

**SOBRE LAS FUNDACIONES DE DERECHO PUBLICO: ANÁLISIS
DE LA SENTENCIA DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 15 DE JULIO DE 1992***
(Caso: Arquímedes Fajardo)

Mariela Díaz Cestari

Abogado

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis parcial de la sentencia emanada de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha (15) de julio de mil novecientos noventa y dos que declaró con lugar la solicitud formulada de acuerdo a lo previsto en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de pérdida de investidura del ciudadano Arquímedes Fajardo, Alcalde del Municipio Autónomo del Estado Mérida invocando para ello el artículo 67 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

La solicitud de declaración de pérdida de investidura del Alcalde del Municipio Autónomo Sucre del Estado Mérida, se fundamentó en que el mencionado Alcalde desempeñaba el cargo de Presidente del ente denominado "Fundación Yohama" en contravención a lo dispuesto en el artículo 67 ordinal 3° de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Consideró la Corte que, el Presidente del ente descentralizado, independientemente de su calificación como horario, ejercía de manera conjunta con los otros miembros de la Junta Directiva las facultades de dirección y administración que le habían sido acordadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ordenanza.

Asimismo, observó que el Alcalde desempeño efectivamente el cargo en cuestión, según se desprende de las copias fotostáticas de permisos provisionales para instalar actividades de juego de azar y venta de cerveza en el Complejo Ferial, que señalan el monto a pagar; así como que, las referidas autorizaciones fueron otorgadas por la "Fundación Yohama" y suscritas por el "Presidente Honorario", ciudadano Alcalde del Municipio Autónomo Sucre del Estado Mérida Arquímedes Fajardo, con lo cual se configuró el supuesto previsto en la norma cuya infracción se invocó, procediendo en consecuencia, la desincorporación del Alcalde.

Es de observar, que en el presente caso, la Sala Político - Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, acordó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicar para la sustanciación y decisión del procedimiento el previsto en los artículos 68, segundo párrafo y 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; en relación a ello, la sentencia contó con un voto salvado del Dr. Luis Henrique Farías Mata.

En dicha sentencia, la Sala Político-Administrativa, previamente, se pronunció acerca de la naturaleza jurídica del organismo descentralizado, concluyendo que:

* Trabajo presentado en el curso sobre *Derecho Administrativo Profundizado*, a cargo del Prof. Allan R. Brewer-Carías, Centro de Estudios de Post-Grado, Especialización Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela.

“atendiendo a su forma de creación, a los cometidos que le corresponde cumplir, a las características de su patrimonio, así como al control que sobre ésta ejerce el Concejo a través de la Dirección de Hacienda Municipal, es indudable que se está en presencia de un ente funcionalmente descentralizado del Municipio...”

Previo a esta conclusión, la Sala expresó lo siguiente:

“...cuando se da origen al ente prevaleciéndose de formas propias del derecho común, y obviando que su nacimiento sea la consecuencia del acto legislativo, se estaría en presencia entre otras, de fundaciones, sociedades civiles o mercantiles. Estas, no obstante que su procedimiento de creación concierne al derecho común y que su régimen principalmente obedecerá a ese ordenamiento jurídico, pueden ser consideradas personas jurídicas de derecho público si fueran creadas por ley y así expresamente queda consagrado...”

Partiendo de esta aseveración del sentenciador se plantea la idea de revisar si efectivamente es factible, que una Fundación pueda ser creada mediante una ley; siendo éste el punto sobre el cual versará, principalmente, el análisis.

Para ello, se revisarán las disposiciones legales vigentes referidas al tema en nuestro ordenamiento jurídico; la jurisprudencia y la doctrina, para finalmente formular algunas conclusiones.

I.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL 15 DE JULIO DE 1992 EMANADA DE LA SALA POLITICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CASO: ARQUIMEDES FAJARDO

1. *La Sentencia*

A. *Los Hechos*

En fecha 14 de agosto de 1991, los ciudadanos Aron Varela, Alí Alejandro Contreras, Alexi Valero, Pedro R. Alarcón, Rafael Rivas, Julio E. Guillén y Rafael Rojas, asistidos de abogado, mediante escrito presentado por ante el Juzgado del Distrito Sucre de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, tal y como lo permite el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, solicitaron el envío a la Corte Suprema de Justicia de la solicitud, formulada de acuerdo a lo previsto en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, de pérdida de investidura del ciudadano ARQUIMEDES FAJARDO, Alcalde del Municipio Autónomo del Estado Mérida, invocando para ello el artículo 67 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

B. *Argumentos de los recurrentes*

La referida solicitud se fundamentó en lo siguiente:

1.- Que el artículo 67, ordinal 3, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, contempla como prohibición a los Alcaldes y Concejales, “...Desempeñar cargos de cualquier naturaleza en la administración municipal o distrital o en Institutos Autónomos, Fundaciones, Empresas, Asociaciones Civiles y otros organismos descentralizados del Municipio o Distrito”.

2.- Que no obstante lo anterior, mediante Ordenanza de fecha 22 de abril de 1991, publicada en *Gaceta Oficial* N° 26, se creó la “Fundación Yohama”, en cuyo texto se designa como su Presidente, al Alcalde del Municipio Autónomo Sucre del Estado Mérida, lo que se

desprende del contenido del artículo 10 de la referida Ordenanza, en el que se expresa que “La Junta Directiva estará integrada por un Presidente Honorario que será la persona que ejerza o presida la Alcaldía”, configurándose así una violación del artículo 67, ordinal 3, precedentemente citado.

3.- Que en vista de tal violación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 ejusdem, procedieron a solicitar al Concejo Municipal del Municipio Autónomo Sucre del Estado Mérida, la pérdida de la investidura del ciudadano ARQUIMEDES FAJARDO, Alcalde del mismo Municipio, solicitud ésta que no fue resuelta en el lapso establecido para ello -treinta (30) días- a que se contrae el último aparte del artículo 68 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

C. *Argumentos del representante de la Alcaldía*

El abogado Alirio Naime, “con el carácter de apoderado judicial especial del Concejo Municipal y de la Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Mérida”, adujo lo siguiente:

A.- Los recurrentes han distorsionado en forma maliciosa los términos de la Ordenanza que crea la Fundación YOHAMA, al decir que “fue designado como su Presidente el Alcalde del Municipio Autónomo Sucre del Estado Mérida, como se desprende del contenido del artículo 10 de la Ordenanza”, cuando en realidad el citado artículo establece que: “La Junta Directiva estará integrada por un *Presidente Honorario* (Subrayado del representante de la Alcaldía) que será la persona que ejerza la Alcaldía...”.

B.- Como consecuencia de lo anterior, el primer pronunciamiento debería referirse a la ilegalidad de la Ordenanza Municipal, en caso de contravenir lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, cuestión ésta que no fue solicitada por los recurrentes.

C.- El ordinal 3 del artículo 67 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, exige presuntamente desempeñar cargos en la Administración Municipal o Establecimientos Públicos Municipales, y al ser la presidencia honoraria, como todo HONOR, es una “...concesión que se hace a favor de uno para que use el título y posee minencia (sic) de un cargo o empleo como si realmente lo tuviera, aunque le falte el ejercicio y no goce de gajes algunos” (sic), resulta subsumible en la hipótesis de ley, pues “en ningún caso, la Ordenanza atribuye competencias administrativas al Alcalde en su carácter de Presidente Honorario”.

D.- La fundación YOHAMA es una Fundación de derecho privado, lo que se desprende del artículo 5 de la Ordenanza que la define como “una persona jurídica de derecho privado”, y de su composición patrimonial, ya que el aporte de la Alcaldía se limita a ochenta mil bolívares (Bs. 80.000,00) es decir, aproximadamente el siete y medio por ciento (7.5%) de la totalidad del patrimonio, mientras que la Ley Orgánica de Régimen Municipal, exige - en su artículo 48- para considerar una Fundación como Municipal, “que el Municipio haya incorporado bienes en proporción mayor al cincuenta por ciento (50%) en la formación de su patrimonio.”

E.- La Ordenanza que crea la Fundación Yohama, atribuye las competencias administrativas en forma exclusiva al Director General, no pudiendo el Alcalde ejercerlas y por ello afirma “no hay una sola firma de dicho funcionario en realización de actos de disposición o administración”.

D. *La decisión de la Corte*

La Sala Político - Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha quince (15) de julio de mil novecientos noventa y dos declaró con lugar, la solicitud por ante ella formulada de pérdida de la investidura del ciudadano Arquímedes Fajardo, orde-

nando su desincorporación inmediata del cargo de Alcalde del Municipio Autónomo Sucre del Estado Mérida, basándose en los siguientes argumentos:

La solicitud de conformidad con el artículo 68 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se concreta en requerir la “desincorporación del ciudadano Arquímedes Fajardo” del cargo de Alcalde del Municipio Autónomo Sucre del Estado Mérida, invocándose como causal para tal pedimento, la contravención a lo dispuesto en el artículo 67, ordinal 3º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el cual establece la prohibición de “Desempeñar cargos de cualquier naturaleza” en la administración municipal o distrital o en Institutos Autónomos, Fundaciones, Empresas, Asociaciones Civiles y otros organismos descentralizados del Municipio o Distrito”.

Considera la Sala que, previamente, deberá pronunciarse sobre “la naturaleza jurídica del organismo descentralizado denominado Fundación Yohama”, a objeto de determinar, si se trata, por su naturaleza y régimen jurídico, de una fundación municipal o si, por el contrario no tiene ese carácter.

Continúa expresando, que la norma de creación del ente público descentralizado va a determinar si se han asumido formas típicas del derecho público o del derecho privado y como consecuencia de ello variará el régimen jurídico aplicable.

Estima la Sala que, para identificar la naturaleza del ente se hace necesario atender a diversos criterios que lo revelen, entre otros: la participación directa o indirecta de la entidad territorial en su patrimonio, la asignación de objetivos propios de la administración estatal, los mecanismos para otorgarle los recursos y en fin, cualquier otra circunstancia reveladora de una partición estatal decisiva en la dirección del ente en cuestión.

Opina asimismo, que el acto de creación tiene particular importancia y puede hacer innecesaria la búsqueda de criterios auxiliares. Sostiene que, ello ocurre, cuando el acto de creación es el propio del derecho público, como acontece cuando se acude a un acto jurídico de rango legal para crear una persona jurídica y en ese mismo texto se la dota, de patrimonio propio distinto y separado del fisco nacional, estatal o municipal según sea el caso; todo lo cual es determinante de su naturaleza pública.

Por otra parte, considera la Sala, que cuando se da origen al ente prevaliéndose de formas propias del derecho común, y obviando que su nacimiento sea la consecuencia del acto legislativo, se estaría en presencia entre otras, de fundaciones, sociedades civiles o mercantiles. *Estas, no obstante que su procedimiento de creación concierne al derecho común y que su régimen principalmente obedecerá a ese ordenamiento jurídico, pueden ser consideradas personas jurídicas de derecho público si fueran creadas por ley y así expresamente queda consagrado.* (Subrayado mío)

Planteada la formulación general del caso, la cual perseguía dar una visión global del mismo, corresponde proceder a analizar el alcance de esta aseveración de la Sala.

A tal efecto, se formula la siguiente pregunta:

II. ¿EXISTE REALMENTE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS FUNDACIONES PUEDAN SER CREADAS POR LEY Y, EN CONSECUENCIA, SER CONSIDERADAS PERSONAS PUBLICAS DE DERECHO PUBLICO?

Como se indicó al inicio, se comenzará por revisar las disposiciones legales referidas al tema, lo que ha expresado la doctrina al respecto y antecedentes jurisprudenciales; para finalmente presentar algunas conclusiones.

1. *Las disposiciones legales*

Nuestro Código Civil en su artículo 19 ordinal 3, hace referencia a las personas jurídicas, capaces de obligaciones y derechos, mencionando, entre otras, a “las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado; señalando asimismo, que éstas adquirirán la personalidad con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos.

De manera que, de conformidad con lo preceptuado en el Código Civil, las personas jurídicas de derecho privado se constituyen de acuerdo a los mecanismos fundacionales o asociativos allí previstos, encontrándose dentro de éstas las Fundaciones.

Las FUNDACIONES han sido definidas por el Dr. José Luis Aguilar Gorrondona como “un conjunto de bienes atribuidos exclusiva y permanentemente a la consecución de un fin¹”.

Por su parte, el Dr. Allan Brewer-Carías las considera “una universalidad de bienes dotada de personalidad jurídica, es decir, un patrimonio destinado a un fin de utilidad general, y por tal razón, protegido por el ordenamiento jurídico mediante la concesión de la personalidad jurídica”²

Mientras que, Heri Lehmann ha conceptualizado a la Fundación como “una organización autónoma reconocida como titular de derechos para la realización de un fin permanente suprapersonal, determinado en el acto de fundación por voluntad del fundador, siendo dicha organización susceptible de estar dotada de un patrimonio y no consistiendo en una agrupación de personas”³

En Venezuela, las normas que se refieren a las Fundaciones, en principio se reducen a los Artículos 19 al 23 del Código Civil, lo que ha llevado a la Doctrina a catalogar a las Fundaciones como entes de derecho privado, en virtud de lo cual, habrán de ser creadas cumpliendo las formalidades allí exigidas.

Diferente es el caso de las personas de derecho público, las cuales son creadas atendiendo a las formas jurídicas originarias del derecho público, bien sea por la Constitución (República, Estados y Municipios), o por la ley (establecimientos públicos corporativos: Banco Central de Venezuela y establecimientos públicos institucionales: Institutos Autónomos).

Siendo uno de las cuestiones más debatidas, tanto por la doctrina nacional como por la doctrina extranjera, el determinar un criterio de distinción entre las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado.

Mencionándose, entre otros, los siguientes criterios de distinción:

1.- El del origen o creación del ente: son personas públicas las creadas por el Estado; y personas privadas, las que nacen por la voluntad de los particulares y solo han sido reconocidas por el Estado.

¹. Aguilar Gorrondona, José Luis. *Derecho Civil. Personas*. Octava edición. Editorial Arte. Manuales de Derecho Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1985, Pág. 388.

². Brewer-Carías, Allan R. *Las Fundaciones y su control por el Estado*. Revista de Derecho Público N° 17. Enero-Marzo 1984. Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 5.

³. Lehmann, Henri. *Las Fundaciones en el Derecho Alemán*, en Revista Jurídica Argentina. Tomo XIII. Pág. 217.

2.- El del fin propio de la persona jurídica : según esta tesis, el carácter público o privado de las personas jurídicas viene determinado por el tipo de fines públicos o privados que realizan ⁴.

3.- El de la posición asumida por la entidad: si la entidad aparece investida de los poderes de imperio, se trata de una persona pública. Por el contrario, las personas privadas, carecen de poderes de imperio.⁵

4.- El del encuadramiento en la organización estatal: la distinción entre personas públicas y personas privadas es la integración o no de las mismas a la organización general del Estado ⁶.

5.- El del régimen jurídico a que están sometidas dichas entidades: son personas públicas todas aquellas cuya organización y funcionamiento estén regidos en todo o en parte de normas de derecho público. Son personas privadas aquellas cuya organización y funcionamiento estén exclusivamente regidas pro el derecho privado.

Sin embargo, en opinión del Dr. Allan Brewer-Carías, en la actualidad, el derecho positivo y la teoría jurídica nos muestran, en realidad, solo dos criterios para afrontar la multitud de realidades personificadas del Estado: la integración o no, no de la persona jurídica a la estructura general del Estado (que formen o no, parte de la denominada Administración descentralizada); y la forma jurídica adoptada por la entidad, ea originaria del derecho público u originaria del derecho privado.⁷

En efecto, en relación al primer grupo, es la propia Constitución la que da origen a la distinción, en su artículo 124.

Por su parte, el Código Civil, al enumerar en su artículo 19 a las personas jurídicas menciona a las personas político territoriales, Iglesias y Universidades, y hace referencia a que también son personas jurídicas "*todos los seres o cuerpos morales de carácter público*", y esta expresión, no puede ser tomada sino en sentido formal: personas jurídicas de derecho público, pues *el ordinal siguiente del mismo artículo identifica a las personas de derecho privado: "Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado", cuya personalidad se adquiere mediante la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna respectiva.* La distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado, resulta entonces evidente del propio artículo 19 del Código Civil, y entre otros elementos de distinción está el dato de la adquisición de la personalidad: en las personas jurídicas de derecho público generalmente es ex lege o en virtud de la Constitución, en cambio, en las personas jurídicas de derecho privado es en virtud de la protocolización o registro de su acta constitutiva.

Tomando el criterio de la integración de los sujetos de derecho a la organización general del Estado como criterio de distinción de los sujetos de derecho, resultan dos tipos de personas jurídicas: personas jurídicas estatales y no estatales ⁸

4. Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I. Parte General. Undécima edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1989. Pág. 324.

5. Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Séptima edición. Caracas, 1988. Pág. 381.

6. Brewer-Carías, Allan Randolph. "*La Distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho*", en Revista de la Facultad de Derecho N° 57, Pág. 121.

7. Brewer-Carías, Allan Randolph "*La Distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho*" en Revista de la Facultad de Derecho. N° 57, Pág. 126.

8. Brewer-Carías, Allan Randolph. *Estado de Derecho y Control Judicial*. Instituto Nacional de

Dentro de las personas jurídicas estatales, haremos una breve referencia, a las personas jurídicas con forma de derecho privado constituidas por el Estado, denominadas fundaciones del Estado, sometidas a un régimen preponderantemente de derecho privado y a un régimen de estricto control a través de los medios fundacionales.

Se trata de una forma jurídica frecuentemente utilizada por el Estado para la realización de sus propios fines de utilidad general. Es decir, el Estado y los diversos entes públicos que lo componen, con frecuencia actúan como fundadores constituyendo y dirigiendo fundaciones, que son, como se dijo personas jurídicas de derecho privado que siempre realizan una actividad de utilidad pública y que, además, el Estado, o utiliza como instrumento directo de su acción o subvenciona para fomentar actividades particulares⁹.

Con respecto a estas personas jurídicas de derecho privado, debe señalarse que no perderán su condición de tales porque exista una voluntad expresa del Estado que decida crearlas, *sin embargo, no adquirirán existencia propia sino a partir del cumplimiento de las mismas formalidades legales exigidas a los particulares.*

Como bien lo ha expresado la Procuraduría General de la República: “La concepción puramente civilista que forma parte de nuestra tradición legal, la encontramos presente en los Estatutos de las Fundaciones creadas por el Estado en disposiciones como ésta:

“Las situaciones no previstas en el Derecho que ordena la creación de la Fundación, el Acta Constitutiva y estos Estatutos, se regirán por las disposiciones del Código Civil y demás normas legales que les sean aplicables¹⁰”

Asimismo, el carácter de “fundación del Estado”, deriva no sólo del hecho de ser constituidas y dirigidas por entes estables, sino también del hecho de que el aporte de bienes y derechos realizados por dichos entes, lo sean en una proporción superior al 50% y siempre que conserven la dirección de la fundación.

Por otra parte, tal y como lo señala el artículo 20 del Código Civil:

“Las fundaciones sólo podrán crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social.”

Siendo que, este “objeto de utilidad general”, exigencia común para todas las fundaciones, está muy vinculado a los objetivos y deberes que señala la Constitución al Estado, por lo cual la acción del Estado como fundador debe estar orientada al cumplimiento de objetivos que sean de utilidad general. De allí que la constitución de una Fundación por parte del Ejecutivo, en el fondo, no obedece sino a razones de organización administrativa.

Así pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto N° 677 contentivo de las Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones privadas similares¹¹, “se consideran fundaciones del Estado a los efectos del presente Decreto aquellas en cuyo acto de constitución haya participado cualquiera de los entes señalados en el artículo 2, de tal forma que su patrimonio inicial en más de un cincuenta por ciento (50%) se haya hecho con aporte de dichos entes o cuando su patrimonio pase a estar integrado, en la misma proporción, por aporte a los referidos entes, independientemente de quienes hubieren sido sus fundadores”.

Administración Pública. Alcalá de Henares. Madrid (España). 1987. Pág. 556 560.

⁹. Brewer-Carías, Allan. *Las Fundaciones y su Control por el Estado*. Revista de Derecho Público N° 17. Enero-Marzo 1984. Editorial Jurídica Venezolana. Págs. 6 y 7.

¹⁰. *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1984. Tomo I. Pág. 289.

¹¹. Publicado en la *Gaceta Oficial* N° 3.574. Extraordinaria del 21 de junio de 1985.

Para que el Estado pueda crear estas fundaciones, debe mediar un Decreto del Presidente de la República, en el cual se ordena que se proceda a constituir la fundación y en el que se determina su objeto y la integración de su patrimonio. Sin embargo, como se señaló anteriormente, *la fundación no adquirirá existencia propia sino a partir de la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente.*

Día a día han sido mayores las regulaciones dictadas para esta categoría de personas de derecho privado, regulaciones éstas contenidas en leyes orgánicas, leyes ordinarias, reglamentos e instructivos. Sin embargo, no por ello pierden su naturaleza jurídica de personas de derecho privado, pues el régimen jurídico aplicable no constituye un factor que influya sobre su naturaleza.

Así, la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario¹² regula por separado a las personas jurídicas de derecho público (artículo 1, ordinal 3º) y a las sociedades con participación pública (artículo 1, ordinal 4º). Prueba evidente de que estas últimas no son consideradas como personas jurídicas de derecho público se encuentran expresamente mencionadas en el ordinal 3º del artículo 1. Si la intención del legislador hubiese sido la de englobar aquellas dentro de éstas, simplemente las hubiera considerado comprendidas dentro del ordinal 3º del artículo 1, referido expresamente a las personas de derecho público, y no las hubiese enunciado, en el ordinal 4º, como estructuras jurídicas distintas a las personas de derecho público.

Con la Ley Orgánica de Crédito Público¹³ ocurre un fenómeno similar. El artículo 2 en su ordinal 1º hace referencia expresa a las personas jurídicas de derecho público. En cambio, a las sociedades en las cuales la República u otros entes de derecho público tienen una determinada participación se refiere concretamente el ordinal 2º, como formas organizativas distintas a las personas de derecho público, sometiéndolas a un régimen diferente al previsto para las citadas personas jurídicas de derecho público.

Por último, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público¹⁴ al determinar el concepto de patrimonio público (artículo 4), considera a las sociedades con participación pública igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social (ordinal 4º) y a las fundaciones (ordinal 6º) como organismos distintos a las personas jurídicas de derecho público, a las cuales alude el ordinal 3º.¹⁵

Tal y como lo ha sostenido, la Procuraduría General de la República:

“...la circunstancia de ser la República de Venezuela quien afecta un patrimonio público en forma permanente para... fines establecidos ... pudiera llevar a pensar que nos encontramos con un ente de naturaleza pública, que usa la denominación de una figura del derecho privado pero que está sometida a toda la normativa reguladora de aquellos. La Procuraduría no lo ha considerado así, pues “al elegir” la vía de la constitución de un ente típico de derecho privado como lo es una “fundación”, la República se sometió al propio ordenamiento legal que ella ha establecido para la creación y regulación de personas jurídicas de esta especie. De acuerdo con nuestra ley, la manifestación o declaración de voluntad del “fundador” debe protocolizarse a fin de que nazca o se produzca la personalidad jurídica de la “fundación”, la cual no nace en nuestro ordenamiento jurídico de un acto de “concesión” del Estado, sino de una “verificación” o mera “certificación” que no se encuentra sujeta a la discrecionalidad propia de los procedimientos y actos concesorios. No hay en el sistema

¹². Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.718. Extraordinario del 26 de abril de 1994.

¹³. Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 35.077 Extraordinaria del 26 de octubre de 1992.

¹⁴. Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 3077 Extraordinario del 23 de diciembre de 1982.

¹⁵. Caballero Ortíz, Jesús. *Los Institutos Autónomos*. Tercera edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995.

positivo venezolano ninguna vía legal diferente de ésta para constituir una “fundación” sin que se puedan distinguir al efecto entre los casos en que el “fundador” es una persona pública, de los casos en que lo es una persona privada” (Subrayado mío).

La clasificación hecha hasta ahora por la doctrina, en torno a la figura de la fundación, entendemos que ha sido realizada en base a los sujetos que actúan como fundadores, a la organización estatutaria que se adopta y que vincula o no al ente fundacional con los entes públicos fundadores, no en base a establecer una distinción entre personas de derecho público o de derecho privado¹⁶.

En este sentido 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 estatales¹⁷ (Subrayado mío).

De allí que los decretos mediante los cuales se ordena la creación de una fundación, entre otras normas, son fundamentados en el Código Civil; establecen disposiciones para que el Procurador General de la República elabore el acta constitutiva y los estatutos para su creación; así como, suelen expresar que su liquidación procederá conforme a las normas sobre la materia.

Resumiendo, puede señalar que las fundaciones son creadas de acuerdo con el sistema establecido en el Código Civil, por lo cual son entes privados, aún cuando su constitución derive de la voluntad de una persona pública que puede ser el Estado, u otra de cualquier naturaleza tanto territorial como institucional¹⁸.

Con base en todas las consideraciones precedentemente expuestas y, en relación a la afirmación de la Sala Político-Administrativa acerca de que las Fundaciones pueden ser creadas por ley, surge la pregunta: ¿Existe realmente tal posibilidad? ¿En qué casos podrían ser creadas mediante una ley?

En principio, en la investigación realizada para la elaboración de este trabajo, no se encontró Fundación alguna creada a través de una ley; solamente se conoció un caso en el cual, mediante una Ordenanza se reformaron los Estatutos de una denominada “Fundación Caracas”, la cual había sido creada por Acuerdo del Concejo Municipal del Distrito Federal.¹⁹

Por otra parte, la Sala en la sentencia analizada expresa: “...los entes descentralizados, nacionales, estatales o municipales, pueden ser creados de conformidad con normas de derecho público o de acuerdo con las reglas del derecho común. Así, la previsión constitucional que establece reserva legal en esa materia, solo por ley pueden crearse los institutos autónomos. (artículos (sic) 230).

¹⁶. *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1986*. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1990. Págs. 218.

¹⁷. *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1990*. Fundación Procuraduría General de la República 1990. Caracas, 1992. Pág. 78.

¹⁸. Rondón de Sansó, Hildgard. *Teoría general de la actividad administrativa*. Ediciones conjuntas Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela. 2ª edición Caracas, 1986, Pág. 213.

¹⁹. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Oficial* N° 1644 Extraordinario del 29-4-74.

De otra parte, sociedades mercantiles, *fundaciones*, asociaciones civiles, formas jurídicas propias del derecho privado..., *son creadas... conforme a las normas del derecho común...*”

En consecuencia, conforme a lo por ella misma expresado, así como de la revisión de las disposiciones legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, así como, de lo que la doctrina ha señalado en relación a la forma de creación de las personas jurídicas de derecho privado denominadas “fundaciones”, no encontramos otra forma diferente para la creación de éstas, que no sea lo que al efecto dispone el derecho común.

La Sala pareciera contradecirse con la aseveración que ella misma hace acerca de que las Fundaciones pueden ser creadas por ley, cuando después de transcribir el artículo 48 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el cual señala que “Las fundaciones municipales son universalidades de bienes creadas por el Municipio, solo o conjuntamente con otras entidades locales con personalidad jurídica con fines culturales, sociales o benéficos y en cuyo patrimonio el Municipio haya incorporado bienes en proporción mayor al cincuenta por ciento (50%)” concluye que: *“la disposición transcrita no hace mención respecto del instrumento por cuyo intermedio ha de crearse la fundación municipal como tampoco ocurre cuando se refiere a las asociaciones civiles y las empresas municipales por lo que... tales personas jurídicas han de ser creadas cumpliendo las formalidades exigidas por el derecho común, vale decir y en concreto para el caso de las fundaciones atendiendo a las disposiciones contenidas en el artículo 19, ordinal 3° del Código Civil...”*

De manera que como puede apreciarse, del propio texto de la sentencia emergen criterios disímiles: por una parte, se plantea la posibilidad de que las fundaciones puedan ser creadas por ley; y, por otra parte, se sostiene que las fundaciones han de ser creadas cumpliendo las formalidades del derecho común.

En relación a ello, es conveniente traer a colocación, lo expresado por la misma Sala, con respecto a la naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela (caso: Leopoldo Díaz Bruzual), en sentencia de fecha 15 de julio de 1985:

“Sabido es que no existe un criterio uniforme en la doctrina jurídica acerca de cuáles son los elementos que deben aparecer o concurrir para que a una persona se le atribuya la calificación de pública. Tomando en cuenta que para ciertos autores lo característico es que sea creada por un acto de derecho público (ley o decreto), que para otros el elemento esencial es la pertenencia del poder accionario (exclusividad o mayoría del Estado o de alguna otra entidad pública); quienes hay que encuentran el fundamento en los privilegios de derecho público de que disfrute el ente creado; y para otros en fin, la razón básica es la capacidad de realizar actos de derecho público que le haya sido otorgada...”

“...En lo que se refiere al Banco Central de Venezuela, su creación por Ley de la República no puede ser considerada como fundamento para tal calificación. En efecto, como se ha visto, se trata del mismo instituto que fue creado por la Ley del 8 de septiembre de 1939, y entonces, tanto en cuanto a su sustancia como en cuanto a su forma, fue considerado como una empresa privadas... (Subrayado mío).

...En el derecho venezolano la sola creación de un ente por un acto de derecho público, no obliga a que se le declare persona pública...”

(Subrayado mío)

...Luego, la existencia del Banco como persona jurídica tiene como único y exclusivo sustento el conjunto de normas de derecho privado comercial que rige la constitución, organización y desenvolvimiento de las compañías anónimas²⁰...

Como bien puede evidenciarse, existe una contradicción respecto a lo que afirma la Sala en la sentencia analizada de fecha 15 de julio de mil novecientos noventa y dos, en cuanto a que: "...cuando se da origen al ente prevaliéndose de formas propias del derecho común, y obviando que su nacimiento sea la consecuencia del acto legislativo, se estaría en presencia entre otras, de fundaciones, sociedades civiles o mercantiles. Estas, no obstante que su procedimiento de creación concierne al derecho común y que su régimen principalmente obedecerá a ese ordenamiento jurídico, pueden ser consideradas personas jurídicas de derecho público si fueran creadas por ley y así queda expresamente consagrado"; y la del 18-07-85, donde manifiesta: "...En el derecho venezolano la sola creación de un ente por un acto de derecho público, no obliga a que se le declare persona pública."

En consecuencia, corresponderá a la propia Corte unificar sus criterios a fin dejar en claro la posición adoptada al respecto; en razón de lo cual:

1.- Habrá que esperar una nueva decisión del Alto Tribunal que permita establecer definitivamente, si las Fundaciones, efectivamente, pueden ser creadas por ley; y, si el acto de creación del ente, es determinante a los fines de establecer si se trata de personas jurídicas de derecho público o de derecho privado; y, en consecuencia, sometidas preponderantemente a un régimen de derecho público o de derecho común.

2.- Aunque se haya aludido a la posibilidad de crear fundaciones mediante leyes, a riesgos de ser calificada como conservadora, me parece inconveniente en la medida en que, siendo la fundación una figura con una vasta tradición y estando los requisitos para su constitución establecidos en el derecho común, no parece prudente no conveniente recurrir a la creación de tales entes mediante modos de derecho público sin que no se incurra en el riesgo de estar originando una nueva modalidad.

De hecho en otra parte de la decisión analizada, manifiesta la Sala: "...que no puede considerársele a la llamada Fundación Yohama como una persona jurídica de derecho privado, e incluso habida cuenta de la ausencia de sustrato personal podría estimarse que su naturaleza se corresponde a la del instituto autónomo municipal."

Toda vez que, tal y como expresa la Sala: "...atendiendo a su forma de creación, a los cometidos que le corresponde cumplir, a las características de su patrimonio así como al control que sobre ésta ejerce el Concejo a través de la Dirección de Hacienda Municipal, es indudable que se está en presencia de un ente funcionalmente descentralizado de Municipio..."

En relación a ello, debe señalarse que:

Los entes descentralizados funcionalmente, tales como, los Institutos Autónomos sólo pueden ser creados por el Estado mediante ley y, al requerirse la vía legal para la creación de éstos, la transferencia de competencia puede efectuarse sin ningún tipo de obstáculos, ya que la ley puede modificar la asignación inicial de competencia.

En caso de que la descentralización se vaya a realizar mediante la creación de personas jurídicas con formas de derecho privado no es necesario que el sujeto de derecho sea creado por Ley, por cuanto el Ejecutivo puede crear personas jurídicas a través de los medios del derecho privado, caso típico, constituyendo una Fundación por la vía del registro público. Sin embargo, el sólo hecho de que no se requiera o no se utilice la vía legislativa para crear

²⁰. Gaceta Forense. Corte Suprema de Justicia. Tercera Etapa. Año 1985 (Julio a Septiembre). Vol. N° 129. Págs. 154 y 155.

estos entes implica una limitación, por cuanto no se le pueden transferir competencias que están específicamente asignadas, por ley, a un ente de la Administración Central²¹.

Es de observar que, las Fundaciones y los Institutos Autónomos son entes más o menos afines, por cuanto ambos son constituidos con un patrimonio destinado a un fin de utilidad general, a los cuales se les dota de personalidad jurídica; sin embargo, la diferencia fundamental entre ambos radica en su forma jurídica de creación, toda vez que, la creación de los Institutos Autónomos es de la reserva legal y, es precisamente por ley o en virtud de la ley que lo obtienen personalidad jurídica de derecho público²²; mientras que las Fundaciones no, ya que éstas son creadas cumpliendo las formalidades del derecho común, establecidas en el Código Civil y, es con la protocolización de su acta constitutiva que adquieren personalidad jurídica.

En definitiva, en las personas de derecho público, se encuentra siempre presente un acto del poder público que las crea, mientras que las personas jurídicas de derecho privado, se constituyen de acuerdo a los mecanismos previstos en el Código Civil²³ o en el Código de Comercio.

En razón de lo expuesto, debe señalarse que, salvo este caso tan particular, donde se denomina Fundación al ente creado mediante una Ordenanza (ley local) y, no obstante haberse intentado su obtención, mediante la revisión de Gacetas Oficiales de varios años atrás, no se encontró ninguna "fundación" creada por ley.

CONCLUSIONES

1.- La denominada "Fundación Yohama" no puede ser considerada como tal desde el momento en que no se cumplió para su constitución con las formalidades exigidas por el derecho común;

2.- En la medida que fue creada mediante una ley, más allá de lo afirmado en la Ordenanza, en un ente de carácter público, cuya naturaleza se corresponde "a la del instituto autónomo municipal";

3.- Y, siendo un ente de derecho público y, al estar el ciudadano Arquímedes Fajardo, investido de la condición de Alcalde del Municipio Autónomo del Estado Mérida, no podía aceptar otro destino administrativo dentro del Municipio, por lo cual, su conducta se encontraba subsumida en el supuesto legal punible y, en razón de ello procedió su remoción.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar Gorronzona, José Luis, Derecho Civil. Personas. Octava Edición. Editorial Arte. Manuales de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1985

Brewer-Carías, Allan Randolph, La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho. Revista de la Facultad de Derecho N° 57. U.C.V.

Estado de Derecho y Control Judicial. Instituto de Administración Pública. Alcalá de Henares. Madrid, 1987

²¹. Brewer-Carías Allan. *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991. Pág. 75.

²². Brewer-Carías, Allan R. *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública. Alcalá de Henares. Madrid, 1987.

²³. Caballero Ortiz, Jesús. Op. Cit. Pág. 51.

Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991

Caballero Ortíz, Jesús, Los Institutos Autónomos. Tercera edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991

Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General. Undécima edición. Editorial Tecnos, S. A. Madrid 1989

Lares Martínez, Eloy, Manual de Derecho Administrativo. Séptima edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1988

Lehmann, Henri, Las Fundaciones en el Derecho Alemán. Revista Jurídica Argentina. Tomo XIII

Rondón de Sansó, Hidelgard, Teoría General de la Actividad Administrativa. 2da. edición. Ediciones conjuntas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1986.

Doctrina de la Procuraduría General de la República 1986. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1990

Doctrina de la Procuraduría General de la República 1990. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1992

Gaceta Forense. Corte Suprema de Justicia. Tercera etapa. Año 1985 (Julio a Septiembre). Vol. I