

## **FUNDACIONES, SECTOR PUBLICO Y SUS SISTEMAS DE CONTROL**

Humberto Briceño León

*Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*

### **I. INTRODUCCION**

Uno de los temas en Ciencias Administrativas y Jurídicas que ha cobrado importancia fundamental a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, y como producto de la inauguración de una tendencia creciente a una mayor participación del Estado en el seno de las actividades de la sociedad civil, es el de la forma en que el Estado expresa su voluntad, la estructura institucional que asume para tomar sus decisiones y la organización que adquiere para actuar y cumplir con los objetivos que se ha trazado.

Así el orden jurídico, resultante de ese proceso, y destinado a regular la actuación del Estado contemporáneo, ha complicado el panorama de la personalidad jurídica que ha adoptado la estructura pública. En efecto, a las personas jurídicas públicas tradicionalmente conocidas, se añaden hoy formas cuyo origen procede del derecho privado. De esta manera, la fundación, como institución jurídica, ha sido acogida también por el Estado como otro instrumento a través del cual expresarse, actuar y cumplir con sus funciones. Este trabajo tiene por objeto estudiar jurídicamente las fundaciones vinculadas con el Estado venezolano, dilucidar el régimen jurídico general que les es aplicable y, de esta manera, analizar el sistema de control que sobre ellas se impone.

En todo caso y a modo de reflexión, debemos preguntarnos, a tenor de la cuestión que formulara el profesor Roland Drago, si el Estado deberá convertirse, para ser más eficaz y menos burocrático, en un mosaico de centros de decisión dotados de medios financieros; y desde esta perspectiva, se plantea a los analistas observar con rigor político y administrativo si ello ha sido, con la evolución de las tesis jurídicas descentralizadoras y desconcentradoras, sustantivamente cierto o no.

### **II. FUNDACION - NOCION**

Toda fundación, independientemente de la concepción que pueda asumirse en torno a ella, tendrá siempre unas características y elementos indispensables:

1. Universalidad de bienes;
2. Personalidad jurídica; y
3. Finalidad propia.

Así, un patrimonio personificado, dirigido hacia un fin, representa en términos generales la idea de una fundación; ello constituye su esencia, independientemente de los elementos accesorios que las exigencias locales agreguen.

Se ha definido a las fundaciones como un complejo de bienes consagrados a la consecución de ciertos fines y, a estos efectos, dotados de personalidad. El profesor Zanobini, por su parte, entiende a las fundaciones como aquella masa de bienes destinada a la consecución de fines propios de una pluralidad indeterminada de per-

sonas. Para el derecho venezolano, según el Código Civil, las fundaciones son personas morales, de carácter privado y por lo tanto sujetos de obligaciones y derechos.

En nuestro sistema jurídico estas fundaciones deben tener como finalidad la utilidad colectiva, bien de carácter artístico, científico o social en general. Es importante aclarar que el término de *utilidad general* no atiende al sentido orgánico, es decir, no significa que sólo sea de utilidad pública aquella actividad que procede de la organización pública, es bien sabido que la utilidad pública no es monopolio de la estructura del Estado; así, es sencillo conciliar la idea de esa utilidad que cumplen las fundaciones con el carácter privado que les asigna el artículo 19 del Código Civil venezolano.

### III. LAS LLAMADAS FUNDACIONES PUBLICAS

La existencia de fundaciones públicas es un tema amplísimamente controvertido en la doctrina, tanto nacional como internacional. En efecto, una corriente afirma la imposibilidad de aceptar la existencia de fundaciones públicas, mientras otra admite dicha alternativa. En todo caso, es importante, antes de entrar a dilucidar esta problemática, determinar las consecuencias que tendría que asumir una de las dos perspectivas. Si se admitiese la existencia de fundaciones públicas, ellas entrarían a formar parte de la estructura general del Estado, implicaría la existencia de una persona jurídica o moral sometible a normas de derecho público, esto es, a un régimen normativo derogatorio del régimen ordinario, e igualmente supondría introducir la posibilidad, dado el carácter privado que la ley otorga a las fundaciones, a partir de la cual una institución jurídica pueda, como persona moral, estructurarse en sus relaciones con el sector público de una forma y al mismo tiempo comportarse para situaciones extra-estatales como una persona jurídica de derecho privado. Si asumiésemos la no existencia de fundaciones públicas, esto es, sometidas exclusivamente a normas ordinarias y no a las excepcionales, derogatorias de aquéllas, estaríamos confirmando que cualquier participación patrimonial, o cualquier ejercicio de actividad por parte del sector público a través de ellas, no supone la aplicación de un régimen normativo distinto al ordinario de derecho privado; en otras palabras, no podrían aplicarse disposiciones relativas a la "exorbitante" presencia del Estado en ciertas y determinadas actividades que desempeñe a través de estas personas jurídicas; así se abriría una tendencia indiscutible, a excluir a tales personas de aquellas que el Estado asume para ejercer funciones.

En todo caso el problema está planteado, aplicación del derecho público, y tal como lo expresa el profesor F. Chevrier en su obra *Notas sobre la introducción y las vicisitudes de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado*, estas dos ramas constituyen hoy disciplinas científicas independientes y no aparecerán más como polos extremos del derecho, entre los que se intercale una línea precisa; forman dos dominios distintos, con una frontera difusa, donde existe una zona mixta compartida, que forma el linderó común entre dos ciencias vecinas, siempre en contacto.

La doctrina extranjera ha llegado a admitir la existencia de fundaciones de derecho público, pero sin ser tampoco homogénea al respecto. Podríamos citar como ejemplo a André Buttgenbach, *Principios Generales*, Bruselas, 1984, p. 33, quien afirma que una fundación pública no es otra cosa que la afectación hecha por una persona pública, de un patrimonio a un servicio público; en otros términos, la fundación pública supone que una persona pública cree un ente dotado de personalidad jurídica, para la prestación de un servicio público, ello implica que ese establecimiento posee un patrimonio propio y está en capacidad de realizar los actos jurídicos para el logro del fin perseguido; en un sentido doctrinal parecido, se pronuncia el administrativista

alemán Otto Mayer y el autor italiano Cinovitta, aceptando la noción de fundación de derecho público. Sin embargo, nos encontramos con opiniones adversas como por ejemplo la de López Meirelles, quien ha dicho que el término "fundación pública" contiene en sí mismo una contradicción, puesto que una fundación, por concepto, es de naturaleza privada; por último, otra parte de la doctrina trata de sostener que las fundaciones son entes mixtos sometidos tanto al derecho privado como al derecho público; desde esta perspectiva podría crearse una fundación a través de leyes o incluso a partir de actos administrativos, ya que su propósito o finalidad está ligado a objetivos manifiestamente colectivos, así, no resulta rigurosamente necesario, desde esta óptica, que se otorgue de manera expresa la configuración jurídica civil; en este orden de ideas se sostiene que se trata de un ser de derecho público, no subordinado a los preceptos aplicables a las fundaciones civiles; correspondiendo a normas de derecho público lo relativo a su formación, constitución, fiscalización y procedimientos, en general. Si se aceptase esta tesis debería concluirse, tal como enunciamos al principio, que las fundaciones de este tipo llegarían a constituir una forma particular, especial y extraña de órganos administrativos entronizados en el Estado.

La doctrina nacional se ha inclinado por negar a este tipo de fundaciones la cualidad de personas de derecho público. Así, la antigua Comisión de Administración Pública hablaba de las fundaciones como establecimientos privados de interés público; de la misma manera, la Procuraduría General de la República en algunos de sus dictámenes definió a las fundaciones como establecimientos privados de interés público; otros autores también han sostenido que una vez constituida una fundación por el Estado, ella queda desvinculada del Estado mismo; es decir, la creación o constitución de una fundación y su aparición como persona jurídica implica también el fin de los vínculos jurídicos con el organismo público que la creó; ejemplo de tal precisión es el pronunciamiento que emitió la Procuraduría General de la República el 19 de mayo de 1980, con motivo de una pretendida reforma estatutaria de la Fundación Bicentenario Simón Bolívar. Posición similar es sostenida por el doctor Allan R. Brewer-Carías en su trabajo sobre las fundaciones, al afirmar que frente a ellas se está siempre en presencia de personas jurídicas de derecho privado y que, en todo caso, el Estado las utiliza como instrumento directo de acción o como medio para el fomento de actividades particulares.

Hemos observado cómo autores franceses, alemanes e italianos, estudiando la personalidad de las fundaciones y el régimen jurídico que les es aplicable, han intentado identificar elementos que permitan establecer si han de regirse por el derecho público o por normas de derecho privado. Con tal propósito se ha puesto énfasis en criterios tales como la finalidad, el criterio orgánico vinculado a la creación, su posición relativa frente a otras personas jurídicas, el carácter voluntario o impuesto de la participación en las tareas emprendidas por la fundación, y el de su posición relativa frente al Estado. Debemos, así, analizar si estos criterios nos permiten identificar la distinción planteada.

Analizar las fundaciones en atención a la finalidad que se proponen alcanzar, no nos sirve como criterio para distinguir entre aquellas que son de naturaleza pública y las que son de naturaleza privada, puesto que en última instancia el propósito de toda fundación consiste en la satisfacción de un interés público, el cual según la fórmula ya comentada, no es monopolio del Estado, de manera que, aun las fundaciones constituidas con aportes provenientes estrictamente del sector privado, tienen como objetivo tareas vinculadas a la utilidad colectiva. El criterio orgánico relativo al órgano creador de las fundaciones, como base sobre la cual se establecería la distinción, no resulta tampoco claro; veamos, serían públicas aquellas fundaciones que deban su existencia a un acto del Estado y privadas aquellas formadas por los particulares; en otros términos, serán públicas las creadas por decisión gubernamental

mientras que las demás surgirían espontáneamente de la iniciativa de los particulares o de cualquier otra persona de derecho privado; esta tesis se enfrenta a evidencias que discuten su posible aplicación; así existen fundaciones totalmente creadas por el sector privado cuya subsistencia depende por completo de aportes del sector público, lo que debilita profundamente el criterio analizado. Si para establecer la diferencia propuesta partimos de la posición en que se colocaría la fundación respectiva frente a otras personas, el elemento que permitiría establecer tal distinción sería la existencia de una supremacía de las fundaciones públicas, frente a las particulares; esta idea tampoco resulta clara, ya que existen instituciones evidentemente públicas, creadas por ley como instituciones científicas y de investigación, que no disponen de esas potestades de imperio que las coloque en una situación de supremacía respecto de los particulares y sin embargo son personas sujetas, en cuanto a su estructura jurídica, a normas derogatorias del régimen de derecho ordinario. El criterio relativo al carácter voluntario o impuesto de la participación en las actividades de una persona jurídica dada, afirma que para las públicas, a diferencia de lo que ocurre en las privadas, la participación es impuesta; este criterio tampoco es útil para el caso de las fundaciones, ya que nos encontramos con personas que pese a su naturaleza pública permiten una participación voluntaria en sus actividades. Existe por último un criterio expresado por Ernest Forsthoff, según el cual el elemento decisivo para dar la calificación de pública a una persona jurídica lo constituye la estructuración de la entidad con base en principios de derecho público. En relación a esto, es oportuno señalar que el derecho belga acepta la existencia de fundaciones públicas otorgándoles un poder propio para realizar sus finalidades, e igualmente en el derecho italiano está aceptada la fundación pública o institución, como prefieren llamarla algunos autores.

En torno a la polémica presentada sostenemos que la estructura propia de las fundaciones en nuestro país, acogiendo el criterio de Forsthoff, no responde a principios de derecho público, ni en cuanto a la forma de constitución, ni en cuanto al régimen jurídico general que rige sus actividades, ni tampoco en lo referente a su finalidad; al contrario, siendo una institución por disposición legislativa de naturaleza privada y cuyo nacimiento se inserta históricamente en el seno de la sociedad civil, su naturaleza estrictamente privada debe ser preservada a fin de evitar la contradictoria existencia de una persona jurídica originalmente de naturaleza privada y a la vez altamente afectada y regulada por normas derogatorias de su propia naturaleza jurídica; ello está reñido con la lógica que informa a las ciencias jurídicas en general. Si se acoge la tesis expuesta, las instituciones deberían presentarse en forma homogénea y coherente, las fundaciones han de ser concebidas uniformemente como institución jurídica; ello previene, de alguna manera, frente a posibles distorsiones de su naturaleza, producto de la injerencia del sector público, que, como resultado de su evolución, pudiera establecer un sistema tal de intervención que suponga para algunas instituciones la pérdida definitiva de su naturaleza privada; por otra parte, la multiplicidad de personas jurídicas de derecho público (establecimientos institucionales, establecimientos públicos corporativos, establecimientos públicos asociativos y las territoriales) habla de lo innecesario que es la constitución de otras; la solución de los problemas que efectivamente presentan las fundaciones que reciben aportes públicos, no es convertirlas en personas de derecho público, ya que muchas de estas personas de derecho público presentan problemas de naturaleza similar a las que se observan en las referidas fundaciones, tal vez de mucha mayor envergadura, de donde podrían las fundaciones conservar los problemas actuales sin que hayamos resuelto nada. La tesis que sostenemos, relativa a la naturaleza, es esencialmente privada para las fundaciones, y así fue jurisprudencialmente acogida por nuestro más alto tribunal la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 23 de enero de 1979, en la cual expuso:

“Ciertamente es que el ordinal 24 del artículo 136 de la Constitución ha reservado al Poder Legislativo Nacional la potestad de legislar en materia civil; y por tanto cualquier acto legislativo *sobre la materia de las fundaciones, que es de índole esencialmente civil*, realizada por un órgano del poder público distinto al que ejerce el Poder Legislativo Nacional, estaría viciado de inconstitucionalidad por usurpación de funciones”.

Los argumentos en defensa del carácter esencialmente privado de las fundaciones no son óbice de modo alguno para que el Estado pueda controlar a aquellas fundaciones en las cuales tiene de alguna manera interés, bien porque las haya constituido, o bien porque les dé aportes sucesivos, regulares o eventuales; de esta manera la justificación y fundamentación a la actividad contralora del Estado, que ha de ejercer sobre ellas, no estará en la calificación de su naturaleza jurídica (pública o privada), sino de haber aceptado las fundaciones fondos públicos, esto es, el control se realizará en razón del origen público de ese patrimonio, sin que por ello se desvirtúe o pueda desvirtuarse su carácter privado relativo al régimen ordinario de derecho. Así, doctrinalmente considerado, el aspecto del control público queda resuelto, y al no haber supuesto dos tipos de fundaciones, desde el punto de vista de la personalidad jurídica, hemos negado la posibilidad de concebir una fundación de derecho público, ya que ello supondría admitir que la fundación definida en nuestra ley dejase de ser la institución jurídica que hasta hoy hemos conocido. Siguiendo al autor uruguayo Alfredo Paulillo, quien, para sostener la naturaleza privada de las fundaciones, propone como criterio para diferenciar a las personas jurídicas de derecho público de las de derecho privado, la potestad de imperio que las primeras hacen valer en sus relaciones jurídicas con otras personas, debemos afirmar que al no poseer las fundaciones en caso alguno este imperio, no serán consideradas antes de derecho público y de serlo se estaría admitiendo que su naturaleza es similar a la de un instituto autónomo. De acuerdo con lo expuesto por el autor mencionado, el criterio discriminador sería el ejercicio del imperio por parte del sujeto activo de una relación jurídica; esta relación sería de derecho público y tal ha de ser la norma que la regula, si existe ese imperio; si en cambio el sujeto está desprovisto de él, o aun teniendo esa potestad no la ejercita, la relación jurídica será de derecho privado y tal ha de ser la norma de aplicación correspondiente. Es interesante añadir a la distinción que formula el autor antes mencionado, una que se ubica al interior del grupo de personas jurídicas privadas; así se puede distinguir entre personas de utilidad privada y personas jurídicas privadas de utilidad pública; las primeras serían aquellas cuyos fines no trascienden el interés particular de los miembros, mientras que las segundas son aquellas personas jurídicas que asumen como finalidad intereses generales sociales; en esta categoría se ubicarían las fundaciones en general. Queda claro que no podemos aceptar la extensión de la personalidad jurídica pública hasta las fundaciones, por cuanto ello sería aceptar aquella tesis que para las empresas públicas ha sostenido J. M. Rivero, según la cual el aporte patrimonial público conlleva una suerte de desmembramiento de los elementos que conforman al derecho de propiedad, al conservar el Estado un dominio eminente sobre el patrimonio y sólo reservado al organismo en referencia a una suerte de poder de gestión. En nuestra opinión, ampliar las facultades “exorbitantes” que acuerdan las normas de derecho público al Estado, hasta el extremo que conlleve el derecho a conservar el “dominio eminente” y deje a la persona jurídica respectiva sólo una especie de facultades de simple administración, sería coartarle su personalidad jurídica y su propia existencia.

Ayuda también a esa línea de razonamientos preguntarse, cómo personas de derecho público, no autorizadas expresamente por la ley para ello, puedan engendrar una persona de derecho privado, y aún más, transformarse, al menos parcialmente, en personas de derecho privado a través de un desmembramiento de su patrimonio. Final-

mente es importante señalar que en algunos países, como Argentina, el régimen jurídico no admite la posibilidad de constituir fundaciones públicas, mientras que en otros se ha admitido la posible constitución de fundaciones con fondos públicos; así en la República Federal Alemana coexisten las llamadas fundaciones públicas patrimonialmente consideradas, con las fundaciones de derecho privado; podemos citar como ejemplo de las mencionadas fundaciones a la Von Humboldt, a la fundación Hans Sidel de Munich, cuya finalidad es la investigación científica en materia política, y a la fundación Konrad Adenauer, que actúa a través del servicio exterior de la República Federal, dedicada a otorgar becas; en Estados Unidos de América existen también tres fundaciones gubernamentales de elevado prestigio, como son la National Science Foundation, la National Endowment for the Arts y la National Endowment for the Humanities; en Japon, igualmente, se permite el establecimiento de fundaciones creadas y mantenidas con fondos públicos; en España podemos comprobar la existencia de fundaciones cuyo acto de creación emana de la Administración Pública; en Brasil también se admiten, llamándose "Fundaciones de Derecho Público"; y en Venezuela se han constituido fundaciones que operan con fondos públicos aunque utilizan, y esto es evidente, el mecanismo jurídico de las fundaciones privadas.

Así debemos entender entonces a todas las fundaciones como instituciones jurídicamente civiles que poseen patrimonio y personalidad propia, que se orientan al logro de finalidades que son anteriores al propio Estado, que no espera contraprestación por el servicio prestado y cuyo estatuto fundamental es el acta constitutiva de la misma; su autonomía implica que obra en nombre de la persona moral que ella conforma, dentro de las facultades establecidas y estatutos que la obligan y regulan, sin que las personas que la integran se obliguen personalmente.

#### IV. LAS FUNDACIONES. EL ESTADO VENEZOLANO

Es importante observar, en torno a las fundaciones, una tendencia clara y evidente a utilizar a esas personas jurídicas como instrumentos de autonomía patrimonial. En efecto, muchas instituciones públicas han constituido fundaciones con el solo objeto de contar con una persona jurídica que les permita realizar operaciones, cuya posibilidad les está negada a las instituciones públicas constitutivas de las fundaciones en referencia, pudiendo de este modo actuar patrimonialmente utilizando a la nueva persona moral creada. Es así como mediante la actuación de este tipo de fundaciones, pueden los órganos constitutivos de las mismas efectuar pagos y realizar en general todo tipo de contrataciones no previstas en los presupuestos originales de los organismos "dueños" de las fundaciones en cuestión. Igualmente puede el organismo público que constituye una fundación utilizar esa autonomía patrimonial a su disposición, para convertirla en un centro receptor de fondos, evadiendo así el principio de unidad del tesoro, según el cual los ingresos que produzca un ente público deben pasar al Tesoro Nacional, si es el caso. Al existir una fundación manejada por el organismo público que le dio origen los aportes señalados no ingresarían al Tesoro, sino que serían operados por el organismo público, el cual, actuando a través de la fundación, tendría fácil acceso a los fondos y a su manejo definitivo. De esta manera las fundaciones han sido, para los organismos públicos en Venezuela, instrumentos jurídicos destinados a la evasión de los "obstáculos" impuestos por las normas relativas al régimen patrimonial de los entes públicos. Ello, en nuestra opinión, ha sido una de las causas más relevantes para la creación de este tipo de fundaciones; así, consideramos que se desvirtúa de manera absoluta a la persona jurídica fundación, incluso el propósito señalado vicia el acto mismo de su constitución al no estar orientado hacia la finalidad de utilidad pública que le impone nuestra legislación; de modo que la búsqueda de

autonomía patrimonial como fin posible para las fundaciones no está permitido por nuestra legislación.

En síntesis, si observamos la existencia de fundaciones que deben su nacimiento a objetivos como el mencionado anteriormente, vemos cómo el problema real no está en dilucidar con rigor la naturaleza pública o privada de las mismas, sino en el deseo de evitar las restricciones impuestas por las normas administrativas obligatorias, por parte de algunos organismos públicos, que han visto en las fundaciones un medio para sortear tales limitaciones.

## V. EL CONTROL SOBRE LAS FUNDACIONES

Horacio Heredia, en su obra *Control Administrativo sobre los Entes* (Librería Jurídica de 1942, Buenos Aires), define el control como el juicio que realiza una entidad respecto al comportamiento positivo o negativo de otra, con el fin de establecer si se ajusta a las normas y principios que lo regulan. De este concepto se infieren los siguientes supuestos:

1. La existencia de dos entidades distintas, una a cuyo cargo está la realización del control como sujeto activo del mismo, y otra, sujeto pasivo, sobre el que recae o se efectúa; obtenemos así que el control cuanto más externo, más efectivo.
2. La existencia de un comportamiento, entendido como acción u omisión, que constituye la materia objeto del control.
3. La generación de un efecto jurídico sobre el comportamiento controlado; este efecto pone de relieve la importancia que tiene dentro del concepto enunciado, la posibilidad de afectar la conducta del ente controlado mediante el control; por ello afirmamos que un simple dictamen de carácter consultivo que no produce efectos, no cumple con el propósito del control, ni constituye una forma de ejercerlo.

La noción de control está íntimamente vinculada a la noción de responsabilidad, de modo que el control debe ser, como lo afirma G. Mignot, la resultante lógica del ejercicio de responsabilidades y no, como suele ocurrir, el resultado de la abdicación de las responsabilidades. Esta óptica de control evidentemente abre la tendencia a la reducción de los controles *a priori*, los cuales entre otras cosas suelen ser refugios donde los órganos controlados se amparan de la obligación de tomar decisiones y ejercer sus potestades y competencias. Tal visión del control como ejercicio de responsabilidades, supone la existencia de un control *a posteriori* que signifique un verdadero control-sanción, a partir del cual se puedan valorar claramente los resultados y así delimitar las responsabilidades respectivas. Mientras que los controles *a priori* ayudan a diluir las responsabilidades, el control sanción por el contrario permite conocer, con aproximada exactitud, quiénes han sido los artífices de una buena o mala gestión.

Muchas son las clasificaciones del control que se han propuesto, según el órgano que lo ejecuta se le ha llamado parlamentario, judicial y ejecutivo; también se le ha categorizado como ordinario y extraordinario; y según el momento de su ejecución en preventivo y posterior.

Nos interesa destacar que la razón de ser del control sobre las personas a las cuales el Estado confía el manejo de fondos públicos, está precisamente en el origen público de los mismos, por ello su empleo y utilización debe ser tutelado para que cumplan efectivamente el objetivo que se les ha fijado. Así la actividad contralora debe al inicio contar con un proceso que permita la formación del control, su ejecución y realización, de este modo previamente existiría la forma como ha de conocerse lo que ha de ser controlado, el procedimiento a seguir para examinar el comportamiento del ente sujeto al control y de igual modo debe suponer la actividad contralora,

la obligación de emitir un juicio o un pronunciamiento frente al comportamiento objeto del control, con lo cual se pretende hacerlo eficaz; de aquí que aquel tipo de actividad fiscalizadora, a partir de la cual no se produzca un juicio, no se entiende como control; ejemplo de la necesidad de la emisión de la opinión contralora es el criterio asumido en una época por el Consejo de Estado francés, el cual consideraba ese silencio y a la ausencia de juicio como un rechazo o censura a la actividad contralora.

En cuanto al control sobre las fundaciones, es claro que aquellos Estados que han convenido en la existencia de fundaciones constituidas con aportes públicos, son los que han producido mayores adelantos en materia de control público. Así, por ejemplo, en Bélgica existe una clasificación de los entes a controlar, la cual incluye, en una de sus categorías, a los establecimientos públicos y organismos que han sido creados unilateralmente por el poder público a través de un procedimiento fundacional, con patrimonio especialmente afectado a la gestión de un servicio público que opera hacia objetivos de naturaleza filantrópica, o encargados de realizar importantes actividades de carácter cultural, científico o incluso económico, pero que por diversos motivos no puedan ser asumidas directamente por el Estado. Dentro de esta categoría se ubica a las fundaciones, las cuales al ser controladas están sujetas a la obligación, en materia presupuestaria, de informar al Congreso, órgano de control parlamentario, mediante un informe que ha de anexarse al proyecto de presupuesto del Ministerio del cual obtienen sus fondos. En materia contable deben enviar al Parlamento un informe de cuentas, sin embargo dicho órgano no tiene la obligación de pronunciarse al respecto ya que ello es competencia de una corte especial. En Francia existe, para los establecimientos descentralizados, un sistema de control bastante complejo que podríamos resumir señalando que es una especie de tutela sobre una base fundamentalmente técnica y económica, de manera que el sistema contralor combina el control financiero ejercido por comisarios gubernamentales con el técnico. El sistema impone también la presentación de cuentas a una comisión creada por la ley y facultada para verificar la realidad y regularidad de las operaciones realizadas por las empresas públicas, siendo este último control *a posteriori*. Debemos destacar que en algunos países, además del sistema judicial de control ordinario, similar al que existe en Venezuela, han promulgado un cuerpo normativo especial para las fundaciones, que prevé el sistema de control para todas las fundaciones a partir de una autoridad de control administrativo; así en Argentina la Ley de Fundaciones (número 19-836) establece un sistema de control, el cual no permite que las fundaciones sean instrumentos para fines opuestos a la razón misma que supone su existencia; los artículos 34 y 35 de dicha Ley prevén la presencia de una autoridad administrativa, a la cual se le otorgan facultades para que lleve a cabo el control de las fundaciones. En España, de acuerdo a la antigua Ley de 1901, el control era limitado y el legislador se reducía a exigir a las fundaciones que se ajustasen a su actividad; sin embargo, a los controles originales consagrados en la Ley de julio de 1901, se superponen en nuestros días innumerables modalidades fiscalizadoras sobre muchos tipos de asociaciones y personas jurídicas, imponiéndoles, por ejemplo, líneas de conducta que evidentemente suponen controles.

La multiplicación de controles sobre asociaciones y órganos privados en general es el precio que ha de pagarse por la extensión de las tareas del Estado, el cual para no concentrar todo en sus manos ha asociado patrimonialmente a un creciente número de instituciones privadas, las cuales voluntariamente han aceptado fondos públicos para colaborar con el cumplimiento de las nuevas funciones; en todo caso, aun cuando el Estado impropriadamente, como hemos sostenido, ha asumido ahora la forma de fundación, debe velar celosamente para que tal hecho no se constituya en un mecanismo destinado a privatizar fondos públicos.

## VI. ACTUAL SISTEMA DE CONTROL SOBRE LAS FUNDACIONES EN VENEZUELA

En Venezuela existe un complejo sistema de control vigente, el cual, hasta donde se ha podido observar, no ha sido puesto en práctica. Este sistema comprende varios tipos de controles, que pueden ser clasificados como sigue: Control Parlamentario, Control Presupuestario, Control Ejecutivo, Control Externo Especial, Control Judicial, Control relativo a la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público y el que está previsto por algunos estatutos constitutivos de fundaciones que han obligado a las mismas a enviar al Ejecutivo algún tipo de informes.

a) *Control Parlamentario*: Es aquel para el cual está facultado el Congreso de la República, tal como lo prevé el artículo 230 de la Constitución (segundo aparte). Efectivamente, nuestra Constitución dispone en la norma señalada que los intereses del Estado en corporaciones o *entidades de cualquier naturaleza* estarán sujetos al control del Congreso en la forma que la Ley establezca. Evidentemente las fundaciones están incluidas dentro de la segunda categoría que prevé nuestra Constitución y por tanto resulta indudable la competencia que tiene nuestro Congreso para ejercer control sobre ellas.

b) *Control Presupuestario*: Podemos hablar de un control general presupuestario y un control especial presupuestario. Vamos a denominar control general presupuestario a aquel previsto en la Ley Orgánica del Régimen Presupuestario. Dicha Ley en su artículo 1º, numeral 6º, dispone que las fundaciones están obligadas por el régimen establecido en la Ley referida; es importante aclarar, que las fundaciones sujetas a las disposiciones en referencia son aquellas constituidas y dirigidas por el Poder Nacional, por los Estados, por los Municipios, por Institutos Autónomos o por Empresas Públicas (y todas aquellas fundaciones de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas); de manera que aquellas otras fundaciones no constituidas ni dirigidas por las personas señaladas, aun cuando reciban aportes de ellas, no están sometidas al régimen general presupuestario y de control consagrado por la Ley comentada. De este modo se otorga competencia a la Oficina Central de Presupuesto para instar a la realización de averiguaciones administrativas y para recibir la información que ha de enviar el organismo público aportante relativa al eventual cumplimiento de objetivos que se haya trazado la fundación en cuestión; esta competencia contralora de la Oficina Central de Presupuesto proviene del artículo 57 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, por lo que es deber de las fundaciones elaborar sus presupuestos conforme a las instrucciones que al respecto dicte la Oficina Central de Presupuesto. Por otra parte, existe un control presupuestario especial impuesto por algunas normas incluidas en las leyes anuales aprobatorias de presupuestos, que extienden el ámbito del control hasta aquellas instituciones de carácter privado que reciban subsidios del sector público, obligándolas a informar semestralmente a la Contraloría y al órgano aportante acerca del uso dado a las asignaciones recibidas; aun cuando esta norma ha variado a través de las distintas leyes aprobatorias del presupuesto, debemos anotar que esa obligación de informar no ha implicado en modo alguno la obligación de aprobación o improbación del informe en referencia por parte del órgano receptor del mismo. La Ley aprobatoria del Presupuesto de 1984, en su artículo 7º, dispone:

“Los organismos ordenadores de pago están obligados a enviar dentro de los cuarenta y cinco días del cumplimiento de cada semestre, un informe a la Oficina Central de Presupuesto sobre el uso de las asignaciones otorgadas en calidad de subsidios a instituciones de carácter público o privado. Igualmente, la Oficina Central de Presupuesto, remitirá dichos informes, dentro de los sesenta días siguientes al cumplimiento de cada semestre a la Comisión Permanente de Finan-

zas de la Cámara de Diputados, e informará a los entes o entidades que no hayan dado cumplimiento a lo establecido en este artículo. El incumplimiento por parte de la institución de carácter público o privado, a los cuales hace referencia este artículo acarreará la eliminación de dicho subsidio”.

A través del tiempo han sido distintos los órganos a los cuales se debía enviar la información comentada, así en 1981 era a la Contraloría General de la República y el Ministerio correspondiente, aportante; en el año de 1982 fue a la Oficina Central de Presupuesto, y a la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados; para el año 1983 la Oficina Central de Presupuesto fue la encargada de recibir esos informes y se incluyó de nuevo a la Contraloría General de la República y a la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados; y recientemente, en 1984, a la Oficina Central de Presupuesto y a la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados.

c) *Control Ejecutivo*: El artículo 55 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, también prevé la participación del Ejecutivo en la actividad de control que pueda ejercerse sobre las fundaciones constituidas y dirigidas por entes públicos. Mediante esa disposición el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, debe aprobar los proyectos de presupuesto de las fundaciones.

d) *Control Externo*: El artículo 4º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, otorga competencia suficiente a ese ente para ejercer actividades de control de la naturaleza en estudio. Puede de este modo obligar a las fundaciones sujetas a su control o vigilancia, a proporcionar todas las informaciones que se le requieran. Igualmente, el artículo 64 de la mencionada Ley, en su último aparte faculta a la Contraloría General de la República para efectuar auditorías y control de gestión sobre aquellas fundaciones en las cuales tenga interés el Estado, lo que incluye tanto aquellas que son constituidas y dirigidas por los entes públicos, como aquellas a las cuales tan sólo da aportes. Esta atribución de control sobre las fundaciones es ampliada por el artículo 78 de la misma Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual otorga facultades para vigilar que los aportes y subsidios y otras transferencias hechas por la República y los institutos autónomos a otras entidades públicas o privadas, sean invertidas en las finalidades para las cuales fueron previstas; a tal efecto puede practicar y establecer los sistemas de control que estime convenientes.

Del artículo 64 de la Ley anteriormente citada podemos interpretar con absoluta claridad que la potestad de control de la Contraloría se extiende a las fundaciones al disponer:

“Similares facultades de control podrá ejercer sobre las personas jurídicas en que las empresas del Estado tengan participación y en las demás *instituciones promovidas por entes públicos*”.

Así la Contraloría General de la República puede efectuar sobre las fundaciones constituidas y dirigidas por entes públicos o sobre aquellas que reciban aportes de ellos, control de gestión, auditorías, inspecciones y todo aquel tipo de control que estime conveniente, tal como ha sido analizado.

e) *Control Judicial*: Es el establecido por el artículo 21 de nuestro Código Civil, donde se determina que las fundaciones están sometidas a la supervigilancia del Estado la cual se ejercerá a través del Juez de Primera Instancia, ante quien los administradores deberán rendir cuentas. Este tipo de control es similar al que se ejerce a través de los cortes de cuenta en otros sistemas foráneos de control.

f) Debemos referirnos en este aparte a la situación creada por la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público cuyo artículo 4º, numeral 2º, califica como patrimonio público al de aquellas fundaciones constituidas y dirigidas por la República, Es-

tados, Municipios, Institutos Autónomos, Empresas y Sociedades Públicas en general y también a aquellas de cuya gestión puedan derivarse compromisos financieros para esas personas.

En el artículo 2 de la Ley Orgánica de Patrimonio Público, el Legislador estableció que se considerará como funcionario público a todos aquellos directores y administradores de fundaciones cuyo patrimonio estuviere integrado por aportes hechos por la República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos, Sociedades o Empresas Públicas, en una proporción igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio. Es nuestra opinión, la referencia al término patrimonio es exclusivamente dirigida a la dotación fundacional inicial, ya que si fuese otro el significado que el legislador quiso dar, supondría encontrarnos ante una situación exageradamente casuística, en donde podría variar constantemente la constitución de la masa patrimonial y la posición relativa que frente a ella ocupa el sector público; de esta manera podría cambiar la proporción en la que el sector público participa llegando como posibilidad, a ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio, lo que afectaría la calificación de funcionario público en cuestión; es por ello que sostenemos que la referencia hecha es al aporte patrimonial fundacional inicial, afectado a la finalidad de la fundación y no a la forma como pueda estar constituida la masa patrimonial fundacional en un momento cualquiera. Dentro de esa interpretación ha de inscribirse igualmente la obligación que creó la resolución N° 8 de la Contraloría General de la República el 12 de mayo de 1983, publicada en la Gaceta Oficial N° 31.718, mediante la cual se dispuso que, las fundaciones cuyo capital o patrimonio estuviere integrado por un aporte igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) de las entidades mencionadas en el artículo 4º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, deberán enviar a la Oficina de Control de Declaraciones Juradas del Patrimonio de la Contraloría General de la República, una relación de las personas que ocupan los cargos que tengan asignadas funciones de dirección y administración, indicando los nombres y la identificación general de los funcionarios respectivos; también el artículo 3º de esa misma resolución dispone que cuando la participación de las personas a que se refiere el artículo 4º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio de esas fundaciones se deberá enviar a la Oficina de Control de Declaraciones Juradas del Patrimonio de la Contraloría General de la República, una relación de los Directores que ejerzan la representación de entidades públicas en general, con indicación de sus nombres y su identificación en general.

Esta situación, relativa a la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, no implica que los aportes y subsidios otorgados a fundaciones no dirigidas o constituidas por el Estado, escapen al control, pues tal como hemos afirmado, están sujetos entre otros al control dispuesto por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En todo caso, en cuanto a la disposición respectiva de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, nuestra opinión es:

1. Deben formular la declaración jurada de patrimonio a que se refiere el artículo 5º de la Ley, en concordancia con el artículo 2º, los directores y administradores de las fundaciones cuya dotación inicial fundacional estuviere integrada por aportes públicos en general iguales o mayores al cincuenta por ciento (50%).
2. Asimismo, deben declarar también los directores nombrados en representación de las entidades públicas en general, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio inicial.
3. Debe considerarse patrimonio público el de aquellas fundaciones constituidas y dirigidas por las personas señaladas por el artículo 4º de la Ley en cuestión, e igualmente el de aquellas de cuya gestión se deriven compromisos financieros para la Repú-

blica, los Estados, los Municipios, Institutos Autónomos y las Sociedades Mercantiles o Civiles patrimonialmente públicas.

No cabe en cuanto a lo planteado distinta interpretación, ya que no puede lógicamente admitirse que cambie la naturaleza jurídica de un patrimonio por la eventual variación del monto de capital; ello sujetaría la calificación jurídica en referencia a la eventualidad de posibles aportes o donaciones casuales.

g) Por último hemos de reseñar el Decreto-Ley Nº 401 del 14 de diciembre de 1984, y al que lo reformó el Nº 677 del 21 de junio de 1985, mediante los cuales se agregó, innecesariamente, otros mecanismos de control para las "Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado". Este cuerpo normativo fue dirigido a establecer un régimen de control para las llamadas "Fundaciones del Estado" y para los aportes públicos otorgados a "Fundaciones Privadas". La distinción hecha entre estos tipos de Fundaciones plantea, como hemos visto, grandes contradicciones al tratar a una institución fundamentalmente privada como si pudiese ser de otro modo, es decir, no privada. Los problemas jurídicos que tales decretos contienen han sido ya expuestos por el Dr. Allan R. Brewer-Carías, en su trabajo "El Régimen de las Fundaciones en el Decreto-Ley Nº 401 de 14 de diciembre de 1984", publicado en esta Revista (Nº 20, p. 96); queremos agregar que el mecanismo utilizado para emitir dichos actos normativos, esto es, el relativo a los Decretos-Leyes, puede haber sido inadecuado, ya que, tal como lo hemos sostenido, la legislación civil está reservada al legislador del Poder Nacional, y por ello excluidos de su producción tanto el Ejecutivo Nacional como el resto de los órganos del Poder Público venezolano; de este modo puede haberse configurado, con el anotado Decreto-Ley, una violación a la constitucional reserva legal dispuesta por el ordinal 24 del artículo 136 de nuestra Carta Fundamental.

## VII. CONCLUSIONES

Las fundaciones, en su mayoría, desempeñan actividades y funciones para las cuales el Estado venezolano ya tiene órganos especializados, a los cuales destina importantes recursos económicos. No resulta del todo evidente que las actividades que se realizan a través de esas personas jurídicas no puedan ser ejecutadas por los órganos ordinarios del Estado, por el contrario suponemos que su ejecución se realizaría con mayor posibilidad de eficiencia, si los esfuerzos fuesen concentrados. Creemos, a título de hipótesis, que el destino dado a los fondos fundacionales desde el punto de vista de la agenda pública venezolana, es otro de los capítulos que supone la existencia de una lógica clientelar y prebendaria informando a los criterios de decisión. Estimamos que el problema central radica en la ausencia de la formulación de una política pública destinada a *restringir con rigor* los aportes a fundaciones. Sólo para aquellos casos en los cuales el Estado no pueda a través de sus órganos ordinarios cumplir con una actividad que deba realizar, es que se justificará destinar fondos públicos a una fundación. Hasta hoy estas personas jurídicas son, en el sentido de la problemática planteada, canales a través de los cuales se dirigen fondos públicos a destinos no siempre claros y cuya utilización no siempre es la supuesta por el aportante. La situación de las fundaciones que absorben fondos estatales, refleja el problema gerencial público general; es definitivamente imposible resolver los problemas sin que exista una determinación dirigida a informar a la gerencia pública de la lógica que supone la eficacia en el manejo de los fondos.

En cuanto al control debemos sostener que en Venezuela, tal como se ha demostrado, existe vigente en nuestra legislación un sistema complejo de control susceptible y capaz de ser aplicado a aquellas fundaciones que hayan sido constituidas por el Estado o bien hayan recibido aportes o fondos públicos. En efecto, hemos descrito el

sistema vigente de control, cuyo único problema radica en la ausencia de su aplicación. Debe deducirse, lógicamente, que el problema no se sitúa en la ausencia de formas de control a nivel jurídico, sino en la decisión de aplicar estrictamente los existentes; una antigua enseñanza indica que añadir no es garantía de realización. Debemos agregar las siguientes precisiones; tal como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, hemos sentado el principio según el cual todo fondo público, por serlo, está sujeto a control; así los fondos que reciban del Estado las fundaciones deben ser controlados independientemente que en su constitución haya participado o no el sector público. Para las fundaciones, este control debe realizarse de manera que se garantice la libertad civil que implica desde el punto de vista ontológico y jurídico, la persona llamada *fundación*, armonizando esa idea a la sujeción que deben tener por sus objetivos y por el origen de sus fondos, al orden público en general, evitándose en todo caso crear un sistema de control tan complejo que pueda llegar a constituirse en una directa injerencia en la gestión de una persona jurídica que se supone de esencia privada y de carácter autónomo.