

Algunos comentarios sobre la descentralización funcional en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública

Jesús Caballero Ortiz

Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela

La nueva Ley Orgánica de la Administración Pública, dictada mediante decreto N° 6.217 del 15 de julio de 2008¹, contiene diversas innovaciones que implican cambios radicales respecto a las nociones que sirven de fundamento a las estructuras ubicadas dentro de la llamada “descentralización funcional”.

Como se sabe, y ello constituye una clasificación mayoritariamente aceptada en la doctrina venezolana, dentro de la Administración pública nacional descentralizada pueden encontrarse personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado. Pero, ¿A qué obedece dicha clasificación?, ¿Qué interés reviste?

I. EL SENTIDO DE LA DISTINCIÓN ENTRE PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

Nos encontramos frente a uno de los temas más debatidos en la doctrina y sobre el cual se han formulado las más variadas tesis. La extensión exigida en el presente trabajo no nos permite detenernos en el estudio de las mismas por lo que, a este respecto, baste señalar que ellas van desde aquéllas que aceptan pacíficamente la distinción, hasta posiciones como la de Eisenmann, quien se ha preguntado si aun tiene sentido dividir las personas morales en esas dos grandes categorías² o la de Garrigou Lagrange, quien ha afirmado que las nociones de personas públicas y personas privadas se encuentran desvalorizadas porque no constituyen ya el criterio de aplicación del derecho público o del derecho privado³.

A lo antes expuesto debe añadirse que algunas nociones del Derecho Administrativo que en otras épocas eran generalmente aceptadas, como las de servicio público, dominio público o contrato administrativo, a título de ejemplo, son conceptos que desde hace algunas décadas se han venido cuestionando o, siguiendo la terminología francesa, se encuentran todavía en una situación de “crisis”. A esta crisis no ha escapado la *summa divisio* de personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado.

Sin embargo, el Derecho Administrativo venezolano, sobre todo su ordenamiento jurídico, presenta caracteres propios que lo distinguen de algunas posiciones como las antes

1 *G.O. Extraordinaria* N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

2 Ver M. Eisenmann, “Prefacio al libro de E. Spiliotopoulos”, *La distinction des Institutions Publiques et des Institutions Privées*, LGDJ, Paris, 1959, p. V.

3 Ver Reginaldo Garrigou Lagrange, *Recherches sur les Rapports des Associations avec le Pouvoir Publics*, Paris, 1970, p. 737.

mencionadas. En efecto, y atendiendo al Derecho positivo, la Constitución en su artículo 145 nos habla de “personas jurídicas de derecho privado estatales” y, a título meramente ejemplificativo, el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público⁴ menciona a “las personas jurídicas estatales de derecho público”; los artículos 4 de la Ley contra la Corrupción⁵ y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁶ igualmente hacen referencia las personas jurídicas de derecho público, en estos casos, nacionales, estatales y municipales y la Ley del Seguro Social⁷, en su artículo 3, alude a las personas morales de carácter público.

En fin, la distinción era acogida por la misma Ley Orgánica de la Administración Pública derogada y ahora por la vigente al diferenciar a los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado de los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público⁸.

En consecuencia, la desvalorización de los conceptos, tal como se presenta en otros sistemas jurídicos, no se ha dado en el Derecho venezolano. Por el contrario, es necesario dilucidar que debe entenderse en todos estos casos por personas jurídicas de derecho público y, a su vez, por personas jurídicas de derecho privado estatales.

La doctrina, de nuevo, ha realizado importantes esfuerzos a los fines de determinar un criterio de distinción entre personas jurídicas de derecho público y de derecho privado (el criterio del fin, el de la existencia de prerrogativas, el de la creación o injerencia estatal, el de la forma, el del encuadramiento en la organización estatal, el del control estatal y el del régimen jurídico, entre otros)⁹. A nuestro juicio, el carácter público de la personalidad de un organismo surge necesariamente de los índices de publicidad –aun cuando, como se observa de la enunciación anterior, algunos deben ser rechazados de plano– contándose entre ellos, como decisivos, el de la creación por acto de poder público y el disfrute de prerrogativas otorgadas en el referido acto de creación.

