea Legislativa’ (4).

Como puede observarse, hasta la emisión del actual Código Municipal, Ley número 7794 de 30 de abril de 1998, las corporaciones municipales no estaban autorizar para crear, unilateralmente, una empresa pública, sino que para tal fin requerían de una ley (5).

Según Don Eduardo Ortiz, las municipalidades sí podían crear, por pacto con otras u otros entes públicos, nuevos organismos dotados de personalidad propia y encargados de dar prestaciones o ejercer funciones comunes frente al público. Estos podían tener personalidad de Derecho Público o de Derecho Privado (6).

También estaban autorizadas a formar, por pacto o convenio, con otros entes públicos sociedades y cooperativas.

‘Si la municipalidad quiere asociarse para constituir una nueva entidad de forma y acción privada, por su régimen dominante, sea sociedad, asociación o cooperativa, tienen que sujetarse al Derecho Privado para su creación, tanto en punto a procedimiento funcional como en cuanto a cláusulas y efectos del pacto. Cualquier derogación del Derecho Privado y/o de sus leyes especiales en la materia requeriría intervención legislativa. Puede la municipalidad emprender en actividades mercantiles, pero si ello perjudica la competencia privada, tanto como si lo hace en condiciones de privilegio, tiene que indemnizar los daños que cause la suya propia, que así podrá reputarse desleal o normal, pero lesiva. Hay quienes sostienen que las municipalidades no pueden perseguir fines de lucro ni desarrollar actividades mercantiles, por ser éstas especulativas, extrañas a sus cometidos de bien comunal y peligrosas para su patrimonio. No lo consideramos fundado, siempre que la intervención y actividad municipales puedan reputarse una fuente de ingresos que no ponga en peligro, sino que fortalezca la hacienda municipal, salvada naturalmente la responsabilidad por los daños que su funcionamiento cause a la empresa privada competidora. Y si hay monopolio es obvia esa responsabilidad a cargo del Estado, por la ley que lo crea, según todo lo dicho’

Queda claro entonces, aunque de suyo hasta parezca una perogrullada, que la figura en estudio tiene un gran interés económico y expresa la intervención municipal en la esfera económica.

Igualmente, el de estudio tiene interés en el aspecto financiero. De acuerdo con la Memoria Anual 2006 elaborada por la Contraloría General de la República (páginas 8 y 233 a 249), las municipalidades representan en materia presupuestaria poca importancia relativa puntualmente en relación con el aspecto cuantitativo. Así, los presupuestos municipales se traducen apenas en un 1.3% del PIB, en un 9% del Presupuesto del Gobierno Central y en un 1.68% del Gasto Público Total.

Agréguese a ello que a pesar, según ese mismo documento, que los ingresos muestran un aumento respecto de períodos anteriores, los gastos también aumentan y persiste la subejecución presupuestaria, al par que muchas corporaciones territoriales –las que administran la menor cantidad de recursos y que cuantitativamente son la mayoría–, dependen en mucho de recursos provenientes de la Administración Central (caso de los recursos provenientes de la Ley No 8114)

Por si ello no fuera poco, se presentan enormes diferencias en la gestión financiera de los gobiernos locales costarricenses, y altos índices de morosidad y de déficit en la prestación

de servicios, tanto en relación con los gastos en que se incurre para ello como respecto de su cobertura, y el renglón de ingresos depende también de superávits anteriores no ejecutados en los períodos en que se debió proceder a ello ⁽¹⁾.

Este panorama financiero, que según la Contraloría, y de acuerdo con nuestro criterio, se explica en mucho por el excesivo centralismo que caracteriza el régimen político de nuestro país ⁽²⁾ limita, aunado a las carencias municipales de falta de planificación, la posibilidad que tienen las municipalidades de contar con recursos libres que les permitan cumplir con sus cometidos locales, conforme lo exige el artículo 169 de la Constitución Política (*“La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley”*) y el artículo 3 del Código Municipal vigente Ley N° 7794, párrafo segundo (*“El gobierno y la administración de los intereses y servicios cantonales estarán a cargo del gobierno municipal”*).

En este sentido, se hace necesario aclarar que las municipalidades administran más de 30 servicios ⁽³⁾ y que sus ingresos tributarios proceden de más de cincuenta tributos de los que,

¹ Además del citado documento de la Contraloría, resulta fundamental a los fines de entender y conocer la gestión municipal en Costa Rica, el documento “Análisis y Opinión sobre la Gestión de los Gobiernos Locales en el período 2006”, contenido en el oficio DFOE-SM-17-2007, elaborado por el Área de Servicios Municipales de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República, que se contiene en el acervo electrónico de su sitio web www.cgr.go.cr.

⁽²⁾ ejemplo de ello es la reforma introducida en el artículo 170 de la Constitución Política por la Ley No. 8106 de 3 de junio del 2001. En virtud de esa reforma, la letra actual de dicho numeral es: *“Las corporaciones municipales son autónomas. En el Presupuesto Ordinario de la República, se les asignará a todas las municipalidades del país una suma que no será inferior a un diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente. La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales y la distribución de los recursos indicados. **Transitorio.**- La asignación presupuestaria establecida en el artículo 170 será progresiva, a razón de un uno coma cinco por ciento (1,5%) por año, hasta completar el diez por ciento (10%) total. Periódicamente, en cada asignación de los recursos establecidos en el artículo 170, la Asamblea Legislativa deberá aprobar una ley que indique las competencias por trasladar a las corporaciones municipales. Hasta que la Asamblea Legislativa apruebe cada una de las leyes, no se les asignarán a las municipalidades los recursos correspondientes a ese período, de conformidad con lo indicado en ese mismo numeral”* Al día de hoy, no se han aprobado las leyes a las que se refiere ese transitorio, lo que hace que la reforma sea nugatoria en sus efectos financieros para las municipalidades.

⁽³⁾ Memoria...p. 8.

sin embargo, unos pocos son los que impactan el 50% de ese tipo de ingresos⁽⁴⁾, concretamente los impuestos de patente⁽⁵⁾ y el de bienes inmuebles⁽⁶⁾.

De todo lo anterior, se evidencia que tanto en el plano económico como en el financiero, las municipalidades necesitan instrumentos que les permitan atender de mejor manera –y a veces sencillamente de atender⁽⁷⁾– los cometidos locales.

Si bien el Código Municipal en vigencia ha dispuesto distintos medios para conseguir el mismo objeto⁽⁸⁾, en la práctica se mantienen los problemas para lograr el objeto esencial de las corporaciones territoriales y, a su vez, instrumentos como la emisión de bonos municipales suponen *per se* endeudamiento y comprometer los ya de por sí pocos recursos libres para la inversión de que pueden disponer las municipalidades.

Ahora bien, y centrándonos en el objeto de este estudio, la sociedad pública municipal de economía mixta ha sido vista como un interesante esquema económico para ayudar a la mediana y pequeña empresa local⁽⁹⁾, sin orillar el hecho de la diversidad de actividades que

(4) para un mayor detalle ver el documento digital “*Recursos Financieros Municipales*, en el sitio *web* del IFAM, y concretamente en http://www.ifam.go.cr/PaginaIFAM/aspx/regimenmuni/cat_fim_5.aspx).

(5) Este impuesto directo grava la realización de actividades lucrativas en un cantón, y tiene su fundamento legal directo en el artículo 79 del Código Municipal y en las distintas leyes municipales que lo regulan, toda vez que no existe a la fecha una ley marco de patentes, aunque sí una iniciativa con ese nombre en la Asamblea Legislativa.

(6) Su fundamento legal es la Ley N° 7509 y su reglamento. El hecho generador de este impuesto -cuyo tratamiento por cierto tiene hasta vicios de inconstitucionalidad por ubicarse en el reglamento a esa Ley-, es la propiedad o tenencia de un bien inmueble en los términos establecidos en la Ley, al primero de enero de cada año (artículo 3), siendo su objeto los terrenos, las instalaciones o las construcciones fijas y permanentes que allí existan (artículo 2 de la Ley No 7509).

(7) Es del dominio público que muchas municipalidades no han podido siquiera cumplir con sus deberes de recolección de desechos sólidos –vgr. la Municipalidad del Cantón de Tibás-, lo que ha ocasionado la intervención de entidades nacionales como la Comisión de Emergencias para buscar solventarlos-

(8) Tal es el caso de los convenios con entes públicos (artículo 7), con otras municipalidades o formas de relación municipal (artículos 9 al 11); mecanismos tributarios como las contribuciones especiales (numeral 78); financiamiento vía préstamos (artículo 86) o por emisión de bonos (artículo 87) y hasta convenios con cualquier ente del Sistema Financiero y Bancario Nacionales, supervisado por la Superintendencia General de Entidades Financieras (numeral 108), sin perjuicio de los mecanismos de contratación administrativa definidos en la legislación especial vigente.

(9) Así se ha dicho para localidades de la República Argentina en el sitio http://www.ranqueles.com/notas/pymes/sociedades_mixtas_050901/index.html.

pueden emprender esos vehículos jurídicos, y que permitirá entender, y justificar, todavía más, la importancia de esta figura jurídica.

Finalmente, y como lo dijo José Antonio Ocampo Secretario General Adjunto de las Naciones Unidas para Asuntos Económicos y Sociales hasta mediados del 2007 ⁽¹⁰⁾, los países latinoamericanos deben avanzar a hacia una economía mixta, por la simple razón, afirmó, que el sueño neoliberal de que el mercado lo podía hacer todo fracasó, pero también fue un fracaso el Estado que debía resolver todo, "*Por lo tanto, la economía mixta, en un sentido muy profundo, es el mejor legado del siglo XX (...) Y aquí no conozco ningún gobierno latinoamericano que se vanaglorie de ser neoliberal hoy, como lo hacían hace más de 20 años... Hoy día, más bien, todos los gobiernos están buscando cuál es la media entre Estado y mercado, en distintas posiciones, unos más de derecha, como otros más de izquierda*" ⁽¹¹⁾.

Planteadas así las cosas, es menester puntualizar el instituto jurídico en examen, lo que se hará bajo distintos ángulos.

Capítulo II.

Las sociedades municipales de Economía Mixta en la práctica y en el Derecho Comparado

En este apartado del estudio, nos avocaremos a mostrar, y a demostrar, que el instituto jurídico que nos ocupa es una realidad desde hace bastante tiempo tanto en la práctica como en la legislación *latu sensu* comparada, y que, en nuestro país es una figura tardíamente introducida en el ordenamiento en forma positivizada.

Sección I:

⁽¹⁰⁾ Al respecto ver en el sitio oficial de la ONU su biografía (www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/noticias/paginas/4/13964/P13964.xml&xsl=/de/tpl/p8f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl)

⁽¹¹⁾ Versión digital del diario boliviano "Los Tiempos" del 4 de abril del 2005 en http://www.lostiempos.com/noticias/04-04-05/04_04_05_eo1.php.

Las sociedades de Economía Mixta: Una figura económica tardíamente positivizada en nuestro ordenamiento municipal, a diferencia de lo que ocurre en la práctica y legislación comparadas.

Como se ha referido, en nuestro país la figura en estudio se introduce apenas con el vigente Código Municipal Ley No 7794 publicada en el Diario Oficial La Gaceta N°94 de 18 de mayo de 1998, concretamente en el inciso p) del artículo 13, como una atribución del Concejo Municipal –puntualmente en lo que hace a su autorización- y muy recientemente con la ley especial N° 8828.

Debe aclararse que el Código Municipal anterior, sea la Ley N° 4574 de 4 de mayo de 1970, no reguló esta figura jurídica, y dentro de su articulado, únicamente se contempló supuestos de entidades públicas no estatales o privadas constituidas legalmente para cumplir finalidades de interés cantonal y la ejecución de obras y servicios municipales mediante concesión ⁽¹²⁾.

Ahora bien, Jesús González Pérez refiere que este instituto jurídico alcanzó un gran auge ya en el período entre las dos guerras mundiales ⁽¹³⁾, y que en la Argentina se llegó a afirmar que no había sector económico nacional que no hubiese sido gestionado de esta forma ⁽¹⁴⁾, al punto que abarcó la materia bancaria, de comunicaciones y transportes, minería, etcétera^(15/16).

⁽¹²⁾ Así literalmente establecían los numerales 10 y 11 de ese cuerpo legal: “**Artículo 10.-** Las entidades públicas no estatales o privadas que se constituyan legalmente para cumplir finalidades de interés cantonal sólo podrán ejecutar obras de interés o servicios públicos con la aprobación del Concejo Municipal o mediante concierto con la corporación”; “**Artículo 11.-** Las obras y servicios públicos municipales podrán ser ejecutados mediante concesión, cuando así convenga a la eficiencia de la gestión municipal”

⁽¹³⁾ González Pérez, Jesús en [Revista de administración pública](http://www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas/1950), 1950, pags. 495-502. En www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas/1950.

⁽¹⁴⁾ Ibid., pp. 495-496.

⁽¹⁵⁾ En el sitio de la Provincia de Córdoba http://www.ranqueles.com/notas/pymes/sociedades_mixtas_050901/index.html, se agrega que este modelo, que es nuevo para la ciudad, en el mundo es conocido desde 1946. En países como Italia, Francia y España, hace años que está funcionando como una de las posibles salidas económicas que tienen las pequeñas **empresas**. En Estados Unidos, las **Empresas de Economía Mixta**, están vinculadas con las universidades, lo que permite una salida laboral inmediata.

Incluso, conviene destacar que ya desde esas épocas existían calificados detractores. Así, BIELSA ⁽¹⁷⁾ consideró injustificado ese sistema, arguyendo que en ellas, el Estado desempeña un rol subalterno en beneficio del interés privado y que la realidad, de esa época demostró su fracaso.

Sin perjuicio de ello, la figura bajo estudio no solamente ha recibido un tratamiento positivo en el Derecho Comparado, sino que, además, ha sido explotada en distintas formas.

Si bien no es el propósito directo de la investigación particularizar la profusa práctica del uso de esa sociedad para satisfacer cometidos tanto municipales como nacionales, porque para ello basta con examinar la *web*, conviene referir algunos ejemplos:

a) en la gestión del servicio de agua potable ⁽¹⁸⁾

⁽¹⁶⁾ Para 1932, la Municipalidad de Rosario (Argentina) había constituido la Empresa Municipal Mixta de Transporte del Rosario. Ver En Wikipedia [http://es.wikipedia.org/wiki/Tranv%C3%ADas_en_Rosario_\(Argentina\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Tranv%C3%ADas_en_Rosario_(Argentina))

⁽¹⁷⁾ Citado por González Pérez, Jesús. **IBID.**, p. 496.

⁽¹⁸⁾ "...ALEMANIA: En Alemania, los 6.000 municipios autónomos existentes pueden elegir, para gestionar los servicios relacionados con el agua, entre crear una empresa municipal, asociarse con otros municipios o contratar servicios con una empresa privada. Sin embargo sólo el 1% del volumen de negocio de la industria del agua está en manos de empresas privadas. Existen 899 empresas municipales, 240 asociaciones municipales y 160 empresas privadas o mixtas.

PORTUGAL: Tradicionalmente, la gestión del agua en Portugal ha tenido un carácter público. Sin embargo, en los últimos años se está llevando a cabo un gran proceso de capitalización que implica la entrada de intereses privados. Este proceso se impulsó con la Ley de Aguas de 1994, en la que se fomentaba la asociación de municipios y la privatización de servicios. Sus efectos han sido positivos en cuanto que han aportado una inyección de capital privado para las grandes inversiones necesarias. En la actualidad, gran parte del servicio está gestionado por empresas mixtas en las que participan varios ayuntamientos asociados que aportan el 51% del capital social, junto con capital privado que completa el 49% restante. La empresas totalmente privadas van adquiriendo cada vez más importancia. Pero el sector público sigue jugando un papel muy importante que tiende a centrarse en los grandes suministros urbanos y en el tratamiento de aguas residuales (Correia, 1998).

ESPAÑA: Los municipios son los encargados de suministrar el agua y servicios de saneamiento. Lo hacen por medio de empresas municipales mixtas o privadas bajo el sistema de concesión. Pero en cualquier caso, la titularidad siempre es municipal porque lo único que pueden traspasar a una empresa privada es la gestión a través de una concesión. Esta concesión consiste en el traspaso de la gestión por parte del ayuntamiento a una empresa privada durante un periodo determinado que oscila entre los 15 y los 25 años, según el periodo de amortización de las inversiones realizadas. Esta opción supone un alivio presupuestario para los ayuntamientos sin capacidad financiera suficiente para la construcción de las costosas infraestructuras hidráulicas. La gestión pública puede realizarla el ayuntamiento directamente mediante la creación de una empresa municipal, que es el caso más frecuente, o bien puede crear una sociedad privada municipal, aportando el 100% del capital pero cediéndole competencias propias para que funcione como una empresa privada. Este es el caso del Canal de Isabel

- b) distribución de energía eléctrica ⁽¹⁹⁾.
- c) rehabilitación de infraestructura pública con participación vecinal.⁽²⁰⁾.
- d) radicación de emprendimientos científico-tecnológicos con las universidades y generación de empleos ⁽²¹⁾.

II de Madrid. Por otra parte, los ayuntamientos también pueden agruparse en mancomunidades o crear empresas mixtas en las que el ayuntamiento suele tener la mayoría del capital pero la gestión la lleva la empresa privada. Según la V Encuesta de abastecimiento, saneamiento y depuración realizada por la Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamientos (AEAS, 1996), el 48.4% de los municipios gestionan los servicios de abastecimiento y saneamiento por medio de empresas privadas, el 16.8% por medio de sociedades privadas municipales el 2.1% son mancomunidades y el 11.6% por medio de empresas mixtas. El porcentaje de gestión por empresas privadas era en 1992 el 39.8%. El volumen ganado por estas empresas privadas lo ha perdido la gestión directa con empresa municipal que en 1992 llegaba al 28.9%. **de Paz Viciana, Mónica PERSPECTIVAS DE LA GESTIÓN DEL AGUA EN EUROPA A LA VISTA DE LA NUEVA DIRECTIVA MARCO.** En http://209.85.207.104/search?q=cache:tq71DmWJ_RMJ:www.institucional.us.es/ciberico/arc_hivos_acrobat/porto2monidepaz.pdf+empresas+municipales+mixtas+alemania&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cr.

⁽¹⁹⁾ Ejemplo de ello es la empresa Eléctrica de Cádiz, S.A., cuyo capital social está conformado por la sociedad privada Unicaja, un socio financiero con un 11,2% y a Sevillana, un socio tecnológico con un 33,5%. El Ayuntamiento de la ciudad sigue conservando la mayoría del capital social con un 55,5%. <http://www.electricadecadiz.es/empresa/historia-electrica-cadiz.php>. <http://www.cadiz.es/app>
Ayuntamiento de Cádiz.

⁽²⁰⁾ Caso de La Plaza de España de San Fernando de Henares, que tiene 258 años y fue declarada bien de interés general en 1987, será rehabilitada por una empresa de economía mixta que se constituirá expresamente para realizar esta gestión. La entidad la formarán los propietarios de las viviendas adyacentes al citado enclave junto con representantes del Ayuntamiento. A principios de año se creó una mesa de trabajo para consensuar entre la corporación municipal y los vecinos la rehabilitación de la plaza, la cual contaba con la oposición de algunos propietarios que consideraban el proyecto diseñado por el Ayuntamiento de perjudicial para sus intereses. Los propietarios que se incorporen a la entidad aceptarán ceder su suelo a una promotora de viviendas para la construcción de unos 150 pisos y rehabilitar la fachada principal de las casas y locales de la plaza, recibiendo como compensación un tanto por ciento de los metros cuadrados construidos, a negociar con la promotora. Ver en la versión electrónica del Diario de Madrid de 25 de abril del 2007, <http://www.madridiario.es/2007/Abril/municipio/sfernando/19207/plaza-de-espana-rehabilitar-empresa-mixta.html>

⁽²¹⁾ Ver en el sitio *web* de la Provincia de Buenos Aires. <http://www.spd.gba.gov.ar/cgi-bin/newspro/viewnews.cgi?newsid1169654343,20624> y en http://www.argentinamunicipal.com.ar/despachos.asp?cod_Des=5789&id_seccion=62

e) comercialización de hidrocarburos con participación de capital extranjero ⁽²²⁾.

f) promoción, organización de ferias, exposiciones, convenciones y eventos, de carácter local, nacional e internacional del tipo industrial, comercial, agropecuario, cultural, artístico, recreativo, entre otras; para incrementar el desarrollo industrial y comercial, e impulsar la competitividad e internacionalización de la municipalidad ⁽²³⁾.

g) como herramientas de gestión urbanística ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Ejemplo de ello es la proyectada para formarse entre Petróleos de Venezuela S.A. (PDVESA) para exportar diesel y gasolina a El Salvador y la Asociación Intermunicipal "Energía para El Salvador" (ENEPASA), con un capital inicial de 600.000 dólares, aportado en partes iguales por PDVSA y ENEPASA. Ver la versión digital del diario nacional "La Nación" http://www.nacion.com/ln_ee/2006/febrero/19/ueconomia-la11.html

⁽²³⁾ Caso de la sociedad Plaza Mayor de Medellín, que surge como un acuerdo para autorizar la fusión por absorción de otras sociedades existentes, lo que permite a su vez observar el comportamiento de esta figura en el ámbito comprado y la evolución que puede llegar a tener. Ver en http://www.concejodemedellin.gov.co/webcon/concejo/concejo_gallery/290.doc

²⁴ Así se concibe en la Municipalidad de Río Cuarto, Argentina: "...La función principal del Sector Público consiste en definir el alcance de las actividades comerciales, especificar prioridades, objetivos y productos y establecer mecanismos mediante el cual se otorgan incentivos a la administración de dicha asociación para brindar la prestación de los servicios. A su vez, la principal función y responsabilidad del Sector Privado consiste en cumplir con los objetivos comerciales de la Asociación de modo de ofrecer valor por dinero al Sector Público. Edificaciones Urbanas SEM, Redes Sanitarias SEM y Vial Río Cuarto..." En Fundación economía, gobierno y empresas <http://209.85.165.104/search?q=cache:JNiUGDQIRN4J:www.fundacione.org/argentina>. Igualmente, puede verse en desarrollo en la tesis *SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA: UNA HERRAMIENTA DE GESTIÓN URBANÍSTICA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA*, Icochea Ruiz de Somocurcio, Ivan Tesis de Investigación, para Master en Gestión Urbanística Centro de Política de Suelo y Valoraciones, Universidad Politécnica de Cataluña, Barcelona, 2005, pp. 9-10. El autor resume su importancia a esos efectos así: "... La SEM es la perfecta síntesis de ofrecer los servicios públicos como búsqueda del interés colectivo, de una política de integración y cohesión social y visión de largo tiempo, y por el otro lado ofrecer de los valores de eficiencia, empresa, prioridad al cliente, búsqueda de la mejora en –calidad total– y, los valores del accionariado o participación societaria con la comunidad. La SEM garantiza a las administraciones locales, mejoras de su capital y la generación de espacios de deliberación, además que los objetivos de interés social se realicen con prontitud, ya que existe también el control directo del capital amparado en las obligaciones que se fijan en derecho de sociedades privadas y del derecho público. También genera la transparencia y comunicación de las acciones con miras a la realización de los proyectos definidos por el consejo de administración controlado, para beneficio de la colectividad. Las SEM dan a las administraciones locales con

A ello habría que agregar una gran cantidad de manifestaciones prácticas de la figura en estudio. No obstante ello, ahora corresponde mostrar legislación comparada en sentido amplio sobre la sociedad en examen.

Aclaremos al lector que hemos seleccionado ciertos países por su importancia en nuestro desarrollo legislativo (caso de España, Argentina), o por su experiencia específica y exitosa en el campo (ejemplo Colombia) y, finalmente por su cercanía territorial e histórica con nuestro país (Honduras, El Salvador y Panamá). Se incluye a su vez a Bolivia por la claridad de la norma respectiva.

En resguardo del objeto de esta investigación, se ha optado por ser amplio y literal en la muestra de esa legislación, habida cuenta, insistimos, de nuestro interés por despertar el estudio de esta sociedad en nuestro país y porque la misma sea puesta en práctica con mayor amplitud y profundidad, a la vez que con un marco legal especial.

La legislación que encontrará reproducida el lector, le permitirá comprender por su propia cuenta la riqueza normativa que presentan esas sociedades, y el diverso tratamiento de que pueden ser objeto.

1. ARGENTINA:

La materia en estudio se rige aquí por la referida Ley 12962 (Decreto-Ley 15349/46) de “SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA”, de fecha: 28 de mayo de 1946, publicada el 25 de junio de 1946, que a la letra dice:

la asistencia económica y financiera de sus socios, el conocimiento y aprendizaje de la “gestión” ya que al no tener la “rigidez de la administración pública” se encuentra regida bajo el amparo del derecho privado (contabilidad comercial, gestión dinámica de reclutamiento de cargos, rapidez en los circuitos de decisión, etc.). El desarrollo que se le da a la SEM desde la parte privada, conlleva también a satisfacer a los clientes y mejorarla calidad de los servicios y precios. En fin la SEM le da también a la administración local la capacidad de apreciar los costos y riesgos de las inversiones en los servicios públicos donde ella decida intervenir. Y finalmente. La SEM asegura a la administración local un control real de las cuentas de los proyectos que se emprendan, quedando así el interés garantizado de la sociedad...” En www-cpsv.upc.es/tesines/resumgu_iicochea.pdf

“ARTÍCULO 1.- Se denominan sociedades de economía mixta las que forma el Estado Nacional, los Estados provinciales, las municipalidades o las entidades administrativas autárquicas dentro de sus facultades legales por una parte, y los capitales privados por la otra para la explotación de empresas que tengan por finalidad la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades económicas.

ARTÍCULO 2.- La sociedad de economía mixta puede ser persona de derecho público o de derecho privado, según sea la finalidad que se proponga su constitución.

ARTÍCULO 3.- Salvo las disposiciones especiales que en el presente título se establezcan, regirán para las sociedades de economía mixta, las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, relativas a las sociedades anónimas .

ARTÍCULO 4.- El aporte de la administración pública, en la sociedad de economía mixta, podrá consistir en cualquier clase de aportación y en especial las siguientes:

a) Concesión de privilegios de exclusividad o monopolio; exención de impuestos; protección fiscal; compensación de riesgos; garantías de interés al capital invertido por los particulares;

b) Primas y subvenciones; aporte tecnológico;

c) Anticipos financieros;

d) Aportes de carácter patrimonial, en dinero, en títulos públicos o en especie, concesión de bienes en usufructo.

ARTÍCULO 5.- Las entidades públicas y los particulares contribuirán a la formación del capital social en la proporción que convengan entre ellos.

ARTÍCULO 6.- La sociedad de economía mixta podrá ser constituida por cualquier número de socios.

ARTÍCULO 7.- El presidente de la sociedad, el síndico y por lo menos un tercio del número de los directores que se fije por los estatutos, representarán a la administración pública y serán nombrados por ésta, debiendo ser argentinos nativos.

En caso de ausencia o impedimento del presidente, lo reemplazará, con todas sus atribuciones, uno de los directores que representa a la administración pública. Los demás directores serán designados por los accionistas particulares.

ARTÍCULO 8.- El presidente de la sociedad, o en su ausencia cualquiera de los directores nombrados por la administración pública, tendrán la facultad de vetar las resoluciones del Directorio o las de las Asambleas de accionistas, cuando ellas fueren contrarias a esta ley o la de su creación o a los estatutos de la sociedad, o puedan comprometer las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad.

En ese caso se elevarán los antecedentes de la resolución objetada a conocimiento de la autoridad administrativa superior de la administración pública asociada, para que se pronuncie en definitiva sobre la confirmación o revocación correspondiente del veto, quedando entretanto en supuesto la resolución de que se trata. Si el veto no fuere confirmado por dicha autoridad dentro de los veinte días subsiguientes al recibo de la comunicación que dispone este artículo, se tendrá por firme la resolución adoptada por el Directorio o por la Asamblea de la sociedad en su caso.

Cuando el veto se fundamentase en la violación de la ley o de los estatutos sociales, el capital privado podrá recurrir a la justicia de la resolución definitiva dictada.

ARTÍCULO 9.- Los estatutos deberán determinar la fecha en que ha de empezar y acabar la sociedad.

ARTÍCULO 10.- Una vez liquidada la sociedad de economía mixta, terminará su existencia en ese carácter. Si el capital privado rescatara las acciones de la entidad oficial, podrá continuar la misma empresa bajo el régimen adoptado.

ARTÍCULO 11.- Las sociedades de economía mixta regidas por esta ley no podrán ser declaradas en quiebra pero podrán ser disueltas en las demás circunstancias previstas por los artículos 369, 370 y 371 del Código de Comercio y de acuerdo con el régimen que expresamente se disponga para esa eventualidad.

ARTÍCULO 12.- Tratándose de sociedades que explotan servicios públicos, vencido el término de duración de la sociedad, la administración pública podrá tomar a su cargo las acciones en poder de los particulares y transformar la sociedad de economía mixta en una entidad autárquica administrativa, continuando el objeto de utilidad pública para el cual la sociedad hubiese sido creada.

ARTÍCULO 13.- Los estatutos deberán consignar, en cada caso, el porcentaje mínimo de empleados y obreros argentinos que deberán ocuparse en los trabajos de la empresa.

Los obreros y empleados de la empresa podrán designar un delegado que tome parte en las asambleas, en las cuales tendrá voz, pero no voto.

ARTÍCULO 14.- La responsabilidad de la administración pública, se limitará exclusivamente a su aporte societario.

El presidente, los directores y el síndico, nombrados por la administración pública, tendrán las responsabilidades previstas en el Código de Comercio y la administración pública no responderá por los actos de los mismos.

ARTÍCULO 15.- Las disposiciones del presente decreto-ley se incorporarán como título especial al Código de Comercio”.

En este sentido, la más reciente ley de “Sociedades Comerciales”, número 19550 dispuso en su artículo 389 que “*Las disposiciones de esta ley se aplicarán a las sociedades de economía mixta en cuanto no sean contrarias a las del Decreto-ley 15349/46 (Ley 12962).*”²⁵

2. BOLIVIA:

En el Código de Comercio, Decreto Ley N°14379²⁶, se regula así:

“...Art. 424.- (CARACTERISTICAS) Son sociedades de economía mixta las formadas entre el Estado, prefecturas, municipalidades, corporaciones, empresas públicas u otras entidades dependientes del Estado y el capital privado, para la explotación de empresas que tengan por finalidad el interés colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios. Art. 425.- (PERSONA DE DERECHO PRIVADO). Las sociedades de economía mixta son personas de derecho privado y, salvo las disposiciones especiales establecidas en el presente Capítulo, estarán sujetas a las normas que

⁽²⁵⁾ <http://www.legibus.com.ar/>; <http://pdba.georgetown.edu/Legislative/USA/usa.html>

⁽²⁶⁾ [://www.biblioteca.jus.gov.ar/CComercioBolivia.html](http://www.biblioteca.jus.gov.ar/CComercioBolivia.html)

rigen la constitución y el desenvolvimiento de las sociedades anónimas. (Arts. 217 a 355 Código de Comercio). Art. 426.- (DENOMINACION). La sociedad de economía mixta, en su denominación, deberá necesariamente llevar, seguida de "Sociedad Anónima" o sus iniciales "S.A." la palabra "Mixta" o su abreviatura "S.A.M." Art. 427.- (NUMERO DE SOCIOS). Toda sociedad de economía mixta podrá constituirse con dos o más socios. Art. 428.- (REQUISITOS PARA LA CONSTITUCION) Para la constitución de una sociedad de economía mixta se deben cumplir, obligatoriamente, los siguientes requisitos: 1) Propuesta de los promotores al Ministerio del ramo o al organismo dependiente del Estado con el cual se desea formar sociedad o de éstos al capital privado; 2) Suscripción de un convenio entre el interés privado y la entidad del sector público para la formación de la sociedad, con proyectos aprobados de la escritura de constitución y estatutos; 3) Decreto Supremo que autorice la formación de la sociedad, apruebe el proyecto de contrato de constitución y estatutos y ordene su protocolización en la notaría respectiva, y luego, reconozca su personalidad jurídica, señalando el capital, porcentaje y participación del sector público y los privilegios que gozará la sociedad, siempre que se los otorguen; 4) Depósito en un Banco del capital pagado; y 5) Inscripción en el Registro de Comercio como sociedad de economía mixta. (D.S. 15 de diciembre de 1977.) Art. 429.- (ESTATUTOS). Los estatutos deben contener disposiciones sobre las siguientes materias: 1) Lo preceptuado en el artículo 127 y demás disposiciones pertinentes del presente Título; 2) Las acciones deben emitirse, necesariamente, en series, correspondiendo una de éstas al sector público. Las acciones estatales serán nominativas y transferibles solo mediante Decreto Supremo. 3) Las otras series de acciones corresponderán a aportes de capital privado, serán nominativas y transferibles en las condiciones señaladas en este Título para las acciones de las sociedades anónimas; 4) El número de directores que serán nombrados por cada una de las series de acciones, así como la forma de designación del presidente. Cuando no se establezca el número de directores que corresponda a cada serie de acciones, se presume que la representación del directorio es proporcional a los aportes. Los directores representantes de las acciones correspondientes al capital privado, serán nombrados y removidos conforme a lo dispuesto en la Sección VIII, Capítulo V de este Título. Los directores de las acciones del sector público pueden ser removidos por sus mandantes en cualquier momento. El cargo de director de la serie de las acciones privadas es personal y no puede ejercerse por delegación y, el de la serie correspondiente al sector público, se ejerce por designación; 5) El movimiento de los fondos debe canalizarse mediante cuentas corrientes bancarias con la intervención de un representante de cada sector; y 6) Tanto el sector público como el privado tiene derecho a nombrar cada uno un síndico o representante en el organismo de fiscalización interna de la sociedad. Art. 430.- (APORTES ESTATALES). El aporte con el que participe el Estado deberá fijarse en negociaciones directas con la parte privada, cuyo acuerdo deberá ser aprobado y autorizado mediante Ley expresa, pudiendo hacerse efectivo por: (Arts. 433, 439, 440 Código de Comercio). 1) Aportes de carácter patrimonial, en dinero,

en bienes, muebles o inmuebles o en una combinación de éstos;2) Concesión de privilegios de exclusividad en su explotación; (Arts. 150 a 159, 199 a 226, 1595 Código de Comercio).

3) Liberaciones arancelarias, tratamiento preferencial o concesiones de excepción de materia tributaria, protección fiscal o compensación de riesgos;4) Estudios, proyectos o cualquier tipo de aporte tecnológico;5) Concesión para la explotación de un servicio de carácter público;

6) Recursos naturales susceptibles de explotación. Los aportes que no fueren en dinero serán valorados previamente, para la correspondiente emisión de acciones. Cuando en la escritura constitutiva de estas sociedades se establezca el propósito de mantener la prevalencia del sector público señalada en este artículo, cualquier enajenación de acciones que importa la pérdida de la situación mayoritaria debe ser autorizada por disposición legal. Los estatutos contendrán las normas necesarias para impedir que, por nuevas emisiones, se altere esa mayoría. Art. 431.- (APORTE PRIVADO). El aporte de capital privado puede ser en dinero, en bienes o valores depositados en un Banco o en estudios, proyectos y aportes tecnológicos. (Arts. 159, 199, 200, 221 Código de Comercio). El convenio, el Decreto Supremo de autorización y la escritura pública de constitución de la sociedad, deben especificar claramente el aporte tecnológico, bienes o valores y el número de acciones que corresponderá al capital privado por este aporte. Art. 432.- (UTILIZACIÓN DE APORTES). los aportes no pueden ser utilizados por la nueva sociedad sin la previa y correspondiente entrega de los títulos de acciones. Art. 433. - (DETERMINACION DE LA PARTICIPACION ESTATAL). La participación del sector estatal debe estar claramente determinada en el convenio, Decreto Supremo, escritura de constitución y estatutos y dependerá del tipo de actividad que deba realizar la sociedad. Asimismo, se debe establecer si la explotación se refiere a recursos naturales renovables o no, y si los aportes privados son de origen nacional o extranjero. Art. 434.- (TRANSFERENCIA RECIPROCA DE ACCIONES). La escritura de constitución puede establecer las condiciones, modalidad y forma de pago para la transferencia de las acciones del sector privado al Estado o viceversa, cuando así lo acuerden ambos sectores en el correspondiente convenio de formación de la sociedad. Transferidas las acciones en favor del sector estatal, la sociedad se convierte en empresa pública. Si la transferencia se efectuara en favor del sector privado, la sociedad continuará como sociedad anónima privada, sujeta a las prescripciones legales que rigen este tipo de sociedad. (Art. 253 Código de Comercio). Art. 435.- (SERVICIOS PUBLICOS). tratándose de sociedades que explotan servicios públicos, vencido el tiempo de duración de la sociedad, salvo prórroga o renovación, el Estado puede tomar para sí las acciones en poder de los participantes en las condiciones estipuladas en el convenio, y transformar la sociedad mixta en una empresa pública, que continuará con la prestación del servicio. (Arts. 1454, 1692 Código de Comercio) Art. 436.- (PERITAJE). Para los casos de redención, liquidación, rescate o cualquier otra transferencia de acciones entre el capital privado y el Estado o viceversa, a falta de estipulación expresa en el

convenio, ambas partes nombrarán peritos que evalúen las acciones y si éstos no se pusieran de acuerdo sobre el precio, se designará un dirimidor que será nombrado por el juez competente. Evacuado el informe del dirimidor, que no será susceptible de recurso alguno, el Estado o el sector privado, según el caso, depositarán el valor de las acciones en un Banco y los tenedores procederán a su transferencia, previo pago con el dinero depositado, salvo que se convenga pagos diferidos. (Arts. 1036, 1432 a Código de Comercio) Art. 437.- (LIMITE DE RESPONSABILIDAD). La responsabilidad de ambos sectores está limitada a los aportes efectuados y compromisos contraídos.

Art. 438.- (INVERSIONES EN OTRAS SOCIEDADES). Las sociedades de economía mixta, por decisión de sus juntas de accionistas, pueden efectuar, a su vez, inversiones en otras empresas o adquirir acciones de otras sociedades, así como realizar estudios de factibilidad organizar y establecer en el país nuevas sociedades para la instalación de otras actividades afines a su objeto. En este caso las nuevas sociedades pueden constituirse en cualquiera de los tipos de sociedad por acciones o de responsabilidad limitada y no necesariamente como sociedades anónimas de economía mixta. Art. 439.- (EMISION DE ACCIONES PREFERIDAS Y BONOS).

Las sociedades de economía mixta, previa autorización del órgano administrativo competente, pueden emitir acciones preferidas o bonos de obligación, señalando las condiciones, plazo, valor y otras que tendrán tales emisiones. (Arts. 263, 264 y 267 Código de Comercio).

Art. 440.- (REPRESENTACION ESTATAL). Para las Juntas generales de accionistas, la entidad propietaria del sector público designará delegados que representen sus acciones en las juntas, con plenas facultades, voz y voto, debiendo acreditar con el certificado correspondiente el número, valor y serie de las acciones que representan. Art. 441- (PRESUPUESTO). Durante el mes de noviembre de cada año la administración o gerencia presentará a consideración del directorio, un presupuesto de ingresos y egresos, estimando los resultados de la próxima gestión. Art. 442.- (TRIBUTACION). Este tipo de sociedad queda sujeto al cumplimiento de las obligaciones tributarias y a todas las disposiciones que rigen el funcionamiento de las sociedades anónimas, con la sola excepción de las modalidades señaladas en este Capítulo y las facultades o liberalidades que pudiera otorgarle expresamente el Estado. (Ley N° 834 de Reforma Tributaria de 20 de mayo de 1986. Decreto Reglamentario N° 21308 de 23 de junio de 1986)”.

3. COLOMBIA

Este país es rico en legislación y práctica de esa figura. En el sitio web de la Cámara de Comercio de Pasto ⁽²⁷⁾, se incluye un cuadro que resume la caracterización legal de la figura, con base en su regulación legal contenida en la Ley 489 de 1998, en lo referente a las sociedades de economía mixta del orden nacional ⁽²⁸⁾ y los Decretos 1222 y 1333 de 1986 cuando estas entidades pertenecen al orden departamental y municipal ⁽²⁹⁾.

(27) Capital del Departamento de Nariño. Ver en el sitio oficial de esa república <http://web.presidencia.gov.co/asiescolombia/mapapolitico.pdf>.

(28) El texto de esta importante ley dice en lo que interesa: **ARTICULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.** *Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. <Inciso declarado INEXEQUIBLE> <Jurisprudencia - Vigencia> Corte Constitucional: - Inciso 2o. declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-953-99 de 1 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. <Legislación anterior> Texto original inciso 2o., artículo 97 de la Ley 489 de 1998: Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado. Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen. PARAGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado. ARTICULO 98. CONDICIONES DE PARTICIPACION DE LAS ENTIDADES PUBLICAS. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella. ARTICULO 99. REPRESENTACION DE LAS ACCIONES DE LA NACION Y DE LAS ENTIDADES PUBLICAS. La representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad. Lo anterior no se aplicará cuando se trate de inversiones temporales de carácter financiero en el mercado bursátil. Cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos. ARTICULO 100. NATURALEZA DE LOS APORTES ESTATALES. En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita. El Estado también podrá aportar títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado. El aporte correspondiente se computará a partir del momento en que se realicen de manera efectiva o se contabilicen en los respectivos balances los ingresos representativos. ARTICULO 101. TRANSFORMACION DE LAS SOCIEDADES EN EMPRESAS. Cuando las acciones o cuotas sociales en poder de particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas, la sociedad se convertirá, sin necesidad de liquidación previa, en empresa industrial y comercial o en Sociedad entre entidades públicas. Los correspondientes órganos directivos de la entidad procederán a modificar los estatutos internos en la forma a que hubiere lugar. ARTICULO 102. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades*

Podemos esquematizar el funcionamiento de dichas sociedades colombianas de la siguiente forma:

ASPECTO	DESCRIPCION
Constitución	Cuando se trata de sociedades de economía mixta del orden nacional, se requiere una ley que autorice su creación. En el caso de las sociedades del orden departamental y municipal, su creación corresponde a las asambleas departamentales mediante una ordenanza y al concejo municipal mediante acuerdos o decretos, respectivamente.
Capital	Se integra con aportes estatales y de los particulares. Si es anónima, las acciones son nominativas y se dividen en dos series, una para los particulares y otra para las entidades públicas.
Pago del capital	Al constituirse los asociados acuerdan libremente la parte del capital autorizado que se suscribe.
Aportes estatales	Pueden consistir en ventajas financieras o fiscales, garantías de obligaciones de la sociedad, suscripción de bonos de la misma, auxilios especiales, concesiones de explotación de bienes o de servicios, títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales del Estado. El usufructo de bienes vinculados a la prestación de un servicio público se registrará por el Derecho Privado.
Suscripción de acciones	Libertad para determinar la parte del valor de las acciones que debe pagarse al momento de la suscripción y el plazo para el pago del saldo.
Objeto	Actividades industriales o comerciales.
Término de duración	Definido o indeterminado.

*previstas en el Decreto [128](#) de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen. **ARTICULO 106. CONTROL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.** El control administrativo de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta se cumplirá en los términos de los correspondientes convenios, planes o programas que deberán celebrarse periódicamente con la Nación, a través del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo”.*

(29) En <http://www.ccpasto.org.co/content/view/109/100/>

Ropaje jurídico	Sociedad comercial.
Domicilio	Lo señala el Congreso Nacional si la sociedad de economía mixta es del orden nacional. En caso de ser una sociedad del orden departamental o municipal, el domicilio lo determinará la Asamblea departamental o el Concejo municipal respectivamente.
Revisoría Fiscal	Es obligatoria si se trata de sociedad por acciones; o si por ley o estatutos, la administración no corresponde a todos los socios y así lo dispone cualquier número de socios que represente no menos del veinte por ciento del capital; o si los activos brutos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior son o exceden el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior son o exceden el equivalente a tres mil salarios.
Causales de disolución	1. Vencimiento del término de duración.2. Imposibilidad de desarrollar el objeto.3. Reducción de la pluralidad mínima de socios.4. Si es limitada, cuando el número de socios exceda de 25.5. Extinción de la cosa cuya explotación constituye su objeto.6. Motivos expresamente estipulados en los estatutos.7. Decisión del órgano máximo.8. Resolución de autoridad competente.9. Adquisición de todas las acciones por un solo accionista.10. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito.11. Cualquier otra causal que establezca la ley.
Cambio de ropaje jurídico	Si las acciones o cuotas son transferidas a una o varias entidades públicas o se convierte, sin liquidarse, en empresa industrial y comercial o en sociedad entre entidades públicas.
Escisión	Puede autorizarla el Presidente de la República cuando sea conveniente para el mejor desarrollo de su objeto.

Así, la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios de esa nación, define en forma amplia la figura, a la vez que desarrolla otros conceptos que resultan de utilidad máxima que uno de los presupuestos evidentes de esta investigación es la absoluta falta de desarrollo legal de esas sociedades, lo que justifica *per se* explayarse en la cita, toda vez que uno de los objetivos del estudio es coadyuvar, siquiera por esta vía, con su conocimiento, sistematización y regulación de *lege*.

