

Comentarios Legislativos

AMBITO ORGANICO DE APLICACION A LAS FUNDACIONES DE LAS NORMAS SOBRE LAS FUNDACIONES, ASOCIACIONES Y SOCIEDADES CIVILES DEL ESTADO Y EL CONTROL DE LOS APORTES PUBLICOS A LAS INSTITUCIONES PRIVADAS SIMILARES

Juan Garrido Rovira
Abogado

1. FUNDAMENTACION Y VALOR LEGAL DEL DECRETO N° 401

Las *Normas sobre las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones privadas similares*, en adelante simplemente denominadas Las Normas, fueron establecidas mediante el Decreto N° 401, de 14 de diciembre de 1984, publicado en la Gaceta Oficial N° 33134, de 28 de diciembre del mismo año, dictado de conformidad con lo previsto en los literales b) y c) del numeral 1 del artículo 1º de la Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República para Adoptar Medidas Económicas o Financieras Requeridas por el Interés Público, en adelante simplemente denominada Ley Habilitante.

En virtud de la técnica jurídica utilizada por el Ejecutivo Nacional para dictar Las Normas, puede afirmarse que el citado instrumento jurídico constituye un decreto equiparado en sus efectos a la ley formal y, en consecuencia, Las Normas tienen rango, valor y eficacia legales. Es por ello que, por ejemplo, el artículo 25 de Las Normas atribuye carácter supletorio a las disposiciones del Código Civil en lo relativo, desde luego, a su campo de aplicación.

2. PARTICULARIDAD DEL TEXTO DE LA LEY HABILITANTE Vs. GENERALIDAD DEL DECRETO N° 401

Una primera apreciación que, a nuestro juicio, debe tenerse presente sobre el contenido y alcance de Las Normas está referida a la no coincidencia, al menos literal, que se observa entre el texto de la habilitación legal concedida al Ejecutivo Nacional y el contenido del artículo 1º del Decreto en cuestión.

En efecto, la Ley Habilitante, en su artículo 1º, aparte 1) b), autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, y dentro del lapso de un año, dicte medidas dirigidas a:

“b) Modificar, suprimir, fusionar, o liquidar los Institutos Autónomos, las Empresas del Estado y las compañías en que la Nación y los Institutos Autónomos posean la mitad o más del capital social, las fundaciones y demás entes de la administración descentralizada, a los fines de lograr la reducción de los gastos, facilitar el control de gestión de los entes descentralizados y adecuar la adscripción de éstos a la estructura sectorial de la administración Central”.

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 401 dispone:

“Artículo 1º El presente Decreto tiene por objeto establecer el régimen aplicable a las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado y el control de los aportes públicos a instituciones privadas”.

Independientemente del alcance que constitucionalmente se atribuya a la Ley Habilitante, es preciso señalar que el texto legal autoriza expresamente al Ejecutivo Nacional para adoptar medidas de modificación, supresión, fusión o liquidación de fundaciones de la administración descentralizada. No se refiere la Ley Habilitante al régimen aplicable a las fundaciones en general.

En nuestro criterio, del texto de la Ley Habilitante, antes citado, se infiere: Primero: Dicha Ley faculta expresamente para proceder *ad casum*, en función de los objetivos que ella misma señala, vale decir, lograr reducción de los gastos, facilitar el control de gestión de los entes descentralizados y adecuar la adscripción de éstos a la estructura sectorial de la Administración Central. Esta facultad de proceder en términos singulares y no generales se compadece precisamente con la naturaleza económica o financiera que han de tener las medidas dictadas con base en la Ley Habilitante. No obstante, estimamos que la modificación estatutaria que globalmente afecta a las fundaciones de la Administración Descentralizada por efecto del Decreto Nº 401, podría derivar, por razones de conveniencia administrativa, de una determinada interpretación del texto del artículo 1º, aparte 1, letra b) de la Ley Habilitante. Segundo: el texto de la Ley Habilitante está referido, entre otros sujetos, a aquellas fundaciones integrantes de la administración descentralizada, ya que claramente se habla de “las fundaciones... de la administración descentralizada”. Ello nos obliga a examinar qué debe entenderse por fundación de la administración descentralizada.

3. LAS FUNDACIONES DE LA ADMINISTRACION DESCENTRALIZADA

La Administración Descentralizada constituye una de las dos grandes estructuras de organización de la Administración Pública Nacional y se encuentra integrada por un conjunto de personas jurídicas, fundacionales y asociativas, de diferentes características y de diverso régimen jurídico, a través de las cuales el Estado procura el cumplimiento de sus fines.

Dentro de la tipología de la Administración Descentralizada, la fundación civil, como afectación permanente y exclusiva de patrimonio público a la consecución de fines estatales, ha quedado integrada al conjunto de personas jurídicas que constituyen el complejo organizativo del Estado.

