

LA DISTINCION ENTRE PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO Y PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO

(Verdades y confusiones de una problemática)

Enrique Sánchez Falcón
*Director de Asesoría Jurídica,
Contraloría General de la República*

1. Supuesta toda la serie de consideraciones relativas a la milenaria discusión en torno a la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, en las reflexiones que siguen queremos referirnos a la problemática existente en relación a la distinción entre los sujetos de derecho derivada del hecho de que éstos actúen, se rijan o sencillamente tengan su origen, con fundamento en normas a las que se suele ubicar en uno u otro de los campos o ramas del Derecho arriba mencionadas. Únicamente por conveniencia metodológica —y no porque nos pretendamos particularmente provistos de una mágica y singular visión— habremos de sistematizar nuestras reflexiones ubicándolas en dos grandes grupos de ideas que pretenden reunir, de una parte, lo que pomposamente denominamos las “verdades” de esta problemática, es decir, las meras constataciones de realidades; y de la otra, lo que sin ánimo despectivo consideramos son las “confusiones” o nebulosas que es necesario aclarar o despejar en toda esta temática.

En efecto, desde esta perspectiva metodológica nosotros observamos que si se quiere hacer teoría en punto a esta cuestión de la distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado sólo se llega a destacar algunas realidades y a percibir tanto en la legislación, como en la doctrina y hasta en la jurisprudencia, todo un conjunto de imprecisiones y ambigüedades que no sólo impiden aproximarse a la construcción de un modelo teórico que permita señalar con claridad —si no científica, al menos sistemática— cuándo el intérprete se halla frente a un sujeto de uno u otro tipo, sino que también generan incertidumbre en torno a si realmente existe o no la distinción.

2. Dicho lo anterior, es menester también señalar que si la materia que nos ocupa suele ser tratada en doctrina como uno de los grandes temas del Derecho Administrativo, su importancia no es menor en el campo del Derecho Constitucional, en el cual ya comienza a discutirse el carácter público o privado de algunas figuras subjetivas de las que operan en su ámbito, particularmente, de aquellas que se suelen identificar con la denominación de “entes auxiliares del estado”¹. No debe olvidarse, por lo demás, que en el contexto de los estudios de Derecho Constitucional, en nuestro país, es bastante escasa la literatura sobre las figuras subjetivas que operan en esa rama de nuestro ordenamiento jurídico, de manera que cualquier análisis del tipo del que abordaremos seguidamente puede significar una singular contribución por muy modesta que ésta sea.

1. Vid. Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid 1973, p. 728.

Las verdades

3. Cuando se aborda el análisis de la distinción entre sujetos de derecho público y sujetos de derecho privado surge como primera realidad a constatar la circunstancia de que la persona jurídica es una en su esencia, sin que a este respecto tenga importancia su encuadramiento o clasificación como persona pública o como persona privada². Así, cuando el Derecho venezolano estatuye acerca de cuáles son las personas jurídicas (art. 19, C.C.) lo hace asignando a todas un mismo y único atributo: capacidad de obligaciones y derechos. Es cierto que respecto de ellas se dice que algunas actúan preferentemente en el ámbito del Derecho Privado, en tanto que otras despliegan su actividad preferentemente en el campo del Derecho Público³, sin embargo, que operen en uno u otro campo no significa nada en lo que respecta a la esencia de lo que ellas representan en cuanto figuras jurídicas subjetivas. Esta primera "verdad" que pudiera lucir como exquisitamente teórica, no está exenta, sin embargo, de consecuencias muy concretas, pues es a partir de ella que podemos afirmar que los denominados "índices de reconocimiento" de las personas jurídicas de derecho público derivan o están generalmente consagrados por ordenamientos que, en absoluto, pretenden definir cualidades subjetivas esenciales sino que, en rigor, tienden solamente a crear condiciones para el funcionamiento de ciertos entes que integran eso que por comodidad llamaremos, por el momento, "sector público"; es esto lo que explica que, hoy por hoy, en el Derecho venezolano exista consenso en admitir dentro de las denominadas personas jurídicas de Derecho Público a algunos entes "trajeados con el ropaje" de las sociedades mercantiles: Banco Central de Venezuela⁴.