Con base en esas precisiones, dice esa entidad pública colombiana:

“...Sobre el particular esta Oficina en concepto SSPD-OJ-2006-420, expuso lo siguiente: “Con relación al régimen jurídico de las empresas de servicios públicos mixtas, esta Oficina, entre otros conceptos, en el SSPD OJ 2006 – 044, señaló lo siguiente: **“1.** La ley 142 de 1994 creo una categoría especial de empresas para la prestación de servicios públicos, son ellas las empresas de servicios públicos mixtas tal como se definen en el numeral 14.6 del artículo 14 de la ley 142 con un régimen especial previsto en el artículo 19 de *ibidem* y en lo allí no previsto por lo dispuesto en el Código de Comercio sobre sociedades anónimas. Ahora bien las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos mixtas, definidas por el numeral 14.6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, son distintas. Sobre el particular esta Oficina en Conceptos SSPD 20021300000601, SSPD-OJ-2005-159 y SSPD-OJ-2005-275 expuso lo siguiente: “Según el numeral 14.6 del artículo 14 de la ley 142 la empresa de servicios públicos mixta es aquella en cuyo capital la nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%. En otras palabras, las empresas de servicios públicos mixtas conforman una categoría diferente de las sociedades de economía mixta agrupadas dentro del sector descentralizado en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en razón a que de conformidad con el literal d) del numeral 2º del artículo 38 *ibidem*, las únicas empresas de servicios públicos que integran el sector descentralizado por servicios de la administración pública son las empresa oficiales de servicios públicos, esto es, aquellas en las cuales la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de aquella o estas, tienen el 100% de los aportes.”_Conforme a lo anterior, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos mixtas tienen diferente régimen jurídico, es así como para aquellas es el previsto en el artículo 97 y ss. de la Ley 489 de 1998 y el artículo 461 del Código de Comercio, en tanto que para las empresas de servicios públicos mixtas, es el señalado en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, y en lo demás, lo señalado para las sociedades anónimas en el Código de Comercio (numeral 19.15, artículo 19 *ibidem*)”_A esto hay que agregar por los menos dos cosas adicionales: **a)** según el artículo 464 del Código de Comercio_cuando el aporte estatal en una sociedad de economía mixta sea superior al 90% el capital social de la empresa, esta se someterá al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, en el caso de las empresa de servicios públicos mixtas, independientemente de la participación del Estado en su capital social su régimen jurídico es el previsto en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, **b)** de acuerdo con el artículo 9 7 de la Ley 348 de 1998 el régimen de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en aquellos casos en que la participación del Estado sea superior al 90% del total del capital social, es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, en el caso de las expresas de servicios públicos mixtas, siempre el régimen de actos y contratos es el derecho privado señalado en la ley 142 de

1994 y sus servidores en todo caso, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 son trabajadores particulares”. Este mismo criterio fue adoptado por la Corte Constitucional en Sentencia T-1212 DE 2004, en los siguientes términos: “Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la constitución de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios. Sin embargo, los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”. Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado. Sobre la materia, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en sentencia del 28 de enero de 1999, al conceptualizar sobre la imposibilidad de las Contralorías Departamentales de cobrar la cuota de vigilancia fiscal a las empresas privadas y mixtas de servicios públicos domiciliarios; consideró que, por su origen, dichas empresas no forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios y, por lo mismo, no pueden considerarse como autoridades públicas. Al respecto, la citada Corporación manifestó: “Conviene señalar también que en una ley reciente, la 489 de 29 de diciembre de 1998, de las empresas de servicios públicos domiciliarios tan solo las oficiales y las que hayan adoptado la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado son clasificadas dentro de la tipología de entidades descentralizadas, pertenecientes al sector descentralizado por servicios. Por tanto, las otras dos modalidades, o sea las empresas mixtas - como es el caso de EDATEL S.A. - y las particulares, en razón de sus características y la orientación por el derecho privado, quedan por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público (arts. 38 y 68 en concordancia con el parágrafo del art. 2º)”. (Subrayado por fuera del texto original). Por su parte, el profesor Carlos Alberto Atehortúa Ríos con relación al régimen jurídico de las empresas de servicios públicos ha expresado: (...) Las empresa de servicios públicos mixtas no son sociedades de economía mixta, ni pertenecen a la rama ejecutiva del poder público en el sector central, ni en el descentralizado, en otras palabras, no son el Estado, sino entidades en las cuales el Estado tiene participación, por lo tanto las reglas derecho público cuando les son aplicables obedecen más al objeto de que se ocupan “los servicios públicos domiciliarios” que a la inversión que el Estado hacen en ellas”. (...) Hoy se discute si este tipo de empresas pertenecen a un determinado orden dentro de la estructura de la

administración pública, - nacionales, departamentales, y municipales-, pero el hecho de que tener aportes de entidades de diferentes niveles y **de no poder ser creadas por ley, ordenanza o acuerdo**, pues estos actos se limitan a autorizar la participación de la nación y de las entidades territoriales en las mismas- ya que en su constitución debe contarse con la voluntad de los socios particulares, tal como lo ha expresado la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-702 DE 1999- , y la circunstancia ya común de que no necesariamente el dueño de la empresa corresponde al ámbito en el cual se presta el servicio hace cada vez más confuso e inútil la vinculación de este tipo de sociedades a un determinado nivel” (negrilla fuera de texto). Por otro lado, con relación a este asunto el Ex Magistrado del Consejo de Estado, Cesar Hoyos Salazar ha indicado lo siguiente: “Realmente el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política, como lo señala la Sección Primera del Consejo de Estado, no prescribe la necesidad de autorización para crear empresas de servicios públicos mixtas. Lo que se requiere es esto casos es la autorización al alcalde prevista en el numeral 3 de esta norma, sobre celebración de contratos”. De acuerdo con lo expuesto, las empresas de servicios públicos mixtas de cualquier nivel no requieren para su creación autorización de ley, ordenanza o acuerdo municipal. La creación y fusión de estas empresas se someterán a lo previsto en el Código de Comercio y a lo que dispongan sus estatutos. Así las cosas, esta Oficina ratifica su posición en el sentido que para la creación de las empresas de servicios públicos mixtas del orden municipal no se requiere autorización del Concejo municipal. Vale la pena señalar que la Sección Tercera del H. Consejo de Estado manifestó que las empresas de servicios públicos mixtas son entidades estatales dentro del género de sociedades de economía mixta a que se refiere el literal f) del numeral 2 del artículo 38 de la ley 489 de 1998. Finalmente, conforme a lo señalado en mismo concepto, en lo que se refiere a la forma como debe escogerse un socio por el municipio, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 23 de 7 de mayo de 1999, con radicación No. 1.185, manifestó que el proceso de selección de un socio privado debe realizarse mediante invitación pública. En conclusión, en criterio de esta Oficina para la creación de empresas de servicios públicos mixtas no se requiere autorización de los Concejos municipales, salvo la autorización por la celebración del contrato de sociedad...”.³⁰

(30) CONCEPTO SSPDOJ-2006-637. Ver en el mismo sentido Ver en el mismo sentido CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 1212 de 2004 Cfr Ley 489 de 1998, artículo 38, parágrafo 1° ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto, en Régimen Jurídico Aplicable a las empresas de servicios públicos en el sector de las telecomunicaciones, estudio publicado en Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad jurídica Tomo IV, Pág 85 y ss., publicación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá. Primera Ed. 2001. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Sentencia de 11 de marzo de 1999. Ex. 5216. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJERO PONENTE: Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, RADICACIÓN 110010326000

Igualmente, se las ha reconocido como sujeto pasivos desde el punto de vista tributario. Al respecto se ha dicho ⁽³¹⁾:

“...Es pertinente señalar que si la sociedad en cuestión es un organismo vinculado, es decir que aún cuando tiene un vínculo con la administración central, goza de autonomía para manejarse a sí misma y si además es del tipo – Sociedad de Economía Mixta- entendida esta como un organismo constituido bajo la forma de sociedad comercial con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, entonces en lo atinente al pago de obligaciones tributarias, en este caso el Impuesto Predial Unificado, debe cumplirlas formal y materialmente como contribuyente de determinado impuesto en determinada jurisdicción en este caso El impuesto Predial Unificado en el Municipio de San Gil. Santander. Lo anterior por cuanto la definición que de este tipo de sociedades hace el código de Comercio artículo 461 así lo dispone, a saber: “Artículo 461 .Son de Economía Mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de Economía Mixta se sujetan a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria salvo disposición en contrario” (Subrayado fuera de texto) De la anterior norma se deduce que una de los elementos que caracteriza a las Sociedades de Economía Mixta es que en cuanto a su actividad se parecen a las empresas industriales y comerciales del Estado, pero como en este caso se trata de una sociedad, o sea, con participación de varios socios, el ánimo de lucro se asemeja más a las sociedades completamente particulares, ya que existe reparto, bien de utilidades o bien de pérdidas (según el caso), situación que no se presenta con las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuyo único dueño es – como su nombre lo indica- el Estado. Ahora bien, así como los tratadistas del derecho administrativo señalan con abinco la aplicación predominante del derecho privado en las sociedades de Economía Mixta es también importante traer a colación las enseñanzas del ilustre profesor LIBARDO RODRÍGUEZ R., cuando alude entratándose de la aplicación del derecho privado a las sociedades de Economía Mixta que: “... De manera que, como en el caso de las empresas industriales y comerciales se les aplica el derecho privado en las actividades normales de la sociedad Economía Mixta. (Subrayado fuera de texto) Pero existen también algunas excepciones, aunque en menor medida que las que se presentan en el caso de las empresas. Cuando se presentan excepciones el régimen será de derecho

2005 00017 00, REFERENCIA: 29.703, 2 de marzo de 2006. En el sitio *web* de esa superintendencia <http://basedoc.superservicios.gov.co/basedoc/conceptos.shtml?x=60056>.

⁽³¹⁾ Oficio 4425-01 de la Dirección General de Apoyo Fiscal . En <http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/url/ITEM/141B54089BD9015CE040007F01006D7B>

público.....En primer lugar, se aplica el derecho público en las actividades de las sociedades de Economía Mixta que tienen que ver con sus relaciones con la administración central. En segundo lugar, cuando se les confiera excepcionalmente a la sociedad el ejercicio de funciones administrativas. En tercer lugar, en materia laboral,.... ^[1] Por su parte el Consejo de Estado ^[2] ha señalado el carácter de autonomía administrativa que poseen estas sociedades y por ello precisa que están sometidas como regla general a la órbita del derecho privado, representado primordialmente en materia sustantiva por el Código Civil y el Código de Comercio, y en materia procedimental, por el Código de Procedimiento Civil, y por **vía de excepción, están sometidas al derecho público, en aspectos atinentes a su creación, organización y control fiscal** y en general las que tienen que ver con sus relaciones con la administración central, en los casos en los cuales la ley les ha conferido funciones de carácter administrativo, como cuando se les atribuye competencias que normalmente le corresponden al Estado, en materia laboral y en las actividades de dirección y confianza desarrolladas por personas que tengan calidad de empleados públicos. De los análisis recogidos en los párrafos anteriores, que examinan la naturaleza jurídica y las características de las sociedades de Economía Mixta se puede concluir que para efectos del cumplimiento de las obligaciones tributarias estas se rigen por la regla general es decir el derecho privado, esto es que son sujetos pasivos de los impuestos y en el caso controvertido; del impuesto predial unificado, es claro entonces que sería inexacto argüir que por su naturaleza la sociedad de Economía Mixta sea no sujeta, o se encuentre exenta de cumplir con las respectivas obligaciones tributarias. Ahora bien, si una entidad territorial posee el 65.98% del capital suscrito y pagado en una Sociedad de Economía Mixta del orden Economía Mixta que tiene entre otras la obligación tributaria de declarar y pagar el impuesto predial unificado en la jurisdicción del mismo municipio, teniendo en cuenta que se rige por las normas de derecho privado, podemos inferir que se presenta el fenómeno de la Confusión que a la luz del TITULO XVIII del Código Civil artículos 1724 y 1726 señalan: “DE LA CONFUSIÓN Art. 1724.- Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago. Art. 1726.- Si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión, ni se extingue la deuda sino en esa parte. ” De lo que se percibe que la Confusión opera - para el caso en cuestión- solamente en el porcentaje del cual es propietario el municipio y libera a la Sociedad Terminal de Transportes de la obligación tributaria sólo en dicho monto, es decir que por el resto del porcentaje la sociedad está en la obligación de pagar el impuesto predial unificado por las vigencias adeudas al municipio. Determinado el monto sobre el cual opera la confusión está debe ser declarada mediante un acto administrativo debidamente motivado por el Secretario de Hacienda del Municipio o quien haga sus veces, sin necesidad de expedirse un Acuerdo municipal que la declare, por cuanto esta es una función propia del cargo...?”.

4. ESPAÑA

Si bien existe amplia regulación de la figura en todos los ámbitos territoriales del Reino de España, puede decirse que este tipo de sociedades se regula en el ámbito general por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas particularmente en los artículos 156 y 157 que a la letra dicen:

“Artículo 156. Modalidades de la contratación.

La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:

- a. Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 232 de esta Ley.*
- b. Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participaren en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.*
- c. Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.*
- d. Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.*

“Artículo 157. Duración.

El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

- a. Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.*
- b. Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.*

- c. *Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a*³².

El indicado cuerpo legal contiene una serie de disposiciones que regulan lo atinente a la materia contractual en punto a la gestión de servicios públicos, que resulta de interés conocer aunque para efectos de armonía en el diseño de la investigación, se reproducen en cita a pie de página⁽³³⁾.

(32) Normativa contenida en el sitio http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg2-2000.l2t2.html. En cuanto al plazo de esos contratos, y específicamente de los de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, ver también criterio de la Abogacía del Estado 4/05 A.G. Entes Públicos, ambos en el Boletín Oficial de España http://www.boe.es/t/es/bases_datos/anales_abogacia/ANALES_05_0120.PDF <http://www.boe.es/t/es/iberlex/>.

(33) “EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES. **Artículo 154.** Régimen general. 1. Los contratos mediante los que las Administraciones públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio. 2. No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma. **Artículo 155.** Poderes de la Administración y ámbito del contrato. 1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. 2. Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma. 3. En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. 4. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional como en el territorial. 5. Estos contratos se regularán por la presente Ley, salvo lo establecido en los [artículos 95, 96, 102 y 110](#) y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella. CAPÍTULO II. DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS PREPARATORIAS DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. **Artículo 158.** Actuaciones preparatorias del contrato. 1. Todo contrato de gestión de servicios públicos irá precedido de la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas, especificando el régimen jurídico básico regulador del servicio a que se refiere el [artículo 155](#) y los Reglamentos especiales reguladores del mismo, así como los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo y, en su caso, las tarifas que hubieren de percibirse de los usuarios, los procedimientos para su revisión y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración, cuando así procediera. 2. En los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y de las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas. 3. En los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria motivada por supuestos de urgencia, por importe inferior a 2.000.000 de pesetas (12.020,24 euros), las disposiciones de esta Ley no

serán de aplicación a la preparación y adjudicación del contrato. Para acreditar la existencia de los contratos a que se refiere este apartado, bastará, además de la justificación de la urgencia a cumplimentar, la determinación del objeto de la prestación, la fijación del precio a satisfacer por la misma y la designación por el órgano de contratación de la empresa que efectuará la correspondiente prestación.

CAPÍTULO III. DE LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. Artículo 159.

Procedimientos y formas de adjudicación. 1. Los contratos de gestión de servicios públicos ordinariamente se adjudicarán por procedimiento abierto o restringido, mediante concurso. En ambos procedimientos se cumplirán los plazos señalados en el artículo 78. 2. El procedimiento negociado sólo podrá tener lugar, previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del órgano de contratación, en los supuestos siguientes: Aquellos servicios respecto a los que no sea posible promover concurrencia en la oferta. Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 71. Los declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. En estos casos será necesario que el servicio no pueda realizarse directamente por la Administración y, en el último supuesto, en la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, se requerirá declaración expresa de que concurre tal requisito, correspondiendo realizarla al titular del Departamento ministerial respectivo, sin que a estos efectos dicha competencia pueda ser delegada. Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 5.000.000 de pesetas (30.050,61 euros) y su plazo de duración sea inferior a cinco años. Los anunciados a concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que no se modifiquen en forma sustancial las condiciones originales del contrato y la adjudicación se efectúe por precio no superior al que haya sido objeto de la licitación primera, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b, de este artículo. Los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste último haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley.

CAPÍTULO IV. DE LA EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. SECCIÓN I. DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. Artículo 160.

Ejecución del contrato. El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las horas conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación. Artículo 161. Obligaciones generales. El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones, con carácter general: a. Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. b. Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo 155. c. Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. d. Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos. Artículo 162. Prestaciones económicas. El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca.

SECCIÓN II. DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. Artículo 163.

Modificación y sus efectos. 1. La Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. 2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. 3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

CAPÍTULO V. DE LOS EFECTOS Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. SECCIÓN I. DEL CUMPLIMIENTO Y EFECTOS DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. Artículo 164.

Reversión. 1. Cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el

Asimismo, existe regulación puntual en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, concretamente en el numeral 85 que dice:

“Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.
2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. 2. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas. **Artículo 165.** Falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares. Si la Administración no hiciere efectiva al contratista la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó en el contrato dentro de los plazos previstos en el mismo y no procediese la resolución del contrato o no la solicitase el contratista, éste tendrá derecho al interés legal de las cantidades o valores económicos que aquéllos signifiquen, de conformidad con lo establecido en el [artículo 99](#). **Artículo 166.** Incumplimiento del contratista. Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado. SECCIÓN II. DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. **Artículo 167.** Causas de resolución. Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el [artículo 111](#), con la excepción de sus letras e y f, las siguientes: a. La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato. b. El rescate del servicio por la Administración. c. La supresión del servicio por razones de interés público. d. La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato. **Artículo 168.** Aplicación de las causas de resolución. 1. Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores, salvo disposición expresa en contrario de la legislación específica del servicio. 2. Por razones de interés público, la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente. **Artículo 169.** Efectos de la resolución. 1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. 2. Con independencia de lo dispuesto en el [artículo 113](#), el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos. 3. En el supuesto del [artículo 167.a](#), el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos. 4. En los supuestos de las letras b, c y d del [artículo 167](#), sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización. CAPÍTULO VI. DE LA SUBCONTRATACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. **Artículo 170.** De la subcontratación. En el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias”.

A. *Gestión directa:*

- a. *Gestión por la propia entidad local.*
- b. *Organismo autónomo local.*
- c. *Entidad pública empresarial local.*
- d. *Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.*

B. *Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.*

3. *En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”.*

Además, es de aplicación a la especie el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de Junio de 1955 (BOE núm. 196, de 15 de julio; corrección de errores en BOE núm. 203, de 22 de julio de 1955), Capítulo IV denominado precisamente “Gestión por Empresa Mixta”, numerales 102 a 112:

“...**102.** *En las Empresas mixtas, los capitales de las Corporaciones Locales y de los particulares, o de aquéllos entre sí, se aportarán en común para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización.***103.** *Las Empresas mixtas se constituirán, mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de Sociedad mercantil, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada (95).***104.** *Las Empresas mixtas, previo expediente de municipalización o provincialización, podrán quedar instituidas a través de los procedimientos siguientes: 1.º Adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas en proporción suficiente para compartir la gestión social (96).* 2.º *Fundación de la Sociedad con intervención de la Corporación y aportación de los capitales privados por alguno de los procedimientos siguientes (97): a) suscripción pública de acciones, o b) concurso de iniciativas, en el que se admitan las sugerencias previstas en el párrafo 2 del artículo 176 de la Ley.* 3.º *Convenio con Empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de regirse (96).***105.** 1. *Cuando la Corporación interviniere en una Empresa, a tenor del número 1.º del artículo anterior, la Sociedad continuará rigiéndose por sus propios Estatutos.* 2. *La Junta general podrá no obstante, con el quorum dispuesto para la modificación de los Estatutos, modificarlos para que la Empresa pase a ser propiamente mixta y sometida al presente Reglamento.***106.** 1. *En la constitución o Estatutos de Empresas mixtas podrá establecerse*

que el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración sea inferior a la proporción del capital con que participare en la Empresa, salvo en los cinco años anteriores al término de la misma, en que deberá ser igual o superior **(98)**. 2. Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos. 3. El cargo de Gerente recaerá siempre en persona especializada designada por el órgano superior de gobierno de la Empresa.**107.** Los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de la Empresa mixta deberán ser adoptados por la mayoría de tres cuartas partes del número estatutario de votos en los siguientes casos **(98)**:a) modificación del acto de constitución de los Estatutos de la Empresa ,b) aprobación y modificación de los planos y proyectos generales de los servicios,c) operaciones de crédito, y d) aprobación de los balances. **108.** Los representantes que correspondan a la Corporación en los órganos de gobierno y administración de la Empresa serán nombrados por aquella en la proporción de un 50 por 100 entre los miembros que la constituyan y técnicos, unos y otros de su libre designación y remoción **(99)**. **109.** 1. En la escritura fundacional deberá fijarse el valor de la aportación del Municipio o de la Provincia por todos conceptos incluido el de la concesión, si la hubiere **(100)**. 2. El capital efectivo que aporten las Corporaciones Locales deberá estar completamente desembolsado desde la constitución. **110.** La responsabilidad económica de las Corporaciones Locales se limitará a su aportación a la Sociedad **(101)**. **111.** 1. Las Empresas mixtas se constituirán por un plazo que no exceda de cincuenta años **(102)**. 2. Expirado el período que se fijare, revertirá a la Entidad Local su activo y pasivo y, en condiciones normales de uso, todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio. 3. En la constitución o Estatutos de la Empresa habrá de preverse la forma de amortización del capital privado durante el plazo de gestión del servicio por la misma, y expirado el plazo que se fije revertirán a la Entidad Local, sin indemnización, el activo y pasivo y, en condiciones normales de uso, todas las instalaciones, bienes y material del servicio. **112.** Los servicios gestionados por Empresas mixtas en régimen de monopolio no podrán ser transformados en el de libre concurrencia sin consentimiento del capital privado de la Empresa³⁴.

(34)

Ayuntamiento

DE

Granada

<http://www.granada.org/inet/wordenanz.nsf/0/a25cb02a26863441c1256e35007bad5c?OpenDocument>

http://www.boe.es/t/es/bases_datos/anales_abogacia/ANALES_05_0120.PDF Boletín Oficial del Estado. España. Abogacía del Estado 4/5 A. G. Entes Públicos plazo sociedades municipales mixtas Ver también los artículos 88 a 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg781-1986.t6.html#c2 y el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, para la materia presupuestaria y tributaria. Asimismo, y entre muchas otras, ver sentencia del Tribunal Supremo N°24 de marzo de 1987.

Adicionalmente, el Real Decreto 1169/1978, de 2 de Mayo, sobre Creación de Sociedades Urbanísticas por El Estado, Los Organismos Autónomos y Las Corporaciones Locales, de Acuerdo con el artículo 115 de La Ley del Suelo ⁽³⁵⁾:

“ARTICULO PRIMERO.- UNO. EL ESTADO Y LAS ENTIDADES LOCALES PODRAN CONSTITUIR SOCIEDADES ANONIMAS O EMPRESAS DE ECONOMIA MIXTA ,PARA LA EJECUCION DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO. LA MISMA FACULTAD CORRESPONDE AL INSTITUTO NACIONAL DE URBANIZACION Y A LOS DEMAS ORGANISMOS AUTONOMOS CON FUNCIONES URBANISTICAS QUE ESTEN FACULTADOS POR SU NORMATIVA PARA CREAR O PARTICIPAR EN ESTAS SOCIEDADES TAMBIEN PODRAN ADQUIRIR ACCIONES DE ESTAS SOCIEDADES QUE SE HALLEN CONSTITUIDAS. DOS. CUANDO LA PARTICIPACION DEL ESTADO Y/O DE SUS ORGANISMOS AUTONOMOS SEA MAYORITARIA, ESTAS EMPRESAS TENDRAN EL CARACTER DE SOCIEDADES ESTATALES, A LOS EFECTOS PREVISTOS EN LA LEY ONCE/MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE, DE CUATRO DE ENERO.

ARTICULO SEGUNDO.-UNO. LA CONSTITUCION DE LAS SOCIEDADES A QUE SE REFIERE EL ARTICULO ANTERIOR, POR EL ESTADO O SUS ORGANISMOS AUTONOMOS, DEBERA SER AUTORIZADA MEDIANTE REAL DECRETO APROBADO EN CONSEJO DE MINISTROS, A PROPUESTA CONJUNTA DE LOS DE HACIENDA Y DE OBRAS PUBLICAS Y URBANISMO. LA MISMA AUTORIZACION SERA CONSTITUIDAS. DOS. SI EN LA CONSTITUCION DE LAS SOCIEDADES ALUDIDAS EN EL NUMERO UNO DE ESTE ARTICULO INTERVIENE ALGUN ENTE LOCAL, NO SERA NECESARIO EL EXPEDIENTE DE MUNICIPALIZACION O PROVINCIALIZACION, QUE SERA SUSTITUIDO POR INFORME DEL MINISTERIO DEL INTERIOR PREVIO AL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS AUTORIZADO SU CONSTITUCION. TRES. CUANDO ESTAS SOCIEDADES SE CONSTITUYAN EXCLUSIVAMENTE POR ENTES

⁽³⁵⁾ http://www.boe.es/t/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/14187&codmap= obtenida Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (BOE n. 133 de 5/6/1978)

LOCALES, SIN PARTICIPACION DE NINGUN OTRO ENTE PUBLICO, SE EXIGIRAN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LEGISLACION LOCAL Y POR ESTE REAL DECRETO. CUATRO. EN EL ACUERDO DE CONSTITUCION DE ESTAS SOCIEDADES DEBEN INCLUIRSE LAS BASES DE COLABORACION POR OTROS ENTES PUBLICOS Y PRIVADOS QUE VAYAN A PARTICIPAR EN LA CREACION DE LA SOCIEDAD; ESTAS BASES CONTEMPLARAN LOS ASPECTOS TECNICO-URBANISTICO, ECONOMICO-FINANCIERO Y DE GESTION Y EXPLOTACION DE LAS OBRAS O SERVICIOS RESULTANTES DE LA ACTUACION.

ARTICULO TERCERO.-UNO. LAS SOCIEDADES URBANISTICAS TENDRAN POR OBJETO LA REALIZACION DE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS FINES SIGUIENTES: A) ESTUDIOS URBANISTICOS, INCLUYENDO EN ELLOS LA REDACCION DE PLANES DE ORDENACION Y PROYECTOS DE URBANIZACION Y LA INICIATIVA PARA SU TRAMITACION Y APROBACION. B) ACTIVIDAD URBANIZADORA. QUE PUEDE ALCANZAR TANTO A LA PROMOCION DE LA PREPARACION DE SUELO Y RENOVACION O REMODELACION URBANA COMO A LA DE REALIZACION DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA URBANA, Y DOTACION DE SERVICIOS, PARA LA EJECUCION DE LOS PLANES DE ORDENACION. C) GESTION Y EXPLOTACION DE OBRAS Y SERVICIOS RESULTANTES DE LA URBANIZACION, EN CASO DE OBTENER LA CONCESION CORRESPONDIENTE, CONFORME A LAS NORMAS APLICABLES EN CADA CASO. DOS. PARA LA REALIZACION DEL OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD URBANISTICA PODRA: A) ADQUIRIR, TRANSMITIR, CONSTITUIR, MODIFICAR Y EXTINGUIR TODA CLASE DE DERECHOS SOBRE BIENES MUEBLES O INMUEBLES QUE AUTORICE EL DERECHO COMUN, EN ORDEN A LA MEJOR CONSECUACION DE LA URBANIZACION EDIFICACION Y APROVECHAMIENTO DEL AREA DE ACTUACION. B) REALIZAR CONVENIOS CON LOS ORGANISMOS COMPETENTES, QUE DEBAN COADYUVAR, POR RAZON DE SU COMPETENCIA, AL MEJOR EXITO DE LA GESTION. C) ENAJENAR, INCLUSO ANTICIPADAMENTE, LAS PARCELAS QUE DARAN LUGAR A LOS SOLARES RESULTANTES DE LA ORDENACION, EN LOS

TERMINOS MAS CONVENIENTES PARA ASEGURAR SU EDIFICACION EN LOS PLAZOS PREVISTOS. D) EJERCITAR LA GESTION DE LOS SERVICIOS IMPLANTADOS, HASTA QUE SEAN FORMALMENTE ASUMIDOS POR LA CORPORACION LOCA U ORGANISMO COMPETENTE. TRES. EL OBJETO SOCIAL PODRA LIMITARSE A UNA CONCRETA ACTUACION URBANISTICA O EXTENDERSE A LAS QUE SE PUEDAN REALIZAR EN UN DETERMINADO MUNICIPIO, COMARCA, PROVINCIA O REGION. CUATRO. LA SOCIEDAD PODRA ACTUAR COMO ENTIDAD PURAMENTE PRIVADA O COMO CONCESIONARIA DE LA ACTUACION O ACTUACIONES DE QUE SE TRATE. CINCO. LA EJECUCION DE OBRAS SE ADJUDICARA POR LA SOCIEDAD EN REGIMEN DE LIBRE CONCURRENCIA, SIN QUE, EN NINGUN CASO, PUEDA DICHA SOCIEDAD EJECUTARLAS DIRECTAMENTE. ARTICULO CUARTO.-LA SOCIEDAD URBANISTICA REVESTIRA SIEMPRE LA FORMA DE SOCIEDAD ANONIMA, Y DEBERA SER FORMALIZADA EN ESCRITURA PUBLICA E INSCRITA EN EL REGISTRO DIRECTAMENTE. ARTICULO QUINTO.-UNO. EL CAPITAL FUNDACIONAL ESTARA CONSTITUIDO POR APORTACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE URBANIZACION Y, EN SU CASO, DE OTROS ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO DE COOPERACION LOCALES CON ARREGLO A SU LEGISLACION ESPECIFICA, DE ENTIDADES DE CREDITO OFICIAL, ORGANISMOS O ENTIDADES DE CARACTER PUBLICO Y CAJAS DE AHORROS. DOS. LA PARTE DEL CAPITAL SOCIAL QUE NO HAYA DE ESTAR CONSTITUIDO POR LAS APORTACIONES QUE NECESARIAMENTE HAN DE HACER ALGUNO O ALGUNOS DE LOS ENTES PUBLICOS A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1,1, PODRA PERTENECER A LOS PROPIETARIOS AFECTADOS O A LAS CAJAS DE AHORROS. TRES. EN CONSECUENCIA CON LO DISPUESTO EN LOS NUMEROS PRECEDENTES DE ESTE ARTICULO, HABRA DOS CLASES DE ACCIONES, UNA REPRESENTATIVA DE LA MAYORIA DEL CAPITAL SOCIAL QUE SOLO PODRA SER SUSCRITO POR LOS ENTES PUBLICOS Y TRASMISIBLE ENTRE ESTOS, Y OTRA REPRESENTATIVA DEL RESTO DEL CAPITAL, DE LIBRE SUSCRIPCION Y TRANSMISION.

ARTICULO SEXTO.-UNO. LAS APORTACIONES SOCIALES PODRAN HACERSE EN DINERO O EN CUALQUIER CLASE DE BIENES Y DERECHOS VALORABLES EN DINERO.DOS. LAS CORPORACIONES LOCALES PODRAN HACER SUS APORTACIONES CON CARGO AL PRESUPUESTO ESPECIAL DE URBANISMO PREVISTO EN EL ARTICULO CIENTO NOVENTA Y CUATRO DE LA LEY DEL SUELO, TANTO PARA OBRAS DE URBANIZACION COMO PARA FORMACION DE PATRIMONIO DEL SUELO. TAMBIEN PODRAN APORTAR O TRANSMITIR POSTERIORMENTE, A TITULO ONEROSO, LOS TERRENOS DE QUE SEAN PROPIETARIOS Y RESULTEN AFECTADOS POR UNA ACTUACION URBANISTICA; ESTA APORTACION O TRANSMISION PODRA SER EN PLENO DOMINIO O LIMITARSE AL DERECHO DE SUPERFICIE. TRES. PODRA CONVENIRSE EL DESEMBOLSO PARCIAL DE LAS ACCIONES, CON UN LIMITE MINIMO DE LA CUARTA PARTE DEL CAPITAL SUSCRITO, Y ESTABLECIENDOSE EN LOS ESTATUTOS EL MODO EN QUE HAN DE SATISFACERSE LOS DIVIDENDOS PASIVOS.

ARTICULO SEPTIMO.-UNO. LA SOCIEDAD URBANISTICA PODRA CONSTITUIRSE POR EL TIEMPO NECESARIO PARA CUMPLIR SU OBJETIVO, POR PLAZO CIERTO O CON DURACION INDEFINIDA.CUANDO PARTICIPEN ENTES LOCALES, EL PLAZO MAXIMO SERA EL QUE ESTABLEZCA LA LEGISLACION LOCAL. DOS. EL PLAZO CIERTO PODRA SER PRORROGADO CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LOS ESTATUTOS O EN LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, PREVIOS LOS ACUERDOS O AUTORIZACIONES NECESARIOS PARA SU CONSTITUCION.

ARTICULO OCTAVO.-LA LIQUIDACION DE LAS SOCIEDADES EN CASO DE EXTINCION, SE REALIZARA EN LOS TERMINOS PREVISTOS EN LOS ESTATUTOS O CONFORME A LO DISPUESTO EN LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS Y, EN SU CASO, EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO LOCAL. NO OBSTANTE, A LAS CONCESIONES DE OBRAS Y SERVICIOS SE APLICARAN LAS REGLAS SOBRE EXTINCION CONTENIDAS EN LOS RESPECTIVOS TITULOS Y EN LAS NORMAS QUE LAS REGULEN.

DISPOSICION FINAL SE AUTORIZA A LOS MINISTROS DE HACIENDA Y OBRAS PUBLICAS Y URBANISMO PARA DICTAR CUANTAS DISPOSICIONES SEAN NECESARIAS PARA EL DESARROLLO Y APLICACION DEL PRESENTE REAL DECRETO, EN EL AMBITO DE SUS RESPECTIVAS COMPETENCIAS”

5. EL SALVADOR:

Por Decreto N° 2336, se norma la figura, de la siguiente forma:

“...LEY SOBRE CONSTITUCION DE SOCIEDADES POR ACCIONES DE ECONOMIA MIXTA.

Art. 1.- Se denominan Sociedades por Acciones de Economía mixta las anónimas en que participen el Estado, Municipio, o las Instituciones Oficiales Autónomas en concurrencia con los particulares, cuyo objeto sea la explotación o la prestación de un servicio público. Tales empresas se regirán de conformidad con esta ley, cuando a su formación haya concurrido alguna de las corporaciones indicadas.

Art. 2.- El Estado, Municipio o entidad oficial autónoma participantes en la sociedad, tendrán siempre el derecho de acreditar un director ante el Consejo de Administración o Junta Directiva de la Sociedad.

La designación de tal director se hará conforme las disposiciones legales y reglamentarias que norman la constitución, organización y funcionamiento de la persona jurídica de que se trate y tendrá validez legal aunque recayere en persona que no sea propietaria de acciones de la Compañía.

Art. 3.- Las acciones representativas del capital de las sociedades a que se refiere el presente Decreto se distribuirán en grupos, a cada uno de los cuales se dará una denominación especial.

Los grupos o series de acciones a que alude el inciso precedente se formarán de acuerdo con la categoría y clases de personas que constituyan la Asamblea General de Accionistas. Así, las acciones del Estado o del municipio o de cada una de las instituciones autónomas comprenderá una serie y las de personas naturales que intervengan como accionistas particulares se agruparán en una sola serie.

Art. 4.- El principio que se observará para la organización de las Juntas Directivas de esta clase de Sociedades es el de un director por cada serie de acciones.

El Director por los accionistas particulares se designará en Asamblea de dichos accionistas, presidida por el Director de alguna de las personas jurídicas participantes.

Si sólo hubiere dos series de acciones y los estatutos hubieren previsto la integración de la Junta Directiva por tres directores, el tercer director será designado en Asamblea General con la participación de las dos series.

Art. 5.- Las acciones pertenecientes a las personas jurídicas indicadas en los Artículos anteriores, serán representadas en Asambleas Generales ordinarias o extraordinarias por una o más personas naturales designadas libremente por aquellas a quienes compete la administración y representación de dichas personas jurídicas, de conformidad con las normas legales relativas a su funcionamiento.

Las acciones particulares serán representadas en Asamblea General por igual número de personas que las que representan a cada una de las otras series y su designación se hará en Asamblea General Especial de dichos accionistas particulares, presidida por cualquiera de los directores, según se disponga en el Estatuto.

Art. 6.- Si por la naturaleza de la Sociedad o de los fines que inspiró su constitución, se dispusiera que la participación de las instituciones públicas puede transferirse a personas particulares dentro de plazos determinados, el régimen que se establece en virtud de la presente ley continuará vigente para las sociedades de que se trate mientras exista alguna acción en poder del Estado o de otra de las personas jurídicas de derecho público participantes.

Art. 7.- Cuando la Corte de Cuentas de la República lo estime conveniente podrá ejercer en las Empresas de Economía mixta una fiscalización a posteriori, limitada a inspeccionar mediante delegados autorizados los libros y registros de las Compañías, quienes estarán obligadas a mantenerlos siempre disponibles en sus propias oficinas.

Art. 8.- Las disposiciones relativas a la organización y operación de la Sociedad, que no estuvieren previstas en la presente Ley, se suplirán por el acuerdo de las partes contratantes manifestado en el pacto social, por las disposiciones contenidas en los acuerdos de Asambleas Generales y resoluciones de Junta Directiva, así como por las del Código de Comercio que se refieren a las sociedades anónimas en cuanto estas últimas no se opongan a la presente Ley, estatutos y demás resoluciones a que alude este Artículo.

Art. 9.- En caso de liquidación de las Compañías de Economía mixta, las corporaciones participantes podrán intervenir en el nombramiento de los liquidadores cualesquiera que sean sus participaciones sociales.

Art. 10.- Los dividendos correspondientes a las Municipalidades e Instituciones Oficiales Autónomas, lo mismo que la parte del patrimonio social que le fuere adjudicada en caso de liquidación, se destinarán a la satisfacción de los respectivos servicios públicos” (36).

6. HONDURAS:

La Ley de Municipalidades Honduras, Decreto número 134-90, establece:

“...ARTÍCULO 25.- (Según Reforma por Decreto 48-91).- La Corporación Municipal es el órgano deliberativo de la Municipalidad, electa por el pueblo y máxima autoridad dentro del término municipal, en consecuencia, le corresponde ejercer las facultades siguientes: 1) Crear, reformar y derogar los instrumentos normativos locales de conformidad con esta Ley; 2) Crear, suprimir, modificar y trasladar unidades administrativas. Asimismo, podrá crear y suprimir empresas, fundaciones o asociaciones, de conformidad con la ley, en forma mixta, para la prestación de los servicios municipales;

ARTÍCULO 99.- La Municipalidad podrá crear empresas, divisiones o cualquier ente municipal desconcentrado, las que tendrán su propio presupuesto, aprobado por la Corporación Municipal”.

Dicha ley, es reglamentada por el Acuerdo No. 018-93:.

“...Art. 59.- Se entiende por empresa mixta, a que se refiere en el numeral 2 del Artículo 25 de la Ley, la constituida con aportaciones económicas de la Municipalidad y de personas naturales o jurídicas. Art. 60.- La aportación de la Administración Municipal a la empresa mixta, podrá ser la concesión del servicio público en cuanto sea económicamente valorable, en cuyo caso la empresa será la concesionaria del servicio. Art.

⁽³⁶⁾ En el sitio web de la Corte de El Salvador <http://64.233.169.104/search?q=cache:K1LThRoZhg0J:www.csj.gob.sv/leyes.nsf/ed400a03431a688906256a84005aec75/4f2ae8b54d30a46d0625644f0067faf6%3FOpenDocument+econom%C3%ADa+mixta+municipal&hl=es&ct=clnk&cd=65&gl=cr>

61.- La empresa mixta podrá constituirse la Corporación Municipal otorgándole participación al capital privado mediante la suscripción pública de acciones, o bien, suscribiendo las correspondientes acciones en las empresas que ya estén explotando el servicio. **Art. 62.-** La duración de la empresa a que se refiere el Artículo anterior será por todo el tiempo que dure la concesión del servicio público sujeto a la explotación. **Art. 63.-** Los contratos o convenios que la Municipalidad celebre con las personas naturales o jurídicas para la construcción, mantenimiento o administración de los servicios u obras municipales tendrán el carácter de instrumentos de derecho público en los que se fijarán además de las condiciones generales, las especiales relativas a la calidad del servicio o la obra, garantías de calidad o funcionamiento, así como el monto, plazo y forma de la inversión y su recuperación. **Art. 64.-** Los contratos de concesión del servicio público municipal o para la construcción de una obra, sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Contratación del Estado, contendrán entre otros los siguientes: a) El sometimiento del concesionario a las ordenanzas y reglamentos que regulen el funcionamiento del servicio objeto de la concesión; b) La aceptación a la verificación de su contabilidad por parte de la Municipalidad y de los organismos contralores del Estado. c) Forma, condiciones y modo en que se efectuará la indemnización al concesionario por parte de la Municipalidad cuando ésta deba adquirir el servicio o la obra al finalizar la concesión; a menos que se haya pactado la transferencia gratuita. En todo caso, no se efectuará ningún pago con cargo a la indemnización por la traslación de la obra o servicio, sino hasta que haya sido aprobado por la Corporación Municipal y la resolución esté firme. d) Potestad de la Municipalidad para intervenir a costa del concesionario el servicio público que se preste o administre en condiciones irregulares o ilegales. e) Causas de extinción, que podrán ser: 1) Lesiones a los intereses municipales. 2) Por quebrantamiento a las condiciones de salud e higiene pública, medio ambiente y ecología. 3) Las demás constitutivas para la resolución o rescisión de los contratos”⁽³⁷⁾.

7. PANAMÁ:

La Ley N9 106 de 8 de octubre de 1973, "Sobre Régimen Municipal", dispone al respecto:

⁽³⁷⁾ En el sitio web de la Federación de Municipios del Istmo Centroamericano (FEMICA) <http://www.femica.org/>

“...ARTICULO 8 - Los Municipios podrán crear empresas municipales o mixtas para la explotación de bienes o servicios”.

...ARTICULO 17 - Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva, para el cumplimiento de las siguientes funciones:

4° - Crear empresas municipales o mixtas para la explotación de bienes y servicios, en especial las que tiendan al desarrollo Industrial, agrícola y pecuario; y fomentar la creación de empresas privadas, industriales y agrícolas;

5° - Promover la celebración de contrato con entidades públicas o privados, para la creación de empresas municipales o mixtas, cuya finalidad sea la explotación de bienes o servicios...³⁸

Capítulo III. Sociedades Públicas Municipales de Economía Mixta y su Regulación en Costa Rica: Una Laguna Jurídica

Como ya se adelantó, en este capítulo –que es la medular en la presente investigación–, se abordará el objeto en estudio bajo distintas aristas con el fin que el lector pueda comprender mejor el instituto en cuestión y las posibilidades jurídicas que ofrece.

Debe recordarse que este estudio se limita a la figura que ha acogido el Código Municipal vigente en la norma tantas veces citada, lo que, eso sí, no significa que en el desarrollo del mismo no se refieran variantes de la misma, así como a la regulación especial introducida por la Ley N° 8828.

Sección I: Regulación legal de las Sociedades Públicas Municipales de Economía Mixta.

⁽³⁸⁾ IBID.

La figura en estudio se recoge en el artículo 13 inciso p) del Código Municipal Ley No. 7794 (C. M.), Título III. Organización municipal Capítulo I. Gobierno Municipal. Sienta esa norma que este órgano colegiado podrá:

“...p)autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta”.

Es más, una revisión del expediente legislativo número 12.426, que contiene el proyecto de ley que daría lugar al actual Código Municipal, permite advertir que en el proyecto no se contemplaba la referida norma y que la misma aparece en el texto sustitutivo, moción que fue aprobada por la Comisión Especial de Descentralización del Estado y Fortalecimiento de los Gobiernos Locales, en la sesión del 11 de noviembre de 1997 (folio 321). Incluso, en los dos dictámenes Afirmativos Unánimes que rindió dicha comisión, del 1 y 22 de abril de 1998, respectivamente (folios 667 y 819), lo único que consta sobre le particular es: "*Se concede mayor fuerza a los convenios intermunicipales y al establecimiento de empresas municipales, procurando introducir conceptos de operación más comúnmente usados en la Administración privada que en la pública*".

Esa norma, junto con la ley especial N° 8828, son las únicas que se entienden de esos vehículos jurídicos en la totalidad del ordenamiento jurídico nacional, al menos en sentido expreso y puntual.

Precisamente, y como se dijo también en la introducción de esta investigación, ello obliga a una labor de integración jurídica no solamente por la posibilidad de que surgiera una controversia respecto de su aplicación práctica, sea, respecto del funcionamiento y demás aspectos de las dos sociedades que ya han sido constituidas, lo que obligaría al operador jurídico, administrativo o judicial a resolverla a partir de una consideración –integración- del ordenamiento jurídico por expreso deber legal ⁽³⁹⁾, sino por una razón de suyo práctica, que supone la aplicación del principio de seguridad jurídica: es bastante difícil que la parte privada, sobretodo para proyectos de envergadura o complejidad, se vaya a interesar en comprometer su capital y su imagen en un proyecto societario en el que, como se ha advertido hasta la

⁽³⁹⁾ Código Civil **Artículo 6.** “Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido”. Ver también los artículos 9 siguientes y concordantes de la LGAP.

saciedad, el desarrollo normativo positivo existente tiene poco más de un año de estar vigente. A su vez, del lado público, la subordinación de las municipalidades al principio de legalidad ⁽⁴⁰⁾ en tanto parte integrante de la administración pública descentralizada ⁽⁴¹⁾, la constriñe a sopesar cualquier proyecto en el que se aportarían recursos públicos, particularmente cuando, como se verá más adelante, uno de los temas más álgidos es el del objeto social, particularmente en cuanto, adelantemos, existen argumentos de autoridad (Procuraduría General de la República que exigen su adscripción –del objeto y de las actividades de estas sociedades a “*lo local*”, y a que, en definitiva, la figura de marras está sujeta a la normativa pública de control y fiscalización.

Como podrá apreciar el lector, es dable argüir que esa falta de desarrollo legislativo expreso y especial oportuno de la figura en estudio, explica *per se* la poca aplicación y aplicabilidad de esa sociedad.

Y es que, entonces, se debe examinar tanto el ordenamiento jurídico público como el privado, al ser “mixta” la sociedad en estudio.

Amén de esas fuentes, se reparará en el estudio del proyecto de ley que daría origen a la Ley N° 8828. Nos referimos al denominado “Creación de Empresas Municipales de Economía Mixta”, que tiene el número 16 385, y que fue publicado en La Gaceta N° 209 del 1° de noviembre de 2006. .

⁽⁴⁰⁾ Principio positivizado en el artículo 11 de la Constitución Política (“*Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella... Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas*”) y 11 de la LGAP (“*1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa*”).

⁽⁴¹⁾ Artículo 1 de la LGAP en relación con el 3 inciso c) del Código Procesal Contencioso Administrativo N°8508 (igual norma se encontraba en el numeral 4 inciso c) de la recientemente derogada –por el citado código- Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa N°3667.

Como primera observación puntual al mismo, debe destacarse que el proyecto incurre en un error al hablar de “creación” si ya estas sociedades están previstas, como se ha visto, en el actual Código Municipal y desde su entrada en vigor.