En este sentido, nos permitimos acudir en parte a conceptos que hemos hecho públicos en anterior oportunidad¹:

El nacimiento de un ente descentralizado bajo la forma fundacional se produce cuando la voluntad fundadora del Estado adscribe un patrimonio para el cumplimiento de un fin o cometido estatal y organiza los medios personales y materiales necesarios para asegurar el cumplimiento de ese fin.

Cuando el acto fundacional se produce dentro del marco del derecho público, vale decir, mediante una ley especial, que confiere al ente creado personalidad jurídica propia y patrimonio distinto e independiente del Fisco Nacional y que lo organiza con un régimen particular de derecho público, estamos en presencia de un ente descentralizado con forma fundacional jurídico-pública, que en nuestro derecho se concreta dentro del tipo denominado Instituto Autónomo.

1. Véase *Temas sobre la Administración Descentralizada*. Garrido Rovira, Juan. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984, págs. 159 y siguientes.

De otra parte, cuando el acto fundacional se produce dentro del campo del derecho privado estamos en presencia de las fundaciones civiles constituidas y dirigidas por el Estado, las cuales constituyen una forma fundacional jurídico-privada para la realización de fines estatales descentralizadamente.

En este caso, el Estado no crea por vía legal una persona jurídica para atender una determinada actividad sino que simplemente acude a una forma jurídica preexistente y procede a realizar el acto fundacional necesario para dar vida, en el marco del derecho común, a una persona jurídica que se ocupará de realizar determinadas actividades vinculadas a los fines estatales.

Ahora bien, pensamos que debe distinguirse entre el acto fundacional de origen estatal y la fundación civil-ente descentralizado o fundaciones de la Administración Descentralizada, por cuanto no todo acto fundacional del Estado origina necesariamente el nacimiento de una fundación calificable como ente descentralizado o, en el lenguaje de Las Normas, como fundación del Estado. Ello concuerda con el espíritu y la letra del artículo 230 de la Constitución, el cual consagra que los intereses que el Estado tenga en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza estarán sujetas al control del Congreso en la forma que la ley establezca. La norma constitucional no identifica el interés del Estado con las personas jurídicas estatales, de donde se infiere que pueden existir intereses del Estado en personas jurídicas no estatales y que no toda persona jurídica que refleja intereses del Estado se convierte en una persona estatal.

Por otra parte, las fundaciones, como categoría jurídica, tienen una esfera propia que *per se* —como señala Ferrara— no tienen nada que ver con la esfera de los entes públicos. En el caso de las fundaciones de origen estatal no puede afirmarse, desde un punto de vista jurídico integral, que ellas constituyen un ente descentralizado por efecto de la simple afectación o separación de bienes del presupuesto público porque, estructuralmente, las fundaciones tienen un patrimonio propio que administran para sus fines, que se puede incrementar con liberalidades de diverso origen y que puede también verse disminuido sin que el Estado se encuentre legalmente obligado a interesarse en su destino, al menos en la misma forma en que debe hacerlo cuando se trata de un servicio público².

Las fundaciones *per se* no se identifican con la Administración Pública, a diferencia de lo que ocurre con los Institutos Autónomos, los cuales se crean siempre por el Estado y para el Estado. Sin embargo, las fundaciones pueden constituir, por descentralización, entes integrados a la organización estatal.

Para ello, deben, a nuestro juicio, concurrir diversas circunstancias, así:

a) La existencia de un acto emanado del órgano público competente que ponga de manifiesto, formal y materialmente, la voluntad del Estado de constituir una fundación civil para la realización de fines o cometidos estatales. En la práctica, ese acto ha sido usualmente un decreto del Presidente de la República mediante el cual se ordena proceder a la constitución de la respectiva fundación.

Luego de la promulgación de Las Normas, los entes estatales, como se ha indicado, requieren de la autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros para actuar como fundadores y han de sujetarse a las disposiciones contenidas en el Decreto N° 401.

b) La afectación de un patrimonio público, en forma permanente, bajo la forma de aportes en dinero o en especie, para la realización de los fines propios de la fundación. En rigor, para que en este aspecto se configure uno de los elementos de la fundación civil-ente descentralizado o fundación del Estado, debe existir un cierto compromiso financiero por parte de alguna persona estatal que permita asegurar el normal funcionamiento de la entidad creada.

2. Cfr. Ferrara, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*. Editorial Reus. Madrid, 1929, págs. 291 y 292.

c) El establecimiento de las reglas de organización y funcionamiento de la fundación de modo tal que la integren a la organización administrativa estatal en términos de dirección y control. En este sentido, Las Normas contienen un esquema preciso de tutela administrativa que prácticamente sujeta a las fundaciones del Estado a controles absolutos de dirección y administración por parte del organismo de tutela. Como quiera que el artículo 3º de Las Normas obliga a los organismos estatales a sujetarse a las disposiciones del Decreto Nº 401, pensamos que de hecho en lo sucesivo será muy difícil la constitución de fundaciones conjuntamente por el Estado y los particulares.

