

## Artículos

### *La Descentralización Funcional\**

Jesús Caballero Ortiz  
Profesor de Derecho Administrativo  
en la Universidad Central de Venezuela

#### SUMARIO

##### I. DESCENTRALIZACION TERRITORIAL Y DESCENTRALIZACION FUNCIONAL.

1. *La descentralización funcional en Francia.*
2. *La descentralización funcional en España.*
3. *La descentralización funcional en Italia.*
4. *La descentralización funcional en Venezuela.*

##### II. FORMAS JURIDICAS DE LA DESCENTRALIZACION FUNCIONAL.

1. *El establecimiento público francés.*
2. *Los entes descentralizados en España.*
3. *La clasificación aportada por la doctrina venezolana.*
4. *Las formas jurídicas en los proyectos de ley.* A. Proyecto de Ley Orgánica de instituciones autónomas de 1961. B. Proyecto de Ley Orgánica de institutos autónomos y empresas del Estado de 1968. C. Proyecto de Ley Orgánica de entidades descentralizadas de 1971. D. Proyecto de Ley Orgánica de la Administración descentralizada de 1976.

##### I. DESCENTRALIZACION TERRITORIAL Y DESCENTRALIZACION FUNCIONAL

El contenido fundamental del término descentralización se vincula a la idea de las colectividades locales que, aunque englobadas en una colectividad más vasta, se administran ellas mismas<sup>1</sup>. La descentralización implica, por tanto, una cierta autonomía local. Tal tipo de descentralización se denomina comúnmente descentralización territorial. El Derecho Administrativo conoce además otro tipo de descentralización, la llamada, utilizando la terminología francesa, descentralización por servicios, calificada también como funcional técnica o especial<sup>2</sup>.

La primera —la descentralización territorial— reposa sobre una base geográfica y conlleva la creación de personas públicas territoriales: los estados y los municipios. La segunda conlleva la creación de una persona jurídica especial a la cual se le encomienda una actividad determinada. El término *especial* con el cual calificamos a estas personas jurídicas obedece a la actividad particular que le es asignada, por oposición a la descentralización territorial, que da lugar a colectividades territoriales

\* En las notas se han utilizado las siguientes abreviaturas: BOE: Boletín Oficial del Estado, Madrid; CAP: Comisión de Administración Pública; CFTA: Revista Control Fiscal y Técnica Administrativa; DPGR: Doctrina de la Procuraduría General de la República; FGR: Fiscalía General de la República; GO: Gaceta Oficial, número ordinario; GOE: Gaceta Oficial, número extraordinario; RAP: Revista de Administración Pública, Madrid; SPA-CSJ: Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

1. Véase André De Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, Tomo I, París, 1973, p. 88.
2. En consecuencia, estos términos pueden emplearse como sinónimos y así los utilizaremos en el presente artículo.

que tienen por finalidad la administración general de una determinada área geográfica<sup>3</sup>.

### 1. La descentralización funcional en Francia

No existe unanimidad en la doctrina francesa sobre el concepto *descentralización funcional o por servicios*. Eisenmann ha sostenido que la única forma de descentralización existente es la territorial, ya que la llamada descentralización por servicios corresponde más bien a una repartición de actividades al interior de la Administración<sup>4</sup>. Para el citado autor la noción de descentralización está vinculada al concepto de órgano no central, con competencia limitada a una fracción de la colectividad territorial<sup>5</sup>. En consecuencia, conforme a tal criterio, la creación de un instituto autónomo no implica necesariamente descentralización.

Otros autores consideran que para que pueda hablarse con propiedad de descentralización por servicios es necesaria la elección de los directores del organismo autónomo por los propios agentes y funcionarios técnicos del mismo<sup>6</sup>. En tal sentido se ha señalado que el establecimiento público cuyo jefe es designado discrecionalmente por la autoridad administrativa no puede constituir un servicio descentralizado<sup>7</sup>.

En cambio, de Laubadère<sup>8</sup>, y Vedel<sup>9</sup> no dudan en utilizar los términos descentralización por servicios para referirse a la creación de establecimientos públicos. Rivero, por su parte, reconoce que el término descentralización surge fundamentalmente con motivo de las relaciones entre el Estado y las colectividades locales, pero que indica también individualización de ciertos servicios que no se sitúan en una relación jerárquica, dotados de personalidad jurídica, de un patrimonio propio y de una cierta autonomía: se trata normalmente de los llamados establecimientos públicos<sup>10</sup>.

### 2. La descentralización funcional en España

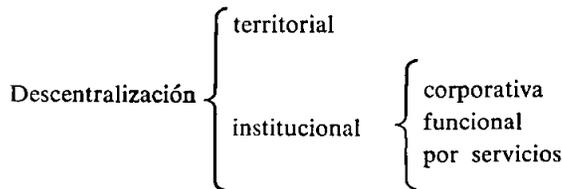
En España, un sector importante de la doctrina califica la descentralización funcional o por servicios como *descentralización institucional o administración institu-*

3. Véase sobre el particular André De Laubadère, *Traité... op. cit.*, p. 199. Alejandro Nieto ha negado la distinción basada en la universalidad de fines de los entes territoriales y los fines individuales y específicos de los entes no territoriales en "Entes territoriales y no territoriales", *RAP* Nº 64, enero-abril, 1971, p. 38: "...Ni la universalidad es característica de todos los entes territoriales ni todos los entes no territoriales se limitan a gestionar fines concretos". *loc. cit.*, p. 51. En nuestro criterio, mientras las excepciones permanezcan como tales, no se pueden negar los principios de carácter general.
4. Charles Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, París, 1947, pp. 23 y ss. En cambio, en Venezuela, la FGR ha sostenido que la "llamada descentralización territorial es una noción inútil, porque ella se limita a duplicar o reproducir el concepto de división político territorial de un país". Véase FGR, *Informe al Congreso de la República*, 1979, p. 175.
5. Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 39.
6. León Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, Tomo III, pp. 83 y ss.
7. Homont, *La déconcentration de services publics*, Bordeaux, 1948, p. 53.
8. André De Laubadère, *op. cit.*, p. 98.
9. Georges Vedel, *Droit Administratif*, París, 1973, p. 640.
10. Jean Rivero, *Droit Administratif*, París, 1980, p. 318.

*cional*<sup>11</sup>. Garrido Falla comienza por definir la descentralización administrativa en general bajo un punto de vista dinámico y otro estático. En un sentido dinámico es un fenómeno de transferencia de funciones o competencias de los órganos de la persona jurídica estatal, a las demás personas jurídicas públicas. Estas, en su conjunto, constituyen la administración indirecta del Estado, por lo que, en sentido dinámico, descentralización es la transferencia de competencias de la administración directa a la administración indirecta del Estado<sup>12</sup>. En cambio, en un sentido estático, descentralización significa existencia de competencias propias en manos de los entes que constituyen la administración indirecta<sup>13</sup>.

Garrido clasifica la descentralización en territorial e institucional. Esta última, a su vez, la subdivide en corporativa, funcional y por servicios.

Clasificación de la descentralización según GARRIDO FALLA (en la *descentralización administrativa*, 1967).



Debe entonces tenerse presente que la descentralización funcional y la descentralización por servicios no tienen para Garrido el mismo sentido que posee la expresión en el derecho francés. Para él son dos subtipos de la descentralización institucional<sup>14</sup>.

Comencemos por la descentralización corporativa; ésta, para Garrido se caracteriza por su base asociativa, por la existencia de un núcleo de intereses propios de los miembros de esas colectividades<sup>15</sup>. En cambio, la descentralización funcional y la descentralización por servicios dan lugar a la creación de entidades mediante la *técnica fundacional*: se trata de un patrimonio adscrito a un fin y una organización de medios personales y materiales para la consecución de ese fin<sup>16</sup>. La diferencia entre ambos tipos de descentralización radica en que la funcional equivale a descentralizar una función, es decir, el ejercicio de una potestad pública. La descentralización por servicios representa, en cambio, sólo actividades materiales, técnicas o de producción<sup>17</sup>. Ejemplo de descentralización funcional sería el caso del Instituto Nacional de Industrias, vinculado a la elaboración de un plan de acción estatal<sup>18</sup>; ejemplo de descentralización por servicios sería el caso de un hospital,

11. Véase por ejemplo, Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1976, p. 366. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1976, p. 133 y Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1979, p. 233.

12. Fernando Garrido Falla, *La descentralización Administrativa*, Costa Rica, 1967, p. 19.

13. *Ibidem*, p. 19.

14. *Ibidem*, p. 28.

15. *Ibidem*, pp. 49 y 55.

16. *Ibidem*, p. 67.

17. *Ibidem*, p. 68.

18. *Ibidem*, p. 68.

que no formula políticas de tipo general sino que presta un servicio directamente al público <sup>19</sup>.

En su Tratado de Derecho Administrativo <sup>20</sup> Garrido Falla mantiene con algunas variantes la anterior clasificación. Allí divide las entidades institucionales en corporaciones (a las que ya antes nos hemos referido), fundaciones y establecimientos públicos *personificados*.

Clasificación de GARRIDO FALLA en *Tratado de Derecho Administrativo* (1976).

Entidades Institucionales	{	Corporaciones
		fundaciones
		establecimientos públicos <i>personificados</i> .

La clasificación puede prestarse a confusión ya que los tres tipos de entidades son igualmente personificadas. Interesa por tanto precisar que la diferencia entre las fundaciones, o personas jurídicas fundacionales, y los establecimientos públicos personificados consiste en que en las primeras se confía el ejercicio de determinadas *actividades estatales* a las personas jurídicas creadas <sup>21</sup>. En los segundos —es decir, en los establecimientos públicos personificados— no se personifica una *función estatal* considerada en todo su amplitud; se personifica sólo un establecimiento concreto que sirve a la *ejecución del servicio* <sup>22</sup>. La diferencia, como asienta Baena del Alcázar, se refiere a la importancia de los intereses cuya gestión se les encomienda; no parece por tanto existir entre las dos categorías ninguna otra diferencia en cuanto a los rasgos fundamentales que las caracterizan desde un punto de vista jurídico <sup>23</sup>. En todo caso debe tenerse presente que tanto para Garrido, como para Baena, el término descentralización funcional se refiere únicamente a las personas jurídicas fundacionales, lo cual —como veremos— no es aplicable en el derecho venezolano.

La doctrina española no es unánime en cuanto a las clasificaciones antes mencionadas. Ariño Ortiz ha considerado que en el concepto *administración institucional* se ha incluido una amplia tipología de entes con la única nota característica de gozar de personalidad jurídica distinta del Estado. Por ello, distingue categóricamente entre instituciones y corporaciones <sup>24</sup>, razón por la cual no estudia estas últimas en su libro denominado precisamente *La Administración institucional* <sup>25</sup>. Sin embargo, un

19. *Ibidem*, p. 68.

20. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 366.

21. *Ibidem*, p. 369.

22. *Ibidem*, p. 370.

23. Mariano Baena del Alcázar, "Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración Central" en *RAP* Nº 44, p. 67.

24. La misma distinción es formulada por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, aún cuando respetan el término *entes de base fundacional*, para referirse a los entes institucionales. Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1977, p. 208.

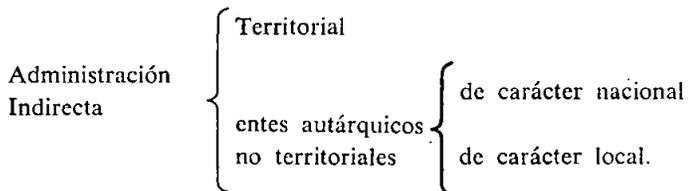
25. Gaspar Ariño Ortiz, *La Administración institucional (Bases de su régimen jurídico)*, Madrid, 1974, p. 24.

sector de la doctrina española continúa utilizando el término administración institucional para referirse a la descentralización no territorial, clasificándola en corporativa y fundacional <sup>26</sup>.

### 3. *La descentralización funcional en Italia*

Veamos ahora cómo se presenta el problema de la descentralización funcional en Italia. Dentro de la llamada administración indirecta Alessi comprende los llamados entes autárquicos no territoriales, cuya distinción radica en poseer cometidos específicos, perfectamente determinados por la ley <sup>27</sup>. Los clasifica en entes de carácter nacional y de carácter local.

Clasificación de Renato ALESSI.



Sandulli los denomina entes autárquicos institucionales <sup>28</sup>, dentro de los que incluye las cámaras de comercio y de agricultura, los colegios profesionales y los entes estatales o instrumentales del Estado <sup>29</sup>. Por su parte, Giannini habla de entes auxiliares, los cuales clasifica en instrumentales, de servicio, de disciplina sectorial y empresariales <sup>30</sup>.

### 4. *La descentralización funcional en Venezuela*

Brewer ha definido la descentralización como la transferencia de competencias decisorias de una persona político territorial a otra u otras personas jurídicas distintas del ente público territorial transfiriente <sup>31</sup>. Al igual que la mayor parte de la doctrina extranjera, clasifica la descentralización en territorial y funcional. Al referirse a esta última señala que la descentralización funcional implica la transferencia de competencias a un ente público no territorial, por razones de servicio y no por razones político-territoriales, como en el supuesto de la descentralización territorial <sup>32</sup>. Por su parte, Lares Martínez indica que existe descentralización por servicios o descentralización institucional cuando ciertos servicios de carácter nacional son dotados

26. Véase además de los autores ya señalados, Ramón Martín Mateo, *Manual... op. cit.*, p. 233 y Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 134.

27. Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1970, p. 153.

28. Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoli, 1978, p. 368.

29. *Ibidem*, pp. 369 y ss.

30. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, Milán 1970, pp. 191 y ss.

31. Allan R. Brewer-Carías, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Caracas, 1978, pp. 97 y 98.

32. *Ibidem*, p. 105.

de personalidad jurídica y patrimonio propio, con cierta autonomía y bajo control del Estado <sup>33</sup>.

Hecho este breve recuento sobre los principales enfoques doctrinales acerca de la descentralización funcional, examinemos ahora las formas jurídicas que la integran.

## II. FORMAS JURIDICAS DE LA DESCENTRALIZACION FUNCIONAL

### 1. El establecimiento público francés

En 1895, Hauriou —como reacción contra los fines políticos que abrigaba la descentralización territorial— propone lo que se consideró una nueva vía: *La descentralización a través de los establecimientos públicos* <sup>34</sup>. El temor a las ideas socialistas, que a su juicio ponía en peligro la unidad política, lleva a Hauriou a pensar en una fórmula a través de la cual la descentralización no opera sobre unidades territoriales sino sobre organismos con objetivos concretos <sup>35</sup>.

A Hauriou se debe la definición clásica del establecimiento público que aún hoy adoptan algunos administrativistas franceses y de otros países que han sufrido una influencia directa de aquéllos: El establecimiento público es un servicio público especial personificado <sup>36</sup>.

Sin embargo, antes de Hauriou, ya existía una cierta concepción, no siempre bien delimitada, del establecimiento público <sup>37</sup>. En la primera etapa de su desarrollo, que puede ubicarse en la primera mitad del siglo XIX, la noción de establecimiento público era equivalente de persona moral de derecho público y, por ello, se calificaban a las comunas (municipalidades) como establecimientos públicos <sup>38</sup>. Para la misma época (primera mitad del siglo XIX), el término establecimiento público se utilizaba también como sinónimo de establecimiento de utilidad pública, el cual era una persona moral de Derecho Privado que beneficiaba de una cierta protección de la Administración <sup>39</sup>. A la decisión de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1856 (Caisse d'Epargne de Caen) le correspondió establecer la distinción entre los establecimientos públicos y los establecimientos de utilidad pública: los primeros forman parte de la Administración, son personas morales de Derecho Público. Los segundos son personas de Derecho Privado <sup>40</sup>. Con posterioridad, el establecimiento público se

33. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1978, p. 462.

34. Maurice Hauriou, "La décentralisation par les établissements publics", en *Revue Politique et Parlementaire*, 1895, Tomo IV, p. 99.

35. Véase los comentarios de Gaspar Ariño Ortiz en "La Administración Institucional: origen y personalidad" en *RAP* Nº 63, 1970, p. 99.

36. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11ª edición, París, 1927, p. 236.

37. La noción tiene su origen en el Derecho Alemán (O. Mayer), según algunos; y según otros, en el Derecho francés (Ducrocq). Véase José Luis Villar Palasí. "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo" en *RAP* Nº 3, 1950, p. 84.

38. Véase Georges Vedel, *op. cit.*, p. 730, Jean Rivero, *op. cit.*, p. 471, J. M. Auby y R. Ducos-Ader, *Grands services publics et entreprises nationales*, Tomo I, París, 1975, p. 167.

39. Véase además de la bibliografía cit. en la nota anterior Jean De Soto, *Grands services publics et entreprises nationales*, París, 1971, pp. 78 y 79.

40. Los establecimientos de utilidad pública no existen como categoría jurídica concreta en el Derecho venezolano, lo que debe tenerse presente al leer los desarrollos que a la cuestión

identifica con la descentralización por servicios<sup>41</sup>. Surge entonces la importante definición de Hauriou a la que ya antes hemos hecho referencia: servicio público especial personificado. La misma reposa sobre tres elementos fundamentales: servicio público, personalidad moral y vocación especial.

Sobre la noción de servicio público sabemos que ella es susceptible de dos acepciones fundamentales, la orgánica y la material, según que designe a un organismo o a una actividad. En algunos casos ambas nociones se recubren, en otros no. Por ello, tratándose de una noción ambivalente<sup>41-bis</sup>, la definición del establecimiento público formulada sobre la base del servicio público ha sido objeto frecuente de críticas, ya que un establecimiento público no siempre tiene a su cargo la prestación de un servicio público<sup>42</sup>. Sería por ello preferible hablar de una determinada actividad sin que la misma deba ser calificada como servicio público. La propia jurisprudencia vio en las asociaciones sindicales autorizadas de propietarios verdaderos establecimientos públicos, sin que las actividades por ellas asumidas pudiesen ser calificadas como servicios públicos<sup>43</sup>.

Así las cosas, hasta 1940, aproximadamente, la noción de establecimiento público conserva cierta especificidad; en ella quedan comprendidas todas las personas públicas no territoriales<sup>44</sup> a las cuales les es aplicable un régimen de derecho público. Sin embargo, los diferentes organismos que podían ser englobados dentro de una definición de tal naturaleza, y la utilización indiscriminada que de la figura hizo el legislador, condujo a la llamada "crisis de la noción del establecimiento público"; las causas fundamentales fueron las siguientes:

a) Determinadas personas públicas no territoriales no fueron calificadas de establecimiento público ni por el legislador ni por la jurisprudencia. En la decisión del Consejo de Estado del 31 de julio de 1942 (arrêt Monpeurt)<sup>45</sup> una institución de carácter corporativo creada por ley, encargada de la organización de la producción industrial, no es calificada de establecimiento público. El mérito de la decisión consiste en haber admitido un nuevo género de personas públicas distintas a los entes territoriales y a los establecimientos públicos.

Luego, el 2 de abril de 1943, en el arrêt Bouguen<sup>46</sup>, el Consejo de Estado asume similar actitud al negar el carácter de establecimiento público a la orden (colegio) de médicos.

---

consagra J.M. Hernández Ron, en *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1937, p. 142, evidentemente influenciado por el derecho francés.

41. Prosper Weil, *Le Droit Administratif*, París, 1973, p. 34 y Conseil d'Etat, *La réforme des établissements publics*, París, 1972, p. 92.

41bis. Además de las diferentes e innumerables nociones que los autores aportan.

42. Véase André De Laubadère, *op. cit.*, p. 202; Jean Rivero, *op. cit.*, p. 474; Charles Debbasch, *Institutions Administratives*, París, 1966, p. 127 y René Connois, *La notion d'établissement public en Droit Administratif Français*, París, 1959, p. 14.

43. Se trata de la famosa decisión del Tribunal de Conflictos del 9 de diciembre de 1899 "Association Syndicale du Canal de Gignac". Las notas relacionadas con la personalidad moral y la especialidad no requieren comentarios especiales.

44. Por esta razón aún hoy Vedel define a los establecimientos públicos como las personas públicas distintas al Estado y a las colectividades territoriales. Georges Vedel, *op. cit.*, p. 742.

45. M. Long, P. Weil y G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1973, p. 266.

46. *Ibidem*, p. 273.

b) El surgimiento de un tipo especial de establecimientos públicos —los establecimientos públicos industriales y comerciales— afectó el régimen jurídico unitario de los establecimientos públicos pues en el futuro existirán establecimientos públicos administrativos, sometidos fundamentalmente al derecho público, y establecimientos públicos industriales y comerciales, orientados hacia la gestión económica, y cuyo régimen fundamental queda sometido al derecho privado y a la jurisdicción judicial. Es así como, con motivo de las nacionalizaciones subsecuentes a la liberación, la figura del establecimiento público es escogida para “Gas de Francia”, “Electricidad de Francia” y “Carbones de Francia”. Esta es quizá la razón primordial de la crisis de la noción. En virtud de la naturaleza empresarial de la actividad encomendada a estos organismos, el legislador y la jurisprudencia se ven obligados a crear un régimen jurídico que les permita un mayor dinamismo a su gestión: de allí su sometimiento de principio al derecho privado.

c) La distinción entre colectividad territorial y establecimiento público se debilita con el surgimiento de los establecimientos públicos territoriales<sup>47</sup>. Los distritos (asociación de comunas), las comunidades urbanas (organizaciones que se superponen a las comunas) y las regiones (agrupación de departamentos)<sup>48</sup> han adoptado la forma del establecimiento público, no obstante su semejanza con las colectividades territoriales: se trata de comunidades urbanas localizadas que administran servicios diversos, contrariamente a la regla de la especialidad del establecimiento público<sup>49</sup>.

¿Cuál es el resultado de esta crisis y cuál es la noción que del establecimiento público adopta hoy el derecho francés?

Ante todo, la noción de establecimiento público es hoy en Francia bastante heterogénea, ya que en ella se agrupan organismos de naturaleza y regímenes jurídicos diferentes. Debe entonces procederse a clasificar los tipos de establecimientos públicos existentes, de lo cual resultarían los siguientes:

a) Los establecimientos públicos administrativos, que realizan una actividad típicamente administrativa como la asistencia pública (los hospitales), la protección del ambiente, y la enseñanza (los colegios y liceos)<sup>50</sup>; se encuentran sometidos al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa. Por regla general disponen de prerrogativas de poder público, sus órganos pueden dictar actos administrativos y celebrar contratos administrativos; su personal tiene rango de agente público.

b) Los establecimientos públicos industriales y comerciales, sometidos a un régimen preponderante de derecho privado y a la jurisdicción judicial, en virtud de la actividad industrial o comercial que realizan. El personal se rige por el derecho privado.

c) Desde la promulgación de la Ley de Orientación de la Enseñanza superior del 12 de noviembre de 1968 es preciso hacer mención a la nueva categoría de esta-

47. Véase Jean Rivero, *op. cit.*, p. 475.

48. Véase la ley del 5 de julio de 1972 y los comentarios de Georges Vedel, en *op. cit.* p. 741.

49. Jean Rivero, *op. cit.*, p. 475.

50. Véase Gérard Bourliand, “Autonomie et tutelle des établissements publics d'enseignement” en *RA* Nº 192, París 1979, p. 621.

blecimientos públicos científicos y culturales, donde deben incluirse las universidades y, en ciertos casos, las unidades de enseñanza e investigación.

La autonomía de los establecimientos públicos científicos y culturales es acentuada: dictan sus propios estatutos, sus órganos son electos por los profesores y estudiantes en forma paritaria y la tutela a la que se encuentran sometidos es muy atenuada.

d) Los establecimientos públicos territoriales a los cuales ya hemos hecho referencia y dentro de los cuales la noción de colectividad territorial, ajena al establecimiento público clásico, ha ido cobrando cada día mayor fuerza.

Es de señalar, por último, que las órdenes profesionales, equivalentes a nuestros colegios profesionales, han quedado excluidas de la categoría del establecimiento público, aún cuando constituyen personas morales de derecho público <sup>51</sup>.

Clasificación actual de los establecimientos públicos en Francia.

Establecimientos Públicos	}	1) Administrativos
		2) Industriales y Comerciales
		3) Científicos y Culturales
		4) Territoriales
		5) Para Drago, Auby y Ducos Ader, establecimientos públicos profesionales (colegios profesionales). En contra: De Laubadère y Vedel.

En definitiva, no obstante los tipos de establecimientos públicos existentes <sup>52</sup>, los elementos que se encuentran presentes en todos ellos son los siguientes:

- 1) La personalidad moral de derecho público.
- 1) Un control mayor o menor (según el tipo de establecimiento) ejercido por el Estado.
- 3) Subordinación (en grado variable) a algunas reglas de derecho público.
- 4) El principio de la especialidad, en virtud del cual la actividad del establecimiento público se encuentra limitada por la finalidad que ha determinado su creación, principio este de relativa aplicación para los establecimientos públicos territoriales.

51. Véase André De Laubadère, *op. cit.*, pp. 213 y 640. Debe señalarse que esta opinión no es compartida unánimemente por la doctrina. Vedel considera que son personas morales de *derecho privado* investidas de una misión de servicio público (*op. cit.*, p. 774). Por su parte Auby y Ducos-Ader consideran que son establecimientos públicos (*op. cit.*, pp. 214 y 222) y los denominan *establecimientos públicos profesionales*. Roland Drago, en su ya famosa obra *Les crises de la notion d'établissement public*, luego de preguntarse si las órdenes profesionales podrían formar parte de un derecho profesional autónomo, concluye integrándolas dentro de su trilogía de establecimientos públicos: los establecimientos de naturaleza administrativa, los de naturaleza intervencionista y los corporativos, en cuya categoría quedarían incorporados. Véase Roland Drago, *Les crises de la notion d'établissement public*, París, 1950, pp. 247 y 252.

52. Producto de la llamada "désagregation" del establecimiento público, que hizo perder a la noción su unidad.

Sin embargo, tales elementos comunes no permiten sustantivizar la noción desde un punto de vista jurídico; no puede entonces —enfaticamos— hablarse de una noción unitaria del establecimiento público.

## 2. *Los entes descentralizados en España*

A lo largo del siglo XIX el término establecimiento público aparece en la legislación española sin mayores precisiones conceptuales<sup>53</sup>; la ley del 20 junio 1849 señalaba que los establecimientos de beneficencia eran públicos, como después lo harían las leyes del 17 de setiembre de 1845 y 9 de setiembre de 1857 con los establecimientos públicos de instrucción. En 1888 el Código Civil alude también a los establecimientos públicos. Sin embargo, en todos estos casos la noción carece de precisión técnica<sup>54</sup>.

En 1901, el decreto del 21 de junio declara que las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación son establecimientos públicos. De acuerdo a la investigación realizada por Nieto, el decreto se limitó a traducir el artículo 1º de la ley francesa del 9 de abril de 1898, que declaraba establecimientos públicos a las Cámaras de Comercio<sup>55</sup>. De allí en adelante la doctrina al ocuparse del establecimiento público, se refiere concretamente a la figura elaborada por el derecho francés<sup>56</sup>. Es por tanto ésta la que se impone en España, donde incluso repercute la “crisis del establecimiento público francés”<sup>57</sup>. Ejemplo claro de esta influencia es la preocupación de los tratadistas españoles de comienzos del presente siglo por distinguir entre establecimiento público y establecimiento de utilidad pública, en la misma forma que lo había hecho el derecho francés desde 1856<sup>58</sup>. Incluso Venezuela no escapa a esta influencia, pues un autor como Hernández Ron se preocupa enfáticamente por aclarar que “el establecimiento de utilidad pública no debe ser confundido con el establecimiento público”<sup>59</sup>, con la misma precisión terminológica con que lo hacían los españoles.

También la *décentralisation par les établissements publics* de Hauriou, a la que ya antes nos hemos referido, tuvo una influencia decisiva en España en la “nueva descentralización” sugerida por Royo Villanova en 1914<sup>60</sup>. Al igual que Hauriou, Royo reacciona contra la descentralización territorial, proponiendo sustituirla por

53. Alejandro Nieto García, “Valor actual de los establecimientos públicos” en *Perspectivas de Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, Libro Homenaje a Enrique Sayagués Laso, Tomo IV, Madrid, 1969, p. 1.054.

54. *Ibidem*, p. 1058.

55. Véase sobre el particular André de Laubadère, *op. cit.*, p. 202.

56. Véase por ejemplo la definición de establecimiento público que aporta un tratadista como José Gascón y Marín: “. . .modalidad de los *servicios públicos*; suponen un *servicio descentralizado, personalizado. . .*” (subrayado nuestro). Véase *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1935, p. 162.

57. Véase Alejandro Nieto García, *loc. cit.* pp. 1059 y 1064.

58. Ya hemos hecho referencia antes al arrêt de la Corte de Casación del 5-3-1856 *Caisse d'Epargne de Caen*. Véase por ejemplo el mismo José Gascón y Marín, en *op. cit.* pp. 162 y ss.

59. J. M. Hernández Ron, *op. cit.*, p. 142.

60. A. Royo Villanova, *La nueva descentralización*, Valladolid, 1914, p. 80.

la objetivación de los servicios públicos con personalidad propia y autonomía de gestión<sup>61</sup>.

Pues bien, si la noción del establecimiento público francés es tomada por el derecho español, para la segunda mitad del siglo XX los tratadistas comienzan ya a diferenciarse y a crear una nueva sistematización de las personas públicas no territoriales. Así, por ejemplo, aún cuando Garrido Falla toma en cuenta la distinción clásica corporación-fundación<sup>62</sup> caracteriza, sin embargo, separadamente, las fundaciones o personas jurídicas fundacionales, que corresponden al concepto de descentralización funcional y los establecimientos públicos personificados<sup>63</sup>.

Hemos hecho ya antes mención a esta distinción de Garrido. En las personas jurídicas fundacionales se personifica una función estatal considerada en toda su amplitud. En los establecimientos públicos personificados sólo se personifica el establecimiento concreto que sirve a la ejecución del servicio<sup>64</sup>.

En consecuencia conviene aclarar que:

1) La noción de establecimiento público para Garrido tiene un uso específico y no genérico como ocurre en el derecho francés.

2) El concepto *descentralización funcional* tiene también para Garrido una acepción restringida. Se refiere a los entes fundacionales, a los que se confía una función estatal considerada en toda su amplitud, en todo el territorio nacional<sup>65</sup>. En cambio, en el derecho francés el término descentralización funcional es una noción amplia que corresponde a la descentralización no territorial y es ésta la forma en que es empleada en el derecho venezolano. El término equivalente al de descentralización funcional en Francia y Venezuela sería, para una parte de la doctrina española, el de administración institucional.

3) El término establecimiento público personificado se presta a confusión, pues podría pensarse que los otros organismos que integran la administración institucional no son personificados. Por tanto, si el dato de la personalidad jurídica es común dentro de los entes que integran la administración institucional, el término "personificado" con que Garrido califica a los establecimientos públicos es innecesario. Su empleo se justifica, según él, por la necesidad de distinguir la expresión *establecimiento público* de la forma en que es empleada en algunas disposiciones de policía que se refieren a los términos establecimiento público como todo establecimiento abierto al público<sup>66</sup>.

4) En fin, una importante crítica a la tipología de personas públicas institucionales de Garrido ha sido formulada por Nieto García: la clasificación en corporaciones, personas jurídicas fundacionales y establecimientos públicos personificados contiene elementos que desde la perspectiva del derecho positivo español no se exclu-

61. *Ibidem*, p. 1.

62. Distinción esta señalada en el Derecho francés por Roland Drago, *Les crises de la notion d'établissement public*, *op. cit.*, p. 240 y sistematizada por L. Constans en *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, París, 1966.

63. Véase además de *La descentralización administrativa*, *op. cit.*, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950, p. 131.

64. Fernando Garrido Falla, *Tratado...* *op. cit.*, p. 370.

65. Fernando Garrido Falla, *Administración Indirecta del Estado y descentralización funcional*, *op. cit.*, p. 131.

66. Fernando Garrido Falla, *Tratado...* *op. cit.*, p. 371.

yen: Existen corporaciones que son a la vez establecimientos públicos<sup>67</sup>. Por su parte, Baena ha señalado que la diferencia entre las personas jurídicas fundacionales y los establecimientos públicos personificados se refiere únicamente a la importancia de los intereses cuya gestión se les encomienda, pero que no parece existir entre las dos categorías ninguna otra diferencia —como ya lo señaláramos— en cuanto a los rasgos fundamentales que los caracterizan desde un punto de vista jurídico<sup>68</sup>. Sin embargo, Baena se muestra fiel seguidor de la clasificación de Garrido y, en su estudio “los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la administración central”, se refiere precisamente solo a las personas jurídicas fundacionales de Garrido. Los términos *entes funcionalmente descentralizados* no se emplean allí, por tanto, como los entes que integran, en términos del derecho venezolano, la administración descentralizada funcionalmente.

Autores como García de Enterría y Tomás R. Fernández parten también de la distinción entre entes de base corporativa y entes de base fundacional o institucional<sup>69</sup>. Luego de varios intentos de agrupación de los entes institucionales, consideran que la única clasificación que se presenta verdaderamente tal, con valor ordenatorio sustancial, es la que alude a la forma de personificación y al régimen aplicable<sup>70</sup>. De acuerdo a ello, deben quedar comprendidos dentro de los entes institucionales las llamadas sociedades de entes públicos y los entes con forma pública de personificación que actúan bajo un régimen de derecho privado. Estos últimos serían los equivalentes a los establecimientos públicos industriales y comerciales franceses, categoría que, aunque en el derecho español carece de una regulación particular, posee sin embargo ciertas particularidades especiales<sup>71</sup>.

Hemos creído de importancia hacer referencia a las posiciones doctrinales que se dejan expuestas. Sin embargo, un estudio de los entes descentralizados en España debe necesaria y principalmente enfocarse a través de la Ley del 26 de diciembre de 1958 de régimen jurídico de las entidades estatales autónomas<sup>72</sup>. La existencia de esta normativa constituye de por sí una nota característica del derecho español.

El instrumento legal clasifica las entidades estatales autónomas en tres tipos: servicios administrativos sin personalidad jurídica, organismos autónomos y empresas nacionales (art. 1º).

Los servicios administrativos son órganos incorporados en la estructura de la administración, pero dotados de cierta autonomía funcional y financiera. Se subdividen en servicios alimentados principalmente por medio de subvenciones y servicios creados para la administración de fondos especiales<sup>72-bis</sup>.

67. Alejandro Nieto García, *loc. cit.*, pp. 1064-1065.

68. Mariano Baena del Alcázar, “Los entes funcionalmente descentralizados...” *loc. cit.*, p. 67.

69. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso... op. cit.*, p. 205. Cfr. José Antonio García Trevijano Fos, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Madrid, 1957, p. 231.

70. *Ibidem*, p. 133.

71. *Ibidem*, p. 239.

72. Véase BOE, Nº 311 del 29-12-1958 y el texto comentado de la Ley en *Entidades Estatales autónomas*. Textos legales y jurisprudencia, compilado por José Díaz Clavero, Edic. de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1966.

72 bis. *Ibidem*, art. 3º.

Los organismos autónomos son entidades de derecho público creadas por ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente, en régimen de descentralización, la organización y administración de un servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas de fines diversos y la administración de determinados bienes del estado, ya sean patrimoniales o de dominio público<sup>73</sup>.

El régimen jurídico y administrativo de los organismos autónomos es uniforme, aunque con una cierta flexibilidad derivada de la extrema diversidad de organismos. Además, no obstante tratarse de entidades de derecho público, con un sistema riguroso de control, la ley no excluye la posibilidad de un régimen de derecho privado por lo que respecta a sus relaciones con los terceros<sup>74</sup>.

Las empresas nacionales, por último, son las entidades de derecho privado constituidas como sociedades anónimas<sup>75</sup>, creadas directamente por el Estado o a través de organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte u otras análogas, de naturaleza y finalidades económicas<sup>76</sup>. Se rigen por las normas del Derecho Mercantil, Civil y Laboral, salvo lo establecido en la ley o en otras disposiciones que le fueren aplicables<sup>77</sup>.

La tipología de entes descentralizados en España, que venimos de exponer, da lugar a algunas reflexiones:

1) La primera cuestión que surge en cuanto a los llamados por la ley "organismos autónomos" es su encuadramiento dentro de las clasificaciones doctrinales que hemos expuesto. De acuerdo a la definición legal, en primer lugar, no quedan comprendidas en el concepto las personas públicas de base corporativa<sup>78</sup>. En segundo lugar, dentro de la definición del organismo autónomo encajan perfectamente los llamados entes funcionalmente descentralizados o personas jurídicas fundacionales<sup>79</sup>.

2) No existe en el derecho administrativo español la figura jurídica del establecimiento público industrial y comercial como categoría propia, con un régimen jurídico determinado, tal como se presenta en el derecho francés. Sin embargo, el análisis del articulado de la ley de régimen jurídico de entidades estatales autónomas permite deducir ciertos principios peculiares que le son aplicables a los organismos autónomos que gestionan una actividad industrial o comercial<sup>80</sup>.

3) Se ha criticado que la ley regula los servicios sin personalidad jurídica, que ni son verdaderas entidades ni son autónomas<sup>81</sup>.

4) Por lo que respecta a las "empresas nacionales", éstas, según Martín Mateo, en virtud de su régimen preponderantemente privado, deben quedar excluidas de

73. *Ibidem*, art. 2.

74. Véase R. Martín Mateo, *Ordenación del Sector Público en España*, Edit. Cívitas, Madrid, 1974, p. 172.

75. Véase Ley de entidades estatales autónomas cit., art. 92.

76. *Ibidem*, art. 4.

77. *Ibidem*, art. 91.

78. Mariano Baena del Alcázar, "Los entes funcionalmente..." *loc. cit.*, p. 87.

79. *Ibidem*, p. 88.

80. Véase sobre el particular Eduardo García de Enterría, y Tomás Ramón Fernández, *Curso... op. cit.*, p. 239.

81. Mariano Baena del Alcázar, "Los entes funcionalmente..." *loc. cit.*, p. 87; Ramón Martín Mateo, *Manual... op. cit.*, p. 237.

la administración institucional<sup>82</sup>. Para Garrido, la relación entre la Administración Pública y las sociedades privadas por ella creadas no es de tipo orgánico “sino que se explica como cualquier relación entre un propietario y la cosa que le pertenece”<sup>83</sup>. Además, sostiene, “las sociedades mercantiles que *dependen* del Estado no forman parte de su organización”<sup>84</sup>, pues “las entidades que el Estado crea en forma de sociedades privadas son cabalmente aquellas que quiere desplazar de su organización administrativa”<sup>85</sup>. Por su parte, Baena estima que las llamadas por la ley “empresas nacionales” no pueden considerarse como entidades nacidas de la descentralización<sup>86</sup>. Opinión contraria sostiene Villar Palasí, para quien “la posición permanente de la administración como sostenedora de la empresa, implica la integración de ésta entre los organismos administrativos”<sup>87</sup>.

### 3. *La clasificación aportada por la doctrina venezolana.*

En Venezuela, Lares Martínez señala como entidades no territoriales los institutos autónomos, las empresas del Estado, las Federaciones y Colegios profesionales y las academias nacionales<sup>88</sup>.

Por su parte, Brewer ha sistematizado los organismos que integran la administración pública nacional descentralizada por servicios agrupándolos en dos tipos, las formas jurídicas de Derecho Público y las formas jurídicas de Derecho Privado. Dentro de las primeras incluye a los establecimientos públicos institucionales (institutos autónomos), los establecimientos públicos corporativos (universidades nacionales autónomas y colegios profesionales) y los establecimientos públicos asociativos (sociedades de derecho público). Dentro de las formas jurídicas de Derecho Privado incluye a las sociedades mercantiles de capital público, las asociaciones civiles de interés público y las fundaciones de interés público<sup>89</sup>.

Clasificación de las formas jurídicas de la Administración Descentralizada por servicios según Brewer:

82. Ramón Martín Mateo. *Manual...* *op. cit.*, p. 240.

83. Fernando Garrido Falla, *Tratado...*, *op. cit.*, Tomo II, p. 386.

84. *Ibidem*, Tomo I, p. 362.

85. *Ibidem*, p. 363.

86. Mariano Baena del Alcázar. “Los entes funcionalmente...”, *loc. cit.*, p. 89.

87. José Luis Villar Palasí, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *loc. cit.*, p. 101. García de Enterría y Tomás R. Fernández, sostienen que cuando se trata de una sociedad cuyo único accionista es el Estado, la sociedad es una simple ficción para encubrir la creación de un ente institucional. De esa realidad surge la llamada “capacidad pasiva de derecho público de la sociedad”, *op. cit.*, p. 237.

88. Eloy Lares Martínez, *op. cit.*, p. 565.

89. Allan R. Brewer Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Caracas, 1980, pp. 241 y ss.

Formas jurídicas de Derecho Público (establecimientos públicos)	{	1) Establecimientos públicos institucionales (institutos autónomos).
		2) Establecimientos públicos corporativos (universidades y colegios profesionales).
		3) Establecimientos públicos asociativos (sociedades de Derecho Público).
Formas jurídicas de Derecho Privado	{	1) Sociedades mercantiles de capital público.
		2) Asociaciones civiles de interés público.
		3) Fundaciones de interés público.

La clasificación anterior reviste en nuestro país una gran importancia. Por una parte, en ella se han ordenado las diversas tipologías de entes no territoriales creados por el Estado. Por otra, al tomar en cuenta la forma de personificación, se hace depender de ella un determinado régimen jurídico. La clasificación atiende pues al derecho positivo.

Hemos visto sin embargo cómo en otros sistemas jurídicos se ha objetado la inclusión de las sociedades con participación pública dentro del cuadro general de los organismos integrantes de la administración descentralizada<sup>90</sup> ya que las mismas no se encuentran vinculadas a las autoridades gubernamentales por relaciones de tutela o de adscripción<sup>91</sup>. El papel del ente público participante es el que debe corresponder al socio en la sociedad creada. El mismo argumento podría ser aplicado —obviamente con las variantes del caso— a las asociaciones civiles y a las fundaciones de interés público.

No obstante, nuestra jurisprudencia ha precisado que las sociedades de participación pública forman parte de la administración descentralizada. En la sentencia dictada el 5 de octubre de 1970 la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia consideró a la CANTV como “un instrumento del Estado, subordinado a la voluntad de los órganos superiores de éste...” calificándola de servicio nacional descentralizado<sup>92</sup>. El criterio ha sido confirmado en sentencias del 23 de marzo de 1971<sup>93</sup>, del 26 de abril de 1971<sup>94</sup> y del 31 de mayo de 1979<sup>95</sup>.

90. Véase los argumentos de Garrido Falla a los cuales hemos hecho referencia antes.

91. La relación de instrumentalidad que caracteriza al ente institucional, a la que aluden García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se daría sólo en el caso de las sociedades en las cuales el Estado es único accionista.

92. Véase *GOE* 1447 del 15-12-70. Debe sin embargo señalarse que la CANTV es una sociedad de participación pública con la peculiaridad de tener atribuciones propias conferidas por ley.

93. Carecemos de los datos correspondientes a su publicación.

94. Véase *GOE* 1478 del 16-7-71.

95. Carecemos de los datos correspondientes a su publicación. La citada línea jurisprudencial varió el criterio seguido por la misma SPA de la SCJ en sentencia del 28-5-1962 cuando considero a la CANTV como simple concesionaria de la Administración, “ente particular que desarrolla su actividad en provecho propio” (Véase *GO* 26880 del 21-6-62) y la seguida por la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo en sentencia del 12-12-63, donde categóricamente se afirmaba que “...el hecho de que la Nación sea dueña de las acciones no cambia en nada el status jurídico y legal de la Compañía” (Véase Carlos Acedo Toro, *Casación Civil, Jurisprudencia de 1959 a 1964*, Caracas, p. 69).

Además, con motivo de un juicio en el que era parte la Siderúrgica del Orinoco S.A., empresa en la que la totalidad de las acciones pertenecían a la Corporación Venezolana de Guayana, la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia precisó que tanto los institutos autónomos como las empresas del Estado forman parte de la administración descentralizada<sup>96</sup>. Por último, en la sentencia dictada también por la Corte Suprema de Justicia, en este caso en Sala Plena, en fecha 20 de noviembre de 1979, se dice que el Centro Simón Bolívar C.A. es un establecimiento inserto dentro de la organización administrativa del Estado<sup>97</sup>. En cambio, no coincide la jurisprudencia con la calificación de personas jurídicas de derecho privado que la clasificación confiere a las empresas del Estado. En la sentencia dictada el 16 de marzo de 1980 la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia califica a CADAFE como ente de derecho público<sup>98</sup>, criterio que no compartimos. De forma similar, en la decisión de la misma Corte, en Sala Plena, de fecha 20 de noviembre de 1979<sup>99</sup>, se califica al Centro Simón Bolívar C.A. como establecimiento público. En realidad, la Corte confunde las sociedades creadas conforme a los mecanismos del Derecho Privado, como el Centro Simón Bolívar C.A., con los llamados establecimientos públicos asociativos, que son personas jurídicas de Derecho Público creadas en virtud de la ley.

Por lo que respecta a las formas jurídicas de derecho público, su clasificación en institucionales, corporativas y asociativas ha sido acogida por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada el 10 de enero de 1980<sup>100</sup>. Nosotros, a este respecto, solo objetaríamos los términos "establecimiento público" con que son calificadas las personas públicas no territoriales. Creemos que mejor sería hablar de "entes", en virtud de los criterios divergentes que existen sobre la noción de establecimiento público, tanto en la doctrina francesa<sup>101</sup> como española<sup>102</sup>. Incluso existe también confusión en la doctrina venezolana, donde el legislador, en ocasiones, ha utilizado el término establecimiento público como sinónimo de instituto autónomo, el cual, dentro de la clasificación, es solo un tipo de establecimiento público: el institucional. En todo caso, se trata de una objeción meramente terminológica<sup>103</sup>.

96. *GF*, 3ª etapa Nº 82 oct-dic. 1973, p. 80. Con respecto a dicha decisión salvó su voto el magistrado Saúl Ron, pero el mismo no se refiere a la cuestión que analizamos aquí. Por el contrario el voto salvado enfatiza la condición de SIDOR como *instrumento* del Estado, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

97. Véase *Repertorio Forense* Nº 4786 del 26-1-80, p. 15. La PGR tampoco ha vacilado en considerar a las empresas del Estado, como formando parte de la Administración Pública Nacional Descentralizada. Véase el dictamen de 3-5-71 en *DPGR* 1971, pp. 210 y 211.

98. Véase *Repertorio Forense* Nº 4919, del 10-6-1980, p. 6.

99. *Ibidem*, Nº 4786 del 26-1-80, p. 15.

100. *GOE*, 2566 del 27-2-80, p. 8.

101. Así, por ejemplo, para René Connois las empresas públicas, sin ninguna distinción son establecimientos públicos. Véase René Connois, *La notion d'établissement public...* *op. cit.*, p. 191, opinión no compartida por la mayor parte de la doctrina francesa que clasifica a las empresas públicas en dos tipos: las que adoptan la forma del establecimiento público y las que adoptan la forma de la sociedad.

102. Recuérdese por ejemplo la acepción restringida de establecimiento público de Garrido Falla.

103. Nieto García ha formulado una objeción más o menos similar en el Derecho español. Véase Alejandro Nieto García, "Valor actual...", *loc. cit.*, p. 1072.

#### 4. *Las formas jurídicas en los proyectos de ley.*

Para concluir, resulta necesario referirnos a los proyectos de ley que en Venezuela se han formulado sobre la administración descentralizada funcionalmente. Al contrario de lo que ocurre en España o en Colombia<sup>104</sup> no existe en Venezuela una ley que la regule. Diversos proyectos han sido, sin embargo elaborados<sup>104 bis</sup>. Son los siguientes:

—Proyecto de 1961 elaborado bajo los auspicios de la Comisión de Administración Pública.

—Proyecto de 1968, elaborado por el Ministerio de Hacienda.

—Nuevo proyecto elaborado por la Comisión de Administración Pública en 1971.

—Proyecto de 1976, remitido en el mes de junio de 1976 a la Cámara de Diputados.

##### A. *Proyecto de Ley Orgánica de Instituciones Autónomas de 1961*

Bajo los auspicios de la Comisión de Administración Pública, un comité<sup>105</sup> elabora en 1961 un proyecto de Ley Orgánica de Instituciones Autónomas. Dicho proyecto intenta establecer un criterio que permita diferenciar los institutos autónomos y las empresas denominadas “nacionales”<sup>106</sup>, *ratione materiae*: por la índole de sus respectivas actividades<sup>107</sup>.

De esta manera, los institutos autónomos son definidos como las personas jurídicas especialmente creadas conforme a las prescripciones de la ley, con un patrimonio propio, y cuyos objetivos son inherentes a la Administración Pública, hasta el extremo de comportar el ejercicio de una parcela del poder público, con funciones y cometidos intransferibles<sup>108</sup>. Dichos cometidos son los servicios públicos adminis-

104. En Colombia, el decreto 3130 de 1968 clasifica a los organismos de la Administración descentralizada por servicios en tres tipos: a) Establecimientos públicos (creados o autorizadas por ley y encargados principalmente de atender funciones administrativas) b) Empresas industriales y comerciales del Estado (creadas o autorizadas por ley para desarrollar actividades industriales y comerciales) y sociedades de economía mixta (creadas o autorizadas también por ley). Véase Alvaro Tafur Galvis, *Las entidades descentralizadas*, Bogotá, 1977, p. 41; Luis Camilo Osorio Isaza, *Los establecimientos públicos en Colombia*, Bogotá, 1969 p. 69; Luz Beatriz Pedraza Bernal, y Clara Inés Sarmiento Lozano, *Teoría y régimen del poder descentralizado*, Bogotá, 1973, pp. 56, 59 y 61; Néstor Osorio Londoño, *Les personnes morales publiques non territoriales en Droit Colombien*, tesis, (mimeo), París, 1974, p. 117 y Jaime Castro Castro, “Los organismos descentralizados en Colombia” en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. IDP., Vol. II, Caracas, 1972, p. 318.

104 bis. Véase los comentarios a dichos proyectos en Allan R. Brewer-Carías, *Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela*, Caracas, 1980, pp. 169 y ss.

105. Integrado por los Dres. Tomás Polanco, en representación de la Comisión de Administración Pública, Rafael Pizani, en representación del Ministerio de Hacienda, Maurice Valery, en representación de CORDIPLAN, Enrique Pérez Olivares, en representación del Ministerio de Justicia y Antonio Moles Caubet, en representación de la Facultad de Derecho de la U.C.V. Actuó como secretario Allan R. Brewer-Carías.

106. Nótese la influencia de la *Ley española sobre el régimen jurídico de las entidades estatales autónomas*. Véase *supra*.

107. Véase la primera parte de la Exposición de Motivos del proyecto de la cual fue ponente el Dr. Antonio Moles Coubet, en el artículo “Se estudia la Ley Orgánica de Instituciones Autónomas”, *CFTA* N° 19, 1961, p. 8.

108. *Ibidem*, p. 8.

trativos, la difusión de la cultura, las medidas protectoras de la salud pública, la asistencia social, y el fomento, la consecución y la coordinación del desarrollo económico y social <sup>109</sup>. Las empresas públicas (denominadas así en el proyecto y "nacionales" en la Exposición de Motivos) son aquellas que realizan una actividad de naturaleza industrial y comercial como la transformación de materias, elaboración de productos, tráfico de mercancías y otorgamiento de créditos. Se trata de sociedades mercantiles sometidas, respecto a sus actividades, al Derecho Privado, si bien le son aplicables algunas prescripciones de Derecho Público <sup>110</sup>.

El proyecto acoge así la distinción francesa entre servicios públicos administrativos y servicios públicos industriales y comerciales y, tratando de hacer coincidir los criterios material y orgánico, precisa que los servicios de carácter administrativo quedarían a cargo de institutos autónomos, y los servicios de carácter industrial y comercial, a cargo de las empresas denominadas "nacionales". Sin embargo, tal distinción aparentemente simplista choca contra una gran dificultad cual es la de establecer una línea de demarcación entre actividades administrativas y actividades industriales y comerciales. Piénsese por ejemplo que, de conformidad con el proyecto, las actividades crediticias quedan a cargo de las empresas nacionales y el fomento del desarrollo económico corresponde a los institutos autónomos. Ahora bien, en la realización de este objetivo, la actividad crediticia es absolutamente necesaria a los fines de la consecución del desarrollo económico <sup>111</sup>.

Debe por otra parte señalarse que aún en Francia, donde tiene su origen la distinción entre servicios públicos administrativos y servicios públicos industriales y comerciales, no se ha logrado concentrar en las sociedades con participación pública todas las funciones de naturaleza industrial y comercial, motivo por el cual subsiste la figura del establecimiento público de carácter industrial y comercial, con un régimen distinto al del establecimiento público administrativo, más cercano al régimen de las sociedades.

La promulgación del proyecto habría significado, además, la transformación de un considerable número de institutos autónomos en "empresas nacionales", con una coincidencia clara entre el concepto de empresa pública y el de la sociedad con participación pública mayoritaria. En este caso hubiese podido hablarse de una noción restringida del concepto de empresa pública.

En nuestro criterio, establecer una diferenciación entre instituto autónomo y sociedad, según la actividad realizada, conduciría a negar al Estado la posibilidad de escoger la figura del instituto autónomo para la realización de actividades industriales y comerciales, lo que no consideramos conveniente <sup>112</sup>.

109. Véase arts. 1 y 2 del Proyecto, copia mimeografiada.

110. Véase art. 3 del Proyecto y "Se estudia la Ley Orgánica de instituciones autónomas", *loc. cit.*, p. 8.

111. Con posterioridad, Tomás Polanco señalaba que las instituciones de crédito o de financiación quedarían reguladas en forma particular. Véase Tomás Poianco, "Los Institutos autónomos en Venezuela", *Perspectivas de Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Libro Homenaje a Enrique Sayagués Laso, op. cit.*, Tomo IV, p. 1082.

112. Véase *infra* y las razones que hemos expuesto en "Comentarios a la Ley del Instituto Nacional de Canalizaciones y al cambio de política en relación a la forma de las entidades descentralizadas" en *Revista de Derecho Público* Nº 1, Caracas, enero-marzo de 1980, p. 83.

B. *Proyecto de Ley Orgánica de Institutos Autónomos y Empresas del Estado de 1968.*

El proyecto de Ley Orgánica de Institutos Autónomos y Empresas del Estado de 1968 fue elaborado a instancia de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Hacienda y remitido a la Cámara de Diputados el 14 de agosto de 1968<sup>113</sup>. El proyecto regulaba a los institutos autónomos, los servicios autónomos sin personalidad jurídica y las sociedades mercantiles de capital público y mixto. Es interesante destacar que, desde un punto de vista material, es decir, desde el punto de vista de la naturaleza de las actividades realizadas por el ente, el proyecto califica de “empresas públicas” o “empresas del estado”, los organismos que realicen actividades industriales o comerciales, trátase de servicios autónomos sin personalidad jurídica, de institutos autónomos o de sociedades con participación pública mayoritaria<sup>114</sup>.

Este criterio material es sin embargo eminentemente teórico, pues no aporta ninguna consecuencia jurídica, ya que el régimen jurídico de tales organismos se construye, no sobre la base de la actividad realizada, sino a partir de un criterio orgánico. En efecto, desde un punto de vista orgánico, el proyecto distingue las siguientes entidades: institutos autónomos, sociedades mercantiles de capital público, sociedades mercantiles de economía mixta y servicios administrativos autónomos sin personalidad jurídica<sup>115</sup>.

Los institutos autónomos son las personas jurídicas de derecho público, especialmente creadas por ley, con un patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional y cuyos objetivos pueden ser actividades administrativas o de carácter industrial o comercial<sup>116</sup>.

Las sociedades mercantiles de capital público son las personas jurídicas de derecho privado creadas por el Estado, directamente o a través de otras empresas públicas, para la realización de actividades industriales o comerciales, siempre que el Estado, directa o indirectamente, sea único accionista o tenga una participación superior al ochenta por ciento del capital social. También se consideran sociedades mercantiles de capital público las ya constituidas en las cuales el Estado adquiera con posterioridad, directa o indirectamente, una participación superior a la proporción indicada<sup>117</sup>.

“Las sociedades mercantiles de economía mixta son las personas jurídicas de derecho privado constituidas por el Estado, o en las que éste participe (directa o indirectamente), conjuntamente con una o más personas naturales o jurídicas de derecho privado, siempre que su participación sea mayoritaria, aun cuando sea inferior al ochenta por ciento del capital social”<sup>118</sup>.

113. Ponente de este proyecto fue el Dr. Allan R. Brewer Carías.

114. Véase *Exposición de motivos y anteproyecto de Ley Orgánica de Institutos Autónomos y Empresas del Estado*, copia mimeografiada, pp. 5 y 6 y art. 1.

115. Véase *Ibidem*, pp. 7 y 8 y art. 1.

116. Nótese la diferencia con el proyecto de 1961 que limitaba a los institutos autónomos funciones de carácter administrativo exclusivamente. En este sentido nos parece que el proyecto de 1968 se ajusta más a la realidad venezolana.

117. *Exposición de motivos...* Véase art. 100.

118. *Ibidem*, p. 101.

Los servicios autónomos sin personalidad jurídica son dependencias de la Administración Central que gozan de autonomía funcional, dada la facultad de que disponen de administrar e intervenir sus ingresos <sup>119</sup>.

Tanto los institutos autónomos como los servicios autónomos sin personalidad jurídica tienen un régimen propio previsto en el proyecto. Las sociedades mercantiles de capital público y de economía mixta se rigen por las normas del Derecho Mercantil, Civil y Laboral, salvo las derogaciones previstas en el proyecto <sup>120</sup>.

#### C. Proyecto de Ley Orgánica de entidades descentralizadas de 1971.

Este proyecto, elaborado por la Comisión de Administración Pública en 1971, define las entidades descentralizadas, y en consecuencia, su régimen jurídico, únicamente a partir de un criterio formal, así, cuando el Estado otorga la personalidad jurídica pública a un servicio u órgano de la Administración, estamos en presencia de un instituto autónomo <sup>121</sup>.

Cuando el organismo ha sido creado según las reglas del Derecho Mercantil, bajo la forma de sociedad, y el Estado, otros organismos públicos, u otras empresas del Estado, detentan una participación mayoritaria, estamos en presencia de empresas del Estado <sup>122</sup>.

El proyecto regula además los servicios autónomos sin personalidad jurídica. Como puede observarse, a la diferencia del proyecto de 1968, el término empresa del Estado tiene en el proyecto de 1971 un contenido bien preciso.

#### D. Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada de 1976.

El proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, remitido a la Cámara de Diputados en junio de 1976, sigue, a grandes rasgos, la misma clasificación de los organismos descentralizados establecida en el proyecto de 1971 <sup>123</sup>. Los términos instituto autónomo y empresa del Estado tienen, también en este proyecto, un contenido bien preciso aun cuando para esta última ya no se exige una participación pública mayoritaria, pues basta con que la misma no sea inferior al 50% del capital. Debe, por último, destacarse, como un aspecto de gran interés, la tendencia del proyecto por volver al sistema de clasificación establecido en el proyecto de 1961 y el cual se había superado en los proyectos de 1968 y 1971, es decir,

119. *Ibidem*, p. 90.

120. *Ibidem*, p. 104.

121. Véase el Proyecto en: C.A.P. *Informe sobre la reforma de la Administración Pública Nacional*, Caracas, 1971, Tomo II, pp. 377 y 485.

122. *Ibidem*, art. 4º.

123. Véase el proyecto de Ley en *La Administración Centralizada y la Administración Descentralizada. Proyectos de Leyes presentados por el Ejecutivo Nacional a la consideración del Congreso de la República*, Edic. del Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1976, p. 101. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *Régimen Jurídico de las empresas públicas en Venezuela*, cit., p. 274.

tratar de excluir las actividades industriales o comerciales como objetivos de los institutos autónomos y asignarles funciones esencialmente administrativas <sup>124</sup>.

De seguirse tal criterio para diferenciar institutos autónomos y sociedades con participación pública mayoritaria, según la índole de las actividades —administrativas en el primer caso e industriales o comerciales, en el segundo— se corre el riesgo de no poder clasificar un cierto número de organismos que ejercen una doble función. Además, será necesario transformar una serie de institutos autónomos en sociedades, con el agravante de que el Estado quedará impedido de utilizar la forma pública del instituto autónomo para la realización de actividades industriales o comerciales. Debe a este respecto pensarse que, para la realización de este tipo de actividades, el Estado puede tener interés en que las mismas sean realizadas por institutos autónomos, es decir, por personas de derecho público, sometidas principalmente al Derecho Público, y a las cuales estime necesario acordarles ciertas prerrogativas del poder público. En nuestro criterio es preferible la unificación de ciertas reglas para los institutos autónomos empresariales y las sociedades con participación pública, pero conservándose la forma jurídica.

---

124. Véase art. 6 N° 3 del proyecto que señala como funciones de los institutos autónomos —entre otras— el control, la regulación y el fomento de actividades de desarrollo económico, pero no la realización de las mismas. *Ibidem*, p. 118.