Asimismo, y si bien no es la intención ni objeto de esta investigación detenerse en la discusión inveteradamente planteada entre los vocablos empresa y sociedad en el campo del derecho, el proyecto habla de “empresas”, siendo lo correcto, como lo dice el propio Código Municipal, de sociedades. Y es que baste ahora decir que nuestra posición es que de acuerdo con la doctrina del artículo 5 de nuestro Código de Comercio Ley N° 3284, la legislación mercantil costarricense se inclinó, al menos positivamente, por considerar como sujeto de derecho a las sociedades mercantiles y no a la empresa. Este último concepto encierra en nuestro criterio la organización del trabajo ajeno y del capital, para producir bienes o servicios destinados al tráfico mercantil, en tanto que la sociedad es un contrato que genera un sujeto de Derecho. La empresa no es no es un negocio jurídico ni, mucho menos, sujeto de Derecho. Una sociedad puede organizar una empresa para cumplir con su objeto pero la organización empresarial será una emanación. Entonces, para los fines del trabajo se hablará de sociedad no de empresa.

Afortunadamente, la Ley N° 8828, sea la Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta superó ese yerro del proyecto y emplea el vocablo sociedad abreviada como “SPEM” –sociedades públicas de economía mixta- (ver particularmente el artículo 1° de la Ley.

Aclaradas así las cosas, se entra al examen concreto de estas sociedades desde distintos ángulos, todo con el objeto de propiciar un adecuado conocimiento de las mismas.

1. Órganos con potestad de iniciativa y de autorización para su creación

En su jurisprudencia, la Procuraduría General de la República –PGR- es clara en señalar que “...*para conformar una sociedad mixta, lo constituye la exigencia de que la iniciativa es exclusiva del Alcalde municipal. Al concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz, es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde Municipal...*” ⁽⁴²⁾.

(42) Opinión jurídica, OJ-103-99 y dictamen C-238-99)

Sobre este aspecto, y dada la claridad del artículo 13 inciso p) del Código Municipal en relación con el 17 –atribuciones del Alcalde Municipal-, consideramos que no existe duda alguna al respecto, sobretodo cuando el propio numeral 17 en sus incisos j) y ñ) señala: “**j)** *Proponer al Concejo la creación de (...) servicios indispensables para el buen funcionamiento del gobierno*”; “**ñ)** *Cumplir las demás atribuciones y obligaciones que le correspondan, conforme a este código, los reglamentos municipales y demás disposiciones legales pertinentes*”, considerando, pues, que, como se vio en la parte introductoria de este capítulo, las sociedades de marras propenden a una mejor y más eficiente prestación de los servicios que están bajo la competencia de las municipalidades. Esa toma de posición la desarrolla en la ley especial en el artículo 1°.

2. Aspectos que debe contener el acuerdo municipal que autoriza su constitución. Consideraciones acerca del contenido mínimo de la escritura correspondiente

En la referida opinión jurídica OJ-168-2006, la PGR es clara en señalar:

“...En lo referente al objeto de la sociedad, la forma de escoger los socios, la manera en que se conforma su junta directiva, la distribución de poderes entre sus órganos, la propiedad de las acciones y otros aspectos claves, estos deben quedar claramente definidos en el acuerdo del Concejo que autoriza la constitución de sociedades públicas de economía mixta, de tal manera que cuando el Alcalde comparezca ante el respectivo notario público plasme esos criterios en la escritura de constitución. Desde nuestro punto de vista, estos asuntos y otros, claves en la organización y funcionamiento de la sociedad, no podrían quedar a la libre discreción del Alcalde, sino que deben ser contemplados en el acuerdo del Concejo que autoriza la constitución de la sociedad...”

Consecuente con ese criterio, la ley establece en sus transitorios:

“TRANSITORIO I.- *La convocatoria y coordinación de la primera Asamblea General de Accionistas estará a cargo del Concejo Municipal. A este le corresponderá preparar el proyecto de Pacto Constitutivo e invitar a los organismos encargados de proponer candidaturas para la Junta Directiva que hagan llegar sus propuestas”*.

“TRANSITORIO II.- *El Pacto Constitutivo, aprobado en la primera Asamblea General de Accionistas, será otorgado en escritura pública por el presidente de la Junta Directiva actual ante la Notaría del Estado. El otorgamiento estará exento del cobro de cualquier tipo de honorarios de notario y del pago de impuestos, derechos de inscripción, tasas o cargos de cualquier naturaleza. Toda modificación futura del Pacto Constitutivo será otorgada ante la Notaría del Estado, igualmente sin sujeción a pago alguno de honorarios de notario o derechos de inscripción”.*

Estas normas deben ser replanteadas integralmente porque si bien concuerdan en punto a que debe ser el Concejo Municipal, en cuanto a órgano supremo de las corporaciones, el que determine los aspectos medulares que deben incorporarse posteriormente en la escritura correspondiente para su inscripción registral, presentan serios errores de fondo y forma:

a) Cuando dice en el “transitorio I” “...organismos encargados de proponer candidaturas para la Junta Directiva que hagan llegar sus propuestas”, no solamente no encuentra sustento en la letra del proyecto, sino que, además, es evidente que los únicos que podrían integrar la junta directiva serían las partes contratantes, sea, la administración -la municipalidad- y el adjudicatario –sea, el socio privado al que se adjudicó la licitación correspondiente-.

Lo anterior NO excluye la posibilidad que la municipalidad tome un acuerdo en el que decida –autorice- crear una sociedad pública de economía mixta con un determinado objeto, y que, con base en ello, defina los lineamientos que regularán la sociedad que se proyecta crear, precisamente como fundamento del concurso que promoverá para elegir al socio privado; mas, nuevamente, ello nada tiene que ver con aspectos de integración de las juntas directivas, aspecto este que únicamente atañe a las partes sociales como se ha dicho *supra*.

b.) No se está, técnicamente hablando, ante normas transitorias, sino permanentes y, además, resulta inoportuno que se encomiende a la Notaría del Estado los asuntos cartulares de estas sociedades. Los mismos deben ser propios de la voluntad de las partes en cuanto a que para la confección de la escritura pública de constitución y cualquier otro acto que requiera ser documentado de esa forma, sea o no para efectos de inscripción en el Registro, dicho trámite se hará ante el notario de preferencia de las partes sociales.

Ampliando el tema, la Procuraduría opinó:

“...Por último, en relación con las obligaciones que se le imponen a la Notaría del Estado en el transitorio II, debemos indicar que al final se establece un precepto legal de naturaleza permanente (las modificaciones futuras del pacto constitutivo), por lo que, de acuerdo con una técnica legislativa depurada, esta debe ser objeto de una regulación que esté en las normas permanentes de la Ley, y no en sus disposiciones transitorias. Como es bien sabido, el derecho transitorio es una técnica jurídica que busca dar respuesta a los problemas de aplicación de las normas en el tiempo, que se produce a raíz de la derogatoria y la vigencia de otra, en la que se hace necesario adaptar las situaciones prevalecientes a la nueva realidad que crea la nueva ley. En el dictamen C-060-99 del 24 de marzo de 1999, expresamos sobre el tema lo siguiente: ‘Las disposiciones transitorias forman parte del Derecho Intertemporal en cuanto tienen a solucionar conflictos de leyes. Ante los problemas de transitoriedad que la ley nueva produce, el legislador establece un régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas pendientes. En ese sentido, la función de las llamadas disposiciones transitorias es la de regular en forma temporal determinadas situaciones, con el fin de ajustar o acomodar la normativa nueva o la de dar un tratamiento distinto y temporal, de carácter excepcional, a ciertas situaciones. Hechos que no se pretende comprender dentro de esas nuevas regulaciones generales. Interesa resaltar que en la base de la norma transitoria se encuentra esa necesidad de responder a problemas planteados por la entrada en vigencia de la nueva ley; esa es su esencia. Se ha dicho que el contenido de las disposiciones transitorias consiste en: ‘a) Las reglas que regulan el régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas previas a la ley, bien declarando la aplicación de la nueva, bien declarando la pervivencia de la ley antigua, bien estableciendo un régimen transitorio distinto del establecido en ambas leyes. b) Los preceptos que regulan en forma provisional situaciones jurídicas nuevas cuando su finalidad sea la de facilitar la aplicación definitiva de la ley nueva...’ F. SAUBS M.-J.C, DA SILVA, citado por C.M, VALVERDE ACOSTA, Manual de Técnica Legislativa, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José, Asamblea Legislativa, 1991, p. 211’. Regulación del régimen jurídico aplicable a situación jurídica previa o bien, regulación con carácter provisional de situaciones jurídicas nuevas. En el mismo sentido, Luis Díez-Picazo expresa: ‘En efecto, una disposición transitoria puede solucionar el conflicto de leyes estableciendo cuál de las dos –la antigua o la nueva ley- es la llamada a regular cada tipo de situación jurídica. Así, por ejemplo, puede ordenarse que las situaciones nacidas al amparo de la ley antigua continuarán rigiéndose en todo caso por ella. Esta clase de disposiciones transitorias contiene normas de conflictos en sentido estricto; es decir, no regulan directamente situación alguna, sino que a través de un punto de conexión determinan cuál de las leyes en conflicto es la aplicable. Junto a esta posibilidad, cabe asimismo que el legislador dicte otra clase de disposiciones transitorias, en virtud de las cuales

se da una regulación específica – diferente, por tanto, de las recogidas en la ley antigua y en la ley nueva-, a las situaciones pendientes al momento del cambio legislativo, o a las situaciones que se produzcan en tanto entra plenamente en vigor la nueva ley en los casos de eficacia diferida. Este segundo tipo de disposiciones transitorias no contiene ya normas de conflicto en sentido técnico, sino por emplear de nuevo la terminología del Derecho Internacional Privado, normas materiales, que imputan directamente a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica. Lo que hace a estas disposiciones poseer naturaleza intertemporal no es ya su estructura, sino que su supuesto de hecho contempla precisamente un problema de conflicto de leyes. De ahí, que se trate de normas con vigencia temporal limitada o leyes ad tempus, pues por definición se refieren a un número de posibles situaciones no indefinido; y de ahí también, que al contener normas materiales, puedan suscitar a su vez nuevos conflictos temporales con otras leyes’ L. DIEZ-PICAZO: La derogación de las leyes, Civitas, Madrid, 1990, pp. 193-194”. Por otra parte, no podemos dejar de lado que la Procuraduría General de la República solo cuenta con dos notarios que deben realizar todas las escrituras públicas de la Administración Pública. Además, no resulta congruente ni racional el asignar nuevas tareas (todas las modificaciones futuras del pacto constitutivo de las EMEM) al Órgano Asesor sin que se indiquen ni se establezcan las fuentes de financiamiento para sufragar los eventuales gastos en que podría incurrir la institución a causa de esas nuevas funciones. En estos casos, debe establecer la fuente de financiamiento y, mediante una norma transitoria, darle el contenido presupuestario correspondiente a la Procuraduría General de la República...”⁽⁴³⁾.

En este sentido, en la Ley N° 8828 no se contemplaron esos transitorios, lo que se considera oportuno por las razones ya dichas, y más bien, en el artículo 3 se entiende de aspectos relativos al acuerdo municipal que dispone su constitución, particularmente en cuanto al tipo de votación, contenido mínimo del acuerdo municipal y obligatoriedad del Alcalde en fiscalizar ese contenido, al decir:

“Para su creación se requiere la aprobación de dos tercios del total de los miembros que integran el concejo municipal respectivo.

El acuerdo del concejo que autoriza la constitución de la SPEM deberá señalar, al menos, el objeto de la sociedad, la forma como se escogerán los socios, la manera como se conformará la junta directiva, la distribución de los poderes entre sus órganos, la propiedad de las acciones, la forma como se liquidará la SPEM, en caso de disolución, así como los aspectos que sean relevantes para la constitución de la sociedad.

⁽⁴³⁾ Opinión jurídica OJ-168-2006.

El alcalde o los alcaldes verificarán la inclusión de estos aspectos en la escritura constitutiva”.

Sin perjuicio de lo anterior, esa norma debe complementarse, y en lo tocante a la escritura pública de constitución, en cuanto a que su vehículo jurídico es una sociedad, a lo dispuesto en el artículo 18 del Código de Comercio que a la letra sienta:

“Artículo 18.- *La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener:*

- 1) Lugar y fecha en que se celebra el contrato;*
 - 2) Nombre y apellidos, nacionalidad, profesión, estado civil y domicilio de las personas físicas que la constituyan;*
 - 3) Nombre o razón social de las personas jurídicas que intervengan en la fundación;*
 - 4) Clase de sociedad que se constituye;*
 - 5) Objeto que persigue;*
 - 6) Razón social o denominación;*
 - 7) Duración y posibles prórrogas;*
 - 8) Monto del capital social y forma y plazo en que deba pagarse;*
 - 9) Expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y consignarse la estimación correspondiente. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo superior al verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros por el exceso de valor asignado y por los daños y perjuicios que resultaren.*
- Igual responsabilidad cabrá a los socios por cuya culpa o dolo no se hicieren reales las aportaciones consignadas como hechas en efectivo;*
- 10) Domicilio de la sociedad; deberá ser una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones. (*)*

11) Forma de administración y facultades de los administradores;

12) Nombramiento de los administradores, con indicación de los que hayan de tener la representación de la sociedad con su aceptación, si fuere del caso;

13) Nombramiento de un agente residente, que cumpla con los siguientes requisitos: ser abogado, tener oficina abierta en el territorio nacional, poseer facultades suficientes para atender notificaciones judiciales y administrativas a nombre de la sociedad, cuando ninguno de sus representantes tenga su domicilio en el país.

El Registro no inscribirá ningún documento relativo a la sociedad, si en los casos en que sea necesario, el nombramiento no se encontrara vigente. ()*

14) Modo de elaborar los balances y de distribuir las utilidades o pérdidas entre los socios.

15) Estipulaciones sobre la reserva legal, cuando proceda;

16) Casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente;

17) Bases para practicar la liquidación de la sociedad;

18) Modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente y facultades que se les confieren; y

19) Cualquier otra convención en que hubieren consentido los fundadores.”

Lo anterior ***sin perjuicio*** de las obvias modificaciones que su especial naturaleza le imponen a esta sociedad y que son precisamente el objeto de esta investigación.

Ahora bien, las anteriores aseveraciones tienen por premisa normativa, el hecho insoslayable de encontrarnos ante una persona jurídica que nace a partir de un contrato administrativo.

Con base en ello, y a fin de tutelar el interés público *in situ* en ello, la Ley de la Contratación Administrativa N° 7494 dispone, como para todo contrato de la Administración,

una serie de presupuestos que indefectiblemente habrán de ser cumplidos a cabalidad si la administración promovente está interesada en que su emprendimiento mixto nazca válidamente a la vida jurídica. Amén de ello, esta normativa permite desalentar “aventuras empresariales” infundamentadas que a la postre no sólo no tendrán ningún efectivo positivo en el municipio, sino que, a su vez, protegen la hacienda pública y asegura, desde el inicio, que la persona legal a crear podrá nacer conforme con el bloque de legalidad.

Dentro de los presupuestos dichos –porque *infra* se verán varios más-, se tiene el de la voluntad fundamentada del Concejo Municipal para autorizar la constitución de estas sociedades a partir de una iniciativa del Alcalde igualmente fundada.

Esta doble fundamentación se concibe y se hace realidad en el plano normativo con base en los artículos 7, 8 y 9 de la ley citada que establecen:

“Artículo 7.- Inicio del procedimiento.

El procedimiento de contratación se iniciará con la decisión administrativa de promover el concurso, emitida por el jerarca o titular subordinado competente. Esta decisión encabezará el expediente que se forme y contendrá una justificación de su procedencia, una descripción y estimación de costo del objeto, así como el cronograma con las tareas y los responsables de su ejecución.

La justificación del inicio del procedimiento de contratación deberá estar acorde con lo establecido en los planes de largo y mediano plazos, el Plan Nacional de Desarrollo, cuando sea aplicable, el plan anual operativo, el presupuesto y el programa de adquisición institucional, según corresponda”.

“Artículo 8.- Disponibilidad presupuestaria

Para iniciar el procedimiento de contratación administrativa, es necesario contar con recursos presupuestarios suficientes para enfrentar la erogación respectiva. En casos excepcionales, y para atender una necesidad muy calificada, a juicio de la Administración y previa autorización de la Contraloría General de la República, podrán iniciarse los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual se requiere la seguridad de que oportunamente se dispondrá de la asignación presupuestaria. En estas situaciones, la

Administración advertirá, expresamente en el cartel, que la validez de la contratación queda sujeta a la existencia del contenido presupuestario.

En las contrataciones cuyo desarrollo se prolongue por más de un periodo presupuestario, deberán adoptarse las previsiones necesarias para garantizar el pago de las obligaciones”.

“Artículo 9.- Previsión de verificación

Para comenzar el procedimiento de contratación, la Administración deberá acreditar, en el expediente respectivo, que dispone o llegará a disponer, en el momento oportuno, de los recursos humanos y la infraestructura administrativa suficiente para verificar el fiel cumplimiento del objeto de la contratación, tanto cuantitativa como cualitativamente”.

Decisión administrativa implica la necesidad de satisfacer determinado cometido público; esa decisión, a su vez, requiere contenido económico cierto y acreditación del recurso necesario para que el contrato se cumpla y, consecuentemente, que respalde esa decisión.

Cabalmente, el numeral 8 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa No. 33411-H, desarrolla esa decisión inicial que en la materia bajo examen es crucial reparando en lo bisoño de la figura en cuestión y de la harto señalada falta de legislación especial.

Dice ese numeral:

“Artículo 8.- Decisión inicial.

La decisión administrativa que da inicio al procedimiento de contratación será emitida por el Jefe de la Unidad solicitante o por el titular subordinado competente, de conformidad con las disposiciones internas de cada institución.

Esta decisión se adoptará una vez que la unidad usuaria, en coordinación con las respectivas unidades técnica, legal y financiera, según corresponda, haya acreditado, al menos, lo siguiente:

a) *Una justificación de la procedencia de la contratación, con indicación expresa de la necesidad a satisfacer, considerando para ello los planes de largo y mediano plazo, el Plan Nacional de Desarrollo, el Plan Anual Operativo, el presupuesto y el Programa de Adquisición Institucional, según corresponda.*

b) *La descripción del objeto, las especificaciones técnicas y características de los bienes, obras o servicios que se requieran, en caso de que puedan existir diferentes opciones técnicas para satisfacer la necesidad, acreditar las razones por las cuales se escoge una determinada solución, así como la indicación de la posibilidad de adjudicar parcialmente de acuerdo a la naturaleza del objeto. La Administración Central de manera obligatoria, y facultativamente las demás instituciones del Sector Público, utilizarán el catálogo de mercancías de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda.*

c) *Cuando corresponda por la naturaleza del objeto, los procedimientos de control de calidad que se aplicarán durante la ejecución del contrato y para la recepción de la obra, suministro o servicio.*

d) *La estimación actualizada del costo del objeto, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento en cuanto a la estimación del negocio.*

e) *En las licitaciones públicas, salvo que por la naturaleza del objeto no resulte pertinente, deberá acreditarse la existencia de estudios que demuestren que los objetivos del proyecto de contratación serán alcanzados con una eficiencia y seguridad razonables. Para determinar la eficiencia, se valorará el costo beneficio de modo que se dé la aplicación más conveniente de los recursos asignados. La seguridad razonable será determinada una vez considerados los riesgos asociados de la contratación, y éstos sean analizados y evaluados para adoptar las medidas pertinentes de administración de riesgos, según lo dispone la Ley General de Control Interno.*

f) *Indicación expresa de los recursos humanos y materiales de que dispone o llegará a disponer para verificar la correcta ejecución del objeto del contrato. En la etapa de definición de especificaciones técnicas, selección y ejecución contractual deberá participar la unidad usuaria de la Administración que formuló el requerimiento.*

g) *La designación de un encargado general del contrato cuando, por la magnitud del negocio o porque así sea conveniente al interés público o institucional, tal designación resulte conveniente para la adecuada ejecución del contrato.*

El funcionario competente valorará el cumplimiento de los anteriores requisitos, dispondrá la confección de un cronograma con tareas y responsables de su ejecución y velará por el debido cumplimiento del contrato que llegue a realizarse; e informará a la brevedad posible al adjudicatario, cualquier ajuste en los tiempos del cronograma o incumplimiento trascendente de éste, a fin de que se adopten las medidas pertinentes, de lo cual deberá mantener informado en todo momento a la Proveduría Institucional”.

Así, se comprueba que desde el punto de vista de la legislación de contratación administrativa existen normas que, bien aplicadas, eliminan o reducen la posibilidad de “aventuras empresariales”.

La anterior precisión ha sido compartido por la Procuraduría al decir: “*En todo caso, es necesario que la decisión de constituir la sociedad mercantil sea producto del estudio de la factibilidad del funcionamiento de la empresa y, por ende, su viabilidad financiera. Además, si se recurre a esta forma de gestión, debe ser porque permite una mejor gestión de los intereses locales...*”⁽⁴⁴⁾.

3. El carácter público de estas sociedades: Sumisión a la normativa de control

De la simple lectura de la legislación comparada vista *supra*, se aprecia que estas sociedades pueden ser tenidas como públicas o privadas en función del mayor o menor control que tenga el Estado en sentido amplio en el capital social, con lo que si este es mayor al que represente el capital privado se las tendrá como públicas y a la inversa como privadas.

El primer esquema es el que ha acogido en la norma de comentario el legislador costarricense al autorizar *únicamente* “...la constitución de sociedades públicas de economía mixta...”. En idéntico sentido la PGR en su jurisprudencia administrativa determina que “...Con base en lo anterior, las municipalidades están autorizadas a constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su participación en la sociedad sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social⁽¹⁴⁾, con lo que se da la condición de empresa o sociedad pública⁽¹⁵⁾, o tengan el control de la gestión,

⁴⁴ Opinión Jurídica OJ-128-2004 sobre la legalidad de la creación de una empresa de servicios públicos en Alajuela.

aunque su participación sea la de un socio minoritario, cumpliéndose, de esta forma, con el primero, de varias requisitos, que exige el legislador para conformar este tipo de sociedad....”

Ergo, será mixta la sociedad de marras, con base en la legislación actual, siempre y cuando: o la municipalidad sea el socio mayoritario o tenga el control de la gestión, aun y cuando no del capital social e, incluso, si controla ambos, y el primero lo es como socio mayoritario.

Y es que, incluso, ya la Ley de Contratación Administrativa N° 7494 admite la posibilidad de empresas públicas en las cuales el capital social no pertenece, en su mayoría, al sector público, al decir: “**Artículo 2.- Excepciones** *Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta Ley las siguientes actividades (...) Se exceptúan de la aplicación de esta Ley(...) las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público*”. Como se ve, la propia ley de comentario excluye de los procedimientos de contratación administrativas a las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público.

Igualmente, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 7428, en los artículos 4 y 8 dispone:

“Artículo 4.- Ámbito de su Competencia

La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública.

La Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:

a) **Los entes públicos no estatales de cualquier tipo.**

b) Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que indica esta Ley.

*...d) **Las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la presente Ley...***

"Artículo 8. HACIENDA PÚBLICA.

La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.

El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior.

Al respecto en la opinión jurídica OJ-128-2004, el Abogado del Estado fue determinante en señalar:

“...En orden al régimen jurídico, se dispone que la "empresa y sus subsidiarias estarán sometidas al derecho privado en el giro normal de sus actividades", lo cual es válido y aceptable en lo que se refiere a las actividades comerciales e industriales de empresa. El artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública expresamente señala que el Derecho Privado regulará la actividad empresarial de los entes privados. Pero esa sujeción al Derecho Privado es cuestionable en tratándose de los servicios municipales cuyo objeto no sea industrial o comercial. En todo caso, la gestión tendrá que comprender necesariamente las disposiciones aplicables a los servicios públicos, así como el régimen de responsabilidad administrativa.

En orden a la representación de sociedades nacionales y extranjeras, cabe recordar que lo municipal se define como lo local. No pareciera, a priori, que dicha representación corresponda a un interés local. Por ende, que pueda enmarcarse en el objeto de la sociedad municipal.

Queda claro que en tanto empresa pública, la empresa es parte de la Hacienda Pública y, por ende, sujeto fiscalizado por la Contraloría General de la República. El alcance de ese control lo define la Constitución y la ley. Corresponderá a la Contraloría definir dentro de ese marco legal cómo ejerce el control. Debe resultar claro que una escritura pública no tiene el efecto de restringir dicho control. Por consiguiente, resulta absolutamente improcedente que se pretenda limitar por medio de escritura pública el control de la Contraloría General a un control a posteriori. Además, le resultan aplicables a la empresa las disposiciones que integran la Hacienda Pública en tanto régimen, entre ellas, la Ley de Contratación Administrativa, la Ley General de Control Interno. En la medida en que se presten servicios públicos comprendidos dentro del artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, le resultará aplicable dicha Ley.

En todo caso, debe tomarse en cuenta que el ámbito de aplicación de ese ordenamiento es de rango legal. Por consiguiente, sólo la ley puede excepcionar la aplicación de las normas correspondientes...”

Con base en lo anterior, las sociedades de comentario, y conforme con la legislación positiva costarricense, son entes públicos no estatales de carácter público, debiendo considerar que, sin perjuicio de ello, sus actuaciones contemplan acciones administrativas y la participación, si bien minoritaria, del socio privado, lo mismo que el vehículo jurídico que emplean –sociedades de capital-, explica su naturaleza mixta en cuanto a que realizan actividades y en su giro se someten también al Derecho Privado.

Sobre lo anterior, el proyecto de ley recoge esa naturaleza al sentar:

“ARTÍCULO 1.- *Autorízase a las municipalidades a crear sociedades anónimas de capital mixto, con personería y patrimonios propios, denominadas empresas municipales de economía mixta, denominación que podrá abreviarse E.M.E.M. Para formar una empresa de este tipo, se requiere la participación de la municipalidad y al menos un sujeto privado, sin perjuicio de la participación de otras entidades públicas. Quedan autorizadas las municipalidades participantes a invertir en estas empresas capital accionario,*

para tal efecto el monto requerido, será presupuestado en un solo período o en varios periodos, además hacer aportes en especie. De igual manera lo podrán hacer las instituciones del Estado”.

“ARTÍCULO 5.- Las empresas municipales de economía mixtas son empresas formadas con capital accionario del cual al menos el cincuenta y uno por ciento (51%) debe pertenecer a la municipalidad que conforma la empresa municipal de economía mixta; para cuyo aporte quedan debidamente autorizadas por esta norma. El otro porcentaje de las acciones podría pertenecer a sujetos de derecho privado.”

No obstante lo anterior, y como lo señaló La Contraloría General de la República en su intervención en este asunto ⁽⁴⁵⁾, el proyecto de ley induce a confusión puesto que tanto en los artículos citados como en su mismo título, y en el resto del articulado no emplea ese necesario distintivo de su naturaleza pública, lo que podría llamar a confusiones, toda vez que como se vio en la parte de legislación comparada y en la legislación general positiva nacional expuesta en este punto, pueden existir tanto sociedades de capital mixto públicas como privadas, y lo que el legislador en el Código Municipal lo hizo fue recoger la primera de esas figuras de gestión de los servicios municipales, intención que de igual se observa en el proyecto. Ergo, y para evitar confusiones innecesarias, se deberá incluir en los puntos referidos la denominación de públicas de esas sociedades. Asimismo, se incurre en otro error conceptual y muy de fondo cuando se dice en el artículo 5 “...El otro porcentaje de las acciones podría pertenecer a sujetos de derecho privado.”, puesto que precisamente y como se ha visto en abundancia, lo “mixto” le viene a esas sociedades por la intervención del socio privado; de Derecho Privado, puesto que de no ser así se estaría ante una típica empresa constituida por entes de Derecho Público, por lo que la sociedad no sería de economía mixta, sino, simplemente, pública, aun y cuando se organizara bajo esquemas de Derecho Privado.

Por demás, también el proyecto incurre en inadecuado uso de la terminología jurídica en el artículo 1º, al hablar de “personería jurídica” cuando lo correcto es personalidad jurídica⁴⁶, aspecto este que de igual se deberá corregir en el texto definitivo que eventualmente

⁽⁴⁵⁾ Oficio DAGJ-1940-2006 referencia oficio N° 16793 de 5 de diciembre del 2006, suscrito por la División de Asesoría y Gestión Jurídica, pp. 2 a 7.

⁽⁴⁶⁾ Sobre las diferencias entre ambos términos ver el oficio N° 8069 (DAGJ-1689-2004) de 15 de julio del 2004, de la misma dependencia citada del ente contralor.

se llegare a aprobar, y que tanto la Contraloría como el propio Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa también advirtieron⁴⁷

Esta conceptualización de empresas públicas, explica el porqué es absolutamente criticable el proyecto en el numeral 7 que dice:

“ARTÍCULO 7.- Las empresa municipales de economía mixta y sus subsidiarias estarán sometidas al derecho privado en el giro normal de sus actividades. En esta medida, se entienden excluidas expresamente de los alcances de la Ley de Administración Financiera de la República, N.º 1279, de 2 de mayo de 1951; la Ley de creación de la Autoridad Presupuestaria, N.º 6821, de 19 de octubre de 1982; la Ley de Contratación Administrativa, N.º 7494, de 2 de mayo de 1995; la Ley de Planificación Nacional, N.º 5525, de 2 de mayo de 1974, y la Ley para el equilibrio financiero del Sector Público, N.º 6955, de 24 de febrero de 1984 y los respectivos reglamentos.

La Contraloría General de la República, la Superintendencia General de entidades financieras y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos ejercerán sus facultades legales sobre las EMEM, bajo la modalidad de control posterior.

Asimismo, en materia de gestión operativa de los servicios a cargo de la empresa, la Contraloría General de la República ejercerá funciones de fiscalización”.

No debe obviar el proyecto que dada su naturaleza, estas empresas integran la “Hacienda Pública” definida en el transcrito artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuya tutela entraña un principio de rango constitucional que le corresponde fiscalizar, cabalmente, a la Contraloría⁴⁸, lo que faculta al ente contralor a desplegar todas sus atribuciones de manera, evidentemente, mucho más amplia que la propuesta en el numeral 7 del proyecto, porque, como señala la Contraloría en su oficio, las leyes “...no son más que el desarrollo de los principios y deberes establecidos a nivel constitucional...”⁴⁹, siendo entonces, que mediante una norma legal no se puede pretender limitar las potestades

(47) Ver en cuanto a este último órgano del Primer Poder de la República el oficio ST.193-2007 J de 1º de octubre de 2007, por el que se remite el correspondiente informe jurídico de se proyecto de ley, p. 7)

(48) Ver entre otros los votos 2306-91 y 3667-03 referidos por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa en el oficio ST.193-2007 J...p.7.

(49) Oficio DAGJ-1940-2006...p.10.

legales reconocidas a la Contraloría y que se desarrollan, entre otros, en su ley orgánica, lo mismo que en la Ley General de Control Interno, Ley de la Administración Financiera y de los Presupuestos Públicos y en la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito; normativa *infra* constitucional que deriva, entre otros, de los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, que dicen:

“ ARTÍCULO 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores”.

; “ARTÍCULO 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría: 1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República; No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella; 2) Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación; 3) Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos; 4) Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos; 5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen”.

Sobre esta misma base, en su oficio la Contraloría reproduce en lo conducente el homónimo 7834 (DAGJ-995-2003) de 22 de julio del 2003, vertido con ocasión del proyecto de ley “Ley de Interpretación Auténtica del Artículo 8 de la Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia N° 7789 de 30 de abril de 1998”, que como lo reconoce la Contraloría trata un caso similar al supuesto en el artículo 7 del proyecto en examen, y que por su importancia para lo que ahora se dice nos permitimos reproducir igualmente en lo conducente:

“I. Sobre el contenido del proyecto de ley N° 14952

El proyecto de ley cuenta de un único numeral que dispone la interpretación auténtica del artículo 8 de la Ley No. 7789, de 30 de abril de 1998, estableciendo al efecto que la ESPH no está afecta a las disposiciones de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuesto Públicos, No. 8131, de 18 de setiembre de 2001, así como tampoco a las restricciones impuestas por la Ley Orgánica del Banco

Central de Costa Rica, en materia de contratación de créditos. Asimismo, se indica que conforme a lo establecido en el párrafo segundo de la disposición legal que mediante ese proyecto de ley se interpreta, la ESPH se encuentra dispensada del requisito de aprobación previa de los contratos que celebre para el cumplimiento de sus fines por parte de la Contraloría General de la República.

Como se puede desprender del texto de dicho artículo, son tres los campos en los cuales se pretende excluir a la ESPH de la aplicación de las correspondientes regulaciones, para cada uno de los cuales, seguidamente hacemos nuestros comentarios. Por último nos referiremos al tema de la naturaleza de la técnica de la interpretación auténtica.

I. Sobre la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuesto Públicos, N° 8131.

Previo a realizar el análisis correspondiente a este punto, conviene hacer referencia a la naturaleza jurídica de la ESPH, para lo cual resulta fundamental mencionar la sentencia de la Sala Constitucional No. 8855-2000 de 10 de octubre de 2000, en la cual se estableció en lo que interesa que:

*“Por medio de la Ley número 7789 se transformó la Empresa de Servicios Públicos de Heredia en una sociedad anónima de utilidad pública denominada Empresa de Servicios Públicos de Heredia, Sociedad Anónima. Según lo establecido en el artículo 8 de esta Ley, esta Empresa y sus subsidiarias estarán sometidas al derecho privado en el giro normal de sus actividades, no obstante, en este mismo artículo se establece que en el caso de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ésta ejercerá sus facultades legales sobre la sociedad, bajo la modalidad de control posterior. La constitución de sociedades anónimas cuyo capital social en su totalidad o mayoritariamente pertenecen al Estado tiene un efecto meramente instrumental, de formal tal que su forma jurídica no afecta los fines para los cuales fue constituida.../ Quiere esto decir que **la recurrente, como sociedad del Estado, se rige predominantemente por el derecho privado en aquellos ámbitos de carácter instrumental que precisamente sustentan su creación, sin embargo, en ciertas áreas, determinadas por la finalidad pública perseguida, está sujeta al derecho público.** Esta faceta pública en la cual se muestra la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, se hace más ostensible en la posibilidad que tiene la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en uso de sus facultades legales de fijación de precios y tarifas, ejercer poderes de fiscalización en este sentido. La finalidad pública perseguida, la participación estatal en la totalidad del capital social accionario y las potestades fiscalizadoras de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la fijación de tarifas, hace que **necesariamente deba conceptualizarse a la recurrente como una empresa pública, a***

pesar de que para efectos instrumentales se encuentre constituida como una sociedad anónima.” (El resaltado no es del original).

Por su parte, la Procuraduría General de la República se ha referido a la naturaleza jurídica de la ESPH, y específicamente en el dictamen N. 246-2001 de 17 de setiembre de 2001 indicó que a pesar de su forma de organización de Derecho Privado, la Empresa continúa siendo una empresa pública.

Una vez determinada la naturaleza jurídica de la ESPH como un empresa pública, pasamos a referirnos al caso concreto de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuesto Públicos, para establecer si a criterio de esta Contraloría General la empresa en cuestión entra o no en su ámbito de aplicación.

Anteriormente, esta Contraloría General se había referido a este tema, tal y como se puede observar en el oficio N° 03953 (FOE-PR-066) del Área de Servicios Públicos Remunerados de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, de fecha 23 de abril de 2003, dirigido precisamente a la ESPH, que al respecto indicó que:

“En el artículo 1º, inciso c), de esa Ley, referido a su ámbito de aplicación, el legislador dispuso que esta normativa le es aplicable a las empresas públicas del Estado, sin hacer diferencia alguna a su naturaleza o propiedad municipal. De ahí que no cabe la menor duda de que estamos en presencia de un caso en el que existe una serie de normativa legal y reglamentaria de carácter especial dentro del orden del derecho administrativo, que debe ser aplicada en forma prevalente e integrativa, sobre todo por tratarse de disposiciones que imponen un tipo de actuación a los entes públicos destinatarios de las mismas. En este sentido, resulta evidente que para la situación en particular de la ESPH y JASEC, la ley citada no debe entenderse en términos generales desaplicada.”

Por su parte, la Procuraduría General de la República en dictamen C-120-2002, de 14 de mayo de 2002, dirigida al Presidente de la ESPH indicó que:

“ a) Se reitera que la Empresa de Servicios Públicos de Heredia constituye una empresa pública, propiedad de las municipalidades de la Provincia de Heredia, aunque organizada bajo forma societaria

b. Dada esa naturaleza y en vista de que el artículo 21 de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos no la contempla entre sus excepciones, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A. está sujeta a la competencia de la Autoridad Presupuestaria.

c. Consecuentemente, este órgano colegiado puede formular directrices que resulten aplicables a la ESPH, las cuales deberán ser emitidas por Decreto Ejecutivo.”

Tal y como se hizo ver por esta Contraloría General en aquella oportunidad, queda claro que la Ley No. 8131 y su reglamento, así como la normativa que a la luz de esas disposiciones ha sido emitida, son de aplicación general a la ESPH. De esta manera, desde el momento en que entró en vigencia dicha ley, operó válidamente una reforma al ordenamiento jurídico y en particular a la normativa que rige a la ESPH, al quedar dicha empresa sujeta a sus regulaciones.

Cabe aclarar, que en la exposición de motivos del proyecto de ley en comentario, se denota un equivocado planteamiento con respecto al tema de la aplicabilidad de la Ley No. 8131, ya que se alega que “en virtud de una simple definición contenida en el inciso d) párrafo 2 del artículo 1⁵⁰ del indicado ordenamiento legal, se ha pretendido interpretar que su aplicación se extiende, indiscriminadamente, a entes públicos no estatales que administran recursos públicos”, cuando resulta evidente que no es con respecto a ese inciso por medio del cual se determina la aplicabilidad de la Ley, sino más bien con respecto al inciso c) que se refiere a “c. La Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado.” Por lo tanto, la Ley No. 8131 le es aplicable a la ESPH, como empresa pública que es, no por una interpretación indiscriminada como se ha pretendido ver, sino porque literalmente el inciso c) del artículo 1 de dicha ley así lo dispone.

Como mencionamos líneas atrás, esta Contraloría General había analizado anteriormente este tema y en aquella oportunidad, se hacía referencia a la Ley N° 8345 de 26 de febrero de 2003, sobre Participación de las Cooperativas de Electrificación Rural y de las Empresas de Servicios Públicos Municipales en el Desarrollo Nacional, particularmente en lo dispuesto en el artículo 2, inciso e) donde se define lo que debe entenderse por empresa de servicios públicos municipales, estableciendo al efecto que:

“e) Empresa de servicios públicos municipales: Organización creada para solucionar el problema de los servicios públicos, primordialmente el de la energía eléctrica, en su área de concesión, mediante proyectos y actividades, no sujetos a límites presupuestarios, ni a regulaciones de ningún tipo en materia de endeudamiento y de inversiones públicas, establecidas en cualquier ley o decreto, que aplique la Autoridad Presupuestaria, el Banco Central de Costa Rica o el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica.”

⁽⁵⁰⁾ De conformidad con el Artículo 1, inciso d) párrafo segundo: “También esta Ley se aplicará, en lo que concierna, a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público y las entidades privadas, en relación con los recursos de la Hacienda Pública que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria, por los órganos y entes referidos en los incisos anteriores o por los presupuestos institucionales de los bancos del Estado.”

Al respecto indicaba esta Contraloría General, que dicha norma no puede tenerse como una derogatoria general expresa ni como una derogatoria tácita genérica de todas las leyes vigentes que regulan el accionar de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC) y de la ESPH. Así, se dijo que si la voluntad legislativa contenida en el inciso e) indicado, fue la de eliminar la aplicación de las normas señaladas y ya excluidas anteriormente de su aplicación en las leyes Nos. 7789⁵¹ y 7799, la redacción de dicha norma presenta, en cuanto a esa intención, un vacío legal importante que no permite al operador jurídico, concluir en esos mismos términos pretendidos. De esta manera, se estableció que tendría entonces que examinarse e interpretarse con detenimiento las normas en general para identificar cuáles de ellas imponen restricciones relacionadas con los límites en materia presupuestaria, de inversión y endeudamiento, para así determinar, caso por caso, cuál es la afectación concreta y si resulta de aplicación la norma contenida en el artículo 2, inciso e) de la Ley No. 8345.

*Cabe destacar que de conformidad con lo establecido en el artículo 2 inciso e) de la Ley No. 8345, la normativa **en materia de límites presupuestarios, de endeudamiento y de inversión**, (entre ella la Ley 8131) deberá ser desaplicada para la ESPH. Sin embargo, es importante señalar que lo anterior no quiere decir que la integridad de la Ley No. 8131 deba ser desaplicada, pues tal y como veremos más adelante, existen varias disposiciones que sí afectan a la Empresa, y en todo caso conviene reiterar que no existe una derogatoria expresa ni tácita de todas las normas que contengan restricciones, por lo que no cabría interpretar lo contrario.*

Llegados a este punto, vale la pena traer a colación un reciente criterio emitido por la Procuraduría General de la República, que en el dictamen C-188-2003, de 23 de junio del año en curso, se refiere al tema de si la Junta Administrativa de Servicios Eléctricos de Cartago y la ESPH se sustraen del ámbito de la Autoridad Presupuestaria, indicando al respecto que:

“A nuestro modo de ver, con base en una interpretación literal, sistemática y teleológica del precepto legal, al indicarse de que las citadas empresas y las que se constituyan en el futuro no estarán sujetas a límites presupuestarios, debe incluirse dentro de este concepto la materia salarial y de empleo. Desde esta perspectiva, cuando se habla de materia de endeudamiento e inversiones no estamos ante una precisión conceptual, sino ante un énfasis que el legislador quiso dar. Así las cosas, el hecho de que no

⁽⁵¹⁾ El artículo 8 de la Ley N° 7789 estableció: "La empresa y sus subsidiarias estarán sometidas al derecho privado en el giro normal de sus actividades. En esa medida, se entienden excluidas expresamente de los alcances de la Ley de Administración Financiera de la República, N° 1279, de 2 de mayo de 1951; la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, N° 6821, del 19 de octubre de 1982, la Ley de Contratación Administrativa, N° 7484, de 2 de mayo de 1995; la Ley de Planificación Nacional, N° 5525, de 2 de mayo de 1974, y la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, N° 6955, de 24 de febrero de 1984 y los respectivos reglamentos ..."

se haya señalado la materia salarial y de empleo, no significa, de ninguna manera, que el legislador quiso, con esa redacción, someter a la Autoridad Presupuestaria a estas empresas en esas materias.”

Para los efectos del proyecto de ley en comentario, la interpretación dada por la Procuraduría implicaría que toda aquella materia de salarios y empleo público regulada en la Ley No. 8131, no afectaría a la ESPH; sin embargo, este criterio no implica que la totalidad de la Ley No. 8131 se entienda desapplicada, por cuanto no existe norma legal posterior que permita llegar a esa conclusión.

Con respecto a la autonomía de una empresa como la ESPH, conviene aquí hacer mención al criterio de esta Contraloría General, contenido en el oficio N° 03953 (FOE-PR-066) anteriormente citado, en el que se indicó que existen reservas en cuanto a la pretensión de traspasar la autonomía que con la promulgación de la actual Constitución Política se le otorgó a las Municipalidades en la administración de los intereses locales, a una empresa de su propiedad, sin que esto así le sea reconocido expresamente por el legislador. En todo caso, se dijo que asumiendo que sí les asiste esa autonomía municipal, se debe tener presente que el constituyente le otorgó esa condición a las Municipalidades, estableciendo una descentralización administrativa y política en lo que corresponde a la materia local y a su organización.

Por otra parte, esta Contraloría General había indicado que si bien el legislador ha dejado de lado la posibilidad de que sobre este tipo de empresa existan y se apliquen cierto tipo de controles de orden financiero y macroeconómico, concebidos para asegurar estabilidad económica y servicio público eficiente, la potestad constitucional del Estado para ejercer cierto tipo de tutela y coordinación no puede entenderse abolida.

En este sentido, cabe hacer mención a lo dispuesto por el artículo 188 de la Constitución Política, con relación a la sujeción de las instituciones autónomas a la ley en materia de gobierno, con lo cual su autonomía se orienta a una de tipo administrativo. De esta manera, la Sala Constitucional en jurisprudencia reiterada ha delimitado la autonomía de las entidades descentralizadas, y así en la resolución No. 3309-94 de 5 de julio de 1994 indicó que:

“La autonomía administrativa de las instituciones descentralizadas constituidas en el Título XIV de la Constitución, es una garantía frente al accionar del Poder Ejecutivo Central, mas no frente a la ley en materia de Gobierno (...)Esto quiere decir que las instituciones autónomas no gozan de una garantía de autonomía constitucional irrestricta, toda vez que la ley, aparte de definir su competencia, puede someterlas a directrices derivadas de políticas de desarrollo que ésta misma encomiende al Poder Ejecutivo Central, siempre que, desde luego, no se invada con ello ni la esfera de la autonomía administrativa propiamente dicha, ni la competencia de la misma Asamblea o de otros órganos constitucionales como la Contraloría General de la

República.(...) De esta manera, la reforma hizo constitucionalmente posible someter a las entidades autónomas en general a los criterios de planificación nacional y en particular, someterlas a las directrices de carácter general dictadas desde el Poder Ejecutivo central o de órganos de la Administración Central (llamados a complementar o a fiscalizar esa política general).”

Fuera de las materias relacionadas con los límites presupuestarios, endeudamiento, e inversión, existen otras que entrarían a regular a la empresa en cuestión. Así, en lo relativo a los principios y disposiciones generales de la Administración Financiera, a regulaciones de contenido presupuestario, técnicas de formulación presupuestaria, entre otras, sí serían de aplicación para esta empresa. Un tema sobre el cual vale la pena llamar la atención es el relativo a la sujeción al Plan Nacional de Desarrollo regulado en el artículo 4 y siguientes de la Ley No. 8131, ya que resulta fundamental que las actividades estratégicas de una empresa como la ESPH queden enlazadas a dicho plan nacional.

Aunado a lo anterior, cabe destacar que esta Contraloría General mantiene las potestades de fiscalización en lo que a esta materia se refiere, otorgadas tanto por la Constitución Política, así como por nuestra propia Ley Orgánica No. 7428.

En conclusión, a criterio de esta Contraloría General, y en virtud de todas las razones anteriormente expuestas, no cabría la interpretación que se pretende dar al artículo 8 de la Ley N° 7789, en lo referente a la exclusión de la aplicación de la Ley N° 8131, ya que si bien se entiende que a dicha empresa no le afectan las restricciones en materia de límites presupuestarios, endeudamiento e inversiones, no puede considerarse que la totalidad de la ley se encuentra excluida. Lo anterior, implicaría darle a la ESPH un grado de flexibilidad tal que la excluiría de todo control relativo al régimen económico-financiero, por parte del Estado, lo cual en nuestro criterio, riñe con el ordenamiento jurídico vigente..

II. Sobre las restricciones impuestas por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica en materia de contratación de créditos.

Con respecto a este punto, indica la exposición de motivos del proyecto de ley en cuestión, que la restricción que establece la prohibición para las instituciones públicas del sector descentralizado del Estado, así como entidades privadas que posean más de un cincuenta por ciento de capital estatal, para contratar créditos internos o externos sin la autorización previa del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, del Banco Central de Costa Rica y de la Autoridad Presupuestaria, no debe ser aplicable a la ESPH.

Sobre este punto en particular, esta Contraloría General no tiene objeción alguna, ya que tal y como vimos anteriormente, en lo que respecta al tema del endeudamiento, éste ya había sido excluido, de manera

expresa, en el citado artículo 2 inciso e) de la Ley N° 8345. Sin embargo, vale la pena destacar lo dispuesto por el segundo párrafo de dicho artículo que establece que:

“Cuando el endudamiento supere el monto de diez millones de dólares estadounidenses (US\$ 10.000.000,00) anuales, previamente deberá ser dictaminado por el Banco Central de Costa Rica.”

Por lo tanto, si bien es cierto que ya la Ley N° 8345 había previsto que la ESPH no estaría sujeta a restricciones en materia de endudamiento, establecidas en cualquier ley o decreto, que aplique la Autoridad Presupuestaria, el Banco Central de Costa Rica o el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, ahora con la interpretación auténtica del artículo 8 que este proyecto de ley pretende establecer, se vendría a excluir a la Empresa en cuestión de las restricciones impuestas por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica en materia de contratación de créditos. No obstante, lo anterior no podría implicar que la restricción relativa a la necesidad de contar con el dictamen previo del Banco Central para aquellos créditos que superen el monto de diez millones de dólares, establecida en el artículo 2 inciso e) de la Ley N° 8345, se vería ahora desaplicada en virtud de la interpretación auténtica. Es decir, la exclusión de las restricciones impuestas por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, en materia de contratación de créditos, debe entenderse únicamente con relación a aquellos créditos que no superen el monto de diez millones de dólares establecido por la Ley N° 8345.

III. Sobre la dispensa del requisito de aprobación previa de los contratos por parte de la Contraloría General de la República.

Con respecto a este tema, es importante recordar que las potestades de refrendo que este órgano contralor tiene atribuidas encuentran su fundamento en la Constitución Política, la cual establece en el artículo 184 en lo que interesa que: “no constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella”. La interpretación de dicho artículo debe ser dimensionada tomando en cuenta lo establecido por la Sala Constitucional en el Voto N° 5947-98, de 19 de agosto de 1998, que en el Considerando VIII señaló que el refrendo a que hace referencia el artículo 184 constitucional:

“es de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución de gobierno central, institución autónoma, u órgano desconcentrado.”

Asimismo, en virtud de solicitud realizada por este Despacho, la Sala Constitucional, en sentencia N° 9524-99 del 3 de diciembre de 1999, adicionó el mencionado voto, aclarando que:

“...es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, la Contraloría General de la República establezca condiciones razonables, proporcionadas y acordes con los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa y sus propias competencias a la facultad que el artículo 184 de la Constitución Política le confiere para refrendar los contratos del Estado, con lo que comprende a toda la administración pública sin excepción alguna, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa y en atención al interés público.”

De lo anterior claramente se desprende que la ESPH, como parte de la Administración Pública, se encuentra sujeta a la obligación de someter a esta Contraloría General todas las contrataciones que celebre, siempre y cuanto su monto se ajuste a lo dispuesto por el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, emitido por este órgano contralor en ejercicio de las potestades antes aludidas.

En este sentido, cabe señalar que esta Contraloría General en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre las potestades de fiscalización que mantiene sobre esta Empresa. Precisamente, en el oficio N° 010083 (FOE-PR-266) de 30 de agosto de 2002, del Área de Servicios Públicos Remunerados de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, dirigido a la Junta Directiva de la ESPH, se subrayó la obligación de ésta de remitir a este órgano contralor, de previo a su ejecución y en el caso de que el monto así lo requiera, los contratos administrativos que se celebren para su correspondiente refrendo, advirtiéndoles al efecto sobre la sanción por desobediencia contemplada en el artículo 69 de nuestra Ley Orgánica N° 7428.

Vale la pena aquí recordar lo dicho mediante oficio N° 14187 del 22 de diciembre de 2000, de la División de Desarrollo Institucional de esta Contraloría General, quien comunicó al Departamento de Asuntos Jurídicos de esa Empresa, que:

*“En virtud de lo anterior, debe quedar claro que requieren del refrendo de esta Contraloría General las contrataciones o convenios que celebren los entes y órganos que integran la Administración Pública **en el tanto comprometan fondos públicos**. Así las cosas, todas las entidades que conforman la Administración Pública –incluyendo a esa Empresa de Servicios Públicos de Heredia- se ven obligadas por disposición constitucional a remitir a esta Contraloría General sus contrataciones administrativas **de forma previa a su ejecución**, con la finalidad de obtener el refrendo respectivo, aprobación mediante la cual el negocio jurídico administrativo adquiere eficacia y puede válidamente surtir sus efectos jurídicos.” (El destacado es del original).*

Por su parte, nuestra Ley Orgánica N° 7428, viene a desarrollar las potestades de fiscalización y control que la Constitución Política le asigna a esta Contraloría General, estableciendo que dichas potestades deben ser ejercidas de modo imperativo respecto de entes y órganos que integran la Hacienda Pública, y facultativamente, respecto de entes públicos no estatales y de participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras. En este sentido, ya había dicho esta Contraloría General en oficio N° DAJ-2562/98 del 1° de diciembre de 1998, emitido por la entonces Dirección General de Asuntos Jurídicos de esta Contraloría General que:

“... no cabe la menor duda de que la ESPH -en tanto que componente de la Hacienda Pública- es un sujeto pasivo de nuestra fiscalización y, por consiguiente, estaría sujeto también a las disposiciones que emita esta Contraloría General, en su carácter de órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores (art. 12 de la LOCGR). / ... Habiendo quedado claro que la Empresa de Servicios Públicos de Heredia forma parte de la Hacienda Pública, debemos remitirnos al artículo 4 de nuestra Ley Orgánica, el cual señala claramente que: ‘La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública.’ (El subrayado es del original).”

Con base en los argumentos anteriormente expuestos, queda claro que la ESPH, se encuentra sometida al control previo por parte de esta Contraloría General, lo cual no sólo se fundamenta en el hecho de que dicha empresa, como empresa pública que es, forma parte de la Administración Pública, sino también en la naturaleza de los fondos que administra o custodia, que en este caso constituyen fondos públicos. Por lo tanto, las disposiciones establecidas en el proyecto de ley en comentario, así como en el artículo 8 de la Ley 7789, acerca de que dicha empresa se encuentra dispensada del cumplimiento de la aprobación previa de sus contrataciones por parte de la Contraloría General, serían contrarias a la Constitución Política, ya que según vimos anteriormente, el refrendo que este órgano contralor otorga encuentra su fundamento en el artículo 184 constitucional... ”

Ahora bien, a despecho de lo transcrito es claro lo siguiente:

El artículo 8 de la Ley de Transformación de la empresa de servicios públicos de Heredia No. 7789, presenta la siguiente redacción vigente:

“La Empresa y sus subsidiarias estarán sometidas al derecho privado en el giro normal de sus actividades. **En esta medida, se entienden excluidas expresamente de los alcances de la Ley de Administración Financiera de la República, No. 1279, de 2 de mayo de 1951; la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, No.- 6821, de 19 de octubre de 1982; la Ley de Contratación Administrativa, No.- 7494, de 2 de mayo de 1995; la Ley de Planificación Nacional, No.- 5525, de 2 de mayo de 1974, y la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, No.- 6955, de 24 de febrero de 1984 y los respectivos reglamentos, además del artículo 3 de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, No.- 2726, de 14 de abril de 1961.**

La Contraloría General de la República, la Superintendencia General de entidades financieras y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos ejercerán sus facultades legales sobre la sociedad bajo la modalidad de control posterior.

Asimismo, en materia de gestión operativa de los servicios a cargo de la Empresa, la Contraloría General de la República ejercerá funciones de fiscalización”.

En todo caso, de *lege lata*, la sumisión de estas empresas al bloque de legalidad jurídico administrativo se plasma también en otras normas que de seguido se citan, y sin perjuicio de otras que a lo largo de la investigación se irán refiriendo:

a.) Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos No. 8131:

i) **Artículo 1.-Ámbito de aplicación** *La presente Ley regula el régimen económico-financiero de los órganos y entes administradores o custodios de los fondos públicos. Será aplicable a:*

d) *...las municipalidades ... únicamente en cuanto al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de esta Ley, en materia de responsabilidades y a proporcionar la información requerida por el Ministerio de Hacienda para sus estudios. En todo lo demás, se les exceptúa de los alcances y la aplicación de esta Ley.*

También esta Ley se aplicará, en lo que concierna, a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público y las entidades privadas, en relación con los recursos de la Hacienda Pública que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria, por los órganos y entes referidos en los incisos anteriores o por los presupuestos institucionales de los bancos del Estado”.

Sobre esta ley, únicamente debemos aclarar que en tanto empresas municipales, *a fortiori* se les aplica la disposición citada. Y es que un examen de la misma, así como de la naturaleza de estas sociedades –públicas municipales-, nos lleva a concluir que NO se subsumen en el inciso c) del mismo artículo 1º que dice: “*La Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado*”. Y es que razonar lo contrario, significaría el sinsentido de que la Municipalidad solamente se sujete a una parte de la ley y sus empresas públicas mixtas a TODA la letra de esa ley.

ii) **“Artículo 124.-Cese sin responsabilidad ante sentencia penal**

Cesarán en su cargo sin responsabilidad patronal, los miembros de las juntas directivas, presidentes ejecutivos y gerentes de los entes descentralizados y empresas públicas sobre quienes recaiga sentencia penal firme por la comisión de delitos contra la buena fe en los negocios, los Poderes públicos y el orden constitucional y contra los deberes de la función pública”.

b.) Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos No. 8220:

“Artículo 1.- Ámbito de aplicación

La presente Ley es aplicable a toda la Administración Pública, central y descentralizada, incluso instituciones autónomas y semiautónomas, órganos con personalidad jurídica instrumental, entes públicos no estatales, municipalidades y empresas públicas. Se exceptúan de su aplicación los trámites y procedimientos en materia de defensa del Estado y seguridad nacional.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por administrado a toda persona física o jurídica que, en el ejercicio de su derecho de petición, información y/o derecho o acceso a la justicia administrativa, se dirija a la Administración Pública”.

c). Creación, Organización y Funcionamiento del Sist. Nacional No. 26025-PLAN de Contralorías de Servicios:

“Artículo 2.- Conformación del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios

El Sistema Nacional de Contralorías de Servicios estará integrado por:

...b. Las Contralorías de Servicios de los ministerios, instituciones descentralizadas, empresas públicas y municipalidades”.

d). Código Procesal Contencioso Administrativo No. 8508:

i) *“Artículo 2.-*

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda también conocerá lo siguiente:

...f) Los procesos ordinarios en los que intervenga una empresa pública”.

Artículo 136.-

1) Corresponderá al Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, conocer y resolver del recurso extraordinario de casación interpuesto contra alguna de las resoluciones indicadas en el artículo anterior, cuando la conducta objeto del proceso emane de alguno de los siguientes entes u órganos:

d) Las empresas públicas que asuman forma de organización distintas de las de Derecho público”.

En cuanto a la Ley N° 8828, el artículo 3 reconoce que la organización y funcionamiento de esas sociedades debe obedecer a las normas que rigen a las sociedades anónimas *“...sin perjuicio de su sujeción al Derecho Público, cuando corresponda, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico...”*. Adicionalmente, el capital accionario debe pertenecer al menos en un

51% a la municipalidad o municipalidades que la conformen, aclarándose a su vez por el numeral 29, que “...*Cuando sean varias las municipalidades integrantes de la SPEM, participarán todos los alcaldes que las representen y su voto tendrá un valor equivalente al porcentaje accionario que su municipalidad ostente en la SPEM...*”, permitiéndose la participación, además del obvio socio privado, de otros sujetos de derecho público (artículo 24). Cabalmente, ya la Municipalidad del Cantón Central de San José adoptó la posición del 51% del capital social en la ya citada sociedad de economía mixta, según se aprecia en el acuerdo 3 del artículo IV, de la sesión ordinaria del 27 de febrero del 2007.

4. Aplicación de los Principios de Contratación Administrativa

Como derivado del punto anterior, debe determinarse si las sociedades bajo examen están sujetas a los principios de la contratación administrativa solamente, o bien en forma plena a la legislación sobre contratación administrativa positiva.

Sobre el particular, y *prima facie*, se tiene que la Sala Constitucional en forma reiterada ha sostenido que los principios que regulan la contratación administrativa tienen rango constitucional.

En efecto, en el voto n.º 998-98, reiterado en el voto n.º 8195-2000, sostuvo la tesis de que todos los principios del Derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida que resulten razonables y proporcionales a los fines que persiguen, tienen rango constitucional.

Es más, en el voto n.º 1206-96, expresó “...*que son constitucionales todos los principios esenciales que informan esa figura, reconocidos unánimemente por la doctrina del Derecho Constitucional y Público, como la equidad, publicidad, igualdad de oportunidades, el interés público y la buena fe, entre otros.*”

Con base en ello, si bien se puede excluir de los procedimientos de contratación administrativas a este tipo de entidades, ello no es así respecto de los principios que la regulan.

La propia Contraloría General de República, ha dicho en relación a ello que:

“Determinada la competencia que le asiste a este Organismo Fiscalizador para conocer del presente asunto, debemos anotar que ha sido criterio expuesto por esta Contraloría General de la República en la Resolución N° 277-97, de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1997, de frente al examen que íbamos a realizar en un caso similar al que ahora nos ocupa, que esa tarea la realizaríamos ‘... teniendo muy claro que lo que vamos a analizar es únicamente alguna violación a los principios generales que se consagran en la Ley de Contratación Administrativa...’ Nos planteamos también ‘... que dichos principios pueden ser analizados desde dos enfoques diferentes. El primero de ellos, partiendo de su contenido axiológico, es decir, buscar en dichos principios el bien jurídico o valor que se tutela y hacia el cual tiende la norma, procurando encontrar su propio punto de gravedad. El otro enfoque es más pragmático y ve a los principios generales como la materia prima y fundamento del procedimiento que se desarrolla a partir de ella’. En esa ocasión, esa disyuntiva la resolvimos disponiendo que ‘...Para el examen que haremos en este caso, nos ubicaremos en el primero de los enfoques, porque es el que nos permite darle una aplicación lógica a la norma, sin perder de vista que lo que se trata es de examinar las actuaciones de un sujeto de derecho privado. Es decir, el examen que haga este Organismo Contralor procurará determinar si el ente privado se apegó a los valores fundamentales que ha establecido el legislador, entendiendo que una respuesta positiva significaría una adecuada satisfacción del ‘fin asignado’ a los fondos que ese sujeto maneja. La aplicación del segundo enfoque se descarta, porque es claro que los principios generales de contratación administrativa son el sustento del procedimiento de contratación. Así las cosas, es casi imposible encontrar un acto que se separe de los procedimientos, al que no podamos achacar, en mayor o menor medida, una ‘violación’ de estos principios fundamentales. Este enfoque del que estamos hablando, es la herramienta usual y casi obligada cuando se revisan los comunes actos de contratación que acuerdan los entes de derecho público, y precisamente es esa la razón para no aplicarlo en este caso concreto. **Debemos entonces destacar que la naturaleza jurídica del Ente contratante, le da un amplio y discrecional margen de actuación, sobre el cual, el control que pueda ejercer esta Contraloría General, como ya vimos, se limitará a determinar el apego de los actos y actuaciones del sujeto privado contratante, al valor que expresamente tutela cada principio enunciado: a saber, igualdad, eficiencia y publicidad.** Por todo lo expuesto, mal haría este Despacho si en casos como el que ahora nos ocupa examinase los argumentos de desconformidad con la misma regla o medida que se aboca a examinar los cuestionamientos de actos propios de los sujetos de derecho público, sobre los cuales sí debemos ejercer un control de legalidad formal y detallado. **En este caso, dicho examen se limitará a establecer la congruencia de los actos y actuaciones que se han producido con motivo del trámite de este procedimiento licitatorio, esto de frente a los valores que sustentan los principios generales de contratación administrativa, tomando en**

cuenta para ello, que el ente contratante es beneficiado por ley a otorgar la concesión de un servicio público – entendiéndose que dicho ente no dicta ‘actos administrativos’. Expuesto lo anterior y por considerar que el mismo razonamiento aplica al caso que ahora nos ocupa, procederemos de conformidad...” ⁽⁵²⁾

En lo que hace al proyecto de ley, se presentan inconsistencias normativas entre los artículos 6, 7 y 8: mientras el primero de esos artículos somete la *venta de sociedades formadas a “...los procedimientos concursales de la normativa sobre contratación administrativa”*, el ya comentado numeral 7 establece en lo que ahora interesa que **“ARTÍCULO 7.- Las empresa municipales de economía mixta y sus subsidiarias estarán sometidas al derecho privado en el giro normal de sus actividades. En esta medida, se entienden excluidas expresamente de los alcances de (...)la Ley de Contratación Administrativa, N.º 7494, de 2 de mayo de 1995(...) y los respectivos reglamentos...”** y el 8, por su parte, dispone que para las alianzas estratégicas con personas de derecho privado *“...la empresa determinará procedimientos reglamentarios que cumplan con los principios de publicidad, igualdad de oportunidades, libre concurrencia y resolución razonada”*.

No se justifica en el proyecto ese diferente tratamiento, como tampoco, y sobretodo, la exclusión de la Ley de la Contratación Administrativa y su Reglamento a la especie, siendo que aunque, como ya se vio ello es constitucionalmente válido, y, en consecuencia *“...es constitucionalmente posible establecer regímenes especiales de contratación administrativa que se separen de los trámites ordinarios establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, ello debe obedecer a razones de peso que así lo justifiquen y además debe regularse el procedimiento especial mediante norma de rango legal, que contemple el respeto a los principios constitucionales que informan la materia...”*⁵³, por lo que al no constar esas justificaciones y estándose ante empresas públicas *“...por pertenecer mayoritariamente a las municipalidades, y que por tanto, al igual que las restantes empresas de esa naturaleza se encuentran sometidas a la Ley de Contratación Administrativa...”*⁵⁴.

En virtud de lo anterior, estas sociedades quedarán sujetas, a los fines contractuales, al Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública No. R-CO-

⁽⁵²⁾ Oficio RSL 77-99 de las 14:00 horas del 8 de marzo de 1999 en www.cgr.go.cr/.

⁽⁵³⁾ Oficio DAGJ-1940-2006...pp.8-9.

⁽⁵⁴⁾ Oficio DAGJ-1940-2006...pp.8-9.

44-2007, con base en lo establecido en e artículos 1° que dice: “*El presente Reglamento regula el refrendo de los contratos administrativos que el artículo 184 de la Constitución Política encarga a la Contraloría General de la República, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa. **Según los términos de este Reglamento, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 182 de la Constitución Política, requerirá refrendo la actividad contractual que ejecute la Administración Pública, entendida como el Estado, el sector descentralizado territorial e institucional, las empresas públicas y los entes públicos no estatales cuando su presupuesto se financie en más de un cincuenta por ciento con fondos públicos**”.* Todo ello condicionado a lo dispuesto en el artículo 3 de ese cuerpo legal, en cuanto a qué contratos están sujetos a refrendo. En este sentido, y siendo que como se verá *infra*, la selección del socio privado se hará preferentemente bajo la figura de la licitación pública, corresponderá al operador jurídico en cada caso definir si la contratación administrativa que dé lugar a una sociedad de este orden está o no sujeta a refrendo de la Contraloría General de la República, lo mismo que los contratos que en el desarrollo de su giro despliegue la sociedad, todo ello *sin perjuicio de la voluntad legislativa de eximirlos de la aplicación de la legislación sobre contratación administrativa positiva, y sujetarlas, únicamente, como se ha visto, a los principios de la contratación administrativa, aspecto este último que, ya se dijo pero se reitera, no está justificado en el proyecto de ley.*

Sobre este punto, y como se dijo, si bien la Ley N° 8828 somete a esas sociedades a la regulación propia de las sociedades anónimas “...*sin perjuicio de su sujeción al Derecho público, cuando corresponda, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico.*”, persisten en dicha ley imprecisiones y confusiones como las señaladas que hacen que en un punto tan álgido exista verdadera inseguridad jurídica para el operador. En efecto, en el numeral 10 de la Ley se alude a la potestad de esas sociedades de emitir reglamentos para reglar las operaciones a las que alude el 9 IBID. “...*en concordancia con la normativa aplicable según el artículo 4.*”, siendo que ese numeral, el 4, a lo que alude es al ámbito territorial de esas sociedades.

Más aún, el artículo 12 al regular la estructura administrativa de esos entes, se entiende de igual del pacto constitutivo e in fine dice que “...*El Pacto Constitutivo respetará esta organización mínima, pero se podrán incluir otros órganos sociales, siempre y cuando sean congruentes con la naturaleza y los fines de estas sociedades y se conformen con los preceptos de la presente Ley, el Código de Comercio, Ley No. 3284; el Código Municipal, Ley No. 7794, y la demás normativa pública o privada aplicable, para una*

adecuada gestión social.”, y únicamente refiere a la Ley de Contratación Administrativa –LCA- en lo que hace a la escogencia del socio privado, diciendo solamente que esta se hará “...siguiendo el procedimiento establecido...” en la LCA, sin mayor detalle o desarrollo que permita al operador jurídico saber cuál sea ese “procedimiento” para elegir a la contraparte societaria (artículo 22). La misma imprecisión y falta de una adecuada técnica legislativa, se aprecia en el inciso i) del artículo 9, porque al entenderse de la facultad que les reconoce de realizar convenios o contratos de cooperación con instituciones del Estado, así como recibir donaciones, tanto del Estado como del sector privado, disciplina que “...De la utilización de fondos públicos deberán dar cuenta a la Contraloría General de la República...”, lo que evidentemente es insuficiente al no desarrollar el procedimiento, medio o instituto para hacer efectiva esa “rendición de cuentas”, y porque debería ser claro para el legislador que en el ejercicio de todas las facultades que reconoce ese numeral a las sociedades en estudio, debió quedar explicitada la sumisión a la normativa o, cuando menos, a los principio de contratación administrativa, así como a los de control interno, lo que no se desprende de ese texto, ni de la totalidad del contenido de la Ley N° 8828, cuestión esta que, se reitera, resulta preocupante y hasta inexplicable si, por un lado, el legislador conocía de observaciones puntuales hechas al respecto por la Contraloría, y porque, por otro, el legislador ya había aprobado normativa para sociedades públicas que contemplan esa sumisión normativa como se ha visto *supra*.

5. Limitaciones en virtud de “lo local” y sus consecuencias en la determinación del objeto, del domicilio y de las actividades que puedan realizar esas sociedades

Este es, sin lugar a dudas el *quid* del asunto a la hora de examinar la figura en estudio.

Si, como se ha dicho, con las sociedades de economía mixta se busca potenciar la forma, modo y resultados con que estas corporaciones satisfacen sus cometidos, entrañando a su vez tales figuras una intervención directa en la esfera económica, debe resultar claro que cualquier interesado querrá conocer hasta dónde puede llegar una sociedad de esas, tanto en cuanto a su ámbito territorial como en punto a las actividades que puedan ser realizadas a su través, lo que conlleva el examen de los límites reconocidos en nuestro ordenamiento a las

sociedades municipales en comentario y que, en todo caso, como se vio en la parte de derecho comparado, es materia obligada de regulación.

Esta toma de posición del Abogado del Estado, guarda estricta consonancia con lo dispuesto por la Sala Constitucional en el clásico voto 5445-99 emitido dentro de la Acción de inconstitucionalidad incoada por la Municipalidad de San José, expediente N° 94-000757-0007-CO que, en lo que interesa resolvió:

“...VI.- DE LAS ATRIBUCIONES DE LAS MUNICIPALIDADES EN RAZÓN DE LA MATERIA (CONCEPTO DE "LO LOCAL"). Por disposición constitucional expresa -artículo 169-, hay una asignación de funciones o atribuciones en favor de los gobiernos locales en razón de la materia a "lo local", sea, " la administración de los servicios e intereses " de la localidad a la que está circunscrita, para lo cual se la dota de autonomía (de la que hemos hecho referencia en los Considerandos anteriores), aunque sujeta al control fiscal, financiero, contable y de legalidad de la Contraloría General de la República. De manera que sus potestades son genéricas, en tanto no hay una enumeración detallada de sus cometidos propios, sino una simple enunciación del ámbito de su competencia; pero no por ello no determinable, a lo que hizo referencia este Tribunal en sentencia número 6469-97, de las dieciséis horas veinte minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y siete, en los siguientes términos:

" IV.- LAS FUNCIONES MUNICIPALES EN MATERIA DE LICENCIAS.- A partir de los conceptos expresados en el considerando anterior, resulta importante, a los efectos de definir las funciones de las municipalidades en lo que atañe a las licencias comerciales en general, y a manera de conclusión inicial sobre el tema, transcribir el siguiente párrafo del informe de la Procuraduría General de la República, visible a folios 77 y siguientes:

«A partir de 1949, se otorga a la Municipalidad la administración de los intereses y servicios locales de cada cantón, estableciéndose que la misma estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley (artículo 169), e indicándose que gozan de autonomía (artículo 170). Se agrega además, en el artículo 175, que éstas dictarán sus presupuestos ordinarios y extraordinarios, los cuales necesitarán para entrar en vigencia, la aprobación de la Contraloría General, que fiscalizará su ejecución.

*Es claro entonces, que a partir de la promulgación de la actual Carta Magna, las Corporaciones Municipales tienen a su cargo la administración de los intereses locales, para lo cual se les otorga autonomía, incluida la presupuestaria, aunque sujeta a la Contraloría General de la República. Asimismo, en aplicación del artículo 121 inciso 13) [de la Constitución Política], tienen potestad para imponer tributos. **En virtud de ello, cualquier normativa que, con anterioridad a la Carta Magna actual, restringiera tales atribuciones, habría quedado derogada con la entrada en vigencia de ésta (artículo 197 constitucional). Asimismo, cualquier disposición dictada con posterioridad a dicho texto que violente las competencias y atribuciones otorgadas a esas Corporaciones, sería inconstitucional.»***

*El examen de la Procuraduría General de la República conduce a señalar, sin embargo, que la descentralización territorial del régimen municipal, no implica una restricción o eliminación de las competencias asignadas constitucionalmente a otros órganos del Estado (id. folio 81), de manera que existen intereses locales cuya custodia corresponde a las Municipalidades y junto a ellos, coexisten otros cuya protección constitucional y legal es atribuida a otros entes públicos, lo que ha sido objeto de un trato legislativo muy claro en el artículo 5 del Código Municipal, al indicar que la competencia municipal genérica no afecta las atribuciones conferidas a otras entidades de la Administración Pública, y esa afirmación debe entenderse, desde luego, como conclusión constitucionalmente posible, pero únicamente como tesis de principio . Y es así, porque al haber incluido el constituyente un concepto jurídico indeterminado en el artículo 169, al señalar que le corresponde a la Municipalidad de cada cantón administrar los servicios e intereses « **locales**» , se requiere, para precisar este concepto, estar en contacto con la realidad a la que va destinado de manera que la única forma de definir o de distinguir lo local de lo que no lo es, es por medio de un texto legal, es decir, que es la ley la que debe hacerlo, o en su defecto, y según sea el caso, deberá hacerse por medio de la interpretación jurisprudencial que de esos contenidos haga el control jurisdiccional. Y puede decirse que el empleo de conceptos indeterminados por la Constitución significa, ante todo, un mandato dirigido al Juez para que él -no el legislador- los determine, como bien lo afirma la mejor doctrina nacional sobre el tema. Es a partir de estas conclusiones resultantes de la labor de*

interpretación legal, que se concluye, como expresamente se dirá más adelante, que todo lo atinente a las licencias comerciales es materia que está inmersa dentro de lo local, síntesis que es complementada con la naturaleza misma de lo que es gobierno comunal. O lo que es lo mismo, lo local tiene tal connotación que definir sus alcances por el legislador o el juez, debe conducir al mantenimiento de la integridad de los intereses y servicios locales, de manera que ni siquiera podría el legislador dictar normativa que tienda a desmembrar el Municipio (elemento territorial), si no lo hace observando los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política; ni tampoco promulgar aquella que coloque a sus habitantes (población) en claras condiciones de inferioridad con relación al resto del país; ni la que afecte la esencia misma de lo local (gobierno), de manera que se convierta a la Corporación en un simple contenedor vacío del que subsista solo la nominación, pero desactivando todo el régimen tal y como fue concebido por la Asamblea Nacional Constituyente. En otro giro, habrá cometidos que por su naturaleza son municipales -locales- y no pueden ser substraídos de ese ámbito de competencia para convertirlos en servicios o intereses nacionales, porque hacerlo implicaría desarticular a la Municipalidad, o mejor aún, vaciarla de contenido constitucional, y por ello, no es posible de antemano dictar los límites infranqueables de lo local, sino que para desentrañar lo que corresponde o no al gobierno comunal, deberá extraerse del examen que se haga en cada caso concreto [...] Consecuentemente, no sólo por norma legal expresa (el Código Municipal, la Ley de Licores), sino, y esto es lo más importante, por contenido constitucional expreso (artículo 169), no pueden subsistir funciones de ningún ente público, que disputen su primacía con las municipalidades, cuando se trata de materia que integra lo local."

De lo anterior, resalta el hecho de que, por voluntad expresa de nuestra Carta Fundamental, se asigna una competencia específica a los gobiernos locales, atribución que además es exclusiva de éstos; es decir, se trata de una competencia originaria de la municipalidad y sólo mediante una ley de nacionalización o de regionalización es que puede ser desplazada, total o parcialmente. En este orden de ideas, no debe dejarse de lado la

problemática institucional, en tanto debe determinarse para que la transferencia del caso proceda, si la municipalidad está o no en capacidad real y técnica para cumplir con los servicios públicos que le competen, prefiriéndose el traslado del servicio a instituciones de carácter regional o nacional; y asimismo, cuando el problema desborda la circunscripción territorial a la que están supeditados los gobiernos locales, es que puede trasladarse esa competencia a las instituciones del Estado nacionales o regionales correspondientes; en ambos supuestos, se insiste, se requiere de una ley de nacionalización o de regionalización, según sea el caso.

VII.- DESCENTRALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN POLÍTICA EN MATERIA LOCAL. *El otro parámetro constitucional para determinar la competencia de las municipalidades es el territorio, y puesto que el artículo 169 de la Carta Fundamental circunscribe la "administración de los intereses y servicios locales" al cantón correspondiente, con ello se define que se trata de una descentralización territorial - posible en nuestro sistema, como se ha dicho antes-, tal y como se consideró en sentencia 4091-94, de las quince horas doce minutos del nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro:*

" XXIX.- Desde el punto de vista constitucional, es necesario comenzar por recalcar que Costa Rica, desde su nacimiento, ha sido un Estado unitario concentrado, lo cual quiere decir que no ha tenido nunca ningún tipo de descentralización política propiamente dicha. La única que ha conocido, es la administrativa, sea esta territorial -municipios- o institucional. De manera que es inútil todo ejercicio tendente a distinguir, como pretenden los recurrentes, entre descentralización meramente administrativa y otras formas posibles de descentralización, la política. Esto obliga a considerar fundamentales para la decisión de este caso, las disposiciones de carácter legal, reglamentario o meramente administrativos que, a lo largo de los años han organizado los territorios en cuestión, desde la perspectiva de la división territorial administrativa, única que se conoce en Costa Rica [...] "

Dados estos antecedentes, es dable afirmar, junto con la doctrina costarricense más calificada, que lo territorial del ente (municipio) es, en realidad, lo territorial de sus potestades para dictar actos de imperio y de sus facultades para prestar servicios públicos y consiste en que tanto el sujeto que lo hace, como la atribución de competencia para hacerlo y la legalidad de esa conducta, vienen determinados por el propio territorio. Pero el poder público del ente territorial no es ilimitado ni exclusivo; su definición la recibe del Estado, generalmente por vía constitucional y lo tiene junto a otros entes de igual naturaleza y de mayor o menor radio espacial, respecto de los cuales se armoniza mediante la distribución de competencias . Por ello se dice que la municipal es una verdadera descentralización de la función política en materia local, que incluye la capacidad de dictar normas con

valor reglamentario, que resultan superiores en el campo reservado, o sea, en la administración de los intereses y servicios locales. En otras palabras, en lo atinente a lo local no caben regulaciones de ningún otro ente público, salvo que la ley disponga lo contrario, lo que implica un fundado motivo para dictar la regulación; o lo que es lo mismo, el municipio no está coordinado con la política del Estado y solo por la vía de la ley se puede regular materia que pueda estar vinculada con lo local, pero a reserva que esa norma jurídica resulte razonable, según los fines que se persiguen. Es por ello que las normas y la conjugación de cada una de ellas, sean los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del anterior Código Municipal, no resultan contrarias a la autonomía municipal, porque en todo caso, lo que debe privar por jerarquía de las disposiciones, es, en primer lugar, la supremacía de la norma constitucional y de seguro que lo local prima sobre los objetos de los entes descentralizados, que son creación de la ley cuando se trata de definir lo que es local...”

Por demás está decir que esa tesis se recoge también en el artículo 1° y 3° del Código Municipal, que dicen:

“Artículo 1.- El Municipio está constituido por el conjunto de vecinos residentes en un mismo cantón, que promueven y administran sus propios intereses por medio del gobierno municipal”.

””Artículo 3.- La jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón respectivo, cuya cabecera es la sede del gobierno municipal. El gobierno y la administración de los intereses y servicios cantonales estarán a cargo del gobierno municipal”

Como consecuencia de lo anterior, para la Procuraduría –siempre con vista de la jurisprudencia referida- el radio de acción de la sociedad, es decir, su domicilio y su ámbito de actividad, necesariamente, estaría circunscrito al territorio del cantón de la municipalidad respectiva, lo que hace que la actividad principal de la entidad tendría que realizarse dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal (artículo 9 del Código Municipal).

Así, y *a fortiori*, si la Municipalidad que la constituye está circunscrita a esa limitación, también lo estarán sus sociedades., debiendo agregar a ello que el objeto de la sociedad ha de

ser coincidente con los fines del municipio, sea la administración de los intereses y servicios locales.

Sin perjuicio de ello, la propia PGR ha reconocido expresamente que, mediante ley expresa, es dable que a través de sociedades como las que se examina se pueda desempeñar actividades diferentes a las que se reputan como las que realizan los servicios locales.

Así, en virtud de consulta sobre la legalidad de la creación de una empresa de servicios públicos en Alajuela, dice:

*“...Pero la sociedad no se crea sólo para prestar servicios públicos locales. Más allá de estos servicios, está la posibilidad de que la sociedad y a través de ésta la Municipalidad, pueda intervenir en la actividad comercial e industrial (en cualquier ámbito) para lo cual puede obtener licencia municipal, lo que permitiría extender ampliamente la esfera de intervención económica municipal. Este es uno de los aspectos más críticos, por cuanto plantea el problema de la intervención municipal en la economía y, particularmente, en actividades que no necesariamente califican como servicios públicos locales. **Estima la Procuraduría que en la medida en que dicha intervención puede afectar la esfera jurídica de los particulares, la autorización para desempeñar actividades diferentes de los servicios locales debe ser establecida expresamente por la ley.**”⁽⁵⁵⁾.*

Ese mismo criterio lo ha manejado la PGR en el caso de una típica empresa municipal como lo es la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC), entidad a la que vertió criterio en estos términos:

“1. - La JASEC no tiene competencia para prestar los servicios que brinda en todo el territorio nacional. 2. - La JASEC sí tiene competencia para brindar los servicios en todo el territorio nacional, cuando se trata de servicios municipales que prestan las Corporaciones, siempre y cuando exista el respectivo convenio

⁵⁵ Opinión Jurídica OJ-128-2004.

municipal, debidamente refrendado por la Contraloría General de la República, por medio del cual se le transfieren la prestación de los servicios que brinden hasta ese momento las municipalidades..."⁽⁵⁶⁾.

Más expresa es en la opinión jurídica OJ-141-2004, emitida en virtud de consulta al "Reglamento para la prestación del servicio de monitoreo remoto de alarmas y sistema electrónico de seguridad, emitido por la Municipalidad de San José. en la que dice:

“2-. La libertad de concurrencia *La libertad de concurrencia es una libertad económica, que pretende garantizar la economía de mercado. Dicha libertad garantiza que los distintos individuos o empresas puedan perseguir un mismo objetivo económico. Por lo que pueden ofrecer a los consumidores o usuarios bienes o servicios análogos susceptibles de satisfacer similares o idénticas necesidades. Búsqueda que no debe verse perturbada por conductas que alteren la competencia, particularmente por conductas monopolísticas. Además, se postula que el ejercicio de la libertad no puede ser obstaculizado ni por prescripciones ni por prestaciones provenientes de los poderes públicos, así como tampoco por actuaciones realizadas por otros agentes económicos privados. ¿Significa lo anterior que la Administración Pública no debe desarrollar actividades concurrentes con las entidades privadas, como pareciera desprenderse de la consulta? Ciertamente, la aplicación mecánica del principio de libertad de empresa puede llevar a prohibir o limitar la participación económica pública. No obstante, es de advertir que el desarrollo que ha tenido el derecho de la competencia en los últimos años, particularmente en Europa como consecuencia del Tratado de Roma (artículos 85 y 86), provoca que el énfasis sea puesto no en una abstención de la Administración de realizar actividades económicas (libertad de explotación), sino en la sujeción de esa actividad pública en la economía a las reglas de la competencia (Anne MARCEAU : *Police administrative et droit public de la concurrence*, AJDA, mars, 2002, p. 195). El principio es que si la Administración realiza actividades de producción, distribución, comercialización o de servicio debe estar sujeta a las reglas que rigen la concurrencia. La entidad pública está sujeta a la legalidad. Y esa legalidad se compone también de reglas sobre la concurrencia. El punto es establecer cuáles actividades se relacionan con la producción, distribución, comercialización o constituyen servicios en términos económicos, a efecto de determinar si la Administración está sujeta o no a las reglas de la concurrencia. Una discusión que se presenta acremente sobre todo en tratándose de los servicios públicos de carácter industrial y comercial y, particularmente, para la gestión indirecta de esos servicios. La evolución de la jurisprudencia de la Corte de Justicia europea señala que dicha gestión no puede conducir a colocar al delegatario del servicio público en una*

⁵⁶ Dictamen C-175-2002.

situación que le permita abusar de su posición dominante en el mercado. No obstante, las reglas de la concurrencia se aplican pero valorando la existencia o no de un interés general. Si este interés lo exige, puede haber una derogación o modificación de las reglas sobre concurrencia en beneficio de la Administración. Tal como sucede con los servicios públicos de carácter industrial o comercial, cuya delegación (concesión, gestión interesada, habilitación, concierto) puede dar lugar a la exclusividad en la prestación del servicio excluyendo toda concurrencia. Empero, la especificidad del derecho público de la concurrencia (J, CAILLOSSE: *Le droit administratif français saisi par la concurrence*, AJDA, 2000, p. 102) no justifica que el operador público pueda utilizar sus prerrogativas administrativas para una actividad comercial que no configure servicio público. Como se indicó, la Municipalidad de San José decidió prestar un servicio de naturaleza comercial. No se está en presencia de un servicio público. La decisión administrativa de intervenir en dicha actividad comercial no puede conducir a una violación de las reglas que rigen la concurrencia en el mercado. La actividad de la Municipalidad en el mercado de instalación y monitoreo de alarmas debe desenvolverse sumida a las reglas que rigen la actuación de los particulares. Lo que significa que la Municipalidad no sólo no presta el servicio en monopolio, sino que le está prohibido adoptar decisiones que conduzcan a una situación monopólica o que en alguna forma impidan el acceso de una empresa al mercado correspondiente. De allí la importancia de que el servicio sea remunerado conforme los costos de éste, no sea financiado por medio de los tributos municipales ni sea subvencionado a los sujetos privados. Se reitera que conforme el artículo 74 del Código Municipal, el precio debe comprender no sólo el costo efectivo sino también un 10% de utilidad para desarrollar los servicios. Independientemente de las normas sobre competencia, lo cierto es que, en el estado actual del ordenamiento, un precio que no tome en cuenta los costos efectivos y el porcentaje de utilidad es, por definición, ilegal. Ello en tanto sería contrario a lo dispuesto en el numeral 74 de mérito. Se cuestiona que la Municipalidad de San José utilice recursos públicos para la prestación del servicio. Por su parte, la Municipalidad señala que la Contraloría General de la República autorizó el financiamiento de ese servicio. El Órgano de Control tiene una competencia excluyente en materia de uso y disposición de fondos públicos y, particularmente, en materia presupuestaria. Si la Contraloría autorizó las partidas presupuestarias requeridas para dar financiamiento al servicio de instalación y monitoreo de alarmas, no corresponde a la Procuraduría referirse al punto. No obstante, en la medida en que este aspecto ha sido relacionado con una ventaja en el mercado, la Procuraduría considera conveniente recordar que la presencia de fondos públicos obliga a aplicar el régimen de la Hacienda Pública. Y ello aún cuando la actividad que se financie sea comercial, sujeta al régimen correspondiente. En el desarrollo de la actividad comercial la Administración Pública está sujeta a un ordenamiento especial, el de Hacienda Pública, que en razón de las sujeciones que comprende puede constituir una desventaja a la hora de participar en

el mercado. Simplemente, se trata de reglas y sujeciones particulares que pueden entorpecer la aplicación de decisiones en el mercado y, por ende, entorpecer la explotación de la actividad comercial”.

Asimismo, el artículo 74 de la Ley de la Contratación Administrativa reconoce expresamente que: *“La administración podrá gestionar, indirectamente y por concesión, los servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de **explotación empresarial**”.*

También el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa ha reconocido en el oficio citado, que con base en el artículo 50 de la Constitución Política, un fin como el que propone el proyecto en el inciso b) del artículo 3 (**“b) Desarrollar nuevas actividades productivas, con el propósito de unificar integralmente los recursos humanos, naturales y de capital”**), encontraría pleno sustento constitucional en dicha norma, a pesar de parecer no responder a esa satisfacción de los intereses y servicios locales a que están llamadas las municipalidades, y porque podría dar lugar a *“aventuras económicas comerciales”* que cualquier particular podría emprender⁵⁷

No compartimos esas apreciaciones, no solamente porque expresamente se está reconociendo esa posibilidad –incluso con fundamento constitucional–, sino porque, además, se vio ya que la simple gestación y constitución de estas sociedades obliga tanto al Alcalde que las proponga como al Concejo que las autorice a todo un accionar formal que motive en forma detallada y técnica la creación de una sociedad de ese género, como fundamento –motivación– del acto de constitución mismo. Es por eso que reviste más importancia aún el ya estudiado tema de la motivación de su creación y de la coetánea modificación del proyecto para que desde el inicio de su articulado se incluya como *conditio sine qua non*, esa motivación en la forma ahí expuesta. Consecuentemente, el margen para *“aventuras económicas comerciales”*, se estrecha aún más, sin dejar de lado los controles que la misma selección del socio privado imponen.

⁵⁷ Oficio ST.193-2007 J...p.6.

Y es que, para mayor claridad de lo dicho, los comentarios y citas anteriores se justifican toda vez que el proyecto de ley, por su parte, determina el siguiente objeto y actividades específicas:

“ARTÍCULO 3.- Las empresas municipales de economía mixta, tendrán como objetivo emprender actividades económicas orientadas hacia el desarrollo socioeconómico y humano de la región. Para ello se orientan al logro, entre otros, de los siguientes fines:

- a) Modernizar, racionalizar y ampliar actividades productivas existentes.*
- b) Desarrollar nuevas actividades productivas, con el propósito de unificar integralmente los recursos humanos, naturales y de capital.*
- c) Crear empresas.*
- d) Promover el desarrollo humano integral.”*

“ARTÍCULO 4.- Cada empresa municipal de economía mixta determinará las actividades productivas a que se refieren los incisos a) y b) del artículo anterior. A tal efecto, se tomará en cuenta el aporte actual y potencial de dichas actividades, desde el punto de vista de la necesidad de:

- a) Orientar y estimular la estructura productiva regional, proyectada a la comercialización nacional e internacional.*
- b) Fomentar y diversificar la comercialización nacional e internacional de bienes y servicios.*
- c) Integrar de manera coordinada, los distintos sectores que componen el sistema económico regional, para aprovechar las oportunidades de desarrollo productivo, ambiental y humano.*
- d) Integrar el esfuerzo regional institucional del país a las políticas de las empresas municipales de economía mixta.*
- e) Crear los mecanismos necesarios para la exportación de los productos que se dan en la región”.*

La misma redacción –con la salvedad del inciso c) del artículo 3) transcrito–, aparece en los homónimos 5 y 6 de la ley N° 8828.

Ahora bien, y complementario a esos numerales, los numerales 9, 10 y 11 disponen:

*“**ARTÍCULO 9.-** Con relación a los fines, criterios y actividades a que se refieren los artículos 3 y 4 anteriores, las empresas municipales de economía mixta llevarán a cabo las siguientes funciones:*

a) Preparar y ejecutar programas y proyectos específicos de fomento económicos, de carácter cantonal y regional cuando se lo permita mediante acuerdo del Concejo Municipal las dos terceras partes de los miembros que lo integran.

b) Podrá solicitar al Poder Ejecutivo que se tome en cuenta para participar en programas de carácter internacional o multinacional.

c) Formar y promover la formación de empresas nuevas.

d) Manejar, consolidar y proporcionar asistencia técnica a empresas establecidas.

e) Promover exportaciones”.

*“**ARTÍCULO 10.-** Se faculta a las empresas municipales de economía mixta para realizar las operaciones técnicas, financieras y promocionales que sean necesarias en el mejor desempeño de sus funciones, tales como:*

a) Contratar, realizar directamente los estudios técnicos y demás actividades de preinversión correspondientes a los programas y proyectos específicos de fomento económico aludidos en los incisos a) y b) del artículo N.º 9 anterior.

b) Incursionar en el campo tecnológico e investigativo que se requiera.

c) Obtener créditos en el país o en el exterior.

d) Suscribir, comprar y vender acciones, obligaciones u otros títulos de empresas propias o ajenas, autorizadas por ley.

e) Obtener concesiones para el aprovechamiento de recursos naturales, pudiendo cederlas, arrendarlas o aportarlas dentro de las disposiciones legales vigentes sobre explotación de recursos naturales. En igualdad de condiciones gozará de preferencia sobre los particulares e instituciones para obtener dichas concesiones.

f) Conceder préstamos a empresas propias.

g) Otorgar avales o garantías a operaciones de préstamo que gestionen empresas propias en el país o en el extranjero cuando exista un convenio o contrato.

h) Descontar documentos de crédito en los bancos del Sistema Bancario Nacional o en cualquier otra entidad financiera nacional e internacional.

i) Contratar con el Estado el cobro de impuestos y cualquier otro servicio.

j) Transferir a la empresa privada, pública, al sector productivo, a sus socios, todo adelanto tecnológico.

k) Realizar convenios o contratos de cooperación con instituciones del Estado, así como recibir donaciones”.

“ARTÍCULO 11.- Las empresas municipales de economía mixta adoptarán las disposiciones necesarias para reglamentar las operaciones a que se refiere el artículo 10° anterior, en consonancia con las normas legales vigentes y de acuerdo con los objetivos y necesidades enunciados en el capítulo I de esta Ley”.

De acuerdo a tan ambicioso articulado –que es bastante similar al que recoge la Ley N° 8828 en sus artículos 9 y 10, del que se separan en cuestiones meramente formales o de redacción-, las sociedades en estudio tendrán un amplio espectro de actuación tanto en cuanto a su objeto⁵⁸, como en su efectivización a través de las actividades y funciones que se les faculta realizar y emprender, lo que explica per se la importancia de haber emitido la Ley N° 8828, extremo que de suyo advirtió la Procuraduría al decir: “...**Estima la Procuraduría que en la medida en que dicha intervención puede afectar la esfera jurídica de los particulares, la**

⁵⁸ Debe corregirse el término “objetivo” de que habla el artículo 3 del proyecto, por “objeto”, puesto que conceptualmente son hartos distintos –en este sentido la Procuraduría en la opinión jurídica 103-J-99 y en el dictamen C-238-99-)

autorización para desempeñar actividades diferentes de los servicios locales debe ser establecida expresamente por la ley.⁵⁹⁾.

En este mismo orden de ideas, como se vio también, la limitación que impone la adscripción a “lo local” a las municipalidades, se busca superar en el proyecto así, y que consideramos guarda plena consonancia con lo exigido por la legislación *latu sensu* y por la jurisprudencia constitucional y administrativa reseñada *supra*:

“ARTÍCULO 2.- *Cada empresa municipal de economía mixta tendrá su domicilio dentro de su respectivo cantón y podrá establecer oficinas en otros cantones del país cuando así lo autorice el Concejo Municipal de ese cantón mediante acuerdo de dos terceras partes de los miembros que lo integran”.*

En concreto, la Ley 8828, no se apartó del espíritu y letra del proyecto original como se puede ver de los artículos 4, 6, 7, 8, aunque introdujo normas que podrían coadyuvar a afectar la sola posibilidad de desarrollar alguna actividad, considerando la posición que al respecto ha sostenido la Procuraduría y que se acaba de abordar, puesto que en el numeral 2, del objeto de esas sociedades, se dice:

“Artículo 2.- Objeto

Las SPEM tendrán como objeto la ejecución de las obras necesarias y prioritarias para el desarrollo de la comunidad y las de servicios públicos locales, con el fin de satisfacer, oportuna y adecuadamente, los intereses de los munícipes”.

Esos adjetivos, “*necesarias y prioritarias*” se pueden erigir, en una interpretación restrictiva, en verdaderos valladares para el éxito de esa figura, en la medida en que es perfectamente posible sostener que dado que esas sociedades están sometidas a la normativa de contratación administrativa, órganos de control como la Contraloría podrían perfectamente no refrendar contrataciones, bajo el prurito de considerar que las obras que se desarrollarían bajo determinada sociedad, no corresponden a aquellas “*...necesarias y prioritarias para el desarrollo*

⁵⁹ Opinión Jurídica N°128-2004.

de la comunidad y las de servicios públicos locales...”. Asimismo, la Procuraduría, en caso de ser objeto de consulta en los términos de su ley constitutiva N° 6815 por parte de alguna municipalidad que, precisamente, tuviera alguna duda sobre un extremo como el que nos tiene en este punto, podría también dar al traste con un emprendimiento porque, con base en el artículo 2 de la Ley N° 8828, podría interpretar, como se ha dicho, que determinada actividad que se propone no se condice con esa norma, toda vez que esa consulta sería vinculante – artículo 2 de la Ley N° 6815-. Ese mismo efecto, se tendría si se consulta a la Contraloría – artículo 29 de la Ley N° 7428-, con la aclaración para ambos que las consultas que se pueden plantear son de carácter abstracto, sea, que no versen sobre un caso concreto, aspecto que, en todo caso, no niega lo dicho en la medida que aun y cuando se presente una consulta de esa manera, si el criterio es negativo afectará un eventual emprendimiento.

Por lo anterior, es que consideramos que ese artículo debe ser derogado y replanteado en la forma en que se ha sostenido en la parte inicial de este punto.

En el caso de las manifestaciones concretas de la figura en el país, se tiene que respecto de San José, el objeto de la proyectada sociedad lo es el desarrollo y mantenimiento del portal *web* “*visitesan jose.com*”, con el fin de promocionar el turismo en esa jurisdicción tanto a nivel nacional e internacional⁶⁰, lo que hace que, desde el punto de vista del análisis presente, el objeto de esa sociedad no ofrece problemas dada la naturaleza de la actividad de promoción, y el hecho que la misma se haría fundamentalmente en el ciberespacio, sin dejar de lado que no se ve objeción a que las corporaciones territoriales utilicen vías como estas para darse a conocer y, de ahí e indirectamente, posicionarse y allegar recursos sanos a la hacienda municipal.

⁶⁰) Acuerdo 3 del artículo IV, de la sesión ordinaria del 27 de febrero del 2007 .

Para la sociedad Ecotecnología de Altura Sociedad Anónima, cédula jurídica 3-101-424905, constituida con las municipalidades de Cañas, Abangares, Tilarán y Bagaces se tiene que su objeto es la construcción de un relleno sanitario⁶¹

Ahora bien, cada una de las cuatro municipalidades cuenta con 17 acciones, por lo que las restantes 32 acciones corresponderán a la compañía que operará el relleno.

Las municipalidades llevarán la basura y el socio privado realizará la inversión en equipo e infraestructura.

En el acta 85-2007 sesión extraordinaria 3 de mayo 2007 por el Concejo de Cañas, consta el programa de esa sociedad:

“ECOTEGNOLOGIA DE LA ALTURA

Propuesta de una Empresa de Economía Mixta para los cantones de la altura guanacasteca

Leonardo Amador

Gerardo Rodríguez

Fabio Molina

Edmundo Abellán

OBJETIVO GENERAL

- *Dar una solución técnica y sostenible a la problemática de la disposición final de desechos sólidos de la región de la altura guanacasteca*

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- *Contar con un Relleno Sanitario donde se realice el tratamiento y disposición final de los desechos sólidos de la región.*
- *Garantizar la participación de los Gobiernos Locales en el negocio y la toma de decisiones con relación a un servicio estratégico como lo es la recolección y disposición final de desechos.*
- *Involucrar a las comunidades en la gestión de los desechos sólidos domiciliarios.*

⁽⁶¹⁾ En <http://www.geocadcr.com/n/index.php?cat=32&paged=2> Nación 3 de mayo 2007 en www.nacion.com/ln_ee/2007/mayo/03/pais1082756.html -.

ANTECEDENTES

- *Botaderos a cielo abierto*
- *Clausura del sitio de vertido en Bagaces y Abangares*
- *Amenaza de clausura de Cañas y Tilarán por parte de Min. Salud*
- *Generación diaria de 80 toneladas de desechos ordinarios*

MARCO LEGAL

- *En el Artículo 13 inciso p) de nuestro Código Municipal se establece como atribuciones del Concejo Municipal autorizar por iniciativa del Alcalde, la constitución de sociedades públicas de economía mixta.*
- *La Procuraduría General de la República, por medio de su pronunciamiento C-059-2005, aclara sobre el procedimiento para establecer este tipo de sociedades.*
- *El Reglamento de Crédito del IFAM, específicamente en su artículo 8, faculta a la Institución a conceder créditos a este tipo de empresas.*

ECOTECNOLOGIA PARQUE AMBIENTAL

Algunas limitaciones y características

El socio privado no podrá vender sus acciones sin autorización del 50 % de los accionistas.

La Gerencia presentará dos informes al año sobre la situación financiera y sobre el avance del proyecto de Relleno Sanitario.

La Junta Directiva sesionará una vez al mes con el objeto de discutir y conocer del avance del proyecto

PORQUÉ EMPRESAS DE ECONOMIA MIXTA

Las Municipalidades participan del negocio

Al ser socios mayoritarios mantienen el control del servicio

Los procesos de contratación son más expeditos

Se disminuye el financiamiento al capitalizarse con fondos privados

ECOTECNOLOGIA

(ALGUNAS CONSIDERACIONES)

- *Capital público*

68 %

Cañas

17%

Tilarán 17%

Bagaces

17%

Abangares 17 %

- *Capital privado*

32 %

ECOTECNOLGIA

PARQUE AMBIENTAL

- *Junta Directiva*

Cómo constituirla ????

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES AUTORIZANDO LA SUSCRIPCIÓN DE UN CONVENIO CONVENIO INTERMUNICIPAL PARA CREAR UNA EMPRESA DE ECONOMÍA MIXTA ALCALDE SOMETE SU PROPUESTA ANTE EL CONCEJO Y ESTE LA APRUEBA SE INSCRIBE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN EL REGISTRO NACIONAL SE REALIZA UN PROCESO DE LICITACIÓN PARA SELECCIONAR AL SOCIO PRIVADO ECOTECNOLOGIAS DE LA ALTURA S.A.

- *Junta Directiva*

Presidente

Vicepresidente

Secretario

Vocal I

Vocal II

Fiscal

- *Fiscales*

Representante de la cámara de Comercio de Cañas

Representante de la Cámara de Turismo de Cañas

Representante de la Asociación de Desarrollo

SITUACIÓN ACTUAL

Acuerdo de los Concejos autorizando suscribir convenio intermunicipal

Terreno de la Municipalidad de Cañas de 32.4 Ha. para construir un Relleno Sanitario Regional

Planos Constructivos para la construcción de un Relleno Sanitario Regional

Estudio de Impacto ambiental presentado ante la SETENA

*Cédula jurídica*⁶²

El punto aquí, es que pese a que en el indicado sitio *web* último citado, se anuncia esa sociedad como la primera de su género en el país, y con la distribución accionaria que se transcribió, la lectura de la escritura otorgada bajo el número cincuenta y siete, folio treinta y cuatro del tomo tercero, a las siete horas del veinticinco de octubre del dos mil cinco, del protocolo del notario Lic. José Ángel Acon Wong, Notario, dice otra cosa: se trata, al menos en la actualidad, de una sociedad anónima más con idéntica estructura a cualquiera de esas firmas, sin que conste en parte alguna referencia mínima a una sociedad pública municipal de economía mixta en los términos que se ha visto y se verán en la investigación de marras. Es, pues, una sociedad anónima constituida por sociedades que difiere en extremo de lo dicho en el portal de Cañas. Tal es su redacción que si en algún momento se integra al socio privado, se deberá hacer un cambio total de esa sociedad.

En todo caso, interesa destacar aquí el objeto social y lo estratégico que puede ser un bien en estos casos: el relleno se construiría en terrenos municipales.

Precisamente, al conocer el proyecto de ley, la Municipalidad de Tibás sugirió como posibles objetos sociales la recolección de desechos sólidos urbanos (en la que la municipalidad aportaría recurso humano, maquinaria y demás recursos de que disponga el departamento concreto que realiza esos servicios a nivel municipal, y el socio privado la gestión de la parte administrativa) y en materia de “fondos de inversión” en los que la municipalidad tenga cuentas ociosas y las invierta en cuentas, bonos y demás tipos de inversión que administren los “...*bancos del sistema bancario nacional, regidos por SUGEF...*”⁶³. A nuestro juicio, no creemos que la Contraloría refrende un contrato societario con ese objeto si, cabalmente, uno de los grandes problemas municipales es la falta de ejecución de los recursos que administran las municipalidades, y que crean un superávit que no es más que el reflejo de esa falta de ejecución. Consecuentemente, esas cuentas “ociosas” no justifican legal ni oportunamente una sociedad. Este criterio lo extendemos para el caso que no se someta a refrendo el negocio en

(62) En municanas.go.cr/ftp/Actas%20del%20concejo/Periodo%202006-2010/ultimas/Acta%2085%202007%2003-05-07.pdf –

(63) Acuerdo VI-1 de la sesión ordinaria N°052 de la sesión de 24 de abril del 2007.

aplicación del artículo 3° del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de La Administración Pública R-5-2007-CO-DCA.

Ahora bien, distinto sería el caso, a nuestro juicio, que la actividad ordinaria de cobranza –en tanto administraciones tributarias que son a la luz del inciso e) del numeral 4 del Código Municipal-, en la que tantos problemas tienen las municipalidades según se vio de la Memoria Anual 2006 elaborada por la Contraloría General de la República (páginas 8, 233 a 249, se constituyera en el objeto de esa sociedad, toda vez que la municipalidad y el sector privado coadyuvarían con recursos humanos especializados y no especializados, administración y tecnología, en mejorar la función de cobranza y, de ahí en la disminución del pendiente de pago.

6. Límites y condiciones de la potestad de las municipalidades para disponer de sus bienes, para participar en estas sociedades

Sobre este aspecto, sienta el artículo 62 del Código Municipal:

“La municipalidad podrá usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines.

Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías en favor de otras personas, solo serán posibles cuando las autorice expresamente una ley especial. Podrán darse préstamos o arrendamientos de los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o el contrato que respalde los intereses municipales....”

Complementariamente, los artículos 68 y 69, de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 disponen:

“Para enajenar los bienes inmuebles, la Administración deberá acudir al procedimiento de licitación pública o al remate, según convenga al interés público.”

“La Administración no podrá enajenar los bienes inmuebles afectos a un fin público.

Los bienes podrán desafectarse por el mismo procedimiento utilizado para establecer su destino actual.

Se requerirá la autorización expresa de la Asamblea Legislativa, cuando no conste el procedimiento utilizado para la afectación”

De esta manera, para enajenar los bienes inmuebles, la Administración debe acudir al procedimiento de licitación pública o al remate, según convenga al interés público. Empero, la Administración no está autorizada a enajenar los bienes inmuebles afectos a un fin público, siendo que para tal fin, debe desafectarse el bien por el procedimiento utilizado para ese propósito. Y en todo caso, se requeriría de la autorización expresa de la Asamblea Legislativa, cuando no conste el procedimiento utilizado para la afectación.

Con base en lo anterior, y de *lege lata*, consideramos como la PGR que respecto a la posibilidad de que las municipalidades tengan facultades para dar en garantía los bienes inmuebles que no estén afectos a un fin público, al hablar el Código de préstamos o arrendamientos, conceptos que jurídicamente tienen un sentido preciso y unívoco, no estarían autorizadas para ello, y con base al principio de legalidad, que rige la organización y el funcionamiento de los entes corporativos territoriales, sería necesario que una norma del ordenamiento jurídico los habilitarán, norma que ha de tener el rango de una ley.

Adicionalmente, en caso de incumplimiento del municipio, la posibilidad legal para ejecutar la garantía, y, en general, poder el socio privado o un tercero accionar contra la corporación territorial y ser indemnizado, estaría limitada a lo establecido en los artículos 63 del Código Municipal y 169 y 170 del Código Procesal Contencioso Administrativo –CPCA- que rezan respectivamente:

“Salvo los casos contemplados en este código, los bienes, derechos, licencias o patentes municipales no podrán ser objeto de embargo ni de remate judicial”

“Artículo 169.-

1) Serán embargables, a petición de parte y a criterio del juez executor, entre otros:

a) Los de dominio privado de la Administración Pública, que no se encuentren afectos a un fin público.

b) La participación accionaria o económica en empresas públicas o privadas, propiedad del ente público condenado, siempre que la totalidad de dichos embargos no supere un veinticinco por ciento del total participativo.

c) Los ingresos percibidos efectivamente por transferencias contenidas en la Ley de Presupuesto Nacional, en favor de la entidad pública condenada, siempre que no superen un veinticinco por ciento del total de la transferencia correspondiente a ese período presupuestario.

2) Será rechazada de plano la gestión que no identifique, con precisión, los bienes, fondos o rubros presupuestarios que se embargarán.

3) La Administración Pública podrá identificar los bienes que, en sustitución de los propuestos por la parte interesada, deban ser objeto del embargo; todo ello conforme al prudente criterio del juez”.

“Artículo 170.-

1) No podrán ser embargados los bienes de titularidad pública destinados al uso y aprovechamiento común, tampoco los vinculados directamente con la prestación de servicios públicos en el campo de la salud, la educación o la seguridad y cualquier otro de naturaleza esencial.

2) Tampoco podrá ordenarse ni practicarse embargo sobre los bienes de dominio público custodiados o explotados por particulares bajo cualquier título o modalidad de gestión; sobre las cuentas corrientes y cuentas cliente de la Administración; sobre los fondos, valores o bienes que sean indispensables o insustituibles para el cumplimiento de fines o servicios públicos, sobre recursos destinados por ley a una finalidad específica, al servicio de la deuda pública tanto de intereses como de amortización, al pago de servicios personales, a la atención de estados de necesidad y urgencia o destinados a dar efectividad al sufragio; tampoco los fondos para el pago de pensiones, las transferencias del fondo especial para la Educación Superior, ni los fondos públicos otorgados en garantía, aval o reserva dentro de un proceso judicial.”

Precisamente, la entrada en vigencia del CPCA a partir del 1º de enero del 2008 – artículo 222- ha supuesto la necesidad de tener por corregida la jurisprudencia de la PGR en

este aspecto, toda vez que con anterioridad a ello, la PGR era clara en cuanto que existía imposibilidad legal de ejecutar garantías por el hecho que los bienes municipales no eran pasibles de embargo ni remate a la luz del 63 del Código Municipal.

Amén de lo anterior, también la PGR ha expresado su punto de vista respecto de si es posible que estas entidades vendan, arrienden o concesionen las edificaciones o inmuebles surgidas de su actividad:

“...Como aclaración previa, habría que descartar la hipótesis de la concesión, toda vez que esta figura jurídica administrativa sólo podría ser utilizada por una entidad pública, nacional o local, que sea titular de un servicio o actividad económica, situación en la que no podría encontrarse una sociedad mixta municipal. En la O.J. 007-98 del 4 de febrero de 1998 indicamos lo siguiente: "De ese modo, de conformidad con el Proyecto en estudio, Correos de Costa Rica S.A., sería una persona de derecho privado, no pudiendo ser considerada como pública, aún cuando el 100% de sus acciones pertenezcan al Estado. En sentido similar se ha manifestado la Sala Constitucional al analizar una sociedad similar como lo es la Compañía Nacional de Fuerza y Luz al indicar: '...es obvio que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz aunque perteneciendo mayoritariamente a una institución pública es ella misma una persona jurídica de derecho privado exactamente igual a todas las demás, de manera que no podría ser considerada como pública ni en razón de su propietaria, ni en razón del interés público que en su actividad involucra' (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No.73-94 Al estar en la misma condición las empresas mixtas municipales que Correos de Costa Rica S.A. y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (personas de derecho privado), no existiría ningún impedimento legal para que pudieran vender o arrendar sus bienes inmuebles. Ahora bien, al no existir una ley que las excluya expresamente de los procedimientos de contratación administrativa, ni estar en los supuestos del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa, para efectuar las ventas o arrendamientos de sus bienes inmuebles tendrían que ajustarse a los procedimientos que prevé esta ley y su reglamento, salvo que admitiéramos la posibilidad de una empresa mixta municipal con participación minoritaria del ente público - tesis que no compartimos, salvo cuando existe un control de parte del ente público sobre la gestión de la empresa-, en cuyo caso sí estarían excluidas de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento....” (64)

(64) Opinión jurídica O. J. 103-99.

Como corolario de ello, “...F.-No existe ningún impedimento legal para que la empresas mixtas municipales vendan y arrienden sus bienes inmuebles; G.- La venta y arrendamiento de los bienes inmuebles de las sociedades públicas de economía mixta, tendrían que ajustarse a los procedimientos de contratación que se encuentran en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento”.⁶⁵

Es claro que estas operaciones son fuente de financiamiento de esas sociedades y pueden conformar su patrimonio.

7. El vehículo jurídico de esas empresas: Sociedades, ¿pero, qué clase?

De la letra del numeral 13 inciso p) se observar que el legislador optó por la figura de las sociedades para el tipo de emprendimientos en comentario, lo que lleva a preguntarse por la clase de sociedades que pueden llevar a efecto una empresa de economía mixta.

Conforme a todo lo que se lleva hasta este punto de la investigación, tanto de la parte general como de la especial, podrá el lector inferir que las sociedades de capital son las que están llamadas a ser el vehículo jurídico que concrete esos emprendimientos y, dentro de ellos, la sociedad anónima es la preferida sin excluir la de responsabilidad limitada.

En nuestro medio, la Procuraduría ha precisado que: “...El Código Municipal no contiene otras prescripciones en orden a la constitución de las citadas empresas. De ese hecho, resulta claro que dicha creación debe sujetarse a las leyes existentes y en particular, puesto que se trata de una entidad creada para un objeto comercial, a las disposiciones del Código de Comercio referidas precisamente a la constitución de sociedades mercantiles. No obstante, cabe recordar que la autorización para constituir una empresa cuyo capital social pertenezca exclusivamente a la Municipalidad puede implicar en sí misma una derogación del principio societario. Ello en el tanto bien podría suceder que la empresa se constituya con un único socio. Hablamos de

(⁶⁵) Opinión jurídica O. J.103-99.

una posibilidad porque el Código Municipal autoriza también una sociedad constituida por varias municipalidades...” (66).

En la citada opinión jurídica N° OJ-128-2004, se pronunció por la posibilidad de admitir el ropaje legal de la sociedad de responsabilidad limitada, pero aclarando que: “...Se recurriría a esta forma societaria a efecto de limitar la responsabilidad de la Municipalidad, lo que se considera un "escudo legal". Se estima, en efecto, que eso beneficiaría tanto a la Municipalidad como la empresa si el proyecto no fructificara (...) La sociedad de responsabilidad limitada es una forma de sociedad mercantil, según resulta del artículo 17, inciso c) del Código de Comercio. La particularidad que, eventualmente explica la elección que hace la Municipalidad, deriva de la responsabilidad limitada de los socios: "ARTÍCULO 75.- En la sociedad de responsabilidad limitada los socios responderán únicamente con sus aportes, salvo los casos en que la ley amplíe esa responsabilidad". En la sociedad anónima, por el contrario, los socios "solo se obligan al pago de sus aportaciones", artículo 102 del Código de Comercio, lo que implica que no responden por las obligaciones en que incurra la sociedad anónima. Podría pretenderse que la Municipalidad solo responde con el capital social que aporta a la empresa. Empero, es claro que en la medida en que la Municipalidad delega la gestión de los servicios municipales en esta sociedad, está llamada a asumir responsabilidad por su actuación. En consecuencia, la pretensión de eximir a la Municipalidad no es válida porque la responsabilidad de ésta se deriva del acto de creación de la sociedad y de los actos por medio de los cuales le delegue la prestación de los servicios locales o bien, autorice a participar en otros ámbitos de la actividad económica...”

Esta misma línea sigue el proyecto de ley al decir: “**ARTÍCULO 1.-** Autorízase a las municipalidades a crear **sociedades anónimas** de capital mixto, con personería y patrimonios propios, denominadas empresas municipales de economía mixta, denominación que podrá abreviarse E.M.E.M...”

En cuanto a este último artículo del proyecto, debe considerarse que el artículo 103 del Código de Comercio dispone: “La denominación se formará libremente, pero deberá ser distinta de la de cualquier sociedad preexistente, de manera que no se preste a confusión; es propiedad exclusiva de la sociedad e irá precedida o seguida de las palabras " Sociedad Anónima " o de su abreviatura " S. A. ", y podrá expresarse en cualquier idioma, siempre que en el pacto social se haga constar su traducción al castellano.”

(66) Opinión Jurídica N°OJ-128-2004.

De esta manera, y al no justificarse trato distinto reparando en el hecho que se está inclinando el proyecto por el esquema de las sociedades anónimas para la sociedad en investigación, consideramos que debe considerar el proyecto de ley que, de igual, deben agregarse “...de las palabras “ Sociedad Anónima ” o de su abreviatura “ S. A...”, amén de la expresión “E.M.E.M.”, que no solamente se emplea mal porque se puntúa –lo que no es propio de las siglas ni de los acrónimos conforme al Diccionario Panhispánico de Dudas 1º edición 2005 en el sitio web de la Real Academia de la Lengua, www.rae.es- por lo que debe corregirse en esa forma, sino porque, además, lo correcto sería “SPMEM”, si lo que se quiere es usar con propiedad las siglas de la figura jurídica, toda vez que, recuérdese, la sociedad, y no la empresa, es la que se está regulando a través del proyecto y es la sociedad, y no la empresa, lo que preferentemente disciplina el Código de Comercio en el artículo 5. En consonancia con el proyecto de ley, la Ley N° 8828, adoptó únicamente el esquema de sociedades anónimas – artículo 3- con la abreviación SPEM –artículo 1º-.

En todo caso, consideramos que no se ve explicación fundada para que se haya excluido del proyecto otro tipo de vehículos societarios de capital, por lo que nos parece que a este respecto el mismo es restrictivo sin explicación alguna, habida cuenta de las posibilidades que a nivel comparado se han explorado y que se han visto en este trabajo.

8. La organización interna de la sociedad

En tanto sociedades, el esquema organizativo deberá ser, cuando menos, el establecido en el Código de Comercio en sus artículos 152, 153 (asamblea de accionistas ordinarias o extraordinarias), 181 (“...un consejo de administración o una junta directiva, que deberá estar formada por un mínimo de tres miembros, quienes podrán ser o no socios y ostentar las calidades de presidente, secretario y tesorero...”), 187 (“El consejo de administración, o quienes ejerzan la representación social, podrán, dentro de sus respectivas facultades, nombrar funcionarios, tales como gerentes, apoderados, agentes o representantes, con las denominaciones que se estimen adecuadas, para atender los negocios de la sociedad o aspectos especiales de éstos y que podrán ser o no accionistas. Los funcionarios mencionados en el párrafo anterior tendrán las atribuciones que les fijen la escritura social, los estatutos, los reglamentos, o el respectivo acuerdo de nombramiento.”), 195 (un fiscal o fiscales –si bien en este punto el Código citado prevé en el numeral 193 que ello es potestativo salvo para las sociedades que formen su capital por suscripción pública –artículo 194 en relación con los homónimos 105, 108 a 114 -, como se

verá las sociedades de comentario sí requieren de un fiscal, contralor o auditor), -para las sociedades anónimas- y 89 (“...uno o varios gerentes o subgerentes, que pueden ser socios o extraños...”), 94 (“Los socios deberán celebrar una reunión al año cuando menos, dentro de los tres meses siguientes a la finalización del año económico, con el fin de hacer el nombramiento de gerentes y subgerentes, cuando fuere del caso; conocer el inventario y balance y tomar los acuerdos necesarios para la buena marcha de la sociedad. El gerente o subgerente convocará a los socios para todas las reuniones por carta certificada o por otro medio que permita demostrar la convocatoria, con ocho días de anticipación por lo menos. El quórum se formará con cualquier número de socios que concurra. Se prescindirá del trámite de convocatoria cuando esté representada la totalidad del capital social”)-para las de responsabilidad limitada-, sin dejar de lado la disposición común que al respecto establece el 18 del mismo cuerpo legal: “La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener: (...) **13)** Nombramiento de un agente residente, que cumpla con los siguientes requisitos: ser abogado, tener oficina abierta en el territorio nacional, poseer facultades suficientes para atender notificaciones judiciales y administrativas a nombre de la sociedad, cuando ninguno de sus representantes tenga su domicilio en el país. El Registro no inscribirá ningún documento relativo a la sociedad, si en los casos en que sea necesario, el nombramiento no se encontrara vigente.”

Por su parte, el proyecto de ley regula la materia en el capítulo III.

Concretamente, el numeral establece:

“ARTÍCULO 13.- La dirección, administración y vigilancia de las empresas municipales de economía mixta estará a cargo de los siguientes órganos:

- a) La Asamblea General de Accionistas.
- b) La Junta Directiva.
- c) El Comité Ejecutivo.
- d) El gerente general.
- e) El contralor.

El Pacto Constitutivo respetará esta organización mínima; no obstante, desarrollará, en congruencia con la presente Ley y el Código de Comercio, Código Municipal, los procedimientos organizacionales necesarios para el buen funcionamiento de la EMEM.”

Tanto la Procuraduría, como la Contraloría, lo mismo que el Departamento de Servicios Técnicos han hechos observaciones puntuales a ese capítulo.

Así, la PGR critica el reseñado proyecto de ley en el punto bajo examen en cuanto a que: “...El artículo 23, inciso m), se aleja de la dinámica que opera en las sociedades anónimas, pues atribuye a la Junta Directiva el aprobar los aumentos de capital social cuando lo requiera la empresa. Sobre el particular, el Código de Comercio, en el artículo 156, señala que dicha atribución corresponde a la Asamblea de Accionistas reunidos en una sesión extraordinaria. Lo cual es lógico, pues son los accionistas, y no los miembros de la Junta Directiva, quienes tienen que hacerle frente al aporte de capital de su propio patrimonio. Este razonamiento también se aplica para el caso de la formación de nuevas sociedades. Por tal motivo, se recomienda trasladar estas atribuciones a la Asamblea General de Accionistas...”⁽⁶⁷⁾ Agregando que “...Los artículos 24, 25 y 26 regulan el órgano denominado “Comité Ejecutivo”. Desde nuestro punto, y aclarando que se trata más de un asunto de conveniencia que uno jurídico, nos parece que dicho órgano no tiene razón de ser, pues el órgano ejecutivo por naturaleza de una entidad como la que se crea, es el Gerente General. Además, de la duplicidad de funciones que existiría entre dicho órgano y el Gerente General, lo que, a la hora de interpretar y aplicar la normas legales, podría presentar no pocos problemas. Así las cosas, la Asamblea Legislativa debe valorar muy bien si deja o no este órgano en la organización de la EMEM. ...”

Por su parte, la Contraloría advierte la contradicción entre los numerales 15 inciso d), 16 y 22 del proyecto⁽⁶⁸⁾, que a su juicio serían causa de impunidad entre miembros de Junta Directiva. Estos dicen:

“ARTÍCULO 15.- Serán atribuciones de la Asamblea General de Accionistas:

...d) Nombrar y remover, cuando proceda, los miembros de la Junta Directiva, según los procedimientos y requisitos fijados en esta Ley. Los votos se computarán siguiendo el sistema de voto acumulativo”.

⁶⁷ Opinión Jurídica N°OJ-168-2006.

⁶⁸ Oficio DAGJ-1940-2006...pp. 19-20.

“ARTÍCULO 16.- La Junta Directiva será nombrada por la Asamblea General de Accionistas por períodos de cuatro años. Estará integrada por cinco miembros de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Dos miembros propuestos por la municipalidad.*
- b) Dos miembros propuestos por la empresa privada.*
- c) Un miembro propuesto por la Asamblea de Accionistas.*

La Junta Directiva sesionará ordinariamente una vez al mes y extraordinariamente cuando sea convocada por el presidente, el vicepresidente en ausencia de aquel o, por dos miembros de la misma”.

“ARTÍCULO 22.- Los miembros de la Junta Directiva solo pueden ser removidos cuando la entidad designante, por acuerdo razonado de al menos las dos terceras partes del total de sus miembros, declare la violación grave y específica de los deberes del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que haya incurrido el directivo”.

Para la Contraloría, podría interpretarse que cuando los miembros no son propuestos por la Asamblea, esta no tendría competencia para removerlos, con el inconveniente que en el caso de los miembros nombrados por la empresa privada, se presentarían dificultades para controlar el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre ellos, al no quedar la empresa privada sujeta a las regulaciones del Derecho Público. Esta opinión no la compartimos, por cuanto a la Asamblea en ningún supuesto se le está cercenando su potestad de remover miembros de Junta Directiva, toda vez que es la Asamblea y no la municipalidad o el socio privado, quien nombra a esos órganos. Los artículos de comenario lo que atribuyen a las partes contratantes es la posibilidad de nombrar dos miembros para integrar la Junta Directiva; mas la potestad de remoción es única para la Asamblea en calidad de “...entidad designante...” Por demás, consideramos que estos artículos están adecuados a la técnica que gobierna esos órganos corporativos.

Sí somos del criterio con la Procuraduría, que no tiene ninguna razón de ser, y que más bien se constituiría en una fuente de problemas para su adecuado y expedito funcionamiento, la figura propuesta del “Comité Ejecutivo”.

Si se repara en las funciones que se le encomiendan en relación con las reconocidas para el “Gerente”, se ve claro que se está, además, ante una inadecuada duplicidad de funciones que vendría a crear burocracia y a dar un mal aviso de entrada a cualquier socio privado, considerando además que se estaría alentando un aparato organizacional desproporcionado, habida cuenta que, como ya hemos insistido muchos de estos emprendimientos podrían, y de hecho lo aseguramos, ser de pequeña escala, sin dejar de lado que se trata de funciones carentes de todo sentido operativo y que no garantizan ningún resultado al final de cuentas, sin dejar de lado que con base al propio numeral 24 del proyecto lo integran “...dos miembros de la Junta Directiva, designados por períodos de un año, y el gerente general...” . Incluso, hasta se le crean funciones propias de un contralor o auditor como se verá más adelante.

Dicen los artículos 25 y 27 del proyecto:

“ARTÍCULO 25.- *Son funciones del Comité Ejecutivo:*

- a)** *Servir de enlace permanente entre la Junta Directiva y la Gerencia General.*
- b)** *Verificar que la administración cumpla los planes y programas adoptados por la Junta Directiva.*
- c)** *Canalizar hacia la Junta Directiva las propuestas y sugerencias de la administración sobre la marcha general de las EMEM.*
- d)** *Las demás funciones que la ley, el Pacto Constitutivo o los reglamentos le confieran”.*

“ARTÍCULO 27.- *Son atribuciones del gerente general:*

- a)** *Ejercer la administración general de las EMEM, conforme a las disposiciones legales, el Pacto Constitutivo, los mandatos de la Junta Directiva y el Comité Ejecutivo. Para estos efectos, la Junta Directiva otorgará los poderes generales y especiales que considere pertinentes.*

- b) Ejecutar los acuerdos y las resoluciones de la Junta Directiva y el Comité Ejecutivo.*
- c) Someter a conocimiento y aprobación de la Junta Directiva el proyecto de presupuesto anual de las EMEM, las modificaciones y los proyectos de presupuesto extraordinario, los estados financieros anuales, la memoria de las EMEM y las liquidaciones presupuestarias de los ejercicios económicos respectivos.*
- d) Solicitar al presidente de la Junta Directiva la convocatoria a sesiones extraordinarias.*
- e) Nombrar como representantes a los gerentes y administradores que requiera el buen funcionamiento de la Empresa, de acuerdo con la estructura administrativa aprobada por la Junta Directiva.*
- f) Nombrar y remover al personal de las EMEM, así como ejercer la autoridad disciplinaria sobre él, con excepción del contralor y su personal.*
- g) Promover proyectos, planes de trabajo, reformas reglamentarias e iniciativas tendientes a utilizar los recursos de las EMEM y mejorar la prestación de los servicios, la eficiencia y eficacia de la administración y, en general, a alcanzar éxito en las acciones encomendadas a las EMEM.*
- h) Las demás que le asigne esta Ley, el Pacto Constitutivo o los reglamentos”.*

Conforme a lo expuesto, debe ser eliminado el órgano “Comité Consultivo”.

Como una razón más, el Departamento de Servicios Técnicos ⁽⁶⁹⁾ considera el caso de CORBANA examinado en el primer capítulo de esta investigación, en cuanto a que, como se vio, su ley especial establece que esta sociedad anónima de capital mixto, es administrada por una Asamblea de Socios, la Junta Directiva y una Gerencia (numerales 1 a 3), lo que por los motivos señalados por nosotros se erige en motivación suficiente para eliminar esa desafortunada figura.

Siguiendo con el examen de aspectos relevantes del capítulo III del proyecto, la Contraloría es del criterio que el artículo 22 transcrito debe adicionarse en cuanto a que las potestades de remoción reconocidas a la Asamblea son sin perjuicio de la homónima de ordenar y recomendar sanciones propia del ente contralor a tenor de los artículos 183 y 184

⁽⁶⁹⁾ Oficio ST.193-2007 J...p.9.

constitucionales y 68 de su ley orgánica. Asimismo, sugiere que se incorpore un mínimo de requisitos académicos para los puestos de Junta Directiva y de Gerente General, y que en la integración de la Junta la municipalidad proponga tres y no dos miembros, en vista de reconocérsele como socio mayorista ⁽⁷⁰⁾

Complementa sus observaciones Contraloría con una adecuada crítica al artículo 27 inciso c) que determina como atribución del Gerente “...*Someter a conocimiento y aprobación de la Junta Directiva el proyecto de presupuesto anual de las EMEM, las modificaciones y los proyectos de presupuesto extraordinario, los estados financieros anuales, la memoria de las EMEM y las liquidaciones presupuestarias de los ejercicios económicos respectivos...*”. Contraloría considera que con base en el numeral 18 de su ley le corresponde examinar para su aprobación o improbación “...*los presupuestos de los entes referidos en el artículo 184 de la Constitución Política, así como los del resto de la Administración descentralizada, las instituciones semiautónomas y **las empresas públicas...***”, potestad que es de rango constitucional y que, por ende, no puede ser afectada en absoluto por una eventual norma como la de comentario que sería infra constitucional ⁽⁷¹⁾.

Si bien, la Ley especial N° 8828 eliminó esos órganos y los limitó a la asamblea general de accionistas, la junta directiva y el fiscal (artículo 12), consideramos que al incluir de seguido que “...*El Pacto Constitutivo respetará esta organización mínima, pero se podrán incluir otros órganos sociales, siempre y cuando sean congruentes con la naturaleza y los fines de estas sociedades y se conformen con los preceptos de la presente Ley, el Código de Comercio, Ley No. 3284; el Código Municipal, Ley No. 7794, y la demás normativa pública o privada aplicable, para una adecuada gestión social.*”, puede permitir que existan figuras tan desaconsejables como las estudiadas, lo que hace que deba recomendarse la derogación de este aparte de la norma, a fin de evitar los inconvenientes apuntados.

Ahora bien, si ya la sociedad es dominada por la municipalidad en el plano del capital social, parece innecesario que, además, tenga que dominar la gestión social como lo hace el proyecto y la misma Ley N° 8828 en su artículo 15- . Más atrás, nos explayamos en la

⁽⁷⁰⁾ Oficio DAGJ-1940-2006...p.20.

⁽⁷¹⁾ oficio DAGJ-1940-2006...p.20.

determinación del carácter público de estas sociedades, por lo que huelga repetir lo dicho, únicamente recordamos que esa naturaleza podría predicarse tanto por el dominio financiero en el aporte para constituir el capital social, como en punto al control de la gestión por lo que si el legislador ya optó por esa naturaleza pública, queda o seguir con la tesis del 51% mínimo - dominio financiero en el aporte para constituir el capital social – o en la gestión, siendo innecesario controlar ambos. Mas, insistimos, si se quiere que la figura resulte atractiva, un diseño como el que se positivizó en el artículo 15 podría ser excesivo para interesar al sector privado, en la medida en que se ha apostado por un doble control público.

Siempre en el tema de órganos sociales, la Ley N° 8828 superó un tema verdaderamente espinoso que contemplaba el proyecto de ley y que fue advertido por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa. Ese órgano consideró en su oportunidad que el numeral 17 párrafo último del proyecto violentaba el numeral 40 de la Constitución⁷² al imponer una pena perpetua:

*“ARTÍCULO 17.- Tendrán incompatibilidad para ocupar un puesto en la Junta Directiva de las EMEM o sus subsidiarias, los alcaldes municipales propietarios o suplentes, los regidores propietarios o suplentes, los síndicos, los empleados directos de las municipalidades que integren la empresa y los parientes por afinidad o consanguinidad, hasta el tercer grado inclusive, de estos funcionarios o empleados, así como los miembros de las juntas directivas de las subsidiarias o quienes tengan interés en ellas. Este último supuesto no operará, si el directivo ya ocupaba su cargo cuando se produjo la causal de incompatibilidad. **Tampoco podrán integrar la Junta Directiva los exservidores o exfuncionarios de alguna de esas municipalidades, que hayan sido despedidos o destituidos por causa justificada**”.*

Es más que claro el roce constitucional con el artículo 40, lo que llevó a que la ley especial introdujera en el numeral 16 un plazo para la incompatibilidad en diez años

Asimismo, los numerales 18 y 20 de la Ley, que disciplinan las mismas materias que sus homónimos 19 y 22, superaron yerros de redacción que comprometían su legalidad misma. Esos artículos tenían la siguiente letra en el proyecto:

(⁷²) “Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas...”

“ARTÍCULO 19.- Ningún directivo podrá asistir a la sesión en que se resuelvan asuntos de interés propio o de cualquier pariente suyo, por consanguinidad o afinidad, hasta el cuarto grado inclusive o que interesen a una empresa de economía mixta, en la que él o sus parientes en los grados mencionados, sean socios, asociados, directores, funcionarios o empleados”.

“ARTÍCULO 22.- Los miembros de la Junta Directiva solo pueden ser removidos cuando la entidad designante, por acuerdo razonado de al menos las dos terceras partes del total de sus miembros, declare la violación grave y específica de los deberes del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que haya incurrido el directivo”

En lo que hace al numeral 19, era claro que debía complementarse con una sanción por quebranto de la incompatibilidad, y que la misma debe ser la remoción en los términos del artículo 22 o, mejor, como lo hizo la ley especial, la prevista en la Ley N° 8422, con el lunar de redacción que no se dice cuál sea la sanción en específico, aspecto que debe mejorarse mediante una interpretación auténtica.

En cuanto al 22, no compartimos el criterio de Servicios Técnicos⁷³, en cuanto a incluir causales (ineficiencia e ineficacia) y muchos menos que su comprobación se haga a “...*la luz del debido proceso...*”, puesto que debe entenderse que si bien se está ante sociedades públicas, estas son mixtas y se organizan bajo un esquema más de corte privado y con la participación del sector privado, lo que hace que se constituya en un desaliento para cualquier emprendimiento el que para remover a un directivo, se deba seguir el debido proceso y todas las formalidades – formalismos- y trámites que ello conlleva, particularmente por cuanto la norma que se aplicaría sería el Libro II de la Ley General de la Administración Pública, y, por ende, la conformación de un órgano director o similar, que no condicen con el objeto, fines y funciones de esas sociedades.

Somos del criterio que el artículo 22, con las observaciones hechas en esta investigación, se encuentra bien redactado y que es garantía suficiente del “debido proceso”, el que la remoción deba ser razonada; sea, motivada, y que se sustancie por la propia Junta, con lo que, de esta manera, se produce la interdicción de arbitrariedades en el ejercicio de la potestad de remoción.

(73) Oficio ST.193-2007 J...p.11.

La remoción de esos miembros, pues, debe ser ágil en su tramitación y las causales abiertas –en todo caso, el proyecto las califica de “graves” y las encuadra dentro de los “deberes específicos” de los directivos, lo que es una garantía más de lo dicho-, cuestión que supera con creces el artículo 20 de la ley.

Igualmente, se eliminó en el texto aprobado un verdadero error de bulto que presentaba el proyecto: se disponía como atribución de la Junta Directiva “...*Aprobar la incorporación y la consiguiente variación de capital social...*”, establecida en el artículo 23.e) del proyecto, pues ello es materia de las Asambleas de Accionistas, en los términos del 156 del Código de Comercio:

“**ARTÍCULO 156.-** *Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para:*

...b) *Autorizar acciones y títulos de clases no previstos en la escritura social...*”

En esa misma línea de superación de errores de bulto que presentaba el proyecto, la ley N° 8828 no contempla la figura del “Contralor”, que se disciplinaba en el numeral 28 del proyecto:

“**ARTÍCULO 28.-** *Son funciones del contralor:*

a) *Ejercer la fiscalización jurídico-financiera y de gestión operativa de las EMEM y sus subsidiarias.*

b) *Someter a consideración de la Junta Directiva los informes y las recomendaciones derivados del cumplimiento de sus tareas.*

c) *Nombrar y remover a su personal auxiliar y ejercer la jurisdicción disciplinaria sobre él.*

d) *Las demás funciones que la ley, el Pacto Constitutivo o los reglamentos le confieran”.*

Este órgano corresponde al del “Auditor”, por lo que sus funciones deben entenderse complementadas con las propias reconocidas en la Ley General de Control Interno, lo mismo que con los deberes, potestades y prohibiciones establecidos en esa ley (ver los artículos 22, 33 a 34), y dejarse en claro que aun y cuando en el proyecto sea atribución de la Junta su nombramiento y remoción (artículo 23.l), esta figura goza la independencia funcional y de

criterio y de inamovilidad (artículos 25 y 31), por lo que su remoción está supeditada al cumplimiento del numeral 15 de la Ley Orgánica de la Contraloría.

Bajo esta cognición, y a fin de evitar malos entendidos sobre el alcance y funciones de ese órgano, se sugiere cambiar el nombre de “Contralor” por el de “Auditor”.

Ahora bien, siendo consecuentes con nuestras acotaciones acerca de que estas sociedades podrían desarrollar emprendimientos pequeños, con base en el numeral 20 de la Ley de Control Interno ⁽⁷⁴⁾ es dable que la sociedad que presente supuestos como los referidos por la norma de marras, pueda solicitar al ente contralor eximirla de esa obligación legal siempre y cuando se establezcan por parte de esa sociedad *“métodos de control o de fiscalización que se definan”*

Asimismo, para el caso de sociedades que lo ameriten en la forma expuesta *supra*, es plausible que se incluya la figura del subauditor dentro del referido artículo 23 inciso l).

a) Problema de las Incompatibilidades

La PGR se ha pronunciado por la existencia de incompatibilidades en lo que hace a la participación Concejo, del Alcalde y de los regidores en el funcionamiento de estas sociedades, lo mismo en lo que hace a la representación legal y extrajudicial en la figura del Alcalde, optando por desechar su participación en el funcionamiento social –aspecto este muy ligado al de la limitación por el objeto y el territorio-, y por preferir al gerente como representante de la sociedad; aspectos que se examinan en la OJ-128-2004:

“...En orden a la organización interna de la sociedad se proyectan tres órganos fundamentales: la Asamblea General, el Consejo Directivo y el gerente general a cuyo cargo estará la administración de la empresa. En el Código de Comercio no se regulan los dos primeros órganos, al punto de que no puede afirmarse

⁽⁷⁴⁾ *“Todos los entes y órganos sujetos a esta Ley tendrán una auditoría interna, salvo aquellos en los cuales la Contraloría General de la República disponga, por vía reglamentaria o disposición singular, que su existencia no se justifica, en atención a criterios tales como presupuesto asignado, volumen de operaciones, nivel de riesgo institucional o tipo de actividad. En este caso, la Contraloría General ordenará a la institución establecer los métodos de control o de fiscalización que se definan”*

que la legislación exija que la sociedad cuente con junta Directiva. En cuanto a la asamblea de socios, dado que se dispone someramente sobre las reuniones de los socios (así, artículos 94 y 97 del Código de Comercio) podría afirmarse su necesidad. Entre los aspectos que se cuestiona estaría el hecho de que miembros del Gobierno Municipal asumirían funciones dentro de la sociedad. En concreto, la posición de Asamblea de socios correspondería al Concejo Municipal. Fungiendo como tal, el Concejo haría determinados nombramientos, autorizaría la constitución de subsidiarias y la creación o fusión con otras sociedades. Esas cláusulas pueden ser analizadas a partir de los principios y reglas en materia de incompatibilidad. En efecto, se debe establecer si existe incompatibilidad entre el cargo de miembro del Concejo Municipal y la participación en la asamblea de socios de la sociedad por una parte y entre el cargo de Alcalde municipal y el de Presidente del Consejo Directivo, por otra parte. Las incompatibilidades encuentran su fundamento en la oposición de intereses, así como en la necesidad de mantener la independencia y, por ende, imparcialidad en el ejercicio de la función. Todo con el objeto de garantizar el correcto y eficaz ejercicio de la función pública. La regulación de las incompatibilidades es manifestación de la transparencia de la Administración Pública que hoy por hoy se constituye en uno de los principios fundamentales que rigen el accionar administrativo. Por ello no es de extrañar que distintas incompatibilidades pretendan evitar el nepotismo, en cuanto forma de corrupción en el ejercicio de la función pública. Sobre el fundamento de la incompatibilidad, la Sala Constitucional ha manifestado: "... La incompatibilidad surge del conflicto de intereses que evidentemente existe, entre el interés privado de las empresas de aviación, y el interés público de la Dirección General de Aviación Civil. Según establece el artículo 312 de la Ley N° 5150, esta ley es de orden público. En caso de colisión entre el interés privado y el público, ha de prevalecer este último..." Resolución N° 5549-95 de 15:15 hrs. del 11 de octubre de 1995. "... La incompatibilidad es la imposibilidad de desempeñar al mismo tiempo dos puestos o funciones. El fundamento de las prohibiciones legales que determinan las incompatibilidades, es la necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares; es decir, tiende a evitar la colisión de intereses –interés público o interés privado-...", Resolución N° 3932-95 de 15:33 hrs. del 18 de julio de 1995. Como se dijo, las incompatibilidades deben ser razonables y proporcionadas. De allí se sigue que en el momento de establecerlas el legislador debe contemplar la especial naturaleza del cargo que regula. Por ello, lo normal es que se establezcan en relación con los altos funcionarios de la Administración Pública, en cuanto titulares de un poder de decisión, susceptible de producir consecuencias jurídicas, económicas y sociales no sólo a nivel interno de la organización,

sino externas. La sociedad municipal es creada directamente por la Municipalidad. Su objetivo es encargarse de la prestación de servicios municipales, ya sea mediante compromiso de gestión o por concesión de gestión de los servicios. A partir de ese objeto, podría considerarse que el Concejo Municipal tiene un particular interés en la gestión de la empresa, debiendo preocuparse por la gestión de ésta, ya que en último término la responsabilidad es de la Municipalidad. Factores que concurrirían a considerar que existe coincidencia entre el interés del Concejo Municipal y el interés de la empresa. Por consiguiente, que tanto los regidores como el Alcalde pueden participar en los órganos superiores de la sociedad que se constituye. En todo caso, en la medida en que la Municipalidad acuda a la constitución de una sociedad, será socio fundador de ésta. Esa condición de socio tiene necesariamente que ser asumida por un órgano de la Municipalidad y, en concreto, por su órgano superior, el Concejo Municipal. No escapa a la Procuraduría la situación particular que puede presentarse en la contratación entre Municipalidad y sociedad. Si bien la sociedad se constituye para gestionar servicios municipales, lo cierto es que al no ser esa gestión producto de una definición de la ley o de su acto constitutivo, requiere de un acto administrativo que especifique qué servicios se asumen, sea ese acto un compromiso de gestión o la concesión de servicio público. La decisión de acordar la gestión compete al Concejo Municipal: conforme el inciso e) del artículo 13 del Código Municipal, corresponde al Concejo Municipal celebrar los convenios, comprometer los fondos municipales y por ende, tomar la decisión respecto de un compromiso de gestión o una concesión de servicio. Existe identidad absoluta entre Concejo Municipal y asamblea de socios de la sociedad. En caso de concurso público en que sea oferente la sociedad municipal esa identidad podría afectar la transparencia y objetividad de la decisión. Por otra parte, órgano deliberativo de la Corporación municipal, el Concejo debe dedicar todos sus esfuerzos a la atención de los problemas locales. Esa dedicación podría afectarse desde el momento en que el amplio objeto social de la sociedad le permitiría desarrollar actividades que no configuran servicios municipales. Dispone la cláusula Tercera del proyecto de escritura, en lo que aquí interesa: "... Dispondrá además la sociedad de plena facultad para desarrollar, como complemento y apoyo de su objeto, cualquier actividad comercial o industrial, sin más limitaciones que las que impongan las leyes y este pacto constitutivo...". El énfasis dado a la sociedad como sujeto de Derecho Privado está relacionado con esa posibilidad de desarrollar actividades comerciales o industriales que no configuran servicio público local y que escaparían a la competencia de la Municipalidad en tanto titular de los servicios públicos municipales. En lo que se refiere al Alcalde, tenemos que el Código Municipal contiene disposiciones expresas que determinan la incompatibilidad entre el puesto de alcalde y el presidente de un consejo directivo de una sociedad municipal. Dispone el artículo 20 del citado Código: "ARTÍCULO 20.-El alcalde municipal es un funcionario de tiempo completo y su salario se ajustará, de acuerdo con el presupuesto ordinario municipal, a la siguiente tabla: (...). Además, los alcaldes municipales devengarán, por concepto de dedicación exclusiva, calculado de acuerdo con su

salario base, un treinta y cinco por ciento (35%) cuando sean bachilleres universitarios y un cincuenta y cinco por ciento (55%) cuando sean licenciados o posean cualquier grado académico superior al señalado. En los casos en que el alcalde electo disfrute de pensión o jubilación, si no suspendiere tal beneficio, podrá solicitar el pago de un importe del cincuenta por ciento (50%) mensual de la totalidad de la pensión o jubilación, por concepto de gastos de representación". Una norma como la dispuesta en el artículo antes transcrito tiende a garantizar la exclusividad de la función popular que se desempeña, pero también la imparcialidad y objetividad en el desempeño del alto cargo, para lo cual se evita colocar al funcionario en una situación de conflicto de intereses. El de Alcalde es un cargo de gran responsabilidad y complejidad, que requiere dedicación absoluta, ser ejercido con total transparencia y por encima de cualquier interés extraño a la Municipalidad. El artículo 31 del Código Municipal prohíbe a los regidores y alcaldes no sólo intervenir en asuntos en que tengan interés directo, sino también intervenir en asuntos y funciones de su competencia. El artículo en su inciso c) excepciona la participación en comisiones especiales. "- Prohibese al alcalde municipal y a los regidores: (...). c) Intervenir en asuntos y funciones de su competencia, que competan al alcalde municipal, los regidores o el Concejo mismo. De esta prohibición se exceptúan las comisiones especiales que desempeñen". Al no contemplar los supuestos de participación en sociedades municipales, tendríamos que concluir que le está prohibido a dichos funcionarios intervenir en el funcionamiento de la sociedad municipal. Por otra parte, el proyecto de escritura atribuye la representación judicial y extrajudicial de la sociedad al presidente del consejo directivo, puesto que estará reservado al alcalde municipal. El Código no regula, como se indicó, el consejo directivo de la sociedad de responsabilidad limitada, pero sí es muy claro en cuanto que la administración de la sociedad corresponde al gerente: "ARTÍCULO 89.- Las sociedades de responsabilidad limitada serán administradas por uno o varios gerentes o subgerentes, que pueden ser socios o extraños. ...". Si la administración corresponde al gerente y por otra parte, no existe disposición alguna que regule la presidencia del consejo directivo, se sigue que la representación de la sociedad debe estar en manos de su administrador, que es el gerente. Es por ello que el artículo 91 del Código de Comercio regula la delegación de los poderes del gerente y la posibilidad de éste de conferir poderes judiciales. Y el artículo 92 dispone que en la escritura debe establecerse si el gerente y subgerente es apoderado general o generalísimo. Lo cual reafirma la posición de estos como representantes de la sociedad. En consecuencia, pareciera improcedente que se pretenda que esa representación sea ejercida por el Alcalde...".

9. Medio Jurídico para seleccionar el socio del sector privado

La PGR ha sido consecuente en cuanto a que el medio jurídico para seleccionar al socio privado es preferiblemente la licitación pública o la licitación pública con precalificación (esta última regulada en el artículo 53 de la Ley de la Contratación Administrativa y 105 de su reglamento) , o aquel que, en el ejercicio de su competencia exclusiva y prevalente, determine la Contraloría General de la República. En este sentido, no podemos obviar lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa (Ley N° 7494 de 2 de mayo de 1995), que dispone que esa ley regula la actividad de contratación desplegada por las empresas públicas, dentro de la cual estaría la sociedad anónima de capital público (C-238-99)

Es más, ha sido del criterio que varias municipalidades pueden agruparse para ser la parte pública de esas sociedades:

“...El órgano asesor considera ajustado al ordenamiento jurídico la opción de que las municipalidades que forman parte del COCIM constituyan una sociedad de capital público para que a través de ésta formen una sociedad anónima de capital mixto. Si no fuera de esta manera, cada municipalidad tendría que crear una sociedad mixta, lo que desnaturalizaría el espíritu del artículo 9 del Código Municipal, en el sentido de que es posible que las corporaciones aúnen esfuerzos para resolver problemas comunes, cumplir objetivos y prestar servicios a los munícipes, cuando el apoyo mutuo, la coordinación y la cooperación constituyen un requisito esencial para lograr una gestión administrativa eficaz y eficiente”⁷⁵

Como ya se ha apuntado, la Ley N° 8828 si bien somete esa elección al “...procedimiento establecido en la Ley de Contratación Administrativa...” (Artículo 22), no lo especifica, lo que es un defecto de bulto que tiende a generar incerteza jurídica, en particular porque se trata de una ley de muy reciente data y sobre un instituto que, como ha quedado demostrado en esta investigación, es de aplicación mínima y verdadero tema bisoño en nuestro derecho.

⁷⁵ Opinión Jurídica OJ-168-2006.

10. Imposibilidad de discriminar al socio en razón de su nacionalidad

Haciendo eco de la jurisprudencia constitucional, la PGR critica el proyecto de ley por introducir discriminaciones a la posibilidad de participación de socios privados no nacionales en el capital social.

Por la importancia de la cita se reproduce literalmente:

“...En segundo término, tenemos dudas sobre la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 32, que indica que las personas físicas de origen extranjero y las personas jurídicas cuya constitución o capital sean de origen extranjero, pueden adquirir en conjunto hasta un cuarenta por ciento (40%) del capital accionario de las empresas. Como bien saben los señores diputados, el Tribunal Constitucional, en el voto n.º 5965-94, declaró inconstitucional el artículo 2 de la Ley n.º 6220 de 20 de abril de 1978, Ley que Regula los Medios de Difusión y Agencias de Publicidad, el cual prohibía a los extranjeros explotar los medios de difusión y las agencias de publicidad. Al respecto, indicó lo siguiente: “Si se examinan los antecedentes legislativos, se colige fácilmente que el legislador, persiguiendo la ya mencionada finalidad (en suma, proteger la cultura nacional contra la influencia perniciosa de los extranjeros), centró su atención (durante el proceso legislativo) en el valladar que para sus propósitos suponía la libertad de información, pero no la libertad de empresa (de la que explícitamente no se ocupó en absoluto). No obstante, la finalidad que se impuso le acuciaba tanto, que el discurso legislativo se detiene prolongadamente en concebir las condiciones y mecanismos que aseguren la exclusión de los extranjeros, pero no es (ni de lejos) extenuante en punto al problema de si esa separación era un medio proporcionado a la finalidad, o, de otro modo, si se equilibraban de manera suficiente la limitación que se introducía en la esfera disponible para que los extranjeros ejercieran sus libertades, con la magnitud constitucionalmente reconocida a estas mismas libertades y a su titularidad en cabeza de extranjeros. El legislador sí fue advertido de que el trato diverso dado a los propios costarricenses en atención al distinto origen de su nacionalidad podía ser excesivo (véase el expediente legislativo, folios 153 y siguientes), y de que la Ley, en general, repercutía innegablemente en el área de la libertad de expresión (idem, folio 162). Sin embargo, dada la finalidad de la Ley, la exclusión temporal (por diez años) de los costarricenses por naturalización, junto a la definitiva de los extranjeros, es coincidente con la aversión que la motivación de la Ley parece sentir por la diversidad cultural; hasta se está tentado a pensar que para la Ley, es necesario un lapso de purificación y homogenización de los naturalizados, que en esta óptica siguen siendo, por un buen rato, ‘un poco extranjeros’ en su propio país. VI. EL TRATO DESIGUAL. De lo que va referido, se obtiene, en síntesis, que el artículo 2 es un supuesto de excepción del trato paritario debido a los extranjeros, según la Constitución, en

materia de libertad de empresa. El supuesto de hecho que sirve de soporte a la excepción -la condición de extranjeros- está autorizado por la Constitución. La finalidad a que la norma se subordina adhiere al sentido íntimo del texto fundamental. La Sala, sin embargo, considera que el contenido del artículo 2 configura un caso de trato desigual injustificado de los extranjeros, y, por ende, estima que ese artículo es inconstitucional. En el criterio del tribunal, la exclusión absoluta que allí se establece es desproporcionada, valga decir, carece de racionalidad. Si la finalidad de la Ley, como ha quedado admitido, es que los medios de difusión y las agencias de publicidad no se conviertan en un instrumento de degradación de los valores y principios que conforman la cultura nacional, el modo de ser o la identidad de la nacionalidad costarricense, la cuestión es si la exclusión absoluta de los extranjeros del régimen de propiedad de unos y otras es un medio convincente o adecuado a ese propósito, capaz de soportar válidamente un supuesto de excepción al reconocimiento de un derecho. Se trata, obsérvese bien, de la completa y definitiva supresión de una libertad de la que de otro modo los extranjeros gozarían: la libertad de empresa en un ramo específico, y no simplemente de una restricción (como sería por ejemplo, someter a una magnitud limitada la participación en el régimen de propiedad de medios y agencias). En opinión de este tribunal, mal puede aceptarse que la integración o la participación de los extranjeros en los procesos de evolución, cambio y desarrollo de la cultura nacional han surtido un efecto negativo o adverso. Se está, en cambio, dispuesto a aceptar lo contrario. Si la misma Constitución prescribe, entre otros posibles, un régimen de equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros, no puede ser sino porque asume que la agregación de estos últimos a la vida nacional tiene o puede tener, en general, consecuencias valiosas. Es evidente que lo que se predica en general, puede ser desmentido en algunos casos concretos y particulares -es decir, con respecto a personas determinadas y a sus actividades irregulares o antijurídicas-, pero esta circunstancia no desacredita el espíritu y el buen sentido de la Constitución. Ahora bien: la lógica y la dinámica de la explotación económica de los medios de comunicación y de las agencias de publicidad puede causar el efecto erosivo de lo costarricense que preocupa al legislador; dadas ciertas condiciones o modos de operación, puede, por ejemplo, obstaculizar o enervar el despliegue de las posibilidades del principio democrático, cuya importancia es tal que -como apunta la Procuraduría General de la República- está inscrito en el mismo umbral de la Constitución. De allí que, por ejemplo, en lo que toca al giro típico de las agencias de publicidad, el legislador puede ser movido -sin que necesariamente esto signifique un exceso- a pautarlo de modo que mermen las posibilidades o las tendencias de manipulación de los consumidores, estableciendo ciertas restricciones, imponiendo determinados deberes, o creando órganos y procedimientos que las contrapesen; asimismo, en lo referente a los medios de comunicación y habida cuenta de su singular y decisiva función social, el legislador puede -actuando dentro de los límites que supone la existencia de personas dotadas de derechos- procurar condiciones que impidan la concentración del poder de la comunicación en personas o grupos dotados de poder económico, es decir, la

formación de monopolios de opinión, no importa si tales personas, grupos o monopolios son nacionales o extranjeros, es decir, hecha abstracción de su nacionalidad: puede hacerlo, además y a manera de ejemplo, potenciando la participación de medios de comunicación públicos neutrales, o incluso removiendo la interferencia indebida que causen los centros de poder económico, fuere cual fuere su nacionalidad, en la independencia de los medios. En esta tesitura, el recurso al criterio de la nacionalidad y la consiguiente exclusión absoluta de los extranjeros de la propiedad de los medios y de las agencias como instrumento de preservación de la cultura nacional y sus valores y principios, contraría, por una parte, el aprecio de la Constitución por la diversidad cultural y el incentivo que en esta materia supone la agregación de extranjeros a la vida nacional -con independencia del hecho de que la existencia de la medida no ha impedido la incidencia del factor foráneo, sobre todo mediante las nuevas tecnologías que los medios de comunicación y las agencias de publicidad aprovechan para traspasar las barreras nacionales-; pero, por otra parte -más grave todavía-, si la Ley acude a la exclusión absoluta de los extranjeros como vía única para impedir los fenómenos monopolísticos en el ámbito de la comunicación y la publicidad, simplifica la compleja realidad de este problema, más cercano a los alcances y posibilidades de desbordamiento del puro poder económico, que -propriadamente- al tema de la nacionalidad. En este último sentido, el castigo indiscriminado de la nacionalidad -indiscriminado tanto porque opera respecto de todos los medios, no obstante sus evidentes diferencias; porque no considera la diversa naturaleza de medios y agencias, y las consecuencias sociales de la actividad que unos y otras despliegan; en fin, porque la atención exclusiva al hecho del origen nacional sustrae más allá de lo prudente la consideración de los riesgos de la concentración del poder de la comunicación que se derivan del factor económico- es inadecuado para la obtención del objetivo moderador que puede también atribuirse a la Ley, que como se dijo antes, no incursiona en otras vías eficaces para lograr este objetivo: vías que no afectan tanto como la prohibición absoluta los derechos y libertades, o que podrían hacerlo en menor y más razonable medida. De allí que el artículo 2 de la Ley, en conjunto, carece de racionalidad, sea, en cuanto prescribe una prohibición absoluta que se carga a los extranjeros por razón exclusivamente de su nacionalidad; en consecuencia, el artículo 2 -en cuanto a esta regla concierne- es inconstitucional". Más recientemente, siguiendo esa misma línea jurisprudencia, en el voto n.º 3060-01, en el que se declaró inaplicable el artículo 3 de la Ley n.º 1758 de 19 de junio de 1954, Ley de Radio, que señala que el establecimiento, manejo y explotación de empresas de servicios inalámbricos, que hagan negocios con sus transmisiones, solo puede permitírsele a ciudadanos costarricenses o compañías cuyo capital en no menos de un 65% pertenezcan a costarricenses, al servicio de radiomensajes modalidad "beeper", expresó lo siguiente:

“VIII.-En cuanto a la razonabilidad de la norma impugnada. En la especie, comprueba esta Sala que las normas impugnadas no pasan siquiera un primer análisis de razonabilidad en cuanto a su aplicación al caso acusado por los accionantes. En efecto, no descubre esta Sala cuál es la necesidad social

imperiosa que podría legitimar al Estado a restringir la participación de los extranjeros en la prestación de servicios de mensajes en la modalidad de 'beepers'. Como se desprende de los estudios técnicos solicitados al Departamento de Transmisión del Instituto Costarricense de Electricidad (folio 98) y a la Escuela de Ingeniería Eléctrica de la Universidad de Costa Rica (folio 107), el servicio de radiocalizadores es un servicio inalámbrico, a pesar de no ser telefónico ni radiofónico, basado en la transmisión unidireccional de mensajes a un receptor. Sin embargo, es evidente que dicha actividad, al menos mientras continúe teniendo esas características, no reviste un carácter estratégico, caso en el cual podría ser eventualmente necesario establecer ciertas limitaciones a los ciudadanos y empresas no costarricenses. Tampoco es vista ninguna otra razón que legitime la imposición de barreras al ejercicio de la libre empresa en dicha actividad, mucho menos si las mismas se encuentran dirigidas a los ciudadanos de otras nacionalidades y a las empresas con cierto porcentaje de capital extranjero, en forma exclusiva. Como fue explicado antes, el análisis de razonabilidad implica un juicio progresivo, donde se debe pasar por cada uno de sus estadios a fin de completarlo. No es, por ende, necesario continuar discutiendo si la medida cuestionada es idónea y proporcional, pues ni siquiera encuentra la Sala que la misma sea necesaria. Ello lleva a este Tribunal a establecer que es inconstitucional la aplicación de los artículos impugnados en cuanto limitan la participación los extranjeros y las empresas con capital mayoritariamente extranjero en la prestación de servicios de radiomensajes". Así las cosas, el Parlamento debe justificar muy bien cuál es la necesidad social imperiosa que existe para establecer la limitación a los extranjeros, además, una vez establecida esta, será necesario precisar si existe una adecuada ponderación entre el medio que se utiliza (la limitación a los extranjeros) y el fin que se persigue. Es decir, si el medio es idóneo para alcanzar el fin propuesto; amén de ser el menos gravoso para los derechos humanos dentro de las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico..."

Al respecto, el numeral 8 del proyecto de ley violenta tales principios al establecer:

"...ARTÍCULO 8.- Las empresas municipales de economía mixta quedan facultadas para establecer alianzas estratégicas con personas de derecho público o privado, siempre que estas últimas tengan como mínimo el cincuenta y uno por ciento (51%) de capital costarricense ..."

Es más, el Ministerio de Comercio Exterior subrayó expresamente el quebranto al principio de trato nacional contenido en la indicada norma, al referirse al proyecto de ley de

mérito⁷⁶, todo lo cual exige la modificación de esa norma en la frase “...siempre que estas últimas tengan como mínimo el cincuenta y uno por ciento (51%) de capital costarricense...”

Afortunadamente, semejante yerro no aparece en la Ley, específicamente en el artículo 7 que es el que regula ese extremo.

11. Aspectos Tributarios

Conforme con el numeral 4 inciso d) del Código Municipal:

“La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen:

...d) Aprobar las tasas, los precios y las contribuciones municipales, y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales.”

En este sentido, la Sala Constitucional ha reconocido y precisado el poder tributario que ostentan estas corporaciones al decir:

“...POTESTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.- En su sentencia N°.1631-91 de las quince horas quince minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno, al analizar una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 15 de la Ley del impuesto de Patentes de la Municipalidad de Puntarenas, la Sala señaló que tratándose de tributos municipales, la competencia de la Asamblea Legislativa a que se refiere el inciso 13 del artículo 121 de la Constitución Política, es la de autorizar los impuestos y expresamente indicó en el considerando II:

“...La asamblea tiene potestad únicamente para autorizar los impuestos municipales. Autorizar implica que el acto objeto de esa autorización es originado en el órgano autorizado y es propio de la competencia de ese mismo órgano. De ahí que constitucionalmente no es posible que la Asamblea Legislativa tenga un papel creador de los impuestos municipales, en cuanto que son corporaciones las que crean esas obligaciones impositivas locales, en ejercicio de la autonomía consagrada en el artículo 170 de la Constitución y por su naturaleza de

(⁷⁶) Oficio DM-1181-6 del 15 de diciembre del 2006, suscrito por Marco Vinicio Ruiz, Ministro de Comercio Exterior, período constitucional 2006-2010.

entidades territoriales corporativas, es decir de base asociativa, capaz de generar un interés autónomo distinto del Estado, y las someten a la aprobación legislativa que condiciona su eficacia.

Autorizar no conlleva potestad alguna de reformar ni imponer programas o criterios de oportunidad, salvo que la norma que exige la autorización expresamente disponga lo contrario, lo que no ocurre en este caso con la respectiva norma constitucional (art. 121 inc. 13). Así las cosas, la Asamblea puede rechazar un nuevo impuesto municipal, pero no establecer uno distinto no originado en la voluntad municipal, ni introducir disposiciones como la aquí impugnada en la autorización de un impuesto municipal o sus modificaciones. Las municipalidades no hacen a la Asamblea Legislativa una mera proposición, sino que deben poder someterle verdaderas fijaciones impositivas. Esto significa que el acto impositivo municipal es terminal y definitivo creador del impuesto en un procedimiento tributario abierto al efecto por cada municipalidad, no inicial en un presunto procedimiento legislativo con igual función, como si fuera simple proposición sujeta a la voluntad constitutiva y libre del legislador..." (77).

Derivado de ello, en el dictamen C-331-2001, se reconocen exenciones tributarias para esas sociedades al decirse:

"...3. - Si ha sido intención del legislador el preservar y mantener aquellas exenciones otorgadas con anterioridad a la Ley No. 7293, que hayan sido dadas a favor de instituciones, empresas públicas y privadas, fundaciones y asociaciones que tuvieran como fines específicos: la recolección y tratamiento de la basura, la conservación de los recursos naturales y del ambiente, así como cualquier otra actividad básica vinculada con el control de la higiene ambiental y de salud pública, es criterio de la Procuraduría General el indicar que igualmente es razonable, viable, acorde y congruente con la serie de principios y métodos de interpretación hasta ahora desarrollados, el afirmar que procede la exención del numeral 8 del Código Municipal, a favor de FEDEMUR, por su especial y particular condición de ente público de naturaleza municipal, que tiene como exclusivo fin el "manejo adecuado de los desechos sólidos de las municipalidades asociadas y administrar el Relleno Sanitario de Río Azul, con el propósito de facilitar el cumplimiento de

(77) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N°3930-95 de 15:27 horas del 18 de julio de 1995.

objetivos de interés común, y lograr así una mayor eficiencia en todos sus alcances en pro de mejorar el Medio Ambiente".

Adicionalmente, la Ley Reguladora de todas las Exoneraciones Vigentes, su Derogatoria y Excepciones No. 7293, dispone claramente:

“Artículo 2.- Excepciones

Se exceptúan, de la derogatoria del artículo precedente, las exenciones tributarias establecidas en la presente Ley y aquellas que:

...c) Se conceden a las instituciones y empresas públicas o privadas que se dediquen, en el país, al abastecimiento de agua potable para usos domiciliario, industrial y para el consumo humano, así como a la recolección, tratamiento y disposición de aguas negras y pluviales o servidas, subterráneas y de cualquier otra clase y a las actividades colaterales y complementarias de éstas.

...e) Se conceden en favor de instituciones, empresas públicas y privadas, fundaciones y asociaciones sin actividades lucrativas que se dediquen a la recolección y tratamiento de basura y a la conservación de los recursos naturales y del ambiente, así como a cualquier otra actividad básica es el control de la higiene ambiental y de la salud pública.

*...l) **Se hayan otorgado** al Poder Ejecutivo, al Poder Judicial, al Poder Legislativo, al Tribunal Supremo de Elecciones, a las instituciones descentralizadas, a las municipalidades, **a las empresas públicas** estatales y **municipales** y a las universidades estatales...”.*

En cuanto a lo anterior, y en tanto empresas públicas, estas sociedades no están no sujetas al impuesto sobre la renta establecido en la Ley No 7092, siempre y cuando no realicen actividades lucrativas, sea actividades comerciales o industriales en régimen de concurrencia, todo ello de acuerdo con una interpretación de lo dispuesto en el numeral 2 de esa ley que dice:

“Independientemente de la nacionalidad, del domicilio y del lugar de la constitución de las personas jurídicas o de la reunión de sus juntas directivas o de la celebración de los contratos, son contribuyentes todas las empresas públicas o privadas que realicen actividades o negocios de carácter lucrativo en el país:

a) Las personas jurídicas legalmente constituidas...”

Ergo, si realizan actividades lucrativas serán contribuyentes de ese impuesto y, como tales y con base en el dictamen C-246-07, de fecha 20 de julio del 2007, la Dirección General de Tributación sería competente para legalizar los libros contables y de actas de esas sociedades, obligándolas por tanto a cumplir, entre otros, con las disposiciones del Procedimiento para la Legalización de Libros ante La Administración Tributaria, emitido por la Dirección General de Tributación mediante resolución N° DGT-23-07 del 15 de noviembre del 2006, a las nueve horas del diecinueve de septiembre del dos mil siete.

Como otro punto de aclaración, es importante destacar que la Ley N° 7727 sujeto al pago del relacionado tributo a “empresas públicas”; mas de conformidad con el numeral 1° de esa ley, se esrtá ante un número *clausus* que no contempla a las sociedades de marras:

“ARTÍCULO 1.- Instituciones

Quedan sujetas al pago del impuesto sobre la renta, establecido en la Ley, No. 7092, de 21 de abril de 1988, las siguientes instituciones y empresas públicas:

Instituto Costarricense de Electricidad

Radiográfica Costarricense Sociedad Anónima

Compañía Nacional de Fuerza y Luz

Junta Administrativa de Servicios Eléctricos de Cartago

Empresa de Servicios Públicos de Heredia

Banco Central de Costa Rica

Banco Crédito Agrícola de Cartago

Banco Nacional de Costa Rica

Banco de Costa Rica

Banco Popular y de Desarrollo Comunal

Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados

Instituto Nacional de Seguros

Fábrica Nacional de Licores

Refinadora Costarricense de Petróleo

Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica

Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico

Para aplicar esta ley, el hecho generador será la producción de excedentes originados en cualquier fuente costarricense, durante el período fiscal.

Los excedentes constituirán la renta imponible y se obtendrán al restar, a los ingresos brutos, los costos, los gastos útiles y las reservas de inversión o fondos de desarrollo, necesarios y pertinentes para producirlos.

Para lo no contemplado en este artículo, la aplicación de la presente ley se regirá por la Ley del impuesto sobre la renta...”.

Por su parte, en el proyecto de ley, los artículos 29 y, 30 refieren aspectos tributarios:

“ARTÍCULO 29.- *Las donaciones y transferencias de toda índole que tengan un origen transparente, no solo de naturaleza financiera, sino personal, vehículos, equipo de oficina, bienes e inmuebles, entre otros que a su favor realicen las personas físicas, las entidades públicas o privadas y los organismos nacionales e internacionales de naturaleza pública o privada. La donación de bienes muebles e inmuebles estarán exentos del pago de todo tributo”.*

“ARTÍCULO 30.- *La contribución del uno por ciento (1%) durante cinco años, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, sobre las utilidades de impuestos resultantes de los estados consolidados que reporten a la Contraloría General de la República, el Instituto Nacional de Seguros, el Instituto Costarricense de Electricidad y la Refinadora Costarricense de Petróleo. Esta contribución podrá ser*

deducida del cálculo del impuesto sobre la renta del período fiscal en que se efectúe la contribución".

Como se ve, fiscalmente se establece una exención general (artículo 29) y un supuesto de deducción –en este caso respecto del impuesto sobre la renta- (artículo 30).

Ya el Ministerio de Hacienda se ha opuesto al mismo básicamente alegando razones de oportunidad coyunturales y la política restrictiva en materia de exenciones a partir de la Ley Reguladora de todas las Exoneraciones vigentes, su Derogatoria y sus Excepciones, precisamente por lo general de la exoneración contenida en el numeral 29, que abrazaría los impuestos aduaneros, de ventas, selectivo de consumo, traspaso de bienes inmuebles entre otros, y porque, se afectaría directamente el Erario Público con la creación del fideicomiso a que alude el citado numeral 30, puesto que el mismo impactaría directamente en el impuesto sobre la renta de tres de las grandes empresas públicas del país (la Refinadora Costarricense de Petróleo –RECOPE-, el Instituto Nacional de Seguros –INS- y el Instituto Costarricense de Electricidad –ICE-), agregándose a ello que ese tributo contribuye a sufragar necesidades y obligaciones constitucional y legalmente ineludibles⁷⁸

Precisamente, RECOPE se opone a la indicada norma, arguyendo que contablemente no existen “...utilidades de impuestos resultantes de los estados consolidados que reporten a la Contraloría General de la República...”, como lo establece el numeral 30 del proyecto, sino porque desde la óptica jurídica, con base en la Ley N° 7593 (Ley Orgánica de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos), el abastecimiento de la demanda nacional de combustibles es un servicio público “...que en beneficio de los consumidores debe prestarse al costo, reconociendo como tal únicamente aquellos directamente relacionados con la prestación del servicio público de que se trate, y los tributos establecidos por ley, conforme a la Ley de Contingencia Fiscal...”, lo que lleva a decir a RECOPE que “...El financiamiento de empresas municipales de economía mixta no es una actividad relacionada con el servicio

(78) Oficio DM-2468-2006 de la Licda. Jenny Phillips Aguilar, Ministra a. i. de Hacienda.

público de abastecimiento de la demanda nacional de combustibles y por ende RECOPE no lo puede financiar...”⁷⁹

Desde nuestro punto de vista, la primera norma tributaria transcrita –artículo 29-, corresponde a una decisión de mera política legislativa, que no tiene ninguna complejidad legalmente hablando. En todo caso, no demuestra Hacienda el impacto fiscal que una disposición normativa de ese tipo tendría para el Fisco. Debemos aclarar eso sí, que este cometario se refiere únicamente a la norma tributaria contenida en ese numeral, contenida en la última frase de ese artículo, y no al resto del numeral 29 que se refiere a la conformación del patrimonio de esas empresas y que, como se verá presenta problemas de redacción evidentes y graves. Adiciónese a ello, que el legislador ha dispensado de tributos sociedades de similar giro, por lo que no se ve cómo y por una simple razón coyuntural no probada en sus efectos, no se vaya a establecer una estructura de exenciones a favor de estas sociedades para estimular su desarrollo. Así, a guisa de ejemplo, se tiene que el artículo 23 de la Ley de Asociaciones Cooperativas y de Creación del INFOCOOP No. 4179 dispone: “...*las juntas administrativas de servicios eléctricos municipales (...) gozarán de exención de toda clase de impuestos en todas sus compras de bienes y servicios necesarios para la realización de sus fines normales...*” (aclarando que esa disposición fue derogada parcialmente y únicamente en referencia a las exenciones del impuesto sobre las ventas, por el artículo 17 de la Ley No. 8114, Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria de 4 de julio del 2001). También, y para la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC) en su Ley N° 3300, reformada íntegramente por la 7799, el legislador sentó: “...*Como administradora de una empresa de servicio público de electricidad, la Junta estará sujeta a todas las disposiciones legales y reglamentarias que rigen esa materia en el país, estará exenta de impuestos nacionales y municipales y gozará de franquicia postal y telegráfica...*” Más recientemente reconoció en la Ley de Participación de las Cooperativas de Electrificación Rural y de las Empresas de Servicios Públicos Municipales en el Desarrollo Nacional N° 8345 que “**Artículo 10.—Exoneración de impuestos.** *Para las asociaciones cooperativas y los consorcios cooperativos formados por ellas y establecidos según la presente Ley, los beneficios fiscales y las exoneraciones de impuestos de toda clase, que puedan pesar sobre los bienes y servicios para la construcción, administración y operación general de sus sistemas, serán los*

(⁷⁹) Oficio P-2125-2006 de 13 de diciembre del 2006, suscrito por José L. Desanti Montero, Presidente de RECOPE.

mismos concedidos por el Estado a sus empresas de servicios eléctricos y a las empresas de servicios públicos municipales”. Como se ve, se trata de decisiones legislativas.

Si bien tampoco Hacienda demuestra la incidencia tributaria de la norma contenida en el artículo 30 en relación con el 31 del mismo proyecto, sí somos del criterio que no es conveniente ni legal la inclusión de semejante disposición, no solamente porque las empresas nacionales afectadas terminarían trasladando ese costo al consumidor final dentro de su estructura de costos, y por ende encareciendo los productos y servicios ofrecidos, sino que, obvia el proyecto que se está ante empresas públicas que operan en régimen de monopolio que, como lo sostiene RECOPE, prestan un servicio público y al costo, no en forma lucrativa.

De esta forma, aun y cuando se establece que esa “contribución” “...**podrá ser deducida del cálculo del impuesto sobre la renta del período fiscal en que se efectúe la contribución**”, afectaría la referida estructura de costos que manejan esas empresas e impactaría en la tarifa final.

Por demás, la ley especial no contempló esas normas ni en general aspectos tributarios, por lo que consideremos que es de aplicación a las sociedades en estudio lo dicho en este punto.

12. Aspectos financieros y patrimoniales

Aparte de la venta y arrendamiento de bienes inmuebles y agregamos ahora de otro tipo de aportaciones como los que establece la legislación comparada transcrita estas sociedades disponen de otras fuentes de financiamiento. Aquí se hará referencia tanto a las que se les puede aplicar como a las que regula el proyecto de ley.

a) Bienes Materiales e Inmateriales reconocidos en el Código de Comercio como aporte al capital social distintos al dinero:

El Código de Comercio en los artículos 29 y 32 dispone:

“ARTÍCULO 29.- Cada socio deberá aportar alguna parte de capital, sea en dinero, bienes muebles o inmuebles, títulos valores, créditos, trabajo personal o conocimientos. No podrá obligarse a los socios a aumentar el aporte convenido, ni a reponerlo en caso de pérdida, salvo pacto en contrario...”

“ARTÍCULO 32.- Cuando el aporte fuere en dinero, pasará a ser propiedad social. Si fuere en créditos u otros valores, la sociedad los recibirá, a reserva de que se hagan efectivos a su vencimiento, y si así no ocurriere los devolverá al socio que los haya aportado, con el requerimiento de que debe pagar el aporte en dinero dentro de un término que le fijará y que no será menor de un mes. Si no hiciere el pago dentro de ese plazo, se le excluirá de la sociedad, y cualquier entrega parcial que hubiere hecho quedará en favor de la compañía como indemnización fija de daños y perjuicios. Si el aporte consistiere en bienes muebles o inmuebles, el traspaso deberá ser definitivo y en firme, sin más gravámenes o limitaciones que los existentes al ofrecerlos como aporte y que hayan sido aceptados por los otros socios. Si el aporte fuere la explotación de una marca de fábrica, de una patente, de una concesión nacional o municipal u otro derecho semejante, debe expresarse si lo que se aporta es sólo el uso o la explotación de la misma, conservando el socio su calidad de dueño, a fin de que le sea devuelta al vencer el plazo estipulado en el contrato, o si por el contrario el traspaso es definitivo en favor de la sociedad. Si sobre este particular se guardare silencio o el contrato no fuere suficientemente claro, se entenderá que el traspaso se ha hecho de modo total y definitivo a la sociedad. Si el aporte consistiere en trabajo personal o conocimientos, deberán estipularse los plazos y condiciones en que serán puestos a disposición de la sociedad”,

De acuerdo con ello, y con lo que se ha dicho en esta investigación, la municipalidad bien podría aportar bienes inmuebles de su dominio que tengan un fin no público y que sean municipales únicamente por ser su titular, justamente, las municipalidades. Existen muchos casos en las corporaciones, de bienes que integran su patrimonio por distintas causas, y que no tienen ni un destino ni una naturaleza pública y que podrían interesar a un socio privado, verbigracia, para desarrollar un proyecto turístico o industrial, reparando en lo estratégico o conveniente del fundo a sus intereses.

Igualmente, de la letra del artículo 15 del Código de Minería, no parece existir imposibilidad de aportar una concesión de explotación de materiales en cauces de dominio público regulada en el 36 del mismo Código al decir esa norma:

*“Artículo 15.- El derecho real de concesión comprende las facultades de defenderlo frente a terceros y de gozar y disponer de él por sucesión debida a muerte. En cualquier caso, el sucesor tendrá los mismos derechos y obligaciones de sus antecesores. El derecho real de la concesión o del permiso de exploración sólo podrá ser ejecutado por el titular inscrito en el Registro Minero. **El traspaso, el arriendo o la explotación indirecta serán absolutamente nulos y causarán la caducidad de la concesión o del permiso, salvo si cuentan con la autorización de la Dirección de Geología, Minas e Hidrocarburos del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas y si se basan en un estudio, en el cual se demuestre la conveniencia para el Estado**”*

Consideramos que aquí adquiere especial interés esa voluntad motivada y los estudios rigurosos del caso que precederían a la constitución de una sociedad pública de economía mixta, que pretendiese aportar una concesión minera en los términos expuestos y con base en las demás disposiciones de ese cuerpo legal, en relación con el artículo 32 del Código de Comercio.

b) ACCIONES:

Sobre este aspecto tan medular no se ha pronunciado ni la Procuraduría ni se disciplina en el proyecto de ley, y salvo para el caso de empresas mixtas no municipales, nada ha dicho el legislador a diferencia de lo que ocurre en la legislación comparada.

Y es que al no decir nada el Código Municipal sobre este extremo y dando por descontado que se trata de empresas públicas, se pueden presentar varios supuestos respecto de las acciones: si el carácter público de la sociedad le viene dado por ostentar el control de la sociedad, el tema accionario no es tan relevante, toda vez que el socio privado podría ser mayoritario y, consecuentemente, la conformación del capital social se podría hacer a través de acciones comunes para este socio con sujeción a las estipulaciones del Código de Comercio.

Si la sociedad es pública por ser la municipalidad el socio mayoritario, interesará que la conformación del capital social se haga a través de acciones especiales, que permitan mantener el 51% mínimo del capital, y, a la vez, que existan limitaciones en la parte privada del capital, en cuanto a que se impongan porcentajes máximos que deba respetarse y que, de tal suerte,

cualquier interesado en ser accionista de la sociedad no llegue a dominar ese capital, aplicando ello para el socio privado.

Concretamente, considerado lo lacónico de la norma, y en tanto sociedades de capital, la primera observación que habría que hacer es que en el estado actual de la legislación nacional e, incluso, ante la apuntada falta de criterio sobre el particular por parte de Procuraduría, Contraloría y del propio proyecto, serían de aplicación las disposiciones propias del Código de Comercio -120 a 139 para las sociedades anónimas- 78 a 87 para las de responsabilidad limitada-.

A partir de estas premisas, se tiene que ya la legislación nacional en el numeral 5 de la citada Ley N° 4895 por la que se crea la Corporación Bananera Nacional, contempla una fórmula que, a nuestro juicio, debidamente adaptada al caso en investigación, podría ser empleada en el proyecto de ley. Reza ese artículo:

“Artículo 5º.- El capital social será el que fije la escritura constitutiva, cuya confección e inscripción quedará a cargo del Banco Central, por medio de la Auditoría General de Bancos, no pudiendo ser inicialmente menor de un millón de colones, susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios que la integran o por los de nuevos que se admitan. Dicho capital estará representado por tres series de acciones nominativas, con un valor nominal de mil colones cada una, como sigue:

1.- La serie "A" especiales, que sólo podrá ser suscrita por el Gobierno de la República; tendrá carácter inalienable y por ningún motivo podrá variar en su naturaleza o en los derechos que la presente ley le confiere; esta serie de acciones representará inicialmente, por lo menos el treinta y tres y un tercio por ciento del capital social de la empresa. Será pagada en efectivo por el Estado. Estarán representadas en las asambleas por el Ministro de Hacienda o por quien él designe por escrito.

2.- La serie "B" especiales, que deberá ser suscrita y pagada en efectivo por las instituciones de crédito nacionalizadas del Sistema Bancario Nacional en la proporción de un tercio del capital de la Corporación Bananera Nacional. La Sociedad queda facultada para readquirir estas acciones para mantenerlas en cartera o venderlas al sector privado, especialmente a las sociedades cooperativas bananeras, con autorización de la Contraloría General de la República. (Así reformado por su transitorio VIII, adicionado por la ley N° 7147 de 30 de abril de 1990)

3.- *La serie "C" comunes, que será suscrita por particulares y deberá pagarse en efectivo el 25% de cada acción y el 75% restante dentro del término de un año, sujeto a las siguientes limitaciones:*

a) Cada persona física o jurídica no podrá controlar más de un 5% del total de las acciones en poder de la empresa privada. Cualquier traspaso de acciones por el cual un accionista llegue a tener más del porcentaje indicado, será absolutamente nulo;

b) A efecto de cumplir lo establecido en el párrafo anterior, la Contraloría General de la República queda facultada para investigar si dichas acciones están en poder de personas ligadas entre sí por parentesco de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, o con vinculaciones económicas, por participación o intereses comunes?

Para los fines de las sociedades públicas municipales de economía mixta, pues y como se dijo ya, el capital social estaría representado por dos series de acciones nominativas con el valor que para cada sociedad se determine: una serie "A" especiales que sólo podrá ser suscrita por la Municipalidad, debiendo tener carácter inalienable y por ningún motivo podrá variar en su naturaleza o en los derechos que la ley le confiera. Esta serie es la que representará el 51% del capital social de la sociedad para el caso de las sociedades que sean mixtas en razón del predominio público en el capital social, y en general la que representaría el aporte municipal aun en el supuesto de socio municipal minoritario pero con el control de la gestión.

En el caso de la otra serie, serían las "comunes", toda vez que serían las del socio privado y, en consecuencia, se regirían por el Código de Comercio, con limitaciones como las apuntadas y que ejemplifica el artículo citado.

Para el proyecto de ley, al estar optando por la tesis del predominio municipal en el capital social, se tiene como consecuencia, que se debería estructurar el capital accionario a partir de un supuesto como el de CORBANA.

Las sociedades de responsabilidad limitada no ofrecen mayor problema en razón de la naturaleza y regulación de la cuota (artículo 85 del Código de Comercio: "*Las cuotas sociales no podrán ser cedidas a terceros si no es con el consentimiento previo y expreso de la unanimidad de los socios, salvo que en el contrato de constitución se disponga que en estos casos baste el acuerdo de una mayoría no menor de las tres cuartas partes del capital social*").

La solución que legalmente se ha adoptado en el país ha sido la recogida en el artículo 24 de la Ley:

“Artículo 24.- Acciones

Las SPEM son empresas formadas con capital accionario del cual al menos el cincuenta y uno por ciento (51%) debe pertenecer a las municipalidades que la conforman, para cuyo aporte quedan debidamente autorizadas por esta norma. El otro porcentaje de las acciones pertenecerá a sujetos de Derecho privado, sin perjuicio de la participación de sujetos de Derecho público.

En todo momento, las municipalidades deberán mantener el control de las empresas municipales de economía mixta. En este sentido, las acciones de las municipalidades en las SPEM, que garanticen el control municipal de estas empresas, serán intransferibles a sujetos de Derecho privado. Tampoco serán aplicables, a estas empresas, esquemas de acciones preferenciales u otros mecanismos societarios que puedan afectar el control de las municipalidades sobre sus asambleas generales de accionistas”.

De la lectura de esa norma, se aprecia su insuficiencia manifiesta, en la medida en que no resuelve el tema del tratamiento de las acciones del socio privado, porque únicamente le ha interesado asegurar el control accionario municipal, sin considerar, nuevamente, que esta figura, en tanto mixta, está permeada por los principios y normas del Derecho Societario y de las más económica de las sociedades, la Anónima, como lo reconoce paradójicamente la ley en su artículo 3, por lo que no se entiende por qué se asumió un esquema tan pobre, y tan parco en una materia neurálgica en la vida de una sociedad. Es más, la solución hubiera sido, como se ha dicho en este trabajo, adoptar esquemas probados como el de CORBANA, para darle un tratamiento especial a las acciones del socio privado, sin afectar las municipales.

Finalmente, en el numeral 29 se dice al respecto:

“Artículo 29.- Representación municipal del capital accionario

El representante del capital accionario de la municipalidad es el alcalde. Cuando sean varias las municipalidades integrantes de la SPEM, participarán todos los alcaldes que las representen y su voto tendrá un valor equivalente al porcentaje accionario que su municipalidad ostente en la SPEM.

Cualquier decisión sobre la modificación del capital accionario, por parte de los integrantes de la SPEM, será decidido en asamblea de accionistas, lo mismo que cualquier modificación en su Pacto Constitutivo, previo acuerdo adoptado por el concejo respectivo, mediante mayoría calificada”.

c) Emisión de Bonos:

Para la PGR, las municipalidades para financiar su aporte de capital dentro de estas sociedades cuentan con un mecanismo que prevé el Código Municipal, refiriendo el mismo a la autorización para emitir bonos para financiarse (artículo 87).

Al justificar esa posición, la PGR dice: “...Los títulos que emitan están sujetos a las reglas de la Comisión Nacional de Valores y están exentos de toda clase de impuestos. Además, el Estado, la entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales estructuras como sociedades anónimas y las municipalidades, están facultados para invertir en los bonos municipales...” Agrega que “...Con base en lo anterior, una institución como el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal podría comprar los bonos municipales y, de esa forma, financiar el aporte de capital que tendría que hacer la municipalidad para constituir la sociedad mixta. También podrían las municipalidades, mediante convenios institucionales, apoyo estatal u otras formas de colaboración, crear un fondo de aval o garantía de las emisiones municipales, lo que le imprimiría agilidad, seguridad y circulación a la colocación de los títulos en los mercados bursátiles. Es importante advertir, que los fondos obtenidos con los bonos sólo podrían destinarse a los fines indicados en la emisión...”

En cuanto a ello, la Ley faculta en su inciso c), artículo 9 la emisión de bonos “...dentro de las regulaciones de la Superintendencia General de Valores (Sugeval), y lo establecido en el artículo 87 del Código Municipal”.

d) Créditos y avales:

Los artículos 10 y 34 del proyecto establecen esas posibilidades así:

“ARTÍCULO 10.- Se faculta a las empresas municipales de economía mixta para realizar las operaciones técnicas, financieras y promocionales que sean necesarias en el mejor desempeño de sus funciones, tales como:

...c) Obtener créditos en el país o en el exterior.

...g) Otorgar avales o garantías a operaciones de préstamo que gestionen empresas propias en el país o en el extranjero cuando exista un convenio o contrato...”

De conformidad con el artículo 34 del proyecto *“Para la implementación y desarrollo de los proyectos a ejecutar por las empresas municipales de economía mixta, el Sistema Bancario Nacional o privado podrá prestar las sumas requeridas, para lo cual el IFAM y el Poder Ejecutivo podrán dar el aval correspondiente, quedando expresamente autorizados por esta norma, para lo cual se tomará en cuenta la situación socio económica de la región respectiva”*

La PGR se ha referido a estos extremos en el examen del proyecto de ley al decir:

*“...Es importante tener presente que cuando el numeral 34 del proyecto autoriza al Poder Ejecutivo a dar avales, esto no significa, de ninguna manera, que se le esté eximiendo de cumplir con el trámite que prevé el numeral 121, inciso 15 de la Constitución Política cuando se comprometa el crédito público. Ergo, cada de vez que el Poder Ejecutivo otorgue un aval que signifique comprometer el crédito público, ya sea con financiamiento en el mercado local o internacional, se deberá presentar el proyecto de ley respectivo a la Asamblea Legislativa para su respectiva aprobación. Sobre el asunto que estamos tratando, en la opinión jurídica O.J.- 149-06 de 25 de octubre del 2006, manifestamos lo siguiente: **“II.- EL CONCEPTO DE ENDEUDAMIENTO** Se consulta si un financiamiento por medio de una línea de crédito constituye un empréstito. La duda se origina por el texto del artículo 121, inciso 15 de la Constitución Política. Dispone dicho numeral: ‘Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...). 15) Aprobar o improbar los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo. Para efectuar la contratación de empréstitos en el exterior o de aquéllos que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero, es preciso que el respectivo proyecto sea aprobado por las dos terceras partes del total de los votos de los miembros de la Asamblea Legislativa’. (Así reformado por ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968) Dicha disposición regula el crédito que suscriba el Poder Ejecutivo. Obsérvese que la norma se refiere a convenios similares a los*

*empréstitos que se relacionen con el crédito público. El concepto ese, pues, el crédito público. Ahora bien, en nuestro medio la tendencia ha sido utilizar la expresión “empréstito” como sinónimo de crédito público. Identidad que está presente en la resolución N° 1027-90 de 17:30 hrs. de 29 de agosto de 1990 de la Sala Constitucional. En efecto, en ella se manifiesta que empréstito designa un contrato de crédito público: ‘La Sala se ha ocupado ya de hacer la distinción entre los “empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público” (artículo 121 inciso 15) y los “tratados públicos y convenios internacionales” (idem, inciso 4), interpretando, en lo que hace a los primeros, que “la denominación de “empréstitos” designa simplemente los contratos de crédito en los cuales el deudor es un ente público de manera que, tanto lo son aquéllos contraídos por el Estado mismo, como deudor, cuanto por sus instituciones descentralizadas, municipalidades, corporaciones o, en general, cualquier persona de derecho público y lo mismo si es a favor de un acreedor nacional o extranjero, público o privado, o inclusive..., de una entidad, de carácter y con personalidad jurídica internacionales sin que en uno y otro caso cambien, ni tengan porqué cambiar su naturaleza, alcances o efectos, siempre contractuales en sí mismos -obligación de pagarlos puntualmente y garantizar su cumplimiento-, aunque resulten afectados también, en algún grado, por las reservas de derecho público que acompañan inevitablemente a su especial deudor -procedimiento de promulgación, requisitos de validez y eficacia, inembargabilidad de bienes, etc.- Pero, qué se entiende por crédito público? Pues bien, el crédito público abarca toda operación por la cual el intermediario financiero provee fondos o facilidades crediticias en forma directa a otra persona, independiente de cómo se instrumente o documento. Por lo que es crédito no sólo el otorgamiento de préstamos, sino el descuento de documentos, compra de títulos valores u otros activos financieros, operaciones de compra de títulos con pacto de reventa, anticipos, sobregiros en cuenta corriente, intereses, cartas de crédito vencidas. El endeudamiento público puede provenir, entonces, no sólo de la suscripción de un contrato de préstamo sino de la emisión y colocación de títulos valores (empréstito) o **del otorgamiento de garantías en un préstamo** . La consulta se plantea en relación con una línea de crédito. La apertura de crédito puede ser entendida como el contrato que pone a la disposición del cliente una suma determinada o bien, como un contrato típico que mira a satisfacer necesidades futuras del cliente. La particularidad de este contrato reside en que el banco acreditante se compromete con su cliente a concederle crédito, directamente a él o un tercero que se indique, dentro de los límites cuantitativos que se fijen y mediante el pago de una remuneración. En consecuencia, la apertura de crédito es una operación de crédito. Elementos fundamentales son la disponibilidad y el que se fije un máximo hasta el cual puede disponer el cliente del crédito. La entidad financiera deviene obligada a mantener a la disposición del cliente los recursos señalados por el plazo que se pacte. Dado que se trata de una operación de crédito, puede decirse que está comprendida dentro de lo dispuesto por los artículos 3, 5 y 20 de la Ley del CONAVI, a que de seguido nos referimos”. **IV.- LA APROBACIÓN LEGISLATIVA** Conforme lo dispuesto*

constitucionalmente, la aprobación legislativa es requerida cuando el financiamiento proviene de una fuente externa al país y el convenio implica un endeudamiento para el Poder Ejecutivo. En efecto, la disposición del 121, inciso 15, constitucional es clara en cuanto se trata de créditos contratados en el exterior o convenidos en el país pero financiados con capital externo. Lo cual implica que dicha aprobación se requiere aún cuando el crédito sea otorgado dentro del país o por una sucursal u oficina representativa del organismo financiero internacional en el país. El requisito de validez se impone en tanto la fuente de financiamiento sea externa. Pero qué se entiende por crédito o endeudamiento del Poder Ejecutivo? Existe endeudamiento tanto en cuanto el Poder Ejecutivo sea el deudor del convenio de crédito como cuando es el garante de la obligación que contrae otro organismo, lo cual se deriva de los artículos 81 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos y 10 de la Ley del Equilibrio Financiero para el Sector Público. Dispone el primero de dichos artículos: **‘ARTÍCULO 81.- Mecanismos de endeudamiento** El endeudamiento resultante de las operaciones de crédito público se denominará deuda pública y podrá originarse en: **a)** La emisión y colocación de títulos de deuda y obligaciones de mediano y largo plazo, es decir, aquellas cuyo vencimiento supere el ejercicio económico en el cual son contraídas. **b)** La contratación de créditos con instituciones financieras, sean estas nacionales o internacionales. **c)** El otorgamiento de avales, fianzas y garantías, cuyo vencimiento supere el período del ejercicio económico en que se contraen. **d)** La consolidación, conversión y renegociación de deudas’. En el mismo sentido, el artículo 10 de la Ley de Equilibrio Financiero en tratándose de deuda interna, comprende el aval, la garantía como forma de endeudamiento. Ahora bien, los términos “avales”, “fianza” o “garantía” están utilizados con el significado propio del Derecho Comercial y Civil. Se trata de la obligación que se asume frente al acreedor por los eventuales incumplimientos del deudor. Avales y garantías constituyen un instrumento jurídico al servicio del acreedor e implican una obligación nueva para el garante o avalista. Obligación que implica que el garante o avalista responde por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un tercero. No se garantiza, no se avala una obligación propia, sino la de un tercero. En caso de que este no cumpla su obligación en los términos pactados, el acreedor podrá dirigirse contra el garante o avalista para que ejecute la prestación derivada del contrato de préstamo. Al garantizar, el Estado está asumiendo una nueva obligación que consiste en asegurar el cumplimiento de las obligaciones de pago de la amortización de capital, intereses, comisiones o cualquier otra obligación que derive del crédito suscrito por el tercero. Por consiguiente, se asume una obligación para disminuir o eliminar el riesgo del incumplimiento del servicio de la deuda a que está obligado el prestatario. Esa obligación financiera se asume en razón de la garantía soberana y se asume en el contrato de crédito. En efecto, para garantizar un crédito externo suscrito por otro organismo público, el Gobierno de la República debe comparecer en el contrato de que se trate, otorgando la garantía soberana con las formalidades correspondientes. Pero esa nueva obligación puede comprometer las finanzas públicas, de allí que

el otorgamiento de la garantía soberana requiera aprobación legislativa. No tiene carácter de garantía o aval para los efectos del artículo 121, inciso 15, de la Constitución el compromiso que asume el Estado de cumplir las obligaciones que el ordenamiento le impone. Nótese que ello no implica la asunción de una nueva obligación financiera y, en particular, la obligación de cumplir por la obligación suscrita por el tercero...”.

La Superintendencia General de Entidades Financieras –SUGEF- ha sido del criterio que ese numeral contraviene la norma contenida en el artículo 61 inciso 5 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional que dice:

“...CAPITULO II

Créditos e inversiones Artículo 61.-

Los bancos comerciales podrán efectuar operaciones de crédito y hacer inversiones para los siguientes fines:

...5) Para la ejecución de las operaciones normales basadas en las necesidades financieras del Estado y de las demás instituciones de derecho público, hasta por un monto que no podrá exceder, en conjunto, para cada banco del Estado, del seis por ciento (6 %) de su capital y sus reservas, y del veinticinco por ciento (25 %) para cada banco privado, siempre y cuando su capital y sus reservas no superen el monto correspondiente al departamento comercial del menor de los bancos estatales, en cuyo caso los bancos privados se registrarán por lo establecido para los bancos de Estado...”

Tal criterio, que con base en la contraposición de textos es evidente a nuestro juicio y por ende no requeriría más argumentación que esa contraposición, se sustenta en que se podría entender que existiría una derogatoria tácita del numeral 61.5 transcrito y “...en tal caso se estaría permitiendo a cada uno de los bancos del Sistema Bancario Nacional, para otorgar créditos a las EMEM y sus empresas por montos que podrían ser superiores al 100% del capital de cada banco, lo que a todas luces es contraproducente y podría atentar contra la seguridad y solvencia de los bancos, al permitirseles asumir un riesgo excesivo con un único deudor o un mismo grupo de interés económico, conformado por las EMEM y sus empresas...”, lo que hace que la SUGEF recomiende que a ese artículo 34 se le agregue un párrafo final por el que expresamente se someta esa fuente de financiamiento a lo establecido

en el inciso 5 del artículo 61 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en materia, pues, de límites de crédito aplicables al Estado y sus instituciones⁸⁰

Amén de nuestro criterio sobre la evidencia del quebranto normativo, consideramos que no se justifica en ninguna parte del proyecto semejante disposición, reparando sobretodo en el hecho que se trata de una figura bisoña –si se nos permite el término- en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que si bien es laudable el esfuerzo legislativo por potenciar su desarrollo mediante fuentes de financiamiento bancario, no puede perderse de vista el hecho que se está ante sujetos públicos –las sociedades de marras- y, por ende, todo lo relativo a ellas debe estar absolutamente relacionado con los límites –para el caso- financieros existentes para las demás entidades públicas.

Finalmente, no puede orillarse la prescripción contenida en el artículo 7 de la Ley N° 7010:

*“**Ninguna** institución pública del sector descentralizado del Estado, ni **empresa en la que el Estado o sus instituciones posean más del cincuenta por ciento de las acciones**, podrá contratar créditos, externos o internos, si no cuenta con la autorización previa del proyecto elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional, así como con el dictamen favorable del Banco Central de Costa Rica y con la autorización de la Autoridad Presupuestaria. El dictamen que rinda el Banco, en relación con el crédito que se pretenda contratar, será vinculante con la respectiva institución o empresa. Las autorizaciones de la Autoridad Presupuestaria y de MIDEPLAN, a las que alude este numeral, no serán exigibles para los bancos del Estado”.*

La norma trascrita es de plena aplicación a la especie dada la reseñada naturaleza jurídica de estas sociedades con base en el artículo 13 inciso p) del Código Municipal y a lo dicho sobre el particular en el proyecto de ley⁽⁸¹⁾.

⁽⁸⁰⁾ (ver oficio SUGEF-4506-2006 de 12 de diciembre del 2006, suscrito por el Superintendente General de la Superintendencia General de Entidades Financieras, Óscar Rodríguez Ulloa).

⁽⁸¹⁾ (ver *supra*. En este sentido oficio J.D. 35-07 del 11 de enero del 2007 suscrito por el Secretario General de ese banco, que da a conocer lo dispuesto en el artículo 14 del acta de la sesión 5311-2007 celebrada el 3 de enero del 2007)

La Ley N° 8828 únicamente contempló la posibilidad de obtener financiamiento bancario en el artículo 26, con una redacción por demás poco feliz y muy lacónica, lo que no nos explicamos sí, con las salvedades abordadas, bastaba con realizar ajustes de forma y fondo como lo *supra* indicados .

e.) Fideicomiso:

Esta posibilidad se establece en los numerales 30 y 31 del proyecto, que dicen:

*“ARTÍCULO 30.- La contribución del uno por ciento (1%) durante cinco años, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, sobre las utilidades de impuestos resultantes de los estados consolidados que reporten a la Contraloría General de la República, el Instituto Nacional de Seguros, el Instituto Costarricense de Electricidad y la Refinadora Costarricense de Petróleo. **Esta contribución podrá ser deducida del cálculo del impuesto sobre la renta del período fiscal en que se efectúe la contribución**”.*

“ARTÍCULO 31.- El IFAM con los recursos recaudados por este concepto, y los que dispone el artículo anterior, constituirá en el Sistema Bancario Nacional o privado un fideicomiso, para efecto de financiar los proyectos a desarrollar por las empresas municipales de economía mixta. Autorízase al fideicomiso a otorgar garantías como avales, bonos, o títulos similares sobre los activos del fideicomiso, los cuales pueden ser dados en garantía sobre préstamos que realicen las empresa municipales de economía mixta”.

Sobre estas normas ya se comentó la cuestión tributaria.

Tocante a la creación de un fideicomiso “...para efecto de financiar los proyectos a desarrollar por las empresas municipales de economía mixta”, consideramos que el mismo no resulta oportuno y que la norma carece de rigor en el tratamiento del instituto:

En primer lugar, no solamente ni siquiera se insinúa el tipo de fideicomiso que se autoriza constituir al IFAM, sino que, además, la norma es muy general y no considera que el proyecto de ley está desarrollando la posibilidad legal de constituir sociedades de economía

mixta por parte de las ochenta y un municipalidades del país, las que –como se refirió al inicio de este capítulo- presentan realidades financiera, económicas, políticas y de capital en sentido amplio harto distintas, sin dejar de lado sus necesidades, lo que podría hacer que el pretendido fideicomiso se concentre únicamente en municipalidades que tengan las capacidades para constituir sociedades mixtas que desarrollen proyectos bien estructurados y, por ende, atractivos para un fideicomiso, al par que tanta generalidad impide, por ejemplo, considerar que algunos proyectos podrían representar un costo financiero importante para el fideicomiso, lo que limitaría los recursos disponibles para otros proyectos que, aun no siendo tan atractivos financieramente, podrían ser el “caldo de cultivo” para emprendimientos modestos pero con un importante efecto en una región o sector –vgr. desarrollo de PYMES-.

Asimismo, el Banco Central de Costa Rica ha externado su criterio al respecto, compartiendo la posición de Hacienda –eso sí desde su ámbito competencial-, señalando que *“...se ejerce un presión sobre la situación financiera del gobierno que, ante los déficits observados y los previstos para los próximos períodos, es probable que se refleje en un incremento en las necesidades de financiamiento del fisco, y en una presión sobre las tasas internas de interés, lo que podría comprometer el alcance de las medidas de política monetaria y cambiaria...”*, lo que lo lleva a recomendar que se modifique el numeral 29 – en realidad es el 30-, sustituyendo ese 1% por *“...las inversiones en acciones que harán las municipalidades y el sector privado que desee participar en dichas empresas...”*⁸²

Además, el proyecto en mención habla de *“... Sistema Bancario Nacional o privado...”*, lo que manifiesta un inadecuado tratamiento normativo de ese sistema, toda vez que el mismo se integra por, de acuerdo con (Ley N° 1644 Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional):

“Artículo 1°.- El Sistema Bancario Nacional estará integrado por:

- 1) El Banco Central de Costa Rica;*
- 2) El Banco Nacional de Costa Rica;*

⁽⁸²⁾ Oficio J.D. 35-07 del 11 de enero del 2007 suscrito por el Secretario General de ese banco, que da a conocer lo dispuesto en el artículo 14 del acta de la sesión 5311-2007 celebrada el 3 de enero del 2007.

3) *El Banco de Costa Rica;*

4) *Derogado.-(Derogado por el artículo 1º de la Ley de Disolución del Banco Anglo Costarricense N° 7471 de 20 de diciembre de 1994)*

5) *El Banco Crédito Agrícola de Cartago;*

6) *Cualquier otro banco del Estado que en el futuro llegare a crearse; y*

7) *Los bancos comerciales privados, establecidos y administrados conforme con lo prescrito en el Título VI de esta ley.*

El Sistema se registrá por la presente ley, la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y las demás leyes aplicables, así como por los respectivos reglamentos?’

Consecuentemente, también debe corregirse la norma al no existir un “... *Sistema Bancario (...) privado...*”, en los términos positivos dichos.

Por demás, estimamos que los bancos comerciales privados no presentan problema legal alguno para administrar esos fideicomisos –en caso que se insistiera en ello-, con base en lo establecido en los numerales 54, 116.7 y 150 de la citada Ley, y en el tanto y en el cuanto se facultase a dicho fideicomiso para emitir bonos para la captación de recursos con garantía de los activos del fideicomiso, será sujeto de supervisión y de la aplicación de la normativa prudencial contenida en el 116 IBID⁸³ .

En todo caso, de continuarse en el trámite legislativo con esa disposición –con todo lo inoportuna y carente de adecuada técnica que resulta según lo expuesto-, se debería tener presente por lo menos un cálculo o proyección del monto que podría administrar ese fideicomiso considerando el comportamiento de las empresas nacionales afectadas en los últimos cinco años y el esperado para los próximos cinco años, con el objeto de encarrilar en forma adecuada el rediseño de la norma y, puntualmente en cuanto a esto último, o incluir la frase “El Reglamento a esta Ley dispondrá lo pertinente para hacer efectiva esta norma”, o,

⁸³ Ver oficio SUGEF-4506-2006....

mejor, incluir, en la misma norma, parámetros que permitan determinar cómo se emplearían los recursos del fideicomiso reparando en todo lo dicho en el párrafo trasanterior.

Afortunadamente, esa norma no se puso en vigencia y únicamente se ha desarrollado para que el lector conozca que el legislador se planteó expresamente un vehículo de financiamiento tan inoportuno.

f) Intermediación Financiera

El proyecto de marras contempla una serie de normas que podrían facultar el ejercicio de actividades de intermediación financiera a estas sociedades, en los artículos que a continuación se transcriben:

“ARTÍCULO 10.- Se faculta a las empresas municipales de economía mixta para realizar las operaciones técnicas, financieras y promocionales que sean necesarias en el mejor desempeño de sus funciones, tales como:

...c) Obtener créditos en el país o en el exterior.

...d) Suscribir, comprar y vender acciones, obligaciones u otros títulos de empresas propias o ajenas, autorizadas por ley.

...f) Conceder préstamos a empresas propias.

g) Otorgar avales o garantías a operaciones de préstamo que gestionen empresas propias en el país o en el extranjero cuando exista un convenio o contrato.

h) Descontar documentos de crédito en los bancos del Sistema Bancario Nacional o en cualquier otra entidad financiera nacional e internacional...”

“ARTÍCULO 15.- Serán atribuciones de la Asamblea General de Accionistas:

...g) Acordar la emisión de títulos de crédito”

En primera instancia, deben complementarse esos numerales con lo que sienta el ordinal 7 del proyecto:

“ARTÍCULO 7.- la Superintendencia General de entidades financieras (...) ejercerán sus facultades legales sobre las EMEM, bajo la modalidad de control posterior...”

La SUGEF fue bastante crítica en sus observaciones acerca de esa norma, al indicar a los diputados que ello carece de sentido y es contraproducente, en virtud de que su competencia legal se circunscribe a velar por la salud financiera de las entidades sujetas a su supervisión y por la estabilidad financiera ⁽⁸⁴⁾. (En todo caso, respecto de actividades que, como se verá de seguido, si se subsumirían en sus potestades, es el criterio, al igual que el Banco Central⁸⁵, que el control no puede ser posterior sino el mismo que se predica para todas las entidades supervisadas, por lo que no sería aconsejable crear un régimen de excepción a la normativa prudencial de control de SUGEF a favor de estas sociedades.

Precisamente, al referirse al artículo 15 transcrito, observa que no se especifica si dichos títulos serán emitidos en serie, para ser colocados en el mercado de valores, siendo que de ser así, el órgano en cargo de supervisarlas sería la Superintendencia de General de Valores – SUGEVAL-. Si se las faculta a emitir títulos de deuda en forma individual para ser colocados en ventanilla entre el público inversionista a cambio de una tasa de interés, agrega, se estaría ante una entidad que captaría recursos del público y que con base en el 10 del proyecto podría colocar esos recursos en operaciones de crédito a sus sociedades subsidiarias, lo que la colocaría bajo la supervisión de SUGEF al realizar actividad de intermediación financiera en los términos y condiciones del artículo 11 de la Ley N° 7558: *“...Para efectos de esta ley, se entiende por intermediación financiera la captación de recursos financieros del público, en forma habitual, con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario, a cualquier forma de crédito o inversión en valores, independientemente de la figura contractual o jurídica que se utilice y del tipo de documento, registro electrónico u*

⁽⁸⁴⁾ ver oficio SUGEF-4506-2006.... Igualmente, el artículo 117 de su ley orgánica N° 7558 que dice: *“Están sujetos a la fiscalización de la Superintendencia y las potestades de control monetario del Banco Central, los bancos públicos y privados, **las empresas financieras no bancarias**, las mutuales de ahorro y préstamo, las cooperativas de ahorro y crédito y las asociaciones solidaristas. **Además, toda otra entidad autorizada por ley para realizar intermediación financiera**”*).

⁽⁸⁵⁾ Oficio J.D. 35-07 del 11 de enero del 2007....

otro análogo en el que se formalicen las transacciones. No se considera intermediación financiera la captación de recursos para capital de trabajo o para el financiamiento de proyectos de inversión de carácter no financiero de la propia empresa emisora o sus subsidiarias, siempre que las emisiones se encuentren registradas ante la Comisión Nacional de Valores. En estos casos, los pasivos totales de las empresas emisoras no pueden exceder de cuatro veces su capital y reservas, conforme a las reglas que emita la Comisión Nacional de Valores. Asimismo, las empresas emisoras estarán sujetas a las demás regulaciones que emita esa Comisión. Los fideicomisos y fondos de administración que las entidades financieras utilicen para la realización de actividades de intermediación financiera estarán sujetos a las razones de suficiencia patrimonial, provisiones, límites de crédito y demás normas que dicte la Superintendencia, conforme a las potestades que le confiere esta ley. Se exceptúan los fondos regulados en la Ley reguladora del mercado de valores y la Ley de régimen privado de pensiones complementarias, los cuales se regirán por las normas especiales contenidas en esas leyes...”)

Igual criterio comparte el banco BANEX en su intervención respecto del proyecto de ley, el que detalla que la actividad de aval, garantía y financiación que se autoriza a esas sociedades en los artículos transcritos, al ser con recursos propios, presenta el mismo caso que para cualquier sociedad comercial, lo que no amerita la supervisión de SUGEF⁸⁶. Complementa, con igual exposición, que para el artículo 10, la suscripción y venta de acciones propias o ajenas cae en el régimen de oferta pública de valores, siendo que deberían ser aprobadas las emisiones por SUGEVAl.

En cuanto a este extremo, la Ley N° 8828 únicamente hizo positivo lo relativo a suscripción, compra y venta de acciones, obligaciones u otros títulos de empresas propias o ajenas, autorizadas por ley y descuento de documentos de crédito en los bancos del Sistema Bancario Nacional o en cualquier otra entidad financiera nacional e internacional (incisos d) y f) del artículo 9) y autorizó expresamente, como ya se dijo la emisión de bonos (inciso c) IBID.)

g) Venta de Sociedades

El proyecto establece:

⁽⁸⁶⁾ Oficio de 28 de noviembre del 2006, suscrito por Sergio Ruiz Palza, Gerente General.

“ARTÍCULO 6.- Las empresas municipales de economía mixta podrán vender las empresas formadas, cuando así lo decida la asamblea de accionistas, dicha venta debe obedecer a razones de interés público debidamente justificadas y a través de los procedimientos concursales de la normativa sobre contratación administrativa”.

Esta fuente de financiamiento, como lo ha dicho el Departamento de Servicios Técnicos, debe contemplar que el Estado, por razones de utilidad pública, podrá nacionalizar la sociedad con la consiguiente indemnización al socio privado. Además, para el caso de venta de las mismas sociedades en estudio y –agregamos, de las sociedades a que se refiere el numeral 6-, en caso de ubicarse materialmente su establecimiento en un inmueble del dominio municipal, su venta deberá ser autorizada por la Asamblea Legislativa según la doctrina del inciso 14 artículo 121 constitucional⁸⁷

Adicionalmente, y desde un punto de vista patrimonial, los artículos 30 y 31, junto al 29 citado, vienen constituir el patrimonio de dichas sociedades, conforme lo reconoce el propio nombre del capítulo IV. Empero, surge la necesidad de varios comentarios adicionales:

i.) el numeral 29: Este artículo se comentó en sus aspectos tributarios. Patrimonialmente, establece cuáles bienes constituyen la hacienda de dichas sociedades, así: *“...Las donaciones y transferencias de toda índole que tengan un origen transparente, no solo de naturaleza financiera, sino personal, vehículos, equipo de oficina, bienes e inmuebles, entre otros que a su favor realicen las personas físicas, las entidades públicas o privadas y los organismos nacionales e internacionales de naturaleza pública o privada...”* La sola lectura de la norma, permite advertir una inadecuada técnica y uso de conceptos legales, que se ejemplifica en los términos *“...bienes e inmuebles”*, como si se tratara de categorías distintas. De conformidad con el artículo 253 del Código Civil: *“Los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporales”*. En tal virtud, el artículo debe replantearse en este aspecto –y en los que se dirá-, toda vez que su inadecuado lenguaje jurídico hasta tiene el efecto de no incluir los bienes incorporales como los serían, para el caso en estudio, licencias, o cualquier acto a título gratuito u oneroso que faculte su ingreso al patrimonio de estas sociedades, de bienes propios de la propiedad intelectual (patentes,

⁽⁸⁷⁾ Para ambos oficio ST.193-2007 J...p.7, y agregamos nosotros, 62 del Código Municipal.

modelos de utilidad, dibujos y modelos industriales –entre otras manifestaciones de la propiedad industrial-, programas de cómputo, planos y otros –en el plano de los derechos de autor-)

ii.) El término “...transparente...” que utiliza el proyecto también dificultaría su utilidad práctica, toda vez que el único parámetro que se ofrece para su aplicación es que se predica respecto de los actos de traslado de dominio o titularidad de los bienes a que alude el numeral 29, en cuanto a que tales actos deben tener un origen transparente. La Contraloría⁸⁸ es del criterio que debe regularse en consecuencia más al respecto. Nosotros somos de la posición que se está ante un concepto jurídico indeterminado que, o se procede en la forma que lo sugiere el ente contralor, o se suprime o, finalmente, se deja a reglamento, debiendo, en este último caso, advertirse esa posibilidad en la ley. En todo caso, aun y cuando es laudable la preocupación del legislador al incluir ese término en la conformación del patrimonio de esas sociedades, consideramos innecesaria su inclusión puesto que debe ser una verdad de Perogrullo que no solamente las entidades en estudio sino toda otra que se constituya por cualquier medio, debe tener un patrimonio integrado por bienes obtenidos por canales jurídicos transparentes, siendo una obligación cotidiana y una práctica obligada de cualquier emprendimiento, que –sobre todo para el caso de bienes que no requieren registración, sea, de la existencia de un registro a los efectos de demostrarse su titularidad o dominio sobre ellos-, existan controles sobre el patrimonio de la más distinta naturaleza, particularmente entrándose de sociedades públicas sujetas a control y fiscalización por parte de la Contraloría General de la República, y específicamente con base a la Ley General de Control Interno N° 8292 que para lo que interesa, dice:

“Artículo 8.- Concepto de sistema de control interno

Para efectos de esta Ley, se entenderá por sistema de control interno la serie de acciones ejecutadas por la administración activa, diseñadas para proporcionar seguridad en la consecución de los siguientes objetivos:

...a) Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal...”.

(88) Oficio DAGJ-1940-2006...p.21.

“Artículo 15.- Actividades de control

Respecto de las actividades de control, serán deberes del jerarca y de los titulares subordinados, entre otros, los siguientes:

a) Documentar, mantener actualizados y divulgar internamente, las políticas, las normas y los procedimientos de control que garanticen el cumplimiento del sistema de control interno institucional y la prevención de todo aspecto que conlleve a desviar los objetivos y las metas trazados por la institución en el desempeño de sus funciones.

b) Documentar, mantener actualizados y divulgar internamente tanto las políticas como los procedimientos que definan claramente, entre otros asuntos, los siguientes:

i. La autoridad y responsabilidad de los funcionarios encargados de autorizar y aprobar las operaciones de la institución.

ii. La protección y conservación de todos los activos institucionales.

iii. El diseño y uso de documentos y registros que coadyuven en la anotación adecuada de las transacciones y los hechos significativos que se realicen en la institución. Los documentos y registros deberán ser administrados y mantenidos apropiadamente.

iv. La conciliación periódica de registros, para verificar su exactitud y determinar y enmendar errores u omisiones que puedan haberse cometido.

v. Los controles generales comunes a todos los sistemas de información computarizados y los controles de aplicación específicos para el procesamiento de datos con software de aplicación”.

Agréguese a ello, lo dispuesto en relación por el numeral 16 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, R-CO-44-2007 de 11 de octubre del 2007:

“Artículo 16.- Obligaciones generales de control interno.

De conformidad con los artículos 8° y 10 de la Ley General de Control Interno, es responsabilidad del jerarca y del titular subordinado de la Administración establecer, mantener, perfeccionar y evaluar el sistema de control interno institucional, así como realizar las acciones necesarias para garantizar su efectivo funcionamiento. El sistema de control interno implica la serie de acciones ejecutadas por la Administración activa, diseñadas para proporcionar seguridad en la consecución de los siguientes objetivos:

- 1) Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal.*
- 2) Exigir confiabilidad y oportunidad de la información.*
- 3) Garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones.*
- 4) Cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico.*

La actividad contractual realizada por la Administración forma parte de la gestión sujeta al sistema de control interno antes señalado. En consecuencia, el refrendo de los contratos por parte de la Contraloría General de la República no exime a la Administración del cumplimiento de sus obligaciones relativas al sistema de control interno. La Administración deberá tener particular diligencia en cuanto a las acciones de control interno relativas a la gestión contractual no sujeta al refrendo de la Contraloría General de la República ni a la aprobación interna que se establece en el artículo siguiente”

iii) el numeral 30 del proyecto –y por derivación lógica el 31-, introduce más una norma transitoria que una figura permanente de financiamiento, al decir que el fideicomiso de que habla el 31 IBID. se constituye mediante “**La contribución del uno por ciento (1%) durante cinco años, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, sobre las utilidades de impuestos resultantes de los estados consolidados que reporten a la Contraloría General de la República, el Instituto Nacional de Seguros, el Instituto Costarricense de Electricidad y la Refinadora Costarricense de Petróleo...**” Con base en la propia letra del proyecto, se está ante recursos que se conformarán por un período determinado, lo que sugiere que pasado ese término, quedará sin efecto la contribución de las entidades públicas afectas al mismo y, por ende, los recursos que de ello derivan. De esta manera, esa norma debe ubicarse dentro del articulado final como normas transitorias, de mantenerse.

iv.) El artículo 31 integra los recursos para constituir el fideicomiso con los propios a que alude el numeral 30 y con “...*los recursos recaudados por este concepto...*”, lo que introduce una confusión insalvable que debe ser aclarada en el proyecto. Para los suscritos, el fideicomiso únicamente se está integrando con los recursos a que se refiere el numeral 30 y se está en el 31 ante un error en la redacción. Sin perjuicio de esta observación, es evidente que la norma debe ser revisada también en este aspecto.

v.) Nuevamente reiteramos la sugerencia del Banco Central en cuanto a que se modifique el numeral 29 –en realidad es el 30–, sustituyendo ese 1% por “...*las inversiones en acciones que harán las municipalidades y el sector privado que desee participar en dichas empresas...*”⁸⁹

vi.) Compartimos con la Contraloría que el tema patrimonial debe ordenarse en una sola norma, y solo si se hace necesario especificar alguna fuente de financiamiento de las sociedades, se haría en normas separadas, pero dentro del mismo capítulo de patrimonio.

Lamentablemente, el texto que se aprobó eliminó esa posibilidad de financiamiento. No obstante ello, no vemos inconveniente en que ello pueda darse, siempre y cuando se ajusten a limitaciones y parámetros como los aquí abordados.

13. Disolución y Liquidación

Igual que respecto de los últimos extremos analizados, ni el Código Municipal, ni la jurisprudencia administrativa citada, lo mismo que el proyecto de ley, se refieren siquiera por asomo a la disolución y liquidación de las sociedades públicas municipales de economía mixta.

Al respecto, la Ley N° 8828 remite el tema al acuerdo de constitución (artículo 3) y en el artículo 9 inciso i), al final, dice “...*Realizar convenios o contratos de cooperación con instituciones del Estado, así como recibir donaciones, tanto del Estado como del sector privado. De la utilización de fondos públicos deberán dar cuenta a la Contraloría General de la República. **Si la SPEM se llega a disolver y ha recibido en donación bienes inmuebles del Estado o de otra institución pública, estos ingresarán al patrimonio de la municipalidad donde esté situada la propiedad.***”

(⁸⁹) Oficio J.D. 35-07 del 11 de enero del 2007 suscrito por el Secretario General de ese banco, que da a conocer lo dispuesto en el artículo 14 del acta de la sesión 5311-2007 celebrada el 3 de enero del 2007.

Como se ve, la normativa es muy lacónica y hasta inoportuna porque para el caso del inciso i) del artículo 9, se la coloca en el supuesto de realización de convenios y de contratos, lo mismo que en el de donaciones.

Un primer abordaje del tema, parte de su ropaje jurídico: en tanto sociedades organizadas bajo los esquemas de las sociedades de capital, serán de aplicación, ante la falta de regulación específica, las normas que sobre el particular disciplina el Código de Comercio, concretamente los capítulos 8 y 9 de ese cuerpo legal..

Así, y para la disolución, las normas generales serían las dispuestas en los numerales 18 inciso 19 y 201:

“Artículo 18.- La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener:

16) Casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente;

...19) Cualquier otra convención en que hubieren consentido los fundadores.”

“Artículo 201.-Las sociedades se disuelven por cualquiera de las siguientes causas:

a) El vencimiento del plazo señalado en la escritura social;

b) La imposibilidad de realizar el objeto que persigue la sociedad, o la consumación del mismo;

c) La pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente; y

d) El acuerdo de los socios”.

En armonía con lo anterior, en general, como cuestiones de procedimiento, lo dispuesto en el 206 y 207:

“En el caso del inciso a) del artículo 201, la disolución de la sociedad se realizará por el solo vencimiento del plazo fijado en la escritura.

En los demás casos, deberá inscribirse en el Registro Mercantil el acuerdo de disolución o la declaración hecha por la sociedad de que se ha producido una de las causas de disolución”

“El aviso de haberse disuelto la sociedad se publicará una vez en " La Gaceta ". Dentro de los treinta días siguientes a esta publicación, cualquier interesado podrá oponerse judicialmente a la disolución, que no se base en causa legal o pactada”.

También, el régimen de responsabilidad de los administradores:

“Artículo 208.-

Los administradores serán solidariamente responsables de las operaciones que efectúen con posterioridad al vencimiento del plazo de la sociedad, al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse producido alguna de las causas de disolución”.

De manera específica para la sociedad anónima, es causa de disolución la preceptuada en el ordinal 202:

“El hecho de que todas las acciones de una sociedad anónima lleguen a pertenecer a una sola persona, no es causa de disolución de la sociedad”

Tocante a la sociedad de responsabilidad limitada el artículo 205:

“Artículo 205.-

En las sociedades de responsabilidad limitada, es válida la cláusula que establezca la disolución por muerte, exclusión o retiro de uno de los socios”.

Referente a la liquidación, la normativa a aplicar, como se dijo, sería la del capítulo 9 del citado Código:

“Artículo 209.- *Disuelta la sociedad, entrará en liquidación, conservando su personalidad jurídica para los efectos de ésta”.*

“Artículo 210.- *La liquidación estará a cargo de uno o más liquidadores, que serán los administradores y representantes legales de la sociedad en liquidación, y responderán por los actos que ejecuten si se excedieren de los límites de su cargo”.*

“Artículo 211.-

La designación de los liquidadores se hará de conformidad con lo previsto en la escritura social. A falta de tal previsión, se hará por convenio de los socios en el mismo momento en el que se acuerde o reconozca la disolución. Si éstos no llegaren a un acuerdo, la designación la hará el juez a gestión de parte interesada, por los trámites establecidos en el Código Procesal Civil.

Cuando la sociedad se disuelva por vencimiento del plazo o por sentencia, la designación deberá hacerse dentro de los treinta días siguientes a aquél en que terminó el plazo o en que quedó firme la sentencia que ordenó la disolución”.

“Artículo 212.-

La liquidación se practicará de acuerdo con las normas de la escritura social. En su defecto, de conformidad con los acuerdos tomados por la mayoría de socios necesaria para modificar la escritura y con las disposiciones de este Capítulo”.

“Artículo 213.-

Los administradores deberán entregar a los liquidadores, mediante inventario, todos los bienes, libros y documentos de la sociedad, y serán solidariamente responsables por los daños y perjuicios que causen con su omisión”.

“Artículo 214.- *Los liquidadores tendrán las siguientes facultades:*

a) *Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución, cuando ello fuere legalmente posible;*

b) *Cobrar los créditos y satisfacer las obligaciones de la sociedad;*

c) Vender los bienes de la sociedad, por el precio autorizado según las normas de liquidación;

d) Elaborar el estado final de la liquidación, y someterlo a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda según la naturaleza de la sociedad; y

e) Entregar a cada socio la parte que le corresponda del haber social”.

“Artículo 215.-En la liquidación de las sociedades en nombre colectivo, en comandita, o de responsabilidad limitada, una vez pagadas las deudas sociales, el remanente se distribuirá entre los socios, conforme a las siguientes reglas:

a) Si los bienes que constituyen el haber social son fácilmente divisibles, se repartirán en la proporción que corresponda a cada socio en la masa común;

b) Si entre los bienes que constituyen el activo social se encontraren los que fueron aportados por algún socio u otros de idéntica naturaleza, se entregarán de preferencia al socio que los aportó, tomándose en cuenta su valor actual;

c) Si los bienes fueren de diversa naturaleza, se distribuirán conforme a su valor, en lotes proporcionales a los aportes, compensándose entre los socios las diferencias que hubiere;

d) Formados los lotes, el liquidador convocará a los socios a una junta, en la que les dará a conocer el proyecto respectivo, y aquéllos gozarán de un plazo de ocho días hábiles a partir de la junta, para pedir modificaciones, si estimaren afectados sus derechos;

e) Si los socios manifestaren expresamente su conformidad, o no formularen oportunamente observaciones, el liquidador hará la respectiva adjudicación, y se otorgarán los documentos que procedan;

f) Si los socios formularen oportunamente observaciones al proyecto de división, el liquidador convocará a una nueva junta, en el plazo de ocho días, para que se hagan al proyecto las modificaciones a que haya lugar; si no fuere posible obtener el acuerdo, el liquidador adjudicará en común a los respectivos socios, el lote o lotes respecto de los cuales hubiere disconformidad, y la situación jurídica resultante entre los adjudicatarios se registrará por las reglas de la copropiedad; y

g) Si la liquidación social se hiciera en virtud de la muerte de uno de los socios, la división o venta de los inmuebles se hará conforme a las disposiciones de este Código”.

“Artículo 216.-En la liquidación de las sociedades anónimas y en comandita los liquidadores procederán a distribuir el remanente entre los socios, con sujeción a las siguientes reglas:

a) En el estado final se indicará la parte del haber social que corresponde a cada socio;

b) Un extracto del estado se publicará en " La Gaceta ";

c) Dicho estado, así como los papeles y libros de la sociedad, quedarán a disposición de los accionistas, quienes gozarán de un plazo de quince días a partir de la publicación para presentar sus reclamaciones a los liquidadores; y

d) Transcurrido ese plazo, los liquidadores convocarán a una asamblea general de accionistas presidida por uno de los liquidadores, para que apruebe en definitiva el balance de liquidación”.

“Artículo 217.-Aprobado el balance general de liquidación, los liquidadores procederán a hacer los pagos que correspondan a los accionistas contra la entrega de los títulos de las acciones”.

“Artículo 218.- Las sumas que pertenezcan a los accionistas y que no fueren cobradas en el transcurso de dos meses, contados desde la aprobación del balance final, se depositarán a la orden del juez del domicilio de la sociedad, con indicación del accionista, si la acción fuere nominativa, o del número de la acción, si fuere al portador”.

“Artículo 219.-En lo que sea compatible con el estado de liquidación, la sociedad continuará rigiéndose por las normas correspondientes a su especie.

A los liquidadores les serán aplicables las normas referentes a los administradores, con las limitaciones inherentes a su carácter”.

Ahora bien, debe considerarse sin embargo, que el carácter público de estas sociedades obliga a ciertas precisiones importantes, que viene a matizar, e incluso a modificar totalmente, el alcance que se les daría a las normas mercantiles:

a) En lo que atañe a la norma 202, debe hacerse una precisión: considerando que el proyecto de ley es eso, un mero proyecto –que, de una vez lo decimos, esperamos respetuosos sea totalmente replanteado–, con base a lo que se ha dicho en esta investigación, de *lege lata* se tiene que es evidente que si la municipalidad llega a ser la dueña de todas las acciones se erigiría en socio único y no habría, pues, socio privado, con lo que esa sociedad sería ya no una sociedad mixta, sino una simple empresa pública, donde el análisis habría que trasladarlo a determinar si es industrial o comercial en los términos del mismo inciso p) del artículo 13 del Código Municipal. Ergo, aquí sí se estaría ante una causa de disolución de esa sociedad (igual habría que concluir para una de responsabilidad limitada).

Reparando en la naturaleza jurídica de esas sociedades, es claro que el socio privado no podría, tampoco, llegar a ser dueño de todas las acciones porque, de igual, desnaturalizaría la sociedad. En todo caso, considérese aquí lo recién dicho en materia de acciones, y de control – que se sugiere- para evitar concentración del capital social.

b) Como se dijo en el aparte de venta de sociedades , no se debe orillar el hecho que el Estado, por razones de utilidad pública, podrá nacionalizar la sociedad con la consiguiente indemnización al socio privado, y que para el caso de venta de las mismas sociedades en estudio y –agregamos , de las sociedades a que se refiere el numeral 6-, en caso de ubicarse materialmente su establecimiento en un inmueble del dominio municipal, su venta deberá ser autorizada por la Asamblea Legislativa según la doctrina del inciso 14 artículo 121 constitucional, todo lo cual significaría una disolución de la sociedad, sobretodo si, en el último supuesto, el inmueble municipal es más que estratégico para el objeto social –vgr. un fundo con características paisajísticas, o que por su ubicación haya sido el *leit motiv* para constituir la sociedad-.

c) Las particularidades y limitaciones –legales-que imponga el cartel del concurso público, reparando en que el cartel es “...*el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al*

respectivo procedimiento. Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar. Para su confección, la Administración podrá contratar o solicitar la asistencia de personas físicas o jurídicas, especializadas en la materia de que se trate, siempre que no tengan ningún interés particular directo ni indirecto en el negocio, cuando no tuviere en su organización los recursos técnicos necesarios para ello. En aquellas contrataciones de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, la Administración, facultativamente podrá elaborar un cartel con los elementos esenciales atendiendo al objeto contractual, en armonía con los principios de contratación administrativa” (artículo 51 del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa N° 33411) Consecuentemente, no solo en el cartel la Administración podría contemplar otros supuestos de disolución a los citados, sino también otros anticipados que, siempre que se conformen con la ley, deberán ser aceptos por el socio privado. A ello hay que agregar el contrato administrativo correspondiente en tanto fuente de derecho (artículo 4.h) del mismo reglamento). Todo ello sin duda implica una afectación a la simple escritura en la que se materializan los contratos societarios entre particulares.

d) La particularidad de la legislación a que se somete la causa eficiente de cada sociedad en particular: la sociedad pública municipal de economía mixta, para los distintos casos, se originará en una contratación administrativa –licitación como ya se vio *supra*-, que se encuentra sometido a la Ley de la Contratación Administrativa N° 7494 –LCA- y a su reglamento N° 33411 –RLCA-, como mínimo. En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre con la legislación privatista, el socio público –la Municipalidad-, se subordina al principio de legalidad –artículo 11 de la Constitución y 11 de la Ley General de la Administración Pública-, lo que “permea” al socio privado en la medida que su vínculo jurídico no tendrá ese grado de “elasticidad” tan amplio al que le reconoce el Derecho Privado, en el que, como se sabe, rige el principio de libertad -28 de la Constitución y 11 de la Ley General de la Administración Pública-. Consiguientemente, las especiales especificidades de esa legislación se aplicarán a la relación jurídica que gobierna a las partes sociales, sin posibilidad de disposición al respecto, considerando el estado actual de la cuestión de *lege lata*, como se ha estudiado a profundidad en esta investigación.

De esta manera, a las causas señaladas de disolución de la sociedad, deberán observarse los siguientes institutos jurídicos administrativos de contratación:

“Derecho de rescisión y resolución unilateral. *Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de*

fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso.

Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.

En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato.

La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación de la Contraloría General de la República” (artículo 11 de la LCA)

“Resolución.

Serán causas de resolución del contrato:

a) el incumplimiento del concesionario, cuando perturbe gravemente la prestación del servicio público.

b) la supresión del servicio por razones de interés público.

c) la recuperación del servicio para ser explotado directamente por la administración.

d) la muerte del contratista o la extinción de la persona jurídica concesionaria.

e) la declaración de insolvencia o quiebra del concesionario.

f) el mutuo acuerdo entre la administración y el concesionario.

g) las que se señalen expresamente en el cartel o el contrato.

h) la cesión de la concesión sin estar autorizada previamente por la administración.

Cuando la perturbación al prestar el servicio no haga desaparecer la viabilidad empresarial de la explotación, la administración podrá optar por intervenir provisionalmente, hasta que cesen las perturbaciones. El concesionario deberá indemnizar a la administración por los costos y perjuicios ocasionados por esa intervención.

Cuando la resolución sea imputable a la administración, esta reconocerá los daños y perjuicios causados al concesionario” (artículo 75 LCA. Ver también los numerales 204 y 205 del RCA).

Además, los artículos 206, 207 y 208 del RCA disciplinan la figura de la rescisión:

*“Artículo 206.—**Rescisión.** La Administración podrá rescindir unilateralmente sus contratos, no iniciados o en curso de ejecución, por razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor, debidamente acreditadas. Para ello deberá emitir una resolución razonada en donde señale la causal existente y la prueba en que se apoya, la cual será puesta en conocimiento del contratista por el plazo de quince días hábiles.*

La entidad deberá cancelar al contratista la parte efectivamente ejecutada del contrato, en el evento de que no lo hubiera hecho con anterioridad y los gastos en que ese contratista haya incurrido para la completa ejecución, siempre que estén debidamente probados.

Cuando la rescisión se origine por motivos de interés público, además se podrá reconocer al contratista cualquier daño o perjuicio que la terminación del contrato le causare, previa invocación y comprobación.

El lucro cesante correspondiente a la parte no ejecutada podrá reconocerse siempre dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, valorando aspectos tales como el plazo de ejecución en descubierto, grado de avance de la ejecución del contrato, complejidad del objeto. Cuando la utilidad no haya sido declarada se considerará que es un 10% del monto total cotizado”.

*“Artículo 207.—**Rescisión por mutuo acuerdo.** La rescisión contractual por mutuo acuerdo únicamente podrá ser convenida cuando existan razones de interés público y no concurra causa de resolución imputable al contratista.*

En este caso la Administración podrá acordar los extremos a liquidar o indemnizar, que en ningún caso podrá exceder los límites señalados en el artículo anterior, siempre dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad.

Acordada la rescisión sin mayor trámite, se enviará la respectiva liquidación a aprobación de la Contraloría General de la República de la República, quien contará con veinticinco días hábiles para emitir su resolución?

*“Artículo 208.—**Procedimiento de rescisión.** Verificada la causal por la cual procede declarar la rescisión contractual, la Administración procederá a emitir la orden de suspensión del contrato y dará al contratista audiencia por el plazo de diez días hábiles identificando la causal y la prueba en que se sustenta, entre otros.*

El contratista atenderá la audiencia refiriéndose a la causal invocada y presentará un detalle de la liquidación que pide aportando la prueba respectiva.

Vencido el plazo de audiencia, la Administración adoptará, dentro de quinto día hábil cualquier medida necesaria para valorar la liquidación presentada por el contratista. Evacuada la prueba, la entidad resolverá dentro del mes calendario siguiente y estará obligada a la verificación de todos los rubros presentados. La resolución tendrá los recursos ordinarios previstos en la Ley General de la Administración Pública.

Una vez firme la rescisión, la respectiva liquidación se enviará a aprobación de la Contraloría General de la República de la República, quien contará con veinticinco días hábiles para aprobar, improbar o efectuar las observaciones que considere pertinentes?”.

Las observaciones precedentes se aplican también a la liquidación, particularmente en cuanto a la posibilidad de existir bienes públicos involucrados en virtud de aporte municipal, que, dada su naturaleza demanial, no serían alienables:

En todo caso, somos de la opinión que a los fines de seguridad jurídica y de hacer atractiva esta figura, debe legislarse al respecto en forma especial, pudiendo considerarse las observaciones hechas en este trabajo, lo mismo que las propias de la legislación especial reproducida *supra*.

Anexo I

Constitución de Sociedad de Economía Mixta.

PAIS DE REFERENCIA: Colombia

CAPITULO NOMBRE Y NATURALEZA JURIDICA, DOMICILIO, OBJETO Y DURACION

ART.1°. NOMBRE Y NATURALEZA JURIDICA. La sociedad se denomina.....creada y organizada de conformidad con la Ley 489 de 1998 y demás normas complementarias, con acta orgánica correspondiente aprobada por la Superintendencia Bancaria mediante resolución Ejecutiva número.....proferidos ambos por el Presidente de la República, es una Sociedad de Economía Mixta del orden nacional, sujeta al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de.....mientras la compañía se encuentre sometida al régimen especial de nacionalización, con personería jurídica propia, plena autonomía administrativa y capital independiente, que en adelante se denominará.....

Los accionistas particulares no tienen derecho a participar en la administración de la Compañía. ART. 2°. DOMICILIO. La Compañía.....tiene domicilio principal en la ciudad de.....República de Colombia. La Sociedad podrá establecer o clausurar sucursales, agencias y oficinas de representación, en el país o en el exterior, con el cumplimiento de las formalidades legales nacionales y extranjeras cuando fuere del caso. ART. 3°. OBJETO: La Compañía..... podrá realizar todas las operaciones autorizadas por las leyes, decretos y reglamentos, la costumbre comercial y las demás disposiciones sobre la actividad de las compañías de financiamiento comercial que rijan en el territorio nacional o en el extranjero donde tenga o establezca sucursales, filiales, agencias y oficinas de representación, las cuales se someterán a las normas que sobre la materia existen en los países respectivos. También podrá hacer y mantener inversiones en las sociedades y negocios que la ley autorice, en el país o en el extranjero. ART. 4°. PLAZO. La duración de la sociedad será hasta.....prorrogable de conformidad con las disposiciones legales que en esta fecha se encuentren vigentes. La disolución y liquidación anticipadas se regirán por la ley vigente de acuerdo con las normas comunes. Forman parte de los estatutos el permiso de funcionamiento de la Superintendencia Bancaria contenido en la Resolución número.....CAPITULO II

REGIMEN, CONTROL Y VIGILANCIA ART. 5°. REGIMEN DEL OBJETO SOCIAL.

El ejercicio del objeto social de la Compañía y todos los actos conexos, relacionados o indispensables para desarrollarlo, se regirán por el derecho privado y por la legislación bancaria y financiera en un plano de igualdad con las compañías de financiamiento comercial de naturaleza privada. Las operaciones de crédito, cualquiera que sea su naturaleza y modalidad dentro del giro ordinario de los negocios de la compañía, se rigen por el derecho privado, salvo que para la otra parte deban regirse por el derecho público. ART. 6°. REGIMEN DE LOS DEMAS ACTOS SOCIETARIOS. Salvo las excepciones que consagra la ley, las decisiones de los órganos sociales no son actos administrativos, sino actos de una sociedad de economía, sujeta al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado. Las solicitudes y tramitaciones presentadas a la compañía u ocasionadas por el ejercicio del objeto social del objeto social no son actuaciones administrativas. Sin perjuicio de lo anterior, la Compañía tiene la facultad discrecional de pactar la cláusula administrativa de caducidad en los contratos que convenga para el desarrollo de su objeto social. ART. 7°. CONTROL Y VIGILANCIA. La Compañía, está sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. La Contraloría General de la República fiscalizará únicamente lo concerniente al patrimonio público, y la percepción de las utilidades correspondientes, teniendo en cuenta que el patrimonio social de la compañía no es un bien fiscal sino un patrimonio, propio independiente y separado, afecto a la obtención de los fines sociales de la compañía manejado con plena autonomía administrativa. CAPITULO

III CAPITAL, ACCIONES, ACCIONISTAS

ART. 8°. CAPITAL. El capital autorizado de la compañía es de.....pesos (\$.....) dividido en acciones de un valor nominal de.....pesos (\$.....) cada una, así:de pesos (\$.....) representados en acciones de la clase de las públicas.de pesos (\$.....) representados en acciones de la clase de las públicas.de pesos (\$.....) representados en acciones de la clase de las privadas, los cuales se encuentran totalmente pagados. ART. 9°. RESERVA LEGAL. La Junta Directiva ordenará acreditar la reserva legal, al cierre de cada ejercicio en la forma y cuantía que ordena la ley, así como las demás reservas que con destinación específica considere del caso constituir, para su posterior aprobación con el balance. El Fondo de Reserva Legal no podrá ser reducido, salvo para atender pérdidas en exceso de utilidades no decretadas. ART. 10°. AUMENTO DE CAPITAL. Todo aumento de capital requiere reforma de estos estatutos. La emisión, suscripción, colocación o pago de nuevas acciones se hará sin derecho de preferencia, salvo determinación y reglamentación

contraria de la Junta. ART. 11°. TITULOS DE LAS ACCIONES. Las acciones de propiedad de las personas jurídicas de derecho público serán expedidas en formato y serie distinta de las acciones de la clase de las privadas. Las primeras, serán “Clase A” y todas las demás “Clase B”. Los requisitos formales de los títulos son los que establece el Código de Comercio. Cuando se registre en el LIBRO DE ACCIONISTAS la adquisición de acciones de la clase “A” por quien no fuere persona jurídica de derecho público lo anotará la compañía luego de anular el título antiguo y expedir uno de clase “B”. ART. 12°. LIBRO DE REGISTRO DE ACCIONISTAS. La Compañía continuará llevando el registro de accionistas, con una sección para cada tipo de acciones; todos los cambios, anotaciones, gravámenes y traspasos se registrarán por las normas comunes sobre la materia, pero la secretaría de la Compañía se cerciorará de los aspectos simplemente formales de la negociación, antes de efectuar el registro. ART. 13°. NEGOCIACION DE LAS ACCIONES. Se registrará por las normas vigentes sobre la materia. Las acciones de la clase “A” deberán someterse a los trámites establecidos para las sociedades de economía mixta.

CAPITULO IV DIRECCION Y ADMINISTRACION SECCION 1. DIRECTORES.

ART. 14°. Los miembros de la Junta Directiva serán nombrados y removidos según lo dispuesto por las normas pertinentes. Se posesionarán ante el Superintendente Bancario, y solamente quedarán relevados de sus funciones cuando un reemplazo se poseione ante el Superintendente Bancario y asuma funciones en calidad de principal. Su período será de dos años contados a partir de la fecha de su posesión. De conformidad con las normas mencionadas que se aplicarán íntegramente, la Junta se compone de cinco miembros con suplentes personales, así: a) Un representante del Presidente de la República y su suplente; b) Un principal y un suplente, escogidos por el Ministro de.....de listas que le presenten; c) Un principal y un suplente, escogidos por el Ministro de.....de listas que le presenten, d) Un principal y un suplente, escogidos por el Ministro de.....de listas que le presenten. ART. 15°. CALIDAD DE LOS DIRECTORES. Por el sólo hecho de su nombramiento y no obstante que cumplan funciones públicas, los directores no adquieren la calidad de funcionarios públicos y sus inhabilidades e incompatibilidades son las comunes aplicables a los directivos y administradores de instituciones financieras. SECCION II. JUNTA DIRECTIVA ART. 16°. PRESIDENCIA DE LA JUNTA. La Junta será presidida por el representante del Presidente de la República y a falta de éste, por quienes los presentes designen. ART. 17°. REUNIONES: La Junta Directiva hará también las veces de la Asamblea de Accionistas, a la

cual sustituye. Se reunirá por lo menos una vez al mes, por derecho propio a convocatoria del Presidente de la compañía, del Superintendente Bancario o del Revisor Fiscal de preferencia en las instalaciones de la dirección general de la institución. También podrá reunirse en sesiones especiales, en el lugar y fecha que señale la convocatoria que haga el Presidente de la Junta, el de la Compañía o dos de sus miembros. ART. 18°. FUNCIONES: La Junta Directiva se ocupará de señalar la orientación de la dirección general de la empresa y tiene atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines. Se ocupará especialmente de: a) Aprobar los estados financieros de cierre de cada ejercicio, con las reservas y provisiones a que haya lugar y el proyecto de distribución de utilidades; b) Reformar los estatutos, al menos por mayoría de cuatro votos incluyendo el voto favorable del representante del Presidente de la República. La reforma sólo será eficaz una vez sea elevada a escritura pública con la cual se protocolizará la aprobación del Gobierno Nacional, previa revisión de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República; c) Elegir al Revisor Fiscal y sus suplentes, crear los cargos adicionales que se desprendan de la propuesta de la revisoría y sus asignaciones; d) Aprobar la fusión, incorporación, o adquisición de activos y pasivos de entidades del sector financiero; e) Autorizar el establecimiento en el territorio nacional, o en el exterior, de las filiales o las subsidiarias de la casa matriz, autorización que se entiende incluyendo todo lo relacionado con las disposiciones legales aplicables en el lugar del domicilio correspondiente, o decidir sobre la venta, o liquidación de las mismas; f) Formular las políticas básicas de la administración general de la compañía y vigilar el cumplimiento de las mismas; g) Aprobar la estructura administrativa de la compañía, al nivel de las vicepresidencias y los comités internos, externos o mixtos que se estime conveniente, según propuesta que le presente el Presidente de la compañía; h) Decidir el establecimiento o la supresión de las sucursales, agencias y oficinas de representación en el país o en el exterior; i) Delegar en el Presidente de la compañía una o varias de sus funciones; j) Decidir la cuantía de los actos y contratos cuya aprobación se delegue al Presidente y a los distintos comités de crédito que constituya.; k) Interpretar los estatutos en caso de duda, dando cuenta de la interpretación al Superintendente Bancario. Al ejercer esta facultad se tendrá en cuenta que es voluntad expresada por el Gobierno Nacional, volver al sector privado la admisión de la compañía, cuando las condiciones económicas lo permitan; l) Proponer a las autoridades un programa de colocación de las acciones públicas, de nuevo en el sector privado,

de conformidad con las disposiciones que lo dispongan o autoricen; m) Fijar la remuneración del Presidente de la compañía; n) Determinar su propio reglamento; ñ) Crear, adicionalmente el fondo de reserva legal y el de las apropiaciones y provisiones que señalen las normas de contabilidad generalmente aceptadas los que sean prudentes para contribuir al mantenimiento del capital saneado de la compañía; o) Autorizar y suscribir el informe sobre la gestión de cada ejercicio de carácter general, con destino al Presidente de la República y para divulgación general, y p) Vigilar el cumplimiento de sus decisiones. ART. 19°. TOMA DE DECISIONES:

Las decisiones se tomarán con la presencia y voto afirmativo de al menos tres de los miembros en funciones. ART. 20°. ACTAS: De las reuniones de la Junta se dejará constancia en el libro de actas, autorizadas con la firma del Presidente de la reunión y de quien haya actuado como secretario. ART. 21°. HONORARIOS POR ASISTENCIA A LAS REUNIONES: Los honorarios de los miembros de la Junta Directiva y de sus suplentes, por su asistencia a las reuniones de la misma serán fijados por resolución ejecutiva del Presidente de la República. ART. 22°. SUPLENTE: El suplente reemplazará al principal en sus faltas absolutas o temporales. Se entiende por falta absoluta la muerte, la renuncia del cargo legalmente aceptada, o la ausencia por cualquier circunstancia por un período mayor de tres (3) meses. En el evento de la falta absoluta el suplente reemplazará al principal hasta el momento en que la autoridad competente lo designe.

SECCION III: PRESIDENTE DE LA COMPAÑÍA ART. 23°. AGENTE DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. El Presidente de la compañía es agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción y es el único funcionario de la compañía que tienen la calidad de empleado público. Llevará la representación legal de la entidad, una vez que se posesione, tiene a su cargo la dirección y administración de los negocios sociales y a él se confía la ejecución de las disposiciones de la ley, y de la Junta Directiva. Podrá delegar sus atribuciones en los vicepresidentes con autorización previa de la misma junta. Todos los empleados de la compañía están subordinados, excepto los de la Revisoría Fiscal. ART. 24°. OTRAS FUNCIONES DEL PRESIDENTE. Además, son funciones y atribuciones del Presidente de la compañía las siguientes: a) Coordinar, dirigir y controlar el funcionamiento de la entidad; b) Nombrar los vicepresidentes de conformidad con el literal g) del artículo 18 de estos estatutos; c) Crear los demás empleos de la compañía, que considere necesarios para la buena marcha de los negocios de la institución y fijarles sus funciones y remuneración, así como nombrar y remover los empleados o aceptarles las renunciaciones; d) Ejecutar y hacer ejecutar

las políticas señaladas por la Junta, así como los demás actos en que la compañía haya acordado ocuparse; e) Ejercer las atribuciones que le delegue la Junta Directiva y delegarlas si para ello fuere autorizado por la Junta; f) Informar a la Junta Directiva sobre la marcha de los negocios y sobre el ejercicio de sus funciones como Presidente; g) Comprometer a la entidad toda clase de actos y contratos, cualquiera sea su naturaleza, hasta por la cuantía señalada por la Junta; h) Presentar a la Junta Directiva en la reunión que apruebe el balance de fin de ejercicio, un informe general sobre la gestión desarrollada y las perspectivas de la empresa; i) Nombrar y constituir mandatarios judiciales y extrajudiciales; j) Convocar a la Junta Directiva para cualquiera de sus reuniones ordinarias o especiales; k) Visitar, cuando la Junta Directiva lo autorice, a los corresponsales, agencias o gobiernos extranjeros para tratar asuntos de interés exclusivo de la compañía sin necesidad de requisitos o formalidades adicionales; l) Conferir poder especial a los vicepresidentes para que, sin perjuicio de las facultades propias del Presidente de la compañía y dentro del marco de los estatutos, comprometan a la entidad; m) Solicitar en oportunidad la prórroga del permiso de funcionamiento de la compañía; n) Firmar los balances mensuales con destino a la Superintendencia Bancaria y el balance anual de fin de ejercicio; o) Elaborar los informes que le solicite la Junta Directiva o el Presidente de la República, y p) Los demás que la ley establece para los representantes legales de las sociedades de economía mixta, sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del estado.

ART. 25°. RESTRICCIONES PARA EL PRESIDENTE POR RAZON DE SU CALIDAD.

Sin perjuicio de las disposiciones legales el Presidente de la compañía tiene las siguientes incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones: a) Recibir remuneración por más de dos juntas o consejos directivos de que forma parte en virtud de mandato legal o por delegación; b) Prestar sus servicios profesionales independientes a la compañía ni hacer por sí o por interpuesta persona contrato alguno con la misma, ni gestionar ante ella negocios propios o ajenos, durante el ejercicio de sus funciones o el año siguiente a su retiro; c) Intervenir, en ningún tiempo en negocios que conozca o adelante el desempeño de sus funciones o por razón de su cargo, salvo que trate de asuntos ofrecidos o solicitados al público bajo condiciones comunes para todos; d) Aceptar para sí o para terceros, sin permiso del Gobierno, cargos, invitaciones, prebendas o dádivas provenientes de entidades o gobiernos extranjeros; e) Solicitar o recibir cualquier clase de retribución avaluable en dinero, distinta de su salario, por actos inherentes a su cargo; f) Celebrar contrato alguno durante el tiempo de ejercicio del cargo o un año después del retiro, con la entidad o con aquellas adscritas o vinculadas al Ministerio

de Hacienda, y g) Las demás que establece la ley. ART. 26°. SUPLENCIA DEL PRESIDENTE. El Presidente de la compañía tendrá un suplente que los reemplazará en caso de faltas absolutas o temporales, el cual será designado por la Junta Directiva mientras el Presidente de la República hiciera el nombramiento respectivo, si fuere del caso, con el objeto de no dejar a la sociedad sin representante legal. SECCION IV. VICEPRESIDENCIAS ART. 27°. VICEPRESIDENCIAS. Las vicepresidencias serán creadas y provistas de conformidad con los artículos 18 literal g) y 24 literal b) de estos estatutos.

CAPITULO

V

REVISOR FISCAL ART. 28°. El Revisor Fiscal y sus primeros y segundos suplentes serán elegidos por la Junta Directiva para períodos de dos años, podrán ser reelegidos indefinidamente y removidos libremente a juicio de la Junta Directiva. En caso de falta temporal o absoluta del Revisor Fiscal, será reemplazado por los suplentes en su orden. Cuando se designen asociaciones o firmas de contadores como revisores fiscales, éstas deberán nombrar a contadores públicos para que ejerzan tanto la revisoría fiscal principal como las suplencias. ART. 29°. El Revisor Fiscal tendrá derecho de inspeccionar sobre todos los actos, libros o papeles de la compañía, pudiendo pedir al Presidente, a los vicepresidentes y empleados, datos que requiera para el buen desempeño de sus funciones, así como exigir todo lo que fuere conveniente para que se cumplan estrictamente las leyes, los estatutos, las decisiones de la Junta Directiva y las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria. ART. 30°. Son funciones adicionales del Revisor Fiscal: a) Cerciorarse de que las operaciones que se ejecuten estén conformes con los estatutos y las disposiciones de la Junta Directiva; b) Dar oportunamente cuenta por escrito, a la Junta Directiva o al Presidente de la compañía según el caso, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la entidad y en el desarrollo de sus negocios, cuando a su juicio la gravedad del tema los justifique, dentro del marco de sus responsabilidades; c) Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de la compañía o rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados; d) Inspeccionar los bienes de la compañía y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que la institución tengan en custodia; e) Impartir las instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los bienes y valores sociales; f) Examinar y autorizar con su firma los balances de la compañía, con su dictamen o informe correspondiente conforme a principios de contabilidad de aceptación general y a disposiciones

legales; g) Convocar a la Junta Directiva o reuniones especiales diferentes a las ordinarias, cuando a su juicio las circunstancias lo exijan, y h) Cumplir las demás atribuciones que le correspondan de acuerdo con la ley y los estatutos.

CAPITULO VI DISPOSICIONES VARIAS ART. 31°. EJERCICIO ANUAL: Anualmente, a 31 de diciembre, se cortarán las cuentas y se elaborarán los estados financieros completos, con las formalidades, requisitos e informes y anexos que determina el Código de Comercio. ART. 32°. REGIMEN LABORAL: De conformidad con el artículo quinto de la Resolución Ejecutiva número, las relaciones laborales entre la Compañía.....y sus trabajadores seguirán rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y las convenciones o prestaciones extralegales vigentes, sin que puedan ser desmejoradas como consecuencia de la resolución ejecutiva acabada de mencionar. ART. 33°. MANEJO DE LOS BIENES. Por razón de la naturaleza de sus funciones como establecimiento de crédito y la necesidad de agilidad y competencia, la Superintendencia Bancaria vigilará el manejo de los bienes y recursos de la compañía o su programación, trámite y publicidad, si fuere del caso. Los comparecientes, <http://www.uniderecho.com/>

CONCLUSIONES

Finalizada la investigación que antecede, se tienen como principales conclusiones:

1. La figura de las sociedades públicas municipales de economía mixta presenta una regulación insuficiente en la actualidad, dada la absoluta generalidad de la única disposición legal que la contempla en el Código Municipal y a la insuficiencia de la ley especial, lo que obliga al operador jurídico a realizar toda una labor de hermenéutica jurídica, que permita establecer las normas e institutos sustanciales y procesales vigentes que, indirectamente, le resultan aplicables, todo lo cual plantea una laguna jurídica en su regulación positiva.

2. La labor de interpretación la ha realizado fundamentalmente la Procuraduría General de la República mediante opiniones jurídicas y dictámenes, que han contribuido a decantar ese instituto, y definir aspectos tan trascendentales como sus posibilidades y limitaciones normativas; su naturaleza jurídica; el aspecto subjetivo (la municipalidad y el socio privado); el vehículo jurídico para que opere la empresa; el objetivo (ámbito espacial y funcional); los controles a que están sujetas; el aporte público, entre otros.

3. El proyecto de ley que dio origen a la ley especial actual y que pretende desarrollar el régimen jurídico de esas sociedades, presenta serios problemas de técnica legislativa y de roces constitucionales y legales, por lo que al no haber sido replanteado, la ley vigente presenta los mismos yerros y roces que aconsejan su derogatoria o su reforma integral. Es más, la ley en vigencia ha sido objeto de dos acciones de inconstitucionalidad bajo los expedientes 10-007751-0007-CO y 10-015644-0007-CO, las que, la primera, fue rechazada de plano mediante el voto 2010-013712 de 18 de agosto de 2010 y la segunda se encuentra en trámite, y hasta se presentó un proyecto de ley –el N° 17760 publicado en La Gaceta del 12 de agosto del 2010-, que pretendió su derogatoria total.

4. No existe tratamiento especial a nivel judicial y doctrinario nacional sobre el instituto en cuestión.

5. El aspecto más limitante para esas sociedades, tanto desde el punto de vista jurídico como práctico, es su limitación espacial y funcional, reparando en el hecho que al ser municipales, las corporaciones territoriales están sujetas a su territorio y a lo local, como administradoras de los intereses cantonales, lo que en una relación causal, hace que esas limitaciones se trasladen a las sociedades de economía mixta.

6. En virtud de esa insuficiencia normativa de *lege lata*, la sociedad en estudio presenta poco interés actual para socios privados, al no existir certeza en el régimen jurídico aplicable, y estar librada su configuración y demás aristas a interpretaciones, como se vio en las conclusiones 1. y 2.

7. Esa falta de interés se demuestra en el hecho que la figura tiene casi diez años de estar positivizada, y únicamente se han constituido dos sociedades de bajo perfil.

8. Esa insuficiencia normativa absoluta contrasta con el amplio desarrollo legal y práctico que han tenido esas sociedades en el Derecho y la práctica comparados.

9. Pese a sus limitaciones genitivas, esas sociedades tienen un amplio nicho de mercado que podría explotarse en razón de la gran cantidad de servicios y actividades que se enlistan en el concepto de “lo local”, tanto para proyectos de escala, como de otros de menor perfil.

RECOMENDACIONES:

Con base en todo lo que ha sido expuesto en el desarrollo de esta investigación, creemos conveniente realizar las siguientes recomendaciones:

1. NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGAL INTEGRAL: Como se ha visto, la regulación positiva, general y especial, es insuficiente para que las municipalidades y el sector privado estén realmente interesadas. En este sentido, se recomienda una reforma integral a la Ley N°8828 que incluya, entre otros aspectos: la modificación del artículo 2 de la Ley N°8828 –sobre el objeto-, para que sea armónico con los numerales 5 a 9 inclusive de la

misma ley, y de esta forma, se eviten criterios de Autoridad como los que han sido vistos en este trabajo, que vengán a limitar la aplicación práctica de esa figura. Asimismo, en cuanto al artículo 3 de la misma ley, no se ve por qué no pueda acogerse de *lege ferenda* otras sociedades de capital. En ese mismo artículo, y considerando la inexistencia de normas especiales sobre disolución y liquidación de estas sociedades en la Ley N° 8828, se sugiere que se introduzcan cabalmente tales normas, porque, como se concluye de la investigación, la normativa comercial es insuficiente en atención a la naturaleza jurídica de esas sociedades. El artículo 4 -Ámbito de aplicación territorial-, debe reformarse porque emplea un vocablo incorrecto desde el punto de vista comercial -“oficinas”-, siendo que debe sustituirse por el de agencias o sucursales. Los artículos 5 a 15 inclusive deben mantenerse por expresar adecuadamente el *leiv motiv* de la figura. En lo que hace al artículo 16, debe reformarse el párrafo segundo para que la incompatibilidad aplicable en el caso de integración de las juntas directivas para ex servidores o ex funcionarios municipales que hayan sido despedidos o destituidos, se entienda respecto de causas relacionadas con la buena fe en los negocios o con asuntos estrictamente económicos. Tampoco se ve justificación en que para el socio privado puedan existir esquemas de acciones preferenciales como ocurre con otras sociedades públicas como CORBANA, como actualmente lo prohíbe el numeral 22 de la ley que se recomienda por tanto reformar. En lo que hace al artículo 27- Patrimonio de las SPEM-, no consideramos que se justifique una letra tan del tipo *numerus clausus*, y que se amplíe a otros bienes materiales e inmateriales que en el giro de sus actividades puedan adquirir esas sociedades. En la misma línea que el anterior, no entendemos por qué los dividendos y beneficios a los que tengan derecho las municipalidades, por su participación en las SPEM a que se refiere el numeral 28 de la Ley, deban destinarse, únicamente al cumplimiento de los fines de los gobiernos locales, por lo que consideramos que debe reformarse para que se permita que además puedan emplearse para capitalizar a la misma sociedad, sugiriéndose un porcentaje de por lo menos el 40% para esos fines.

Más grave aún, es que no exista una sola norma que se entienda del tratamiento tributario de esas sociedades: qué impuestos, nacionales o municipales, deben pagar o respecto de cuáles estarían exentas, o si estaría obligadas solamente en determinado porcentaje. Lo anterior por cuanto en aplicación del artículo 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios “**Materia privativa de la ley.** En cuestiones tributarias solo la ley puede: a) Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la relación tributaria; establecer las tarifas de los

tributos y sus bases de cálculo; e indicar el sujeto pasivo; b) Otorgar exenciones, reducciones o beneficios...”.

Desde esa perspectiva, debe introducirse una norma expresa de materia tributaria porque, en definitiva, y como se vio en la investigación, se trata de una razón de política legislativa.

2. POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE EMITIR UN DECRETO EJECUTIVO QUE ACLARE O DESARROLLE ALGUNOS CONCEPTOS DE LA LEY ESPECIAL:

Sin perjuicio de la necesidad de reformar integralmente la ley especial, y como medio más expedito de proveer normativa que permita resolver algunos extremos de la laguna ya demostrada en el trabajo, consideramos que vía reglamentaria se puede superar extremos de inadecuada redacción legal como la que se presenta en el artículo 4 que habla solo de concejo cuando lo correcto es “concejos”; excesiva laxitud normativa en el tema de alianzas estratégicas –artículo 7- o de financiamiento bancario –artículo 26-; ampliar para efectos aclaratorios los elementos mínimos del pacto constitutivo y sugerir otros –artículo 3-; indeterminaciones como las que se presenta en el artículo 22 -Constitución de las SPEM-, para que se aclare que el procedimiento establecido en la Ley de Contratación Administrativa, para su constitución debe ser la licitación pública o la pública con precalificación.

BIBLIOGRAFÍA

Opiniones y Dictámenes Procuraduría General de la República

Dictamen C-238-99.

Dictamen C-331-2001.

Dictamen C-175-2002.

Dictamen C-059-2005:

Dictamen C-246-07.

Opinión jurídica OJ-109-98.

Opinión jurídica 103-J-99

Opinión jurídica OJ-128-2004.

Opinión jurídica OJ-141-2004.

Opinión jurídica OJ-168-2006.

Oficios Contraloría General de la República

N° 7834 (DAGJ-995-2003) de 22 de julio del 2003, suscrito por la División de Asesoría y Gestión Jurídica.

N° 8069 (DAGJ-1689-2004) de 15 de julio del 2004, suscrito por la División de Asesoría y Gestión Jurídica.

DAGJ-1940-2006 referencia oficio N° 16793 de 5 de diciembre del 2006, suscrito por la División de Asesoría y Gestión Jurídica.

Memoria Anual de la Contraloría

Oficios Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa

ST.193-2007 J de 1° de octubre de 2007.

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949.

Leyes y Reglamentos

Código Civil, Decreto Ejecutivo No. 30 de 19 de abril de 1886.

Código de Comercio Ley N° 3284.

Código de Minería Ley N° 6797.

Código Municipal anterior Ley N° 4574, sea la de 4 de mayo de 1970.

Código Municipal Ley N° 7794.

Código Procesal Contencioso Administrativo No. 8508.

Creación, Organización y Funcionamiento del Sist. Nacional No. 26025-PLAN de Contralorías de Servicios.

Ley de Asociaciones Cooperativas y de Creación del INFOCOOP No. 4179.

Ley de la Administración Financiera y de los Presupuestos Públicos N° 8131.

Ley de Contratos Financiamiento Externo con Bancos Privados Extranjeros N° 7010.

Ley de la Contratación Administrativa N° 7494

Ley de Impuesto sobre Bienes Inmuebles Ley N° 7509

Ley de Impuesto sobre la Renta N° 7092.

Ley de Participación de las Cooperativas de Electrificación Rural y de las Empresas de Servicios Públicos Municipales en el Desarrollo Nacional N° 8345.

Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos No. 8220.

Ley de Reforma Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago JASEC N° 7799.

Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria No. 8114.

Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia N° 7789

Ley General de Control Interno N° 8292.

Ley General de la Administración Pública N° 6227.

Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 7428.

Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica N° 7558.

Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional N° 1644.

Ley por la que se crea la Corporación Bananera Nacional N° 4895.

Ley que Crea Junta del Servicio Eléctrico de Cartago JASEC N° 3300.

Ley Reguladora de todas las Exoneraciones Vigentes, su Derogatoria y sus Excepciones, No. 7293.

Ley de Sujeción de Instituciones Estatales al Pago de Impuesto sobre la Renta N° 7722.

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa No. 33411-H.

Reglamento a la Ley de Impuesto Sobre Bienes Inmuebles No 7509, Decreto Ejecutivo N°27601-H.

Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública No. R-CO-44-2007.

Acuerdos Municipales

Municipalidad del Cantón Central de San José, acuerdo 3 del artículo IV, de la sesión ordinaria del 27 de febrero del 2007.

Municipalidad del Cantón de Cañas, acta 85-2007 sesión extraordinaria 3 de mayo 2007.

Proyecto de Ley

N°12.426, que contiene el proyecto de ley que daría lugar al actual Código Municipal.

N.º 16.385 “Creación de Empresas Municipales de Economía Mixta”.

Resoluciones Judiciales

Sala Constitucional

Voto N° 3930-95.

Voto N° 1206-96.

Voto N.º 998-98.

Voto N° 5445-99.

Voto N° 8195-2000.

Resoluciones Administrativas

Dirección General de Procedimiento para la Legalización de Libros ante La Administración Tributaria, emitido por la Dirección General de Tributación mediante resolución N° DGT-23-07 del 15 de noviembre del 2006, a las nueve horas del diecinueve de septiembre del dos mil siete.

Sitios Web

<http://www.ccpasto.org.co/content/view/109/100/> y <http://web.presidencia.gov.co/asiescolombia/mapapolitico.pdf>, para la Cámara de Comercio de Pasto.

www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/noticias/paginas/4/13964/P13964.xml&xsl=/de/tpl/p8f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl) para la biografía de José Antonio Ocampo

www.cgr.go.cr

Memoria Anual 2006, Contraloría General de la República.

“Análisis y Opinión sobre la Gestión de los Gobiernos Locales en el período 2006”, contenido en el oficio DFOE-SM-17-2007, elaborado por el Área de Servicios Municipales de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República.

http://www.concejodemedellin.gov.co/webcon/concejo/concejo_gallery/290.doc, para Concejo de Medellín.

<http://www.electricadecadiz.es/empresa/historia-electrica-cadiz.php>. <http://www.cadiz.es/app> Ayuntamiento de Cádiz, para la empresa Eléctrica de Cádiz, S.A.,

[http://es.wikipedia.org/wiki/Tranv%C3%ADas_en_Rosario_\(Argentina\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Tranv%C3%ADas_en_Rosario_(Argentina)) para Empresa Municipal Mixta de Transporte del Rosario (Argentina)

<http://www.geocadcr.com/n/index.php?cat=32&paged=2>

www.ifam.go.cr.

Código Municipal Comentado, 2005.

“Recursos Financieros Municipales”.

http://www.lostiempos.com/noticias/04-04-05/04_04_05_eco1.php. Versión digital del diario boliviano “Los Tiempos” del 4 de abril del 2005.

<http://www.madriidiario.es/2007/Abril/municipio/sfernando/19207/plaza-de-espana-rehabilitar-empresa-mixta.html> Diario de Madrid de 25 de abril del 2007.

http://www.nacion.com/ln_ee/2006/febrero/19/ueconomia-la11.html.

www.nacion.com/ln_ee/2007/mayo/03/pais1082756.html, Nación 3 de mayo 2007

www.rae.es- para el Diccionario Pahispánico de Dudas 1º edición 2005.

http://www.ranqueles.com/notas/pymes/sociedades_mixtas_050901/index.html, sitio de la Provincia de Córdoba, Argentina..

<http://www.spd.gba.gov.ar/cgi-bin/newspro/viewnews.cgi?newsid1169654343,20624>
http://www.argentinamunicipal.com.ar/despachos.asp?cod_Des=5789&id_seccion=62 sitio web de la Provincia de Buenos Aires.

LIBROS VIRTUALES REALMENTE ÚTILES CONSULTADOS

Alessandri R., Arturo, Tratado de Derecho Civil, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 1998, libros en el buscador google.

Cárdenas Misergos, Adriana y otros. Sociedades de Economía Mixta del Orden Nacional, Universidad Javeriana, junio 2004, libros en el buscador google.

De Paz Viciano, Mónica PERSPECTIVAS DE LA GESTIÓN DEL AGUA EN EUROPA A LA VISTA DE LA NUEVA DIRECTIVA MARCO. En http://209.85.207.104/search?q=cache:tq71DmWJ_RMJ:www.institucional.us.es/ciberico/archivos_acrobat/porto2monidepaz.pdf+empresas+municipales+mixtas+alemani&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cr.

Gallardo, Leonardo y Jiménez, Antonio. La Gestión de los Servicios Deportivos Municipales, INDE, España, 2004, libros en el buscador google.

González Pérez, Jesús en Revista de administración pública, 1950, pags. 495-502. En www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas/1950.

Icochea Ruiz de Somocurcio, Ivan, SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA: UNA HERRAMIENTA DE GESTION URBANISTICADE PARTICIPACION PÚBLICO-PRIVADA, Tesis de Investigación, para Master en Gestión Urbanística Centro de Política de Suelo y Valoraciones, Universidad Politécnica de Cataluña, Barcelona, 2005, en Fundación economía, gobierno y empresas <http://209.85.165.104/search?q=cache:JNiUGDQIRN4J:www.fundacionege.org/argentina+y> en www-cpsv.upc.es/tesines/resumgu_iicochea.pdf

Medina Pabón, Juan Enrique, Lecciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Aproximaciones al Derecho de las Personas, Edit. Universidad del Rosario, Colombia, 2005, libros en el buscador google.

Miranda, Miranda Juan José, Gestión de Proyectos, 5° edición, MM Editores, Bogotá, 2004, libros en el buscador google.

Younes Moreno, Diego. Panorama de la Reforma del Estado y de la Administración, Edit. Universidad del Rosario, Colombia, 2004, libros en el buscador google.

LEGISLACIÓN COMPARADA

ARGENTINA

Ley 12962 (Decreto-Ley 15349/46) de “SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA”, de fecha: 28 de mayo de 1946, publicada el 25 de junio de 1946, Argentina, en <http://www.legibus.com.ar/>; <http://pdba.georgetown.edu/Legislative/USA/usa.html>

Ley de “Sociedades Comerciales”, número 19550” <http://www.legibus.com.ar/>; <http://pdba.georgetown.edu/Legislative/USA/usa.html>

BOLIVIA:

Código de Comercio, Decreto Ley N°14379, en [/www.biblioteca.jus.gov.ar/CComercioBolivia.html](http://www.biblioteca.jus.gov.ar/CComercioBolivia.html)

COLOMBIA

CONCEPTO SSPDOJ-2006-637 <https://basedoc.superservicios.gov.co/basedoc/conceptos.shtml?x=60056>.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Sentencia de 11 de marzo de 1999. Ex. 5216. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJERO PONENTE: Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, RADICACIÓN

110010326000 2005 00017 00, REFERENCIA: 29.703, 2 de marzo de 2006. En el sitio web de esa superintendencia <https://basedoc.superservicios.gov.co/basedoc/conceptos.shtml?x=60056>.

Constitución Política, Decreto Ley 1333/86.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 1212 de 2004 Cfr Ley 489 de 1998, artículo 38, parágrafo 1° ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto, en Régimen Jurídico Aplicable a las empresas de servicios públicos en el sector de las telecomunicaciones, estudio publicado en Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad jurídica Tomo IV, Pág 85 y ss, publicación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá. Primera Ed. 2001 <https://basedoc.superservicios.gov.co/basedoc/conceptos.shtml?x=60056>.

Oficio 4425-01 de la Dirección General de Apoyo Fiscal . En <http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/url/ITEM/141B54089BD9015CE040007F01006D7B>

ESPAÑA

Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Normativa contenida en el sitio http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg2-2000.12t2.html. En cuanto al plazo de esos contratos, y específicamente de los de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, ver también criterio de la Abogacía del Estado 4/05 A.G. Entes Públicos, ambos en el Boletín Oficial de España http://www.boe.es/t/es/bases_datos/anales_abogacia/ANALES_05_0120.PDF <http://www.boe.es/t/es/iberlex/>.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de Junio de 1955 (BOE núm. 196, de 15 de julio; corrección de errores en BOE núm. 203, de 22 de julio de 1955)

Real Decreto 1169/1978, de 2 de Mayo, sobre Creación de Sociedades Urbanísticas por El Estado, Los Organismos Autónomos y Las Corporaciones Locales, de Acuerdo con el artículo 115 de La Ley del Suelo, http://www.boe.es/t/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/14187&codmap ≡ obtenida Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (BOE n. 133 de 5/6/1978)

EL SALVADOR:

LEY SOBRE CONSTITUCION DE SOCIEDADES POR ACCIONES DE ECONOMIA MIXTA Decreto N° 2336, En el sitio web de la Corte de El Salvador <http://64.233.169.104/search?q=cache:K1LThRoZhg0J:www.csj.gob.sv/leyes.nsf/ed400a03431a688906256a84005aec75/4f2ae8b54d30a46d0625644f0067faf6%3FOpenDocument+econo m%C3%ADa+mixta+municipal&hl=es&ct=clnk&cd=65&gl=cr>

HONDURAS:

Ley de Municipalidades Honduras, Decreto número 134-90 reglamentada por el Acuerdo No. 018-93. En el sitio web de la Federación de Municipios del Istmo Centroamericano (FEMICA) <http://www.femica.org/>

PANAMÁ:

Ley N9 106 de 8 de octubre de 1973, "Sobre Régimen Municipal"