Por otra parte, es de señalar que la dependencia financiera de una fundación civil con respecto al Estado por recibir de éste los aportes mayoritarios no es un elemento por sí solo suficiente para que ésta pueda considerarse como un ente descentralizado, sin perjuicio, desde luego, de la aplicación de normas jurídico-administrativas que deriven de esa dependencia financiera tales como serían las derivadas de las Leyes Orgánicas de Régimen Presupuestario, de Crédito Público, de la Contraloría General de la República y de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Además, cuando los particulares concurren con el Estado en el acto fundacional es preciso tener en cuenta las implicaciones jurídicas de la voluntad fundacional a las que aludiremos posteriormente.

En síntesis, luego de la promulgación de Las Normas, cuyo artículo 1º se refiere a las fundaciones del Estado, estimamos que puede considerarse introducida, en cierta forma, en nuestro derecho administrativo, las fundaciones conocidas en doctrina como fundaciones públicas, que podríamos caracterizar como un patrimonio personalizado, dirigido a un fin público, constituidas exclusivamente por personas estatales, inspiradas en principios publicísticos y sometidas a un régimen prevalentemente de derecho administrativo y supletoriamente de derecho común³.

4. TIPOLOGIA FUNDACIONAL A LOS EFECTOS DEL DECRETO Nº 401

Tanto en su título o denominación, como en el texto de su artículo 1º, el Decreto 401 se refiere a las fundaciones del Estado y al control de los aportes públicos a las instituciones privadas similares, vale decir, a las fundaciones privadas.

Un examen detenido del Decreto en cuestión permite apreciar la tipología de fundaciones vinculadas al Estado así como la forma de su vinculación.

A) *Fundaciones privadas beneficiarias de asignaciones estatales*

En primer lugar, el artículo 19 de Las Normas se refiere a "las fundaciones creadas y dirigidas por particulares" beneficiarias de asignaciones provenientes de alguno de los organismos comprendidos en el universo de entes estatales señalados en el artículo 2º del Decreto.

Estas fundaciones, cuya constitución y dirección está a cargo de particulares, están obligadas a remitir a los organismos de los cuales reciben la asignación "una relación anual de los aportes públicos y privados percibidos y del destino que den a los mismos".

El cumplimiento de esta obligación es, pues, una condición del Estado donante o aportante manifestada a través de una disposición legal. De esta forma, los organismos estatales señalados en el artículo 2º no pueden liberar de esta obligación a las fundaciones beneficiarias de asignaciones, al tiempo que el cumplimiento de tal precepto se convierte de hecho en una *conditio sine qua non* para futuras asignaciones.

3. Sobre las fundaciones públicas véase Cretella Júnior, José. "Fundações de Direito Público, en *Revista da Faculdade de Direito*. Universidad de São Paulo. Volumen LX, 1965, pág. 223.

B) *Fundaciones privadas o mixtas con aportes mayoritarios del Estado*

En segundo término, el Decreto 401 incluye dentro de su tipología a las fundaciones "cuyos aportes mayoritarios provengan de las instituciones a que se refiere el artículo 2º". Estas fundaciones pueden tener un origen exclusivamente privado y luego establecer una dependencia financiera para con el Estado o bien pueden tener un origen mixto, en el sentido de que en su constitución participen organismos estatales y personas naturales o jurídicas de carácter privado o, al menos, no estatal.

En nuestro criterio, las fundaciones que reciben aportes de organismos estatales y de los particulares son precisamente las que permiten establecer relaciones eficaces de cooperación entre el sector público y el sector privado para el logro de finalidades de utilidad general.

Ciertamente, en muchas ocasiones el Estado no dispone de la flexibilidad necesaria para atender oportunamente a múltiples necesidades sociales percibidas y padecidas directamente por los particulares. Es por ello que hoy día, con base en nuevos conceptos de política económica y social, se pretende superar la antinomia Estado-Sociedad a través de fórmulas y mecanismos concretos de cooperación en el ámbito económico y social.

En doctrina, por ejemplo, se ha hablado de "estimular la institución al lado de las fundaciones privadas de fundaciones que no sean puramente de derecho privado, sino semiestatales o semiprivadas o de derecho mixto"⁴.