4. En el mismo orden de constatación de realidades, es también "verdad" que el ordenamiento jurídico positivo venezolano contiene normas que, interpretadas literalmente, *parecen* admitir la existencia de la distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado. En efecto, el Código Civil, en el citado artículo 19, cuando enumera las personas jurídicas parece distinguir dos grandes grupos entre ellas: de una parte, la Nación, las entidades políticas que la componen, las iglesias, las universidades y, *en general, todos los seres o cuerpos morales de carácter público*; y de la otra, las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas *de carácter privado*⁵. Asimismo, debe entenderse que nuestra vigente Constitución *parece* también admitir la existencia de la distinción que nos ocupa puesto que al definir una de las incompatibilidades de los servidores públicos, la contenida en el artículo 124, lo hace tomando en consideración uno de los dos términos de dicha distinción y en este sentido prescribe que "nadie que esté al servicio de la República, de los Estados, de los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público podrá celebrar contrato alguno con ellos, ni por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezcan las leyes". (Subrayado nuestro). Igualmente ya comienza a ser significativo el número de las leyes especiales que al definir su ámbito de aplicación, hacen referencia expresa a la categoría de las personas jurídicas de derecho público, lo que hace suponer que para el legislador de esos distintos textos legales, debe existir, lógicamente, una categoría contrapuesta formada por las personas jurídicas de derecho privado. Es este el caso de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario que en su artículo 1º establece:

"Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley:

2. García Trevijano, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Volumen I, 2ª Edición, Madrid, pp. 289 y ss.
3. Brewer-Carías, Allan Randolph, *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Caracas 1980, pp. 224 y ss.
4. Brewer-Carías, *op. cit.*, p. 240.
5. Vid. Aguilar Gorrondona, José Luis, *Derecho Civil - Personas*, U.C.A.B., 1982.

1. El Poder Nacional.
2. Los Estados y los Municipios.
3. Los Institutos Autónomos, los servicios autónomos sin personalidad jurídica y demás personas de derecho público en las que los organismos antes mencionados tengan participación.
4. Las sociedades en las cuales el Poder Nacional y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.
5. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%).
6. Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo o aquellas de cuya gestión pudiera derivarse compromiso financiero para esas personas". (Subrayado nuestro).

Asimismo, la Ley Orgánica de Crédito Público consagra, en su artículo 2, lo siguiente:

"Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley:

1. La República, los Estados, las Municipalidades, los Institutos Autónomos, y demás personas de derecho público.
2. Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o superior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social.
3. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o superior al cincuenta y uno por ciento (51%).
4. Las fundaciones constituidas y dirigidas por alguna de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas". (Subrayado nuestro).

Igualmente, la recientísima Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en su artículo 4, dispone:

"Se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a:

1. La República.
2. Los Estados y Municipios.
3. Los Institutos Autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados tengan participación.
4. Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidos, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.
5. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento.
6. Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas". (Subrayado nuestro).

De manera, pues, que no se puede negar que nuestro Derecho Positivo *parece* admitir la existencia de la distinción entre personas de derecho público y personas de derecho privado.

5. Por otra parte, es también cierto, y he aquí otra "verdad", que no existe un marco teórico que permita, de una forma precisa y clara, resolver la distinción entre las dos categorías que nos ocupan.

El más elaborado de los intentos teóricos en este sentido ha sido el que pretende hallar la línea divisoria a partir de los denominados "índices de reconocimiento". Sin embargo, tales índices (potestad de imperio, origen, fin público, control de tutela), a los cuales por cierto se acogió nuestro más alto Tribunal en sentencia de la Sala Político-Administrativa, de fecha 5-10-70⁶, se han revelado en muchos casos como insuficientes, puesto que no nos permiten orientarnos en los casos de entes públicos que carecen de potestades de imperio (academias); o de particulares que sí las poseen (concesionarios); o cuando estamos en presencia de actividades privadas de interés público (enseñanza privada); o, aún más, en los casos de entes privados creados por iniciativa del Estado (Banco de los Trabajadores de Venezuela); o, en fin, de entes respecto de los cuales es difícil discernir si los controles que sobre ellos ejerce el Estado son controles de tutela o son los normales controles de fiscalización y vigilancia que en algunos casos se ejerce sobre la actividad privada (bancos y fundaciones en los que en alguna forma participa el Estado). Por ello es que en algunos casos dudosos se ha calificado al ente haciendo expreso señalamiento del carácter neutro de la forma jurídica que éste tenga. Este razonamiento ha permitido, por ejemplo, que un ente con forma de sociedad mercantil haya sido calificado no como una persona de derecho privado sino como "persona jurídica de carácter atípico o innominado"⁷.

