

" LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL Y LOS ELEMENTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2001) PARA CATEGORIZAR A UN ENTE COMO PÚBLICO "

**Antonieta Garrido de Cárdenas.
Profesora Titular de Derecho Administrativo II y Procesal Administrativo.
Magíster en Derecho Agrario.
Especialista en Derecho Administrativo
Directora del Centro de Estudios Políticos y Administrativos de La
Facultad de Derecho de La Universidad de Carabobo.**

RESUMEN

El proceso descentralizador, representa una alternativa que plantea una reformulación política al sistema democrático y una mayor participación ciudadana, proponiendo modos para transferir competencias propias de los poderes públicos nacionales, a los poderes públicos regionales y lograr así un Estado más eficiente y una sociedad más participativa.

La Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), asume la clasificación de la descentralización en territorial y funcional y la opone a la desconcentración, modalidad organizativa de carácter administrativo a la que también clasifica en funcional y territorial. Formula que sigue lo establecido en la legislación española, y que permite afirmar que, para el legislador venezolano la descentralización como mecanismo de desviación del principio de la competencia, se caracteriza porque la transferencia de competencias se produce entre entes o personas jurídicas mientras que la desconcentración, es una transferencia de atribuciones que se produce entre órganos.

Igualmente se configura el principio de la descentralización funcional, como principio de funcionamiento y organización de la Administración Pública, pero conceptualmente y quizá retomando la diferencia que plantea el Código Civil entre personas jurídicas con formas de Derecho Público y personas jurídicas con formas de Derecho Privado, habla de entes, y entonces, sin olvidar la personalidad jurídica, centra la diferencia en tres elementos fundamentales: a) actividad económica o fin para el que se hubiera creado; b) régimen jurídico aplicable y, c) ejercicio de potestades públicas.

Son estos elementos los que mueven la realización de este trabajo, porque son ellos los que nos permiten categorizar la descentralización en territorial o funcional. A tal efecto se abordará en una primera parte la descentralización funcional como principio de organización administrativa, y los criterios esbozados en torno a la noción de entes de Derecho Público; seguidamente se analizarán los elementos que de acuerdo con nuestra legislación vigente, constituyen indicadores en la categorización de un ente como tal; y, finalmente se hará referencia a los diferentes entes descentralizados funcionalmente que se abordan en la ley in comento.

El método a utilizar será teórico descriptivo, de análisis y síntesis. En este sentido, se tomará en consideración diferentes criterios de doctrinarios nacionales y extranjeros, así como el contenido de nuestra normativa vigente.

Palabras Claves: Descentralización. Desconcentración. Personas Públicas. Personalidad Jurídica. Prerrogativas. Fin Público. Prestación de Servicio. Competencia.

THE FUNCTIONAL DECENTRALIZATION AND THE ELEMENTS ESTABLISHED IN THE STATUTORY LAW OF PÚBLIC ADMINISTRATION (2001) TO RANK AN ORGAN AS PÚBLIC.

ABSTRACT

The decentralization process, represents an alternative to a political reformulation of the democratic system and a greater citizen participation, proposing ways to transfer own competences from the national public powers, to the regional public powers and to obtain therefore a more efficient State and a more a participative society.

The Statutory law of the Public Administration (2001), classifies this decentralization in territorial and functional, in opposition to deconcentration, which is an administrative organizational practice classified also in functional and territorial. It follows the established model of the Spanish legislation, and allows us to affirm that, for the Venezuelan legislator the decentralization is a deviation mechanism of the competence principle, in which the competence transferring takes place between legal entities whereas transference in deconcentration, takes place between public organs.

Also the functional decentralization principle is formed, like a Public Administration operation and organization principle, but conceptually and perhaps retaking the difference contained in the Civil Code between legal entities of Public Right and legal entities of Deprived Right, and then, without forgetting the legal personality, it centers the difference in three fundamental elements: a) economic activity or aim for which it had been created; b) applicable legal regime and, c) exercise of public powers.