En el sentido anotado, cabe destacar el contenido del artículo 13 de la Ley Orgánica del Ambiente:

"Artículo 13. El Consejo Nacional del Ambiente podrá propiciar la creación de Fundaciones para promover y divulgar estudios e investigaciones concernientes al ambiente o para desarrollar tecnologías favorables a su conservación, defensa y mejoramiento. Las Fundaciones, para el mejor cumplimiento de sus objetivos, podrán recibir aportaciones del sector público o de los particulares. Estos aportes serán deducibles en los términos y condiciones que disponga la Ley de Impuesto sobre la Renta.

Las Fundaciones destinarán los recursos que obtengan, al incremento de programas que realicen los organismos de investigación existentes".

En materia de ciencia y tecnología, también se encuentra institucionalizada la cooperación financiera del sector público a organismos de investigación. Así, el artículo 35 de la Ley del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT) expresa:

"Artículo 35. A los efectos de esta Ley se entiende por Sector de Ciencia y Tecnología el conjunto de organismos del sector público, y entes del sector privado que reciban aportes de aquél, cuyo cometido sea la investigación, fomento o desarrollo en ciencia y tecnología o la formación de políticas en ese campo".

Ahora bien, como lógica consecuencia del principio contenido en el artículo 230 constitucional es necesario establecer cierto control patrimonial sobre las instituciones que reciben la mayoría de sus aportes del Estado, puesto que si el Estado realiza a una institución determinada tales aportes es evidente que tiene intereses patrimoniales o extrapatrimoniales en ella. Así se explica que el artículo 8º del Decreto forme parte de la sección II del Capítulo I del Título II que se denomina "Del Control".

4. García Ramírez, Sergio, *Derecho Mixto y Teoría del Derecho Procesal*, México, 1978. Citado por Sajón, Rafael, en *Las Fundaciones. Naturaleza Jurídica. Régimen legal y legislación comparada*, en Segunda Reunión Internacional de Fundaciones y Empresarios. Caracas, 1981, pág. 59.

En este sentido, el Decreto 401, artículo 8º, sujeta a las mencionadas fundaciones a "las normas que dicte la Oficina Central de Presupuesto", con lo cual el mecanismo de control adoptado es esencialmente presupuestario.

Este mecanismo de control es de por sí bastante amplio puesto que, como es sabido, el presupuesto comprende tanto la estimación de ingresos como el cómputo anticipado de los gastos.

Ahora bien, el principal aspecto que, a nuestro juicio, debe ser dilucidado es cuándo una fundación debe sujetarse a las normas que dicte la Oficina Central de Presupuesto de acuerdo a lo establecido en el artículo 8º del Decreto Nº 401.

El mencionado artículo 8º consagra la siguiente disposición:

"Artículo 8º La elaboración y ejecución de los presupuestos de las fundaciones creadas por los organismos a que se refiere el artículo 2º de este decreto y de aquellas cuyos aportes mayoritarios provengan de las instituciones a que se refiere el artículo 2º, estarán sometidas a las normas que dicte la Oficina Central de Presupuesto".

Como puede observarse, el texto normativo transcrito distingue las fundaciones creadas por los organismos a que se refiere el artículo 2º de Las Normas de aquellas otras "cuyos aportes mayoritarios provengan de las instituciones" a que se refiere el citado artículo 2º.

En nuestro criterio, la dependencia financiera a que alude la citada disposición se configura cuando el presupuesto de ingresos de una fundación constituida exclusivamente por particulares o conjuntamente por éstos y organismos estatales, depende en más de un cincuenta por ciento de aportaciones provenientes de alguno o algunos de los organismos indicados en el artículo 2º del Decreto Nº 401.

Es de señalar que el término "aporte" o "aportación" debe ser entendido en su sentido material, vale decir, como contribuciones o ayuda, independientemente de la forma o modalidad técnico-presupuestaria utilizada.

En materia presupuestaria, existen diversas modalidades para realizar transferencias de recursos dentro del propio sector público y de éste al sector privado. Así, por ejemplo, si se examina el clasificador de partidas⁵ pueden observarse las siguientes categorías: las "aportaciones a organismos del sector público"; las "transferencias", que no suponen una contraprestación de servicios o bienes; "los subsidios", que son subvenciones a particulares o a empresas públicas; y las llamadas "aportaciones a organismos del sector privado", las cuales son conceptuadas como distintas a los subsidios.

Ahora bien, bajo cualquiera de las modalidades presupuestarias mencionadas existe un aporte en sentido material, esto es, una contribución o ayuda a una persona natural o jurídica para la realización de una actividad.

La razón que nos lleva a pensar que en el artículo 8º, antes transcrito, no puede hacerse una distinción entre las aportaciones en sentido formal, vale decir, aquellas que así se denominan en el clasificador de partidas, y los aportes en sentido material, radica en el principio que inspira la norma citada, el cual dice relación al control que el Estado debe ejercer en la utilización de sus recursos por parte de instituciones que no forman parte de su universo orgánico, y que pueden tener incluso un origen privado o mixto. Se trata en estos casos de fundaciones que no están sujetas a la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario pero sí a las normas de control presupuestario que dicte la Oficina Central de Presupuesto.

Ciertamente, deben distinguirse dos situaciones jurídico-presupuestarias en el caso de las fundaciones. Una situación es la contemplada en el artículo 1º, aparte 6, de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, el cual textualmente dispone:

5. Cfr., por ejemplo, Clasificador de Partidas del Presupuesto, de 1979, en Legislación Venezolana 1979, Editorial Grouz y Editorial Jurídica Venezolana, págs. 899 y siguientes.

“Artículo 1º La presente Ley establece los principios y normas básicos que regirán el proceso presupuestario de los organismos del Sector Público, sin perjuicio de las atribuciones que sobre control externo la Constitución y las leyes confieren a los órganos de la función contralora.

Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley:

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 alguna de las personas referidas en el presente artículo, o aquéllas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas”.

Las dos categorías de fundaciones mencionadas en el aparte 6 transcrito están sujetas a la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. Las constituidas y dirigidas por el Estado, porque obviamente tienen carácter público desde el punto de vista jurídico-administrativo, y “aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros” para el Estado porque, evidentemente, esos compromisos no pueden generarse si la fundación de que se trate no tiene: a) La expresa o tácita aprobación de algún organismo público en la formulación, aprobación y ejecución del presupuesto; b) el encargo de cumplir fines estatales con su consiguiente vinculación permanente a la estructura administrativa estatal.

La otra situación jurídico-presupuestaria es precisamente la establecida en el artículo 8º de Las Normas, el cual, en su parte pertinente, tiene por objeto establecer una forma de control sobre la transferencia de los fondos públicos a fundaciones privadas o mixtas.

El supuesto del artículo 8º de Las Normas es, sin duda, diferente al contenido en el artículo 1º, ordinal 6º, de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. Este, según se observa, por ejemplo, en la Resolución Nº 212 de la Oficina Central de Presupuestos tiene por objeto un control de las respectivas fundaciones en virtud de su adscripción, sujeción o dependencia administrativa pública. En cambio, las normas que ha de dictar la Oficina Central de Presupuesto conforme a lo dispuesto en el artículo 8º, ya citado, tienen por objeto velar porque la utilización de los fondos públicos sea realizada en función del interés o utilidad general ínsitos en el objeto de la respectiva fundación y conforme a técnicas presupuestarias adecuadas. No se trata, pues, pensamos, de establecer un control administrativo sobre la fundación afectada por el contenido del artículo en cuestión, sino de proteger el interés público, tal como lo hemos señalado anteriormente.

En otras palabras, el control presupuestario en las fundaciones del Estado o fundaciones de la Administración Descentralizada, vale decir, las constituidas y dirigidas

6. Véase *Gaceta Oficial* Nº 32.745 del 1º de junio de 1983.

por organismos estatales y aquéllas de cuya gestión se pueden generar compromisos para el Estado, se realiza para, de una parte, preservar la unidad funcional financiera del sector público y, de otra parte, para asegurar una correcta administración presupuestaria en función de programas y metas directamente vinculados a la acción administrativa estatal. Por su parte, el control presupuestario derivado de la aplicación del artículo 8º de Las Normas persigue fundamentalmente establecer mecanismos para que la utilización de fondos públicos por entidades no estatales pueda maximizarse y optimizarse, en un marco de racionalidad presupuestaria, en función de la utilidad general o social implícita en el objeto de la respectiva fundación.

En definitiva, no hay que olvidar que "el control público está enraizado como principio natural en la misma estructura del poder estatal, pues no hay poder sin control o al menos no debe haberlo"⁷. Así se explica que si uno o varios órganos del Estado pueden acordar erogaciones de fondos públicos a favor de instituciones no estatales, otro órgano pueda controlar su utilización en los correspondientes términos legales.

A nuestro juicio, de acuerdo a lo dispuesto por el citado artículo 8º, la Oficina Central de Presupuesto puede establecer normas en las diferentes etapas del proceso presupuestario, vale decir, para la formulación, aprobación y ejecución de los presupuestos de las fundaciones cuyos aportes provienen en su mayoría de instituciones estatales.

Pensamos que de esta manera el Estado, dentro de los objetivos específicos de cada fundación a la cual otorga aportes mayoritarios, puede asegurar que el uso de tales aportes guarde relación con el objeto de la institución y que la forma de utilización se realice conforme a técnicas presupuestarias convenientes a fin de asegurar una adecuada administración de los recursos.

Dentro del marco del Decreto 401, reiteramos que las fundaciones referidas están sujetas a control presupuestario, en los términos que se establezcan en las normas que dicte la Oficina Central de Presupuesto y a través del organismo que señale el Ejecutivo Nacional.

Huelga decir que en la administración moderna una correcta administración presupuestaria es sin duda fundamental para aquellas instituciones cuyo objeto está dirigido a la obtención de fines extra-patrimoniales.

C) *Fundaciones del Estado*

El Decreto 401 se refiere también y principalmente a las "fundaciones creadas por los organismos a que se refiere el artículo 2º" (Artículo 4º de Las Normas) y a "las fundaciones constituidas . . . por alguno de los entes a que se refiere el artículo 2º" (artículo 15 de Las Normas).

Ambos supuestos constituyen una misma figura, cual es la de fundaciones del Estado, a las cuales alude tanto la denominación de Las Normas como el Título II de éstas, también en su denominación.

Sin embargo, Las Normas no dicen lo que debe entenderse por fundaciones del Estado. Por ello, el principal asunto que en este punto debe ser objeto de interpretación es si toda fundación en la cual haya participado como fundador un ente estatal ha de entenderse, a los efectos del Decreto en análisis, como una fundación creada o constituida por el Estado.

A nuestro juicio, las fundaciones constituidas por uno o varios de los organismos señalados en el artículo 2º del Decreto 401 conjuntamente con personas naturales o

7. Dromi, José Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Editorial Temis. Colombia, 1980, pág. 66.

jurídicas privadas o con personas públicas no estatales no pueden considerarse como fundaciones del Estado y, en consecuencia, no les resulta aplicable el régimen que Las Normas prevén para éstas.

Aun cuando ya hemos señalado, en el punto 3), *in fine*, de este estudio, el marco conceptual de las fundaciones del Estado o fundaciones públicas, consideramos necesario explicitar los criterios que sirven de base a dicho marco conceptual para lo cual debemos interpretar el derecho positivo aplicable a tales fundaciones.

La expresión fundaciones creadas o constituidas por organismos estatales, a que se refieren los artículos 4º y 15 del Decreto N° 401, han de interpretarse referidas a aquellas fundaciones creadas o constituidas exclusivamente por organismos estatales, vale decir, sin la concurrencia en el acto fundacional de una persona no estatal.

Diversas razones fundamentan esta opinión, las cuales expondremos seguidamente:

1º La fundación, como categoría jurídica, esto es, como subtipo de las personas jurídicas de sustrato real, pertenece al campo del derecho civil, a diferencia de, por ejemplo, el Instituto Autónomo que pertenece a la esfera del derecho público.

La figura jurídica de la fundación civil ha sido utilizada por el Estado en el proceso de descentralización funcional dando lugar al surgimiento de la fundación civil-ente descentralizado, también llamada por el Decreto 401 fundación del Estado. Pero, debe observarse que la ley no ha creado un nuevo tipo de persona jurídica. La prueba más evidente en este sentido es que el artículo 3º del Decreto N° 401 permite a los organismos estatales constituir fundaciones con la autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros y en conformidad con las disposiciones de dicho Decreto. Se entiende, desde luego, que se trata de las fundaciones a que se refiere el artículo 19, ordinal 3º, del Código Civil, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico no existe otro tipo de fundaciones en sentido formal.

Como se observa, las fundaciones del Estado, si bien constituyen una categoría jurídico-administrativa, siguen revistiendo la forma de fundaciones civiles, puesto que, para su constitución, el Decreto en cuestión no ha establecido un acto especial de creación.

Por tanto, si desde el punto de vista formal las fundaciones del Estado están sujetas a los principios y normas del Código Civil a los fines de su constitución, es evidente que su ordenamiento jurídico primario de personificación está contenido en el derecho privado.

Ahora bien, una fundación puede ser constituida mediante un acto jurídico de un fundador o de varios fundadores. En nuestro derecho no existen regulaciones ni limitaciones en cuanto al número de fundadores. Puede ser sólo uno o pueden ser varios. Entonces, por fundación del Estado debe entenderse la constituida exclusivamente por organismos estatales. Sostener lo contrario, es decir, entender que la fundación constituida por organismos estatales comprende también aquéllas que han sido constituidas conjuntamente con personas no estatales equivale a negar uno de los principios fundamentales del acto fundacional, cual es la pluralidad de fundadores que pueden existir.

En otras palabras, una fundación es creada o constituida por un determinado sujeto fundador cuando en el acto fundacional participa sólo un sujeto. Pero si en el acto fundacional participa más de un fundador ha de tenerse necesariamente en cuenta la pluralidad de sujetos que hayan concurrido en el acto fundacional.

Aplicando estos principios al caso bajo análisis, resulta claro que la expresión fundaciones creadas o constituidas por los organismos a que se refiere el artículo 2º de Las Normas debe entenderse referida a aquellas fundaciones en cuya constitución han participado solamente dichos organismos.

2º En el derecho venezolano, es de doctrina pacíficamente admitida que la regulación del derecho de gestión de la fundación, es decir, las normas para su dirección

y administración, corresponde a los fundadores y deben, en consecuencia, determinarse en el acto de constitución y a través de los respectivos estatutos.

Cuando se observa el contenido de la sección primera, del Capítulo I del Título II de Las Normas, se aprecia claramente que las normas de administración allí previstas sólo pueden interpretarse como dirigidas a aquellas fundaciones constituidas solamente por los organismos señalados en el artículo 2º.

En efecto, disposiciones como las contenidas en el artículo 6º (libre nombramiento y remoción del Presidente de la fundación por el organismo tutelar); el artículo 7º (modificación de los estatutos), el artículo 13 (disolución de la fundación por el organismo que ejerza la tutela), entre otras normas que podrían señalarse, significan una radical intervención por parte del Estado sólo concebible para fundaciones en las cuales éste, a través de algún organismo, se ha reservado el derecho de gestión y, en consecuencia, tiene el poder estatutario suficiente para establecer tales normas de dirección y administración. En este caso, el Estado actúa no como ente político dotado de soberanía sino como administrador de sus entes descentralizados en los cuales, como se ha señalado, se ha reservado el derecho de gestión.

La demostración más clara al respecto deriva precisamente del propio texto de Las Normas, cuando en su artículo 15 establece la obligación, para las fundaciones del Estado, de convertir a su derecho estatutario las disposiciones sobre administración y control, consagradas en el Decreto, mediante la correspondiente modificación de sus estatutos. Las modificaciones estatutarias no operan, por tanto, *ope legis*.

Por otra parte, es evidente que la Ley Habilitante no facultó al Presidente de la República para modificar el régimen jurídico fundacional de carácter general establecido en el Código Civil, cuestión que, por lo demás, pensamos que no podría en principio ser materia de una Ley Habilitante. La autorización al Ejecutivo Nacional, como ya se ha señalado, tiene por objeto la modificación, supresión, fusión o eliminación de las fundaciones de la Administración Descentralizada.

Es, pues, evidente que las modificaciones estatutarias que ordena el Decreto 401 sólo pueden ser aplicables a aquellas fundaciones exclusivamente constituidas por alguno o algunos de los organismos estatales señalados en el artículo 2º, puesto que sólo en este caso se puede suponer con razón que los organismos puedan cumplir con la norma que obliga a modificar los estatutos en virtud precisamente del control que tiene sobre los órganos de dirección y administración con base en el respectivo derecho estatutario establecido en el acto fundacional.

Afirmar que a una fundación constituida conjuntamente por organismos del Estado y por personas naturales o jurídicas no estatales se deben aplicar las disposiciones que Las Normas señalan para las fundaciones constituidas por los organismos señalados en el artículo 2º, sería tanto como decir que por virtud de la Ley Habilitante queda restringido y modificado el derecho de gestión de los fundadores y el propio derecho estatutario de las fundaciones afectadas en tanto que personas jurídicas, lo cual es absurdo. Cada fundación existente en el derecho venezolano continúa, aún después del decreto 401, manteniendo intacto su ordenamiento estatutario y corporativo. No obstante, en el caso de las fundaciones del Estado hay un mandato de reforma estatutaria que, si bien no opera *ope legis*, debe cumplirse mediante un acto de conversión realizado por sus directores y administradores en virtud del derecho de gestión que se haya reservado al Estado conforme al correspondiente derecho estatutario.

3º Otra razón que conduce a pensar que la expresión fundaciones constituidas por los organismos señalados en el artículo 2º comprende únicamente a las fundaciones en las cuales haya participado como fundador exclusivamente el Estado, radica en el efecto de publicitación orgánica o de integración absoluta a la organización estatal que deriva del Decreto 401 para las mencionadas fundaciones.

En efecto, hasta la promulgación del citado decreto las fundaciones constituidas por el Estado como único fundador, y dirigidas por éste, estaban sujetas a normas jurídico-administrativas derivadas, entre otras, de las Leyes Orgánicas de Crédito Público, de Régimen Presupuestario y de Salvaguarda del Patrimonio Público en los términos establecidos en cada uno de los textos legales o sublegales. Tales fundaciones estaban integradas a la organización estatal a través de sus órganos estatutarios y a determinados efectos legales, pero no a través de un órgano de tutela en sentido jurídico-administrativo, al menos en el sentido en que lo establecen Las Normas.

Promulgado el Decreto Nº 401, es evidente que el órgano de tutela debe ejercer un intento y estricto control sobre la dirección y administración de tales fundaciones ya que éstas se convierten en elementos administrativos o apéndices de la organización estatal.

Sobre esta base, resulta a nuestro juicio claro que tal régimen de tutela administrativa sólo puede aplicarse a fundaciones en las cuales el Estado ha participado como único fundador y en las que tiene, en consecuencia, el control por haberse reservado en los estatutos el derecho de gestión fundacional.

¿Se podría convertir en objeto de tutela administrativa y, en consecuencia, en apéndice de la Administración Pública, una fundación constituida por el Estado y los particulares en cuya dirección y administración ambos participen? A nuestro juicio y si no hubiese obstáculos de orden jurídico-constitucional, aspecto que nos merece serias reservas, sólo podría hacerse mediante una modificación del régimen fundacional establecido en el Código Civil, lo cual por lo demás, no está previsto en la Ley Habilitante.

De aquí es forzoso concluir que las fundaciones del Estado, a los fines del Decreto Nº 401, son aquellas constituidas por éste a través de las organizaciones señaladas en el artículo 2º sin la concurrencia de personas privadas.

4º Una de las razones más determinantes para aplicar el Título II del Decreto Nº 401, a las fundaciones constituidas exclusivamente por los organismos indicados en el artículo 2º *ejusdem* deriva, a nuestro juicio, de la esencia misma del concepto de fundación.

Maurice Hauriou ha señalado el rasgo esencial de las fundaciones al expresar que en ellas "no existe en absoluto un grupo permanente de miembros que puedan perpetuar la fundación y en las que este elemento es reemplazado por el de un patrimonio afectado"⁸. Este es objeto de personificación y así, por una ficción jurídica, nace un ente susceptible de derechos y obligaciones.

Ahora bien, ese patrimonio de afectación es constituido como tal por efecto de lo que se denomina voluntad fundacional, esto es, la voluntad del fundador o fundadores que se explicita en el marco del derecho privado. Cuando éstos manifiestan su voluntad de constituir una fundación lo hacen precisamente afectando un patrimonio específico, de modo permanente, a un fin determinado, estableciendo al propio tiempo las reglas de dirección y administración de la fundación.

Perteneciendo, pues, el acto fundacional a la esfera de la autonomía de la voluntad y habiendo el Estado actuado en la esfera del derecho privado, en el caso de las fundaciones mixtas, vale decir, las constituidas conjuntamente con los particulares, la interpretación que, a nuestro juicio, debe darse a los términos "fundaciones creadas" y "fundaciones constituidas", a que se refieren los artículos 4º y 15 del Decreto 401, ha de ser necesariamente restrictiva. De lo contrario, es decir, si interpretásemos tales expresiones en sentido amplio, estaríamos desconociendo la esencia misma de la fundación puesto que admitiríamos que las reglas de dirección y administración de la

8. Hauriou, M. *La Teoría de la institución y de la fundación*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, págs. 66 y 67.

fundación podrían modificarse por el simple hecho de que el Estado hubiere actuado como cofundador.

Cabe señalar aquí algunos principios fundamentales de la fundación como institución jurídica que acertadamente ha señalado Ferrara⁹.

1º El fundador o fundadores se proponen únicamente que se realice un fin a perpetuidad. Su intención es la realización de un fin, no una liberalidad.

2º El fundador o fundadores determinan cuidadosamente la forma de administración, las personas que deben administrar, el sistema que se ha de seguir en su elección, etc.

3º La vigilancia, la reforma, la supresión son facultades que ejerce el Estado como ente político dotado de soberanía, no por la cualidad de fundador o propietario de los bienes de la fundación, cualidad esta última, cabe señalar, que no tiene ninguno de los fundadores por ser precisamente la fundación un patrimonio de afectación.

En el marco de estos principios, la fundación tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, garantizado por el artículo 43 de la Constitución. De aquí, igualmente, que cualquier cambio en el régimen fundacional general realizado por el Estado actuando en soberanía tendría que ajustarse, a nuestro juicio, a estos cánones:

a) No podría, en principio, realizarse a través de la figura de una Ley Habilitante.

b) En el supuesto de que se efectuase por tal vía, debería lógicamente autorizarse la modificación del régimen fundacional general y no solamente lo relativo a las fundaciones de la Administración Descentralizada, como es el caso de la actual Ley Habilitante. Además, el correspondiente decreto equiparado a la ley formal debería referirse expresamente a las fundaciones constituidas conjuntamente por el Estado y los particulares.

c) En todo caso, la materia relativa a los elementos esenciales de la figura jurídica de la fundación, ya señalados, y su conexión con los derechos y garantías constitucionales deberían ser objeto de cuidadoso examen.

De todo lo expuesto puede concluirse claramente que el Decreto 401, con excepción de lo dispuesto en sus artículos 8º y 19, está referido a las fundaciones constituidas exclusivamente por los organismos señalados en su artículo 2º, vale decir, por organismos estatales.

9. Cfr. Ferrara, Francisco. *Ob. cit.*, págs. 191 y siguientes.