En virtud de lo expuesto, las personas jurídicas de derecho público que forman parte integrante de la Administración descentralizada funcionalmente son aquellas que presentan alguna de los dos características claves que antes hemos mencionado, es decir, su creación por acto del poder público y la presencia de prerrogativas. Ambos elementos se encuentran presentes en los calificados por la Constitución institutos autónomos, en el Banco Central de Venezuela y en el Banco Agrícola de Venezuela y en las universidades nacionales.

Las personas jurídicas de derecho privado estatales serían aquellas para cuya creación o integración dentro del sector público el Estado no actúa en ejercicio de potestades de poder público, así, por ejemplo, cuando decide crear una sociedad mercantil y acuerda con otros socios su constitución, o cuando adquiere las acciones de una sociedad ya creada.

4 Dictada mediante decreto-ley del 15 de julio de 2008. V. *G.O. Extraordinaria* N° 5.891 del 31 de julio de 2008.

5 Ver *G.O. Extraordinaria* N° 5.637 del 7 de abril de 2003.

6 Ver *G.O.* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

7 Ver decreto-ley N° 6.266 del 22 de julio de 2008 en *GOE* N° 5.891 del 31 de julio de 2008.

8 Artículo 29 de la ley derogada y artículo 29 del decreto-ley vigente.

9 Ver Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Barcelona, 1960, pp. 43 y 45.

Las personas jurídicas de derecho privado carecen, a su vez, de prerrogativas de poder público, pues éstas le deben ser conferidas por ley. En ellas su creación no difiere de los mecanismos societarios previstos para los particulares en el Código de Comercio.

Por otra parte, en las personas jurídicas de derecho público el acto del poder público debe ser constitutivo del ente, tal como ocurre con los institutos autónomos, las universidades nacionales y las sociedades creadas por ley. En cambio, las personas jurídicas de derecho privado no pierden su condición de tales por el hecho de que exista una voluntad expresa del Estado que decida crear un determinado organismo, pero que no adquirirá existencia propia sino a partir del cumplimiento de las mismas formalidades legales exigidas a los particulares. Nos referimos concretamente a las autorizaciones para crear una empresa del Estado, una fundación del Estado y una asociación o sociedad civil del Estado, previstas en el decreto con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁰.

En este tipo de entes (personas jurídicas de derecho privado) el Estado escoge, precisamente, una forma jurídica de derecho privado pues es a través de esa forma como podrá llevar a cabo con mayor eficacia su cometido. Esas formas representan, como se ha dicho, una huida del campo del Derecho Administrativo, aun cuando se encuentran sometidas a importantes regulaciones legales, pero que pueden considerarse atenuadas respecto a las formas jurídicas de derecho público.

El interés de la distinción radica entonces no sólo en la circunstancia de su mención en forma expresa en los textos legales, sino en la necesidad de determinar un régimen jurídico propio para una categoría jurídica en particular. Y, por ello, a los fines de la aplicación de ese régimen se hace necesario definir el concepto. En otras palabras, la importancia de la determinación de un concepto jurídico consiste en que éste siempre implica un régimen jurídico.

II. EL CUESTIONAMIENTO DE LOS CONCEPTOS

Esas nociones a las que hemos hecho referencia, las cuales no presentaban mayores problemas de interpretación en la Ley Orgánica de la Administración Pública derogada del 17 de octubre de 2001¹¹, se encuentran ahora cuestionadas en el decreto con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública vigente.

1. *Institutos autónomos e institutos públicos*

En primer lugar encontramos que la ley incorpora la figura de los institutos públicos. Al efecto, los institutos públicos quedan definidos en el artículo 96 como personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio y cuyas competencias quedan determinadas en los instrumentos normativos antes citados.

El artículo 97 establece los requisitos que debe llenar la creación del instituto público; el artículo 98 sus privilegios y prerrogativas y el artículo 100 los mecanismos para su supresión.

Surgen entonces dos posibles tesis respecto a los institutos públicos:

A.- La primera, que se trata de los mismos institutos autónomos, tesis que encontraría su respaldo en la circunstancia de que las regulaciones establecidas en la ley derogada para

10 Ver artículos 103, 110 y 116 del referido decreto-ley.

11 Ver G.O. N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

aquéllos son casi las mismas que ahora se prevén para los institutos públicos¹². Estaríamos entonces en presencia -simplemente- de un cambio de denominación, dada la similitud entre el instituto autónomo y el instituto público.

B.- La tesis anterior puede quedar desvirtuada con los siguientes argumentos:

a.- El decreto-ley, a pesar de referirse en forma genérica a los institutos públicos en su artículo 96, sin embargo, en el artículo 101 prevé la figura de los institutos autónomos como una categoría jurídica distinta.

b.- El artículo 119, ordinal 3° alude a los “institutos públicos, institutos autónomos y demás entes descentralizados”. De la redacción de la norma aparecen entonces como entes diferenciados.

De acuerdo con lo expuesto, institutos públicos e institutos autónomos se presentan como dos categorías jurídicas distintas, en un mismo nivel, sin que del articulado del decreto-ley aparezca el criterio diferenciador. Ahora bien, lo lógico hubiese sido que los institutos públicos se hubieren previsto como un género donde se encontraran comprendidos los siguientes subtipos, a saber: institutos autónomos; universidades nacionales, el Banco Central de Venezuela como “persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única”¹³; y las sociedades anónimas creadas por ley como el Banco Industrial de Venezuela¹⁴ y el Banco Agrícola de Venezuela¹⁵.

Sin embargo, no es ésta la intención que surge de la nueva normativa en relación a las entidades públicas. Mas bien debe ponerse de manifiesto la tendencia -a través de las recientes regulaciones de entes que ya no son calificados como institutos autónomos pero tampoco como institutos públicos- a una mayor sujeción del organismo público a la Administración Nacional Central, tal como ocurre con el Instituto Nacional de la Vivienda¹⁶; el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, calificado como ente de gestión de las políticas que dicte el Ministro de adscripción¹⁷; el Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, el cual debe ejecutar las políticas y estrategias, dentro del ámbito de su competencia, que le dicte el Ejecutivo Nacional a través del Ministro respectivo¹⁸; el Instituto Nacional

12 Ver al respecto los artículos 95 al 99 de la ley derogada.

13 Ver artículo 1 de la Ley del Banco Central de Venezuela en *G.O.* N° 38.232 del 20 de julio de 2005.

14 Creado por Ley de Banco Industrial del 23 de julio de 1937 (*G.O.* N° 19.321 del 23 de julio de 1937) y actualmente regulado por el decreto-ley del Banco Industrial de Venezuela del 21 de octubre de 1999 (*G.O. Extraordinaria* N° 5.396 del 25 de octubre de 1999). Dicho Banco goza de importantes prerrogativas de poder público, previstas en el artículo 37 del referido decreto-ley.

15 También calificado como de naturaleza única, “por ser un banco cuyo objeto primordial es el fomento del financiamiento agrario, así como sus actividades propias de un banco universal, gozando de las prerrogativas que le otorga el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”. V. la Exposición de Motivos del decreto-ley en *G.O. Extraordinaria* N° 5891 del 31 de julio de 2008.

16 Ver *G.O. Extraordinaria* N° 5.892 del 31 de julio de 2008.

17 Ver artículos 70,71 y 72 del decreto con rango de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos en *G.O. Extraordinaria* N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

18 Ver artículo 16 del decreto-ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria en *G.O. Extraordinaria* N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

de Canalizaciones, también ente de gestión de las políticas del órgano rector (el ministro)¹⁹. En fin, igual ocurre con el Instituto Nacional de Turismo y el Instituto de Ferrocarriles del Estado²⁰.

Cabría entonces preguntarse si, aun cuando tampoco sean calificados como institutos públicos, es ésta la característica que pretende asignársele a los mismos: una mayor sujeción al nivel central. De ser ésta la situación, la supresión del término “instituto autónomo” -en esas regulaciones concretas de cada ente- presenta connotaciones específicas dentro del ámbito de la descentralización funcional: El mayor sometimiento de la entidad pública al nivel central.

Y como, a su vez, la figura del *instituto autónomo*, de rango constitucional, ha quedado preservada al estar regulada en el propio decreto con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública y, además, lo señala expresamente su Exposición de Motivos (se mantiene “...en plena vigencia la figura de los institutos autónomos prevista en el texto constitucional”), podría llegarse a la conclusión de que la figura “institutos autónomos”, quedaría reservada -al parecer- a entes dotados de una menor sujeción al nivel central. Los institutos públicos se diferenciarían de los institutos autónomos en el grado de sujeción al órgano de adscripción.

2. *Las empresas del Estado como personas jurídicas de derecho público*

El artículo 102 del decreto con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública califica a las empresas del Estado -contra toda la tradición legal, doctrinal y jurisprudencial- como personas jurídicas de derecho público, a pesar de que son constituidas, tal como lo señala la misma disposición, de acuerdo a las normas de derecho privado.

Luego, el citado artículo 102 se encuentra en contradicción con el artículo 29, ordinal 1º del referido decreto-ley, conforme al cual los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado -en contraposición a los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público- “están conformados por las personas jurídicas constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado...”, a menos que se haya querido establecer una disociación entre el carácter público de la personalidad del ente y la forma jurídica adoptada, disgregación que es contraria a la interpretación que surge del artículo 29, en el cual forma jurídica y naturaleza de la personalidad aparecen asimiladas y es por ello que las fundaciones y las asociaciones y sociedades civiles del Estado, al adoptar una forma jurídica de derecho privado, se tienen como personas jurídicas de derecho privado.

Además, si las empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público quedan por tanto dotadas de potestades públicas; pueden dictar actos administrativos y, en fin, la distinción entre entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado y entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público²¹ queda entonces desvirtuada.

Muy por el contrario, la justificación de la figura *empresas del Estado* obedece a la necesidad de acudir a formas organizativas propias del derecho privado -la sociedad mercantil- ya que es a través de ellas como el Estado puede realizar determinadas actividades en una

19 Ver artículo 8 del decreto-ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación en *G.O. Extraordinaria* N° 5891 del 31 de julio de 2008.

20 Véanse sus instrumentos reguladores en *G.O. Extraordinaria* N° 5.889 del 31 de julio de 2008.

21 Distinción ésta a la cual se refiere el artículo 29 del decreto-ley.

forma más eficaz. Es eso, precisamente, lo que justifica la existencia de este tipo de entes, su sometimiento de principio al Derecho Mercantil y la ausencia de potestades y prerrogativas públicas²².

III. CONCLUSIÓN

Deberá quedar claramente delimitada, en una futura legislación, la distinción que pretende establecerse entre institutos públicos e institutos autónomos y el exacto sentido que quiere dársele a los primeros. Además, la calificación de las empresas del Estado como personas jurídicas de derecho público debe ser objeto de revisión, pues todo indica que debe mantenerse la distinción entre dos tipos de entes, tal como se presente en el artículo 29 del tantas veces mencionado decreto-ley con rango de Ley Orgánica de la Administración Pública.

22 No ignoramos que la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 20 de noviembre de 1979 (*Repertorio Forense* N° 4.786 del 26 de enero de 1980) calificó al Centro Simón Bolívar C.A. como un establecimiento público y la Sala Político Administrativa de la misma Corte Suprema de Justicia catalogó a SIDOR como entidad pública (sentencia del 23 de octubre de 1973 en *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1973, p. 438), lo cual deriva, a nuestro juicio, de una errónea asimilación entre el carácter público de un organismo y su encuadramiento dentro de la Administración Pública.