Those are the elements that move the accomplishment of this work, because they allow us to define the territorial or functional decentralization. The functional decentralization as an administrative organizational principle will be approached first, and the theories outlined around the notion of entities of Public Right; the elements will be analyzed in agreement with our effective legislation, they constitute indicators in the ranking of an entity like so; and, finally a functional reference will be made about the different decentralized entities which are approached in the law in comment.

The method used will be theoretical descriptive of analysis and synthesis and different opinions from national and foreign doctrinaires, as well as the content of our effective norm will be taken in consideration.

Key Words: Decentralization. Deconcentration. Public entity. Legal Personality. Prerogatives. Public Aim. Benefit on Watch. Competence.

LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL Y LOS ELEMENTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA(2001) PARA CATEGORIZAR A UN ENTE COMO PÚBLICO

SUMARIO: Introducción. 1. La descentralización funcional como principio de organización administrativa 1.1 La dificultad en la aceptación de un criterio para determinar a un ente de Derecho Público. 2. Criterios en torno a la noción de ente de Derecho Público. 3. Elementos establecidos en la Ley Orgánica de Administración Pública (2001) para categorizar a un ente como Público. 3.1. Personalidad Jurídica. 3.2. Fin para el cual fue creado. 3.3. Potestades Públicas. 3.4. Régimen Jurídico aplicable. 4. Categorías de entes descentralizados funcionalmente establecidos en la LOÁP. 4.1. Entes Públicos Institucionales: Institutos Autónomos. 4.2. Entes Públicos Corporativos. 4.3. Entes Públicos Asociativos. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN:

Históricamente la concepción moderna del Estado, entendido como sujeto de los derechos de la colectividad nacional, ha sufrido todo un proceso histórico, que deambula desde sus inicios concebido como Estado Absolutista, representado en un gran aparato burocrático; transitando por el surgimiento del Estado de Derecho y las predicas de Locke, Montesquieu y Rousseau que permitieron construir la Teoría de la División de los Poderes Públicos; hasta llegar a la ruptura de los moldes clásicos entre el Estado Liberal Abstencionista y el Estado Social producto de la desburocratización y la privatización, que es lo que caracteriza el Estado de nuestros tiempos.

En efecto, en la primera parte del siglo XX, comienza a apreciarse un movimiento descentralizador en los diferentes países del mundo, a fin de evitar la congestión del Estado, como consecuencia de las numerosas funciones que el mismo asume, dando paso al desarrollo de la llamada descentralización institucional. De esta manera, se logra eliminar la práctica de encomendar a un ente público la prestación de un servicio concreto, para encomendársela a un ente que formando parte de un tronco común que es la Administración Central, lo administre o gerencie en forma descentralizada es lo que se conoce como descentralización funcional.

En este sentido el proceso descentralizador, se ha presentado como una alternativa que pretende plantear una reformulación política al sistema democrático y una mayor participación ciudadana, proponiendo modos para transferir competencias propias de los poderes públicos nacionales, a los poderes públicos regionales y lograr así un Estado más eficiente y una sociedad más participativa. Venezuela, al igual que toda América Latina, no ha podido escapar de este fenómeno, haciéndonos partícipes del nombrado " redescubrimiento del federalismo" y desencadenado en nuevas modalidades de descentralización.

Tratando de realizar un breve recorrido histórico, puede afirmarse que si bien es cierto que hasta 1988, el poder publico nacional tuvo un papel preponderante, permitiendo que se arraigara el centralismo, como consecuencia "de la falta de consolidación del experimento democrático y por el insuficiente desarrollo de la sociedad civil" (COPRE Mimeografía No.12:1990:11), entre ese mismo año y 1990 se promulgan la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la Ley de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, cuerpo normativo que permitió a la descentralización política territorial ir de la mano con la descentralización administrativa, desencadenando en el apareamiento de nuevos actores en el campo político, y en un proceso de transferencia de competencias, cuya iniciativa quedó en manos de cada uno de los estados. Vivió así la descentralización entre nosotros, su mejor momento entre 1989 y 1992.

Sin embargo, al igual que hoy, los resultados concretos exigidos por las comunidades a sus gobernantes no se vieron satisfechas; las diatribas políticas entre los actores componentes de los distintos poderes públicos regionales se hicieron cada vez más acentuadas; y, los adversarios al proceso descentralizador impidieron mediante trabas fundamentalmente políticas de alguna manera su ejecución. Caminamos así al Proceso Constituyente de 1999, llegándose a normar la descentralización en la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, no solo como principio de organización política sino como política de Estado, igualmente se define al Estado y al Gobierno venezolanos como descentralizados (Arts. 4 y 6); se establece la cláusula de descentralización (Art. 157) sin limitarla a la de contenido administrativo; se prevé la descentralización de competencias y servicios de los Estados a los Municipios (Art. 165) y la descentralización de servicios de los Estados y Municipios a las comunidades y grupos vecinales organizados (Art. 184); y se establece como propósito de la

descentralización en el artículo 158 "profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales"

Por su parte, el legislador en la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), que en adelante denominaremos LOAP, asume la clasificación de la descentralización en territorial (Art. 30) y funcional (Art.24), y la opone a la desconcentración, modalidad organizativa de carácter administrativo a la que también clasifica en funcional y territorial. Formula que sigue lo establecido en la legislación española, y que permite afirmar que, para el legislador venezolano la descentralización como mecanismo de desviación del principio de la competencia, se caracteriza porque la transferencia de competencias (y valga la redundancia) se produce entre entes o personas jurídicas, (es por tanto Intersubjetiva) mientras que la desconcentración, es una transferencia de atribuciones que se produce entre órganos (es por tanto Interorgánica)

La afirmación anterior, aún cuando parece elemental no deja de producir confusión, en condiciones en las que al propio legislador y a la misma administración, le resulta difícil determinar cuando está en presencia de un ente y cuando en presencia de un órgano, e igualmente marcar la diferencia entre competencia y atribución, sobre todo en el marco de la organización administrativa.

El legislador, conciente de esta dificultad, en el artículo 15 de la LOAP, al construir la oposición entre ente y órgano, instituye como punto nodal de la cuestión la presencia de un elemento: la personalidad jurídica de quien posee la competencia. Por otra parte, en el artículo 29 configura el principio de la descentralización funcional, como principio de funcionamiento y organización de la Administración Pública, pero conceptualmente y quizá retomando la diferencia que plantea el Código Civil entre personas jurídicas con formas de Derecho Público y personas jurídicas con formas de Derecho Privado, habla de entes, y entonces, sin olvidar la personalidad jurídica, centra la diferencia en tres elementos fundamentales:

- ❑ La actividad económica o fin para el que se hubiera creado
- ❑ El régimen jurídico aplicable y,
- ❑ El ejercicio de potestades públicas.

Son justamente estos elementos los que mueven la realización de este trabajo, porque ellos permiten categorizar la descentralización en territorial o funcional, así como identificar a las diferentes categorías de entes públicos sobre los cuales descansa este proceso.

A tal efecto se abordará en una primera parte la descentralización funcional como principio de organización administrativa, y los criterios esbozados en torno a la noción de entes de Derecho Público; seguidamente se analizarán los elementos que de acuerdo a la LOAP constituyen indicadores en la categorización de un ente como tal; y, finalmente se hará referencia a los diferentes entes descentralizados funcionalmente que se abordan en la ley in comento.

El método a utilizar será teórico descriptivo, de análisis y síntesis. En este sentido, se tomará en consideración diferentes criterios de doctrinarios nacionales y extranjeros, así como el contenido de nuestra normativa vigente.

1. LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL COMO PRINCIPIO DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA:

La noción de descentralización se encuentra irremediamente unida a la concepción de Estado Social de Derecho, pues se adecua a la percepción según la cual no es el hombre el

que está al servicio del Estado, sino que es el Estado el que está en función del hombre, correspondiéndole en consecuencia actuar en beneficio de los ciudadanos. Y es bajo esta perspectiva que apreciamos a la descentralización cuando el constituyente de 1999, la consagra como principio de organización política y como política de estado.

Pero cuando en el artículo 157, permite la transferencia de determinadas materias de competencias del Poder Nacional al Poder Estatal y Municipal, la descentralización se presenta como un desencadenante en la creación de diferentes categorías de personas jurídicas o entes descentralizados, que dirigen su actividad al cumplimiento de cometidos estatales en el marco de la organización y funcionamiento administrativo del Estado.

Pudiera citarse en este sentido a Agustín Gordillo, cuando señala "la descentralización aparece cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad del ente " (Gordillo, A.: 2001 XIV-2)

Es la misma apreciación de Allan Brewer Carías quien la considera, como una distribución de competencias, "pero no dentro de una misma organización jerárquica, sino una transferencia de competencia hecha a personas jurídicas distintas del ente transferidor" (Brewer Carías, A.:1994:68)

Se va configurando así una especie de trípode (si lo quisiéramos visualizar gráficamente) entre el Estado y sus sujetos auxiliares; la actividad administrativa que permitirá satisfacer los intereses colectivos y la organización también de carácter administrativo a la que deben someterse.

Trípode que de alguna manera, y en forma sencilla de entender, hace a la vez florecer la noción de descentralización funcional o institucional en oposición a la descentralización territorial o política.

Históricamente la noción de Descentralización Funcional, nace en 1.895, con Horiou, quien propuso la descentralización a través de los establecimientos públicos con personalidad jurídica destinados a prestar un servicio pero en forma separada de la administración central.

Concepto que a su vez se ha distinguido de la descentralización por servicios, para equiparar la descentralización funcional, con el ejercicio de una potestad pública, y la descentralización por servicios a actividades materiales, técnicas o de producción, más como nos dice Jesús Caballero Ortiz "basta el ejercicio de una actividad concreta por parte de una figura subjetiva para que ya pueda hablarse de descentralización funcional " (Caballero O.J.:1993:26)

La descentralización en términos generales puede entenderse como aquella formula de organización en la que la actividad administrativa se lleva a cabo en forma "indirecta" a través de órganos dotados de ciertas competencias que generalmente es ejercida dentro de un ámbito físico". Por otra parte, mientras que, la descentralización territorial alude a la "entrega de poderes, régimen de autonomía, a las colectividades inferiores al Estado ", la descentralización funcional apunta a la "creación de entes instrumentales de cada una de las Administraciones públicas dotados de personalidad jurídica propia" (Santamaría Pastor, J.:2001:117)

Estas diferentes tipologías de Descentralización, han sido consagradas por nuestro legislador, e independientemente de la importancia que reviste tal distinción, la primera apreciación que salta a la vista, es la apertura para al interprete del Derecho de- la posibilidad de entender a la Administración Pública como una persona jurídica, en cualesquiera de sus niveles de organización política territorial.

Veamos, reza el artículo 29 de la LOAP:

"Los titulares de la potestad organizativa podrán crear entes descentralizados funcionalmente cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y

condiciones previstos en la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela y en la presente ley "... (Subrayado A.G. de Cárdenas)

Ahora bien, pensemos que quien tiene la potestad organizativa es la Administración Pública, más no el titular, que en este caso, haría referencia al funcionario, máximo jerarca de determinada organización administrativa. Luego si nos atenemos a la noción de descentralización funcional, y aceptamos que esta se lleva a efecto, entre personas jurídicas, no dudamos en afirmar que, aún y cuando nuestra Constitución no consagra a la Administración Pública, como una persona jurídica, debe reconocerse como tal, en una ruptura de paradigmas a los criterios tradicionales de los doctrinarios venezolanos, que la han entendido como un complejo orgánico que realiza diferentes actividades o tareas.

En otro orden de ideas y aceptando que afirmar que la Administración Pública a raíz de la entrada en vigencia de la LOAP puede entenderse como un ente con personalidad jurídica, afirmación que merece un análisis que no es el objeto de esta Monografía, es muy importante destacar, y aquí si nos detendremos, la necesidad en nuestro derecho positivo de un criterio cierto y uniforme al momento de determinar si un este estatal es público o privado. Ello en razón de la característica del Estado venezolano, de crear entes descentralizados, que progresivamente se han multiplicado, bajo diferentes denominaciones y formulas jurídicas, con apoyo crediticio y cuya actividad es la prestación de servicios públicos, cumpliendo en algunos casos funciones que no están previstas para ministerios.

En efecto, y esto no puede perderse de vista, la teoría de la personalidad única del Estado, aceptada modernamente en forma casi unánime, en el entendido que el Estado es una persona pública y un ente de derecho público, aún y cuando penetre en la esfera en que se mueven los entes o personas privadas, puede aplicarse, y en esta postura me uno a lo que mantiene Agustín Gordillo, a todos los entes descentralizados, y entender que estos adquieren un indiscutible carácter público en virtud de la actividad que desarrollan, a pesar de que estén regidos por normas de derecho privado.

El derecho positivo venezolano, no ha sido unánime al momento de fijar posición al respecto. Tampoco lo ha sido la legislación comparada. Como ejemplo podemos citar sendos fallos del Consejo de Estado Francés (1936 y 1939) que admitió la vida jurídica de los "establecimientos privados encargados de un servicio público", y en Sentencia del 31 de Julio de 1942 (ARRET MOUNPERT) señaló que organismos no considerados como establecimientos públicos, podían dictar actos administrativos generales o particulares. Posición posteriormente aceptada por la Doctrina y la Jurisprudencia venezolana.

De manera tal, que habría que reconocerle al legislador la preocupación por unificar criterios para otorgar el carácter de ente de derecho publico a diferentes administraciones descentralizadas que prestan un servicio público. Tarea ardua y que ciertamente, pese a tal esfuerzo no será fácil llevarlo a la práctica por varias razones que trataremos de abordar:

1.1. LA DIFICULTAD EN LA ACEPTACIÓN DE UN CRITERIO PARA DETERMINAR A UN ENTE DE DERECHO PÚBLICO:

Pudiera resumirse tal dificultad en las siguientes circunstancias:

1. La imprecisión existente en la legislación, la doctrina y la Jurisprudencia patria y extranjera, al momento de denominarlas. Se les ha llamado: Personas no Estatales en oposición a las Personas estatales, Entidades Públicas, organismos gubernamentales, Entes Públicos, Establecimientos Paraestatales, Administraciones indirectas, Sujetos Auxiliares de la Función Pública, Personas Jurídicas de Derecho Público.
2. En que no solo su denominación ha sido imprecisa, también lo es la actividad que desarrollan y su regulación jurídica. Así por ejemplo, si tradicionalmente se ha considerado

que las Empresas del Estado, pueden estar sometidas a un régimen de Derecho Público, o de Derecho Privado, y que en el primer caso son Personas Públicas, sin embargo la Ley Orgánica de Crédito Público, las somete parcialmente a un régimen de Derecho Público.

Es cuando comienza a su vez a divagarse, en torno a la calificación de los actos que estas personas emiten, en consecuencia al régimen jurídico aplicable, y a la jurisdicción competente para dirimir sus conflictos.

3. En el denominado proceso de Publicización del campo de lo privado, y la privatización jurídica del campo de lo Público, como lo llama Brewer Carías. Proceso que ha provocado a su vez la dificultad de la distinción, hasta no hace mucho considerada como simple, de lo público con lo privado, pues, si bien es cierto, que en principio, su objetivo fue propiciar un marco jurídico regulado bien por normas del Derecho Público o del Derecho Privado, