

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL.

CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO INFORMES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DICTAMEN C-23 DE 4 DE FEBRERO DE 1992

San José, 4 de febrero de 1992

Ministro
Hernán Bravo Trejos
Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas
Su Despacho

Estimado Señor Ministro:

Con la aprobación del Sr. Procurador General Adjunto damos respuesta a su oficio DAJ-313-91 de fecha 8 de julio del año en curso, que nos fuera asignado para su estudio en fecha 17 de octubre. En torno a lo consultado, nos permitimos realizar las siguientes consideraciones.

I. PROBLEMA PLANTEADO.

Requiere el Despacho a su cargo la opinión de esta Procuraduría en torno a la interpretación que deba darse al concepto "empresa privada", de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley N° 7200 de 28 de setiembre de 1990. Asimismo, acerca del concepto "empresa costarricense" dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico.

II. ANALISIS DEL CASO.

Mediante Ley N° 7200 (Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela) el

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO: DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

legislador entró a regular la actividad de las empresas generadoras de energía eléctrica, pertenecientes a empresas privadas o a cooperativas de electrificación rural, con una capacidad limitada de veinte mil kilovatios (20.000 kW). De las disposiciones contenidas en la Ley de comentario, nos interesa destacar lo preceptuado en sus artículos 3° y 21, que a la letra disponen: "Artículo 3°. Se declara de interés público la compra de electricidad por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, a las cooperativas de electrificación rural y a aquellas empresas privadas en las cuales, al menos, el sesenta y cinco por ciento (65%) del capital social pertenezca a costarricenses, que establezcan centrales eléctricas de limitada capacidad para la explotación del potencial hidráulico en pequeña escala, y de fuentes no convencionales, siempre y cuando estas no hayan sido previamente parte del sistema eléctrico nacional." "Artículo 21. Para los efectos de esta ley, son empresas privadas aquellas a que se refiere el artículo 3° anterior." De la interpretación armónica de los numerales transcritos supra, se llega a la conclusión de que para los efectos de la Ley 7200 "empresa privada" será aquella en la que el capital social pertenezca en más de un sesenta y cinco por ciento a costarricenses. Sin embargo, la consulta formulada a esta Procuraduría se dirige a la definición tanto del concepto de "empresa costarricense" como de "empresa privada", los cuales no pueden ser analizadas bajo unos mismos presupuestos jurídicos. Por ello, iniciaremos con lo relativo a la nacionalidad de las sociedades, para luego detenernos en el criterio delimitador para definir una empresa como pública o privada.

III. NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES.

En torno a este tema, ha de dejarse establecido que la doctrina no es pacífica en la posibilidad de otorgar una nacionalidad a las personas morales. El problema de fondo ha sido de esta manera establecido por MALAGARRIGA: "En determinados países, el criterio principal para determinar que una persona física o individual es extranjera es el que tiene en consideración el lugar de su nacimiento.

Otros en cambio, toman en cuenta la nacionalidad de los padres. También, en la generalidad de los Estados, puede ser una persona extranjera por haber adquirido, por ciudadanía o naturalización, la nacionalidad de un país distinto a aquel desde cuyo punto de vista está siendo considerado. Y como evidentemente, ninguno de estos criterios puede aplicarse a las sociedades, que no tienen propiamente lugar de nacimiento, ni padres y para las que tampoco existe el procedimiento de la ciudadanía o la naturalización, cabe preguntarse, entonces, por qué es corriente el uso de ese calificativo y cómo es que se habla y se escribe habitualmente sobre la nacionalidad de las sociedades." (MALAGARRIGA, Carlos; Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tomo I, Segunda Parte, Buenos Aires, Tipográfica Editoria Argentina, 1951, p. 627.)

Más adelante, el citado tratadista apunta la importancia de esta problemática:

www.derechocomercial-cr.com

Este dictamen fue tomado de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL
CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

- 3 -

ANEXO:
Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la
Procuraduría General de la República

"Es que, aún admitiendo con PILLEY Y NIBOYET que a las sociedades no puede atribuírseles nacionalidad, porque ésta es un vínculo político y afectivo que no existe ni es susceptible de existir con respecto a entes de naturaleza incorpórea, creados en la general generalidad de los casos, al menos, para la consecución de finalidades fundamentalmente económicas y ajenos, por ello, a la ciudadanía y a la nacionalidad propiamente dicha, no cabe tampoco olvidar que tras la sociedad, entidad ciertamente incorpórea, están personas físicas, éstas sí con nacionalidad determinada, que las dirigen o 'controlan'.

Así, sí, desde un punto estricto corresponde afirmar que las sociedades no tienen nacionalidad sino domicilio, sede o asiento, ello no obsta a que se admita que la nacionalidad de sus socios o de quienes, sin ser socios, las dominan o influyen, determine, en circunstancias especiales, a considerarlas extranjeras pese a tener su sede en el país." (MALAGARRIGA, op. cit., pp. 629-630)

Un criterio más estricto es el sostenido por VARANGOT, quien manifiesta:

"Las empresas colectivas comerciales no tienen nacionalidad y sí sólo sujeción a las normas legales del lugar de su domicilio o donde tienen su principal local.

Es verdad que alguna Doctrina y algunas Leyes hablan desaprensivamente de nacionalidad de las sociedades, pero ello constituye una exageración errónea a que conduce la teoría de la personalidad jurídica. En la pendiente de despersonalización del ser humano y personificación del ente ficticio, se llega a atribuir a este último todas las condiciones del primero, inclusive la nacionalidad; y algunos no temen otorgar la nacionalidad a cosas más materiales como los aeroplanos, los barcos, dándosele hasta sexo a éstos en algún país.

La nacionalidad es la condición de ciudadano de un Estado, y se crea entre éste y el sujeto humano una relación especial por la que se le otorgan derechos de elector y elegible para las funciones públicas, obligaciones o deberes de contribución personal a la defensa, etc., todo lo cual es absolutamente ajeno e incompatible con las empresas colectivas comerciales que no pueden votar ni ser votadas, no pueden hacer la conscripción, ni desempeñar cargos, etc. (VARANGOT, Carlos Jorge; Derecho Comercial, Empresas, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1955, p. 227.)

Luego, se realiza un análisis de las diferentes posturas que se dan en sustento de la nacionalidad de las sociedades, haciendo en cada caso la crítica respectiva:

"Los sostenedores de la nacionalidad en las empresas colectivas fundan su posición en distintas argumentaciones. (...)

La Teoría de la Nacionalidad de los Socios es imposible porque basta que ellos sean de varias

www.derechocomercial-cr.com

Este dictamen fue tomado de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO: DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

para que resulte difícil sino impracticable -por ejemplo en el caso de que sean dos socios únicamente y de distinta nacionalidad- atribuir una nacionalidad cierta y verdadera a la empresa social, en tal mérito.

La Teoría del Lugar de la Constitución, Autorización o Incorporación tampoco es satisfactoria, porque muchas veces, como en el repetido ejemplo del Moulin Rouge, las entidades se constituyen en el extranjero para actuar en determinado país por eludir al fisco u otros motivos de índole particular.

La Teoría del Lugar donde se Reunió o levantó el Capital o teoría Económica, no puede ser tampoco aceptada porque el dinero no tiene nacionalidad y no se traduce entonces el verdadero origen y manejo de la empresa colectiva; aparte de que como señala Garrigues, el capital puede formarse por llamamiento a la economía e inversores de distintos países.

La Teoría del Control, es decir, de la nacionalidad del país desde el cual se maneja la empresa o al que pertenece la mayoría efectiva y eficaz de sus asociados, es un criterio realista usado en los países beligerantes en las últimas guerras con sentido práctico, sentido que desgraciadamente no les impidió volver a antiguas teorías una vez concluída la guerra. Esta Teoría puede no resultar exacta en más de una ocasión ya que en definitiva se estaría tomando como pauta el país en que se domicilian o al que pertenecen los directores de la entidad.

La Teoría del Lugar donde la empresa tiene su Centro Principal varía según lo que se entienda por centro principal; lugar donde se radica el Directorio, donde funciona la Asamblea, donde se sitúa el establecimiento más importante de la empresa colectiva, etc.

La Teoría de la Autonomía de los Socios faculta a éstos para que den a la empresa la nacionalidad que les plazca, lo que posibilitaría el hecho inconveniente de que la nacionalidad del grupo cambiara a capricho, conveniencia y miles de veces un carácter tan serio como lo es la nacionalidad.

Por último, la Teoría del Domicilio, resulta la más aceptable; pero ella más que atribuir una nacionalidad sirve para someter la entidad a una jurisdicción, único vínculo real de las empresas con las Naciones." (VARANGOT, op. cit., pp. 228-229)

En nuestro medio, la respuesta a la interrogante acerca de si el Ordenamiento Jurídico confiere nacionalidad a las personas jurídicas, ha de buscarse en el Código de Comercio vigente. De este cuerpo normativo, conviene destacar algunos artículos que nos pueden dar una idea en cuanto al punto:

"Artículo 5: Son comerciantes:

CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO:

Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la
Procuraduría General de la República

a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual;

b) Las empresas individuales de responsabilidad limitada;

c) Las sociedades que se constituyan de conformidad con disposiciones de este Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen;

d) Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica; y

e) Las sociedades de centroamericanos que ejerzan el comercio en nuestro país." Nótese que aún cuando se menciona a sociedades extranjeras y sociedades de centroamericanos, no se dispone expresamente qué criterios se utilizan para determinar cuando se está en presencia de alguno de esos tipos de persona jurídica. Por su parte, en relación con el inciso c) de este numeral, el mismo nos remite a los artículos 17 y siguientes del mismo Código, sin que de estos se establezca como requisito de constitución de la sociedad el que se defina la nacionalidad de la misma, ni tampoco que se otorgue ella por el hecho de que se realice el trámite de acuerdo a esas disposiciones.

Evidentemente, la sociedad constituida bajo el procedimiento señalado por el Código de Comercio adquiere la personería jurídica a través del Registro Mercantil, pero no se puede concluir por ese hecho que dicha personería otorgue la nacionalidad costarricense per se.

Luego, el Capítulo Décimo Primero del Libro Primero del ya referido Código, se dedica a regular la representación de empresas y sociedades extranjeras y del traspaso de su sede al territorio nacional. Del articulado que conforma dicho Capítulo podemos deducir ciertas conclusiones de importancia: las disposiciones se refieren a las sociedades contempladas en el artículo 5 inciso d) del Código de Comercio (aunque no se define, nuevamente, como se determina su condición de extranjeras), lo relativo al régimen de representación de las mismas en el territorio nacional (artículo 226), posibilidad de transferir a nuestro país su sede social (artículo 227), el régimen de derecho aplicable cuando se produzca efectivamente dicho traslado (artículo 229, que, además, implica que la sede social no es el factor determinante para establecer la nacionalidad de la sociedad) y por último, la posibilidad de otorgar poderes por dichas sociedades para ser representadas en nuestro país (artículo 232). Precisamente, este artículo 232 sufrió una modificación a raíz de la promulgación de la Ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990, mediante la cual se le agregó un párrafo final que dispone:

"Artículo 232. (...)

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL
CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Toda sociedad constituida con arreglo a las leyes extranjeras, que opere en el país o tenga en él sucursales o agencias, deberá cumplir con lo establecido en el inciso 13) del artículo 18." Por la redacción de esta última disposición y su concreta ubicación dentro del articulado del Código de Comercio, podría inferirse que la condición de extranjera con que se denomina a una sociedad viene dada por el lugar de su constitución. Dicho criterio es el sostenido por la Dirección de Asesoría Jurídica del MIRENEM, así como por algunos profesores de la Universidad de Costa Rica (En este sentido, Curso de Derecho Comercial II, 1988, impartido por el Dr. Fernando Mora Rojas.)

IV. EMPRESA PÚBLICA Y EMPRESA PRIVADA

En torno a la distinción entre los conceptos de empresa pública y empresa privada, conviene en este aparte hacer una revisión de los contenidos doctrinales y jurisprudenciales que se han asigando a los mismos.

Así, para DROMI se entiende que:

"Denominamos "empresa pública" a toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (no solamente estatal) de la economía.

Adoptamos, por tanto, una acepción amplia, como género organizativo de la actividad económica en el sector público, integrado por diversas especies: una de ellas, "la empresa del Estado", suele identificarse con la "empresa pública", cuando se utiliza ésta en una conceptualización restringida.

En sentido amplio, la empresa pública comprende cualquier forma de entidad administrativa o empresa mercantil poseída por el Estado y que, por razones de interés público o simplemente de lucro, asume la gestión de una actividad susceptible de explotación económica con el riesgo inherente a tal explotación. (...)

Los elementos constitutivos del concepto son consecuentemente:

- a) elemento subjetivo (pública), que señala la participación de la administración, del Estado u otra persona administrativa pública estatal;
- b) elemento objetivo (empresa), que se refiere a la actividad económica desarrollada.

El elemento subjetivo "pública" nos da una empresa como ente instrumental, y el elemento objetivo "empresarial" implica necesariamente el respeto a la lógica interna de la empresa (producción, industrialización, comercialización, etcétera).

CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO:

DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Por lo expuesto, las empresas públicas se definen concretamente por: a) la índole de sus operaciones (económicas), orientadas a la producción de bienes o servicios destinados a ser industrializados, comercializados, etc. y

b) la vinculación jurídica (de propiedad o de control) con el Estado." (DROMI, José Roberto; Derecho Administrativo Económico, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, pp.78-79)

De seguido, define el contenido de los elementos subjetivo y objetivo del siguiente modo:

"Elemento Subjetivo: Participación Estatal. En toda empresa pública participa el Estado u otra persona pública estatal, como representante del interés general. Tal participación o intervención puede ser: en el patrimonio, caso en que la empresa pública puede ser estatal, o en el control y administración únicamente, caso en que la empresa puede ser no estatal.

El adjetivo "pública" se predica de toda empresa que de una u otra manera sea controlada por el Estado. El control constiye el rasgo definitorio de la publicidad de la empresa, ya resulte él por ser el propio Estado titular único o mayoritario del paquete accionario, o porque el Estado ejerza la administración de la entidad ..." Elemento Objetivo: Actividad Económica.

Sin duda las actividades económicas (comerciales, industriales, agrícolas, etc.), constituyen la finalidad propia de las empresas públicas, que las configura como "unidades económicas", con identidad subjetiva distinta y diferente de la empresa privada.

La actividad comercial e industrial constituye el objeto de las empresas públicas, que se ejerce en condiciones análogas a las de los particulares, es decir, valiéndose preferentemente de los medios o procedimientos propios del Derecho Privado"(DROMI, op. cit., pp. 79-80)

En nuestro medio, el Dr. Mauro Murillo se ha expresado en los siguientes términos:

"La empresa, como la administración, puede ser vista como actividad o como organización, aunque con la advertencia de que no serían más que aspectos de una misma realidad. La empresa entonces tendría una faceta dinámica, la actividad, y una faceta estática, la organización. La empresa sería una actividad organizada, o bien una organización predispuesta para cumplir una determinada actividad. (...)

Expuesto el concepto de empresa, podemos ahora intentar la determinación del concepto de empresa pública. Al efecto lo que interesa es encontrar aquel rasgo de la empresa pública que sea típico de ella, es decir, su carácter diferenciador.

Una tesis restringida encontraría tal carácter en la naturaleza del empresario: si éste es privado, la empresa es privada, caso contrario sería pública. Una tesis amplia sostendría que es pública

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL
CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

toda empresa que sirva de instrumento para alcanzar fines públicos, entendiéndose que ello se dará en todo caso en que el empresario sea una administración pública, y, además, cuando aunque lo fuere una persona privada sea en definitiva un instrumento de acción de una administración pública.

Nosotros acogemos esta última posición. En realidad, el fenómeno es uno solo. Una sola es la actividad, que siempre será actividad de empresa, sometida como se dijo, al derecho privado. Variará solamente el molde organizativo utilizado. Es claro que el aspecto organizativo estará en unos casos regulado por el derecho público y en otros por el privado, y que no siempre toda la actividad de la empresa estará reglada exclusivamente por el derecho privado. Pero el fenómeno seguirá siendo uno solo: la intervención pública en el campo de la economía a través del instrumento de la empresa." (MURILLO, Mauro; La Empresa Pública, en Revista de Ciencias Jurídicas, No. 24, San José, Costa Rica, Junio-Setiembre-Diciembre 1974, pp.291-292)

Más adelante, el Dr. Murillo introduce un criterio de clasificación de las empresas públicas que resulta importante tener en cuenta:

"Existen pues empresas públicas ubicadas dentro de la administración pública, y empresas públicas que están fuera de ella, y dentro de las primeras, unas constituyen órganos administrativo, y otras entes, según que la organización esté o no personificada.

Tenemos así tres tipos de empresa pública: a) la empresa pública -órgano de un ente público; b) la empresa pública -ente público; y c) la empresa pública -ente privado. Estas son los tres modelos organizativos fundamentales que presenta la empresa pública." (...)

La figura de la empresa-órgano se da cuando un ente público no tiene como misión principal la actividad de empresa, sino que ésta reviste, en relación con su actividad total, un carácter secundario o accesorio. En tal supuesto se crea un órgano especial que en forma relativamente independiente asume la actividad de empresa.

Se requiere un mínimo de autonomía del órgano, derivada de su individualidad. No sólo debe tener una competencia exclusiva, una administración separada, sino además, independencia financiera. Estos son rasgos suficientes para que se exija, por principio, su creación por ley.

El régimen jurídico relativo a su administración financiera normalmente es más flexible que el aplicable en general al ente del cual forma parte el órgano. El órgano es dotado también de legitimación negocial, de modo que puede contratar, aunque a nombre del ente. Puede atribuírsele incluso legitimación judicial, a fin de que pueda comparecer a juicio.

La empresa-ente público se da cuando el ente desarrolla como actividad exclusiva o principal la

CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO:

Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la
Procuraduría General de la República

de empresa. Es el llamado ente público económico. (...)

La empresa-ente privado, o bien la sociedad mixta, es formalmente una sociedad como cualquier otra: constituida conforme al Código de Comercio y regida por éste.

La participación pública debe ser tal que le permita a la administración controlar económicamente la sociedad, lo que se logra controlando la asamblea general de socios que es la que nombra a los administradores. Fuera de esta relación no se da otra entre la administración pública propietaria de las acciones y la sociedad." (MURILLO, op. cit., pp. 293-295)

A nivel de jurisprudencia administrativa, conviene reseñar lo dicho en el Dictamen N° C-041-84 de 27 de enero de 1984 de esta Procuraduría General:

"... la temática relativa a las entidades de derecho público y de derecho privado ha sido objeto de grandes controversias dentro de la doctrina del Derecho Administrativo, e incluso en estrados judiciales. Históricamente puede apreciarse como el Estado, cada vez en mayor grado, ha incursionado en las actividades comerciales, en algunos casos creando entidades cuyo objetivo principal y exclusivo es el desarrollo de una actividad comercial y o industrial; en otros adquiriendo la totalidad o mayoría de acciones de algunas sociedades anónimas. La problemática que ahora nos ocupa, no sólo ha sido cuestionada por la doctrina europea (Francia, Italia, España), sino también ha sido objeto de análisis de autores latinoamericanos. Por ejemplo Enrique Sayaguez Lazo manifiesta en el Tomo I de su Tratado de Derecho Administrativo, pág. 175 y sgtes. que la distinción entre personas públicas y privadas no se puede hacer en consideración a su calidad estatal o no estatal, sino en razón del régimen jurídico en que se mueven: si se regulan por el derecho público en todo o en parte, deberá de considerárseles como personas públicas, si exclusivamente por el derecho privado, serán personas privadas. Concluye en que para determinar la naturaleza de una entidad debemos estar en primer lugar a la voluntad del legislador, y que sólo cuando no se resuelva por la ley es que deberá examinarse el conjunto de disposiciones relativas a su origen, organización y funcionamiento de la entidad, especialmente las normas que establecen los fines que persiguen, la existencia de potestades o privilegios típicos del derecho público y la naturaleza contralora a que se encuentra sometida. Por su parte, Fernando Garrido Falla en su Tratado de Derecho Administrativo considera que el criterio fundamental para considerar a una persona jurídica como de Derecho Público es "... su encuadramiento en la organización estatal" y manifiesta "... Por otra parte, aun admitiendo la existencia de casos dudosos no es imposible determinar cuándo un ente u organismo está encuadrado en la organización administrativa estatal...

Bastará el examen de la naturaleza de las relaciones o vínculos que le ligan a la Administración Pública de que se trate: si éstos son de naturaleza jerárquica o de los que la doctrina conoce con el nombre de tutela, estamos en presencia de un ente encuadrado en la organización

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO: DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

estatal". (Op. cit pág. 331.) Ahora bien, la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia se ha inclinado en reconocer que las empresas estatales, versión costarricense, como Codesa, son entes públicos descentralizados, cuyo capital constituye en la especie "fondos públicos", además de que el fin que persiguen lo es también público. Y, finalmente, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico (sic) la Administración Pública está constituida por el Estado y los demás entes públicos; y en cuanto a las empresas públicas o estatales, no obstante que su actividad se regula por el derecho privado, su organización está sujeta a normas de Derecho Público. (Artículo 1º, 2º y 3º de la Ley General de la Administración Pública)." En cuanto al rumbo que sobre esta materia sigue la jurisprudencia de nuestros tribunales, conviene destacar la opinión de los Licenciados Gladys Dalsaso Arauz y Guillermo Salas Campos, en su Tesis de Grado "La Empresa Privada del Estado en Costa Rica":

"La jurisprudencia nacional, en parte siguiendo el criterio del interés estatal - interés que se presume por su participación en el capital de la sociedad titular de la empresa-, en parte siguiendo la tesis del fin propuesto -el cual califica de público-, o bien examinando la fuente del capital social, el control estatal y algún privilegio característico de Derecho público otorgado a la empresa, ha venido admitiendo en forma reiterada la concepción amplia de la Empresa Pública ... (...) Ha aplicado el concepto amplio incluso para formas societarias de actividad económica en las que el Estado actúa como simple accionista, ..." (DALSASO ARAUZ, Gladys y SALAS CAMPOS, Guillermo; La Empresa Privada del Estado en Costa Rica, Tesis de Grado para optar al Título de Licenciados en Derecho, 1986, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio)

De lo expuesto hasta este punto es fácil desprender la relativa complejidad en punto a la definición de lo que ha de entenderse por "empresa pública", definición que en la mayoría de los ocasiones sólo se concretará en vista del caso específico. Sin embargo, para el problema sujeto a consulta, fácilmente se puede concluir que el criterio definitorio utilizado por el artículo 3º en relación con el 21 de la Ley 7200 es sumamente antojadizo, pues considerar que una empresa es "privada" por el hecho de que al menos el sesenta y cinco por ciento del capital social pertenezca a costarricenses refleja un distanciamiento absoluto con las precisiones doctrinales apuntadas supra. En este sentido, no podemos menos que concluir que la redacción dada al numeral en estudio no fue acertada y que, probablemente, acarreará problemas en su aplicación.

CONCLUSIÓN

1. Con respecto al concepto de "empresa costarricense", esta Procuraduría es del criterio que existe una laguna jurídica en torno al otorgamiento de nacionalidad a personas jurídicas en nuestro Sistema Jurídico. Ello no es óbice para que en el Código de Comercio y otras disposiciones normativas se utilice el citado concepto de nacionalidad, sin que se defina expresamente el modo de atribuir dicha condición.

www.derechocomercial-cr.com

Este dictamen fue tomado de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco.

CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.

ANEXO:

DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En función de recientes reformas legales y recogiendo la opinión de estudiosos en el tema, es posible sostener que, de ser necesario realizar la atribución de nacionalidad a las personas jurídicas, el criterio utilizable sería el del lugar de constitución.

2. En cuanto a la distinción entre "empresa privada" y "empresa pública", el problema se reduce a un análisis tanto de la normativa aplicable a la empresa, así como del grado de injerencia que el Estado u otras instituciones públicas ejerzan sobre la misma, ya sea a nivel de titularidad de acciones o bien en las potestades que ostente con respecto al manejo de ella. Sin embargo, es necesario aclarar que la complejidad del punto impide dar definiciones que engloben todas las características particulares de las empresas públicas, haciendo necesario el análisis del caso concreto para determinar su incorporación dentro de la citada categoría.

3. En criterio de esta Procuraduría, el artículo 3° de la Ley 7200 presenta una serie grave de defectos, que llevan incluso, uno de ellos, a cuestionar su posible apego a la Constitución Política. Así, podemos mencionar la errónea concepción en cuanto a que en una empresa privada estructurada en forma de sociedad, los accionistas sean dueños del "capital social", pues es lo cierto que dicho capital es patrimonio de la sociedad, no de los particulares que la conforman. La titularidad de las acciones que representan a ese capital es un aspecto jurídico totalmente diferente, y que probablemente fue el que pretendía regular la citada disposición.

El segundo motivo de cuestionamiento para con el artículo 3° de la Ley 7200 es su posible roce con el numeral 33 de la Constitución Política, toda vez que se establece una discriminación en favor de personas jurídicas con vista en el porcentaje de accionistas costarricenses que la conformen.

Ello podría dar cabida a una acción de inconstitucionalidad en el caso de que alguna empresa en la que la titularidad de las acciones pertenezca, en un porcentaje diferente, a extranjeros.

Para los efectos de la Ley en comentario, son empresas privadas "... aquellas empresas privadas en las cuales, al menos, el sesenta y cinco por ciento (65%) del capital social pertenezca a costarricenses", definición que no comparte esta Procuraduría por razones expuestas anteriormente.

4. En todo caso, ya la Sala Constitucional ha indicado que es posible hacer diferencias entre nacionales y extranjeros a través de la ley, siempre y cuando éstas sean lógicas (Sentencia N de conformidad con el artículo 10 de nuestra Constitución Política, será de exclusiva competencia de la Sala Constitucional, el declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas. En tanto la misma no sea declarada inconstitucional o derogada, mantiene su vigencia.

En conclusión, es criterio de esta Procuraduría que es necesario implementar los mecanismos a

**INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL
CLASE NO. 4: EL COMERCIANTE.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

fin de que se promueva una reforma integral de los artículos 3º y 21 de la Ley 7200 de 28 de setiembre de 1990.

Sin otro particular por el momento, nos despedimos de Ud.,

Licda. Ana Lorena Brenes Esquivel
PROCURADORA ADJUNTA

Lic. Iván Vincenti Rojas
ASISTENTE DE PROCURADOR