Asimismo, la insuficiencia de las elaboraciones teóricas que se han desarrollado hasta el presente, ha determinado que se haya pensado en superponer a la tradicional distinción basada en las formas jurídicas del ente (de derecho público o de derecho privado) otra basada en su integración o no a la organización del Estado (estatales y no estatales). Así, por ejemplo, el profesor Brewer Carías, al analizar las figuras subjetivas en el ámbito de lo público llega a la conclusión de que "frente a una persona jurídica determinada, dos son las preguntas que hay que formularse: ¿está o no integrada a la estructura general de la Administración del Estado y en qué forma? Es decir, ¿es una persona jurídica estatal o no estatal?; y ¿qué forma jurídica reviste la entidad? ¿Tiene una forma jurídica originaria del derecho público o del derecho privado?". Todo ello por cuanto la clasificación entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado no es, ella sola, suficiente, de suerte que "se hace necesario complementarla con el criterio de clasificación de las personas jurídicas según su integración a la estructura general del Estado. Se hizo mención, así, a las personas jurídicas estatales y no estatales, identificándose con las primeras, en general, el *sector público*, noción ésta de particular importancia en materia de Administración Pública"⁸.

Esta sobreposición de criterios de clasificación ha sido recogida en el novísimo Código Orgánico Tributario, el cual en el encabezamiento de su artículo 1º expresa:

"Las disposiciones del presente Código Orgánico son aplicables a los tributos nacionales y a las relaciones jurídicas derivadas de ellos, con excepción de los tributos aduaneros, a los cuales sólo se aplicarán con carácter supletorio. También son aplicables a las obligaciones legales de índole pecuniaria establecidas a

6. Ver *Jurisprudencia de la C. S. J. y Estudios de Derecho Administrativo*, Brewer-Carías, Tomo I, p. 344.

7. Isabel Boscán de Ruesta, refiriéndose a P.D.V.S.A., en *Revista de Derecho Público*, Nº 9, mayo 1982, p. 53.

8. Vid. *Op. cit.*, pp. 233 y 248.

favor de *personas de derecho público no estatales*, siempre que no existan disposiciones especiales". (Subrayado nuestro).

6. Otra realidad incontestable a la que es necesario aludir está presente en el hecho de que durante mucho tiempo, para el Derecho venezolano, el único establecimiento público existente en el campo del "Sector Público" fue el Instituto Autónomo. Así, durante mucho tiempo se pensó que a este tipo de ente era que hacía referencia el artículo 538 del Código Civil cuando señala a los establecimientos públicos como una de las personas a quienes pueden pertenecer los bienes. De igual forma se pensaba que los "institutos o establecimientos oficiales autónomos" mencionados en el Título IV de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional eran los comúnmente denominados institutos autónomos, los cuales, por lo demás, eran vistos como la única forma que podían tener las personas públicas estatales no territoriales. Es más, quizá haya sido ésta, también, la perspectiva en la cual se situó el constituyente de 1961 al disponer que "sólo por Ley y en conformidad con la Ley Orgánica respectiva, podrán crearse institutos autónomos", es decir, limitando este precepto a esta categoría de entes.

Sin embargo, la doctrina primero y la legislación luego, han introducido en nuestro Derecho la idea de que existen otros establecimientos públicos distintos al Instituto Autónomo; esto es que, excepción hecha de las personas territoriales, existen personas jurídicas de derecho público estatales distintas del Instituto Autónomo.

En efecto, según una doctrina que suele atribuirse al profesor A. R. Brewer-Carías y que se halla muy claramente expuesta en la obra ya antes citada, *Fundamentos de la Administración Pública* dentro de la categoría de los establecimientos públicos se distinguen los establecimientos públicos institucionales (Institutos Autónomos), los establecimientos públicos corporativos (Universidades Nacionales), y los establecimientos públicos asociativos (BCV, BIV, BTV, BANDAGRO). Asimismo, las Leyes Orgánicas de Régimen Presupuestario, de Crédito Público y de Salvaguarda del Patrimonio Público, como ya vimos, abstracción hecha de los entes territoriales, hacen referencia a los institutos autónomos como una categoría distinta de aquella otra denominada "demás personas jurídicas de derecho público".

De manera, pues, que tanto para dicha doctrina como para el legislador de los referidos textos legales, los institutos autónomos no son, como se creía antes, las únicas personas de derecho público no territoriales. Cabría preguntarse entonces, ¿esos establecimientos públicos oficiales distintos de los institutos autónomos sí podrían ser creados sin necesidad de ley, dado que la limitación constitucional contenida en el artículo 230 se refiere sólo a los institutos autónomos? ¿Es esto lo que explica que la Ley de Universidades, en su artículo 10, admita que el Ejecutivo Nacional pueda crear Universidades Nacionales Experimentales, las cuales gozarán de autonomía dentro de las condiciones requeridas por la experimentación educativa y cuya organización y funcionamiento se establecerá por reglamento ejecutivo?

7. Por otra parte, y en esto va envuelta otra simple constatación de realidad, muchas de las denominadas personas estatales con forma de derecho privado fueron creaciones del Poder Ejecutivo, efectuadas con la evidente intención de eludir los controles previstos en la legislación hacendaria y fiscal. Efectivamente, muchas fundaciones y numerosas asociaciones constituidas como "fondos" surgieron dentro de la administración descentralizada como una manera de atender servicios públicos y, por ende, realizar actividad administrativa, sin el rigor presupuestario y fiscal anteriormente consagrado en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y luego reafirmado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Además, fueron

9. Ver a este respecto, *Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela*, de Allan Brewer-Carías, pp. 331 y 332.

creaciones llevadas a cabo sin la respectiva ley creadora, la cual hubiere obrado como requisito de impretermitible cumplimiento para el caso de que se hubiere querido atender dichas actividades mediante la figura del Instituto Autónomo.

Sin embargo, como una reacción en sentido contrario el propio legislador se ha encargado de someter dichas personas a lo que al parecer son los controles normales que impone la naturaleza de los entes que integran el "sector público". Es así como las citadas Leyes Orgánicas de Régimen Presupuestario, de Crédito Público y de Salvaguarda del Patrimonio Público, incluyen dentro de los sujetos regulados por ellas, además de las personas territoriales, a todas las personas estatales independientemente de la forma que éstas ostenten: institutos autónomos, sociedades civiles o mercantiles y fundaciones.

8. En fin, la última "verdad" a la que queremos hacer referencia es aquella que resulta de constatar que, en la actualidad, en nuestro derecho positivo hay un tipo de persona jurídica cuyo carácter estatal y, por ende, público u oficial, se determina cuantitativamente. Nos referimos a las sociedades de Estado o sociedades mercantiles de capital público. En efecto, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que para el derecho positivo venezolano, poco importa la forma originaria de derecho privado que estas sociedades tengan, si en su capital social la participación pública es igual o mayor al cincuenta por ciento (50%). En estos casos es indudable la integración de estos entes a la estructura estatal y su carácter de entes integrantes de la administración pública descentralizada.

Las confusiones

9. Pero así como las circunstancias antes anotadas pueden contabilizarse como meras constataciones de realidades, o simplemente "verdades", existen otras que son fuente de numerosas imprecisiones o ambigüedades para el intérprete y respecto de las cuales corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia despejarlas o aclararlas.

La primera de estas "confusiones" que nos proponemos comentar está representada por el uso que tanto el constituyente como el legislador, han hecho de la expresión "personas de derecho público". Ya vimos que en el artículo 124 de la Constitución se consagra la incompatibilidad de los servicios públicos para contratar con la República, los Estados, los Municipios y *demás personas jurídicas de derecho público*. Asimismo, vimos también que la Ley Orgánica de Crédito Público incluye entre los sujetos sometidos a su regulación a las "*demás personas de derecho público*".

Ahora bien, es evidente que en estos dos ejemplos se usó indebidamente la expresión, pues con ella no se alude adecuadamente a la categoría de sujetos que se quiere regular en esos textos legales. Es obvio, por ejemplo, que no pueden quedar incluidos dentro de los destinatarios de esas normas, ni los colegios profesionales, ni las academias, ni los partidos políticos, a pesar de ser éstos sujetos reputados como de derecho público. Por lo que se refiere a los dos primeros, el profesor Brewer-Carías, así los califica¹⁰. Y por lo que se refiere a los partidos políticos, esa ha sido la calificación que a este tipo de entes le ha dado el Consejo Supremo Electoral en su Informe a la Comisión de Legislación Electoral y Registro y Control de los Partidos Políticos, de fecha 22 de enero de 1970, contenido de una doctrina que luego fue compartida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 30 de enero de 1973¹¹.

10. Ver Allan Brewer-Carías, *Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela*, p. 87.

11. Ver Allan Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, pp. 571 a 574.

Es obvio, pues, que en estos casos comentados la expresión “personas jurídicas de derecho público” no refleja a cabalidad el conjunto de sujetos a los cuales quisieron referirse tanto el constituyente como el legislador.

10. Igualmente es también fuente de imprecisiones, la calificación que la doctrina ha dado a determinadas personas jurídicas. De esta manera, por ejemplo, mientras para el profesor Brewer-Carías los colegios profesionales, tal como lo señalamos anteriormente, constituyen un claro ejemplo de establecimientos públicos corporativos, esos mismos entes, para el profesor José Luis Aguilar Gorrondona, son también ejemplos de las corporaciones a que alude el ordinal 3º del artículo 19 del Código Civil, es decir, de personas jurídicas de derecho privado¹². Y es que esta categoría de sujetos, evidentemente, es de las menos conocidas en el Derecho venezolano.

En el mismo sentido, mientras para Brewer-Carías, Petróleos de Venezuela, S. A., es una “persona estatal con forma jurídica de derecho privado”¹³, para Boscán de Ruesta, como vimos, se trata de una “persona jurídica de carácter atípico o innominado”. A juicio nuestro es obvio que el carácter de sociedad anónima de este ente no pasa de ser una ficción, sobre todo si se considera que se trata de una sociedad de un solo socio, cuya Junta Directiva no la nombra la Asamblea sino el Presidente de la República y respecto de la cual fue necesario establecer que sus directivos, administradores, empleados y obreros no son considerados como funcionarios o empleados públicos, aun cuando a las dos primeras categorías se les aplican las incompatibilidades previstas en los artículos 123 y 124 de la Constitución, es decir, la incompatibilidad de desempeñar, a la vez, otro destino público remunerado, y la de contratar con la República, los Estados, los Municipios y “las demás personas jurídicas de derecho público”.

11. Otra “confusión” existente dentro de la problemática que nos ocupa es la que se evidencia al constatar que la elaboración doctrinaria atribuida al profesor Brewer-Carías, según la cual además de las personas de derecho público territoriales habrían otras personas jurídicas de derecho público distintas a los institutos autónomos —elaboración, al parecer, recogida en los textos legales citados varias veces anteriormente— no fue, sin embargo, recogida en una de las normativas más importantes existentes hoy en día en el derecho público venezolano: la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la Ley que regula el funcionamiento de nuestro más alto tribunal, al organizar las competencias jurisdiccionales para conocer de las acciones que se propongan contra los entes públicos nacionales, lo ha hecho escalonando dichas competencias así: si la cuantía no excede de un millón de bolívares, conocerán los Tribunales Superiores a quienes se atribuyó competencia al respecto (artículo 182, ordinal 2º); si la cuantía excede de un millón de bolívares y no pasa de cinco millones de bolívares conocerá en primera instancia la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo (artículo 185, ordinal 6º); y cuando la cuantía exceda de cinco millones de bolívares, conocerá la Corte en única instancia (artículo 42, numeral 15). Pero es el caso que en todas las disposiciones en donde se atribuyen tales competencias jurisdiccionales, se hace referencia a las acciones que se propongan “contra la República, o algún instituto autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva” (subrayado nuestro). Es decir, pareciera que para el legislador de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no existen más establecimientos públicos que los institutos autónomos; o dicho en otra forma, pareciera que para el legislador de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, además de las personas de derecho público territoriales, no existen otras distintas a los institutos autónomos. De todo lo cual se desprende que los denominados establecimientos públicos corporativos,

12. Ver *Derecho Civil - Personas*, op. cit., Caracas 1982, pp. 49 y 50.

13. *Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela*, p. 150.

dentro de los cuales la doctrina en cuestión ubica a las universidades nacionales, deben ubicarse dentro de la categoría que la Ley de la Corte denomina Instituto Autónomo; y, asimismo, los denominados, por esta doctrina, establecimientos públicos asociativos, entrarán, en la concepción de la Ley de la Corte, dentro de la categoría de “empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva”.

12. Por cierto que la referencia que hemos hecho a la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de acciones que se propongan contra la República, algún instituto autónomo o alguna empresa en que el Estado tenga participación decisiva, nos relaciona en forma directa con otra “confusión”, esta vez atribuible a la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal.

Con fecha 20-01-83, en sentencia de la Sala Político-Administrativa, nuestro Máximo Tribunal se declaró incompetente para conocer de una acción intentada contra una empresa (BND) en la cual, no la República sino el Instituto Autónomo Fondo de Inversiones de Venezuela tiene participación decisiva. A este efecto la Corte expresó que su competencia era sólo para conocer de las acciones intentadas contra empresas en las cuales la República —y no otro ente— tuviera participación decisiva. Sin entrar a discutir la indebida identificación que de los términos “Estado” y “República”, hace la Corte; identificación tanto más indebida cuanto que se la fundamentó en los pasajes de la Exposición de Motivos de nuestra Constitución que explican el sentido que quiso dársele a los referidos términos y de los cuales resulta, precisamente, que en nuestro ordenamiento constitucional el término “Estado” alude a la “organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas”, es decir, un concepto mucho más amplio que el de “República”; cabe destacar que este fallo de la Corte será fuente de incertidumbres relacionadas con la problemática que nos ocupa, puesto que a la hora de determinar cuáles serían los sujetos de derecho privado existentes en el “sector público”, de acoger el criterio de la citada sentencia, habría que concluir que entre ellos hay algunos (empresas en las cuales la República tenga participación decisiva) que por su mayor integración a la estructura general del Estado ya que son emanaciones del más importante de los entes estatales (la República) y porque gozan del mismo fuero privilegiado de las personas jurídicas públicas, no parecen tan “privados” como aquellos que no presentan tales características.

13. En fin, la última de las “confusiones” a la que nos referiremos es la que resultaría de aceptar que la mención “demás personas jurídicas de derecho público” empleada por el constituyente al consagrar, en el artículo 124, la incompatibilidad de los funcionarios para contratar con los entes públicos, no se refiere a todas las personas estatales sino a un sector de ellas. De aceptarse esta interpretación cabría preguntarse: ¿Cuál sería la razón para establecer la incompatibilidad solo respecto de un grupo de entes estatales? ¿Por cuál razón habría el constituyente excluido a las sociedades del Estado del ámbito de tal incompatibilidad siendo que en éstas las situaciones que se pretende evitar con dicha incompatibilidad pudieran darse con mayor entidad dada la naturaleza de la actividad de tales entes?

Resulta verdaderamente incómodo, desde un punto de vista de mera técnica legislativa, aceptar que el constituyente, a los fines de la incompatibilidad antes referida, hubiere utilizado un criterio restringido al prescribir la incompatibilidad sólo para un grupo de servidores públicos, es decir, aquellos vinculados a las personas jurídicas de derecho público; en tanto que en otra disposición haya, por el contrario, utilizado un criterio amplísimo a los fines de una inelegibilidad que en el fondo tiene la misma *ratio legis*, esto es, evitar que los servidores públicos se valgan de su posición para ejercer presiones indebidas en su favor. Nos referimos a la norma contenida en el artículo 140, ordinal 3º, según la cual no podrán ser elegidos senadores o diputados, los funcionarios o empleados nacionales, estatales o municipales, de institutos autónomos o de empresas en las cuales el Estado tenga participación deci-

siva, cuando la elección tenga lugar en la jurisdicción en la cual actúan, salvo si se trata de cargo accidental, electoral, asistencial, docente, académico, o en representación legislativa o municipal. En nuestro concepto, no es suficiente, para colmar tal incomodidad interpretativa, afirmar, como lo hace el profesor Brewer-Carías, que el constituyente al establecer la incompatibilidad "ha atendido más (...) a la forma jurídica del ente"¹⁴. Luce evidente que el bien jurídico protegido por la norma que consagra la dicha incompatibilidad, exige que se le preserve con criterios más reales que formales.

CONCLUSIONES

A guisa de conclusiones quisiéramos tan sólo referir las siguientes consideraciones:

Conscientes de que las anteriores reflexiones no representan más que someras aproximaciones a una temática que requeriría mayores desarrollos, las cuales se han hecho en algunos casos mediante la simple formulación de preguntas para las que no tenemos respuestas muy precisas, creemos, sin embargo, que la relación de "verdades" y "confusiones" que hemos realizado denota de una manera evidente la ausencia de un marco teórico orgánico que permita explicar satisfactoriamente la distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado. Y de esta primera conclusión síguese que tal ausencia de marco teórico orgánico se explica, sencillamente, porque la citada distinción ha perdido vigencia como instrumento del conocimiento jurídico. Por el contrario, aparece como de mayor sentido científico la distinción que simplemente separa a las personas estatales de las personas no estatales; sobre todo, si se advierte que el derecho positivo venezolano de los últimos años ha envuelto a todos los entes integrados a la organización general del Estado dentro de un mismo sistema normativo: el del "Sector Público".

14. Allan R. Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*, p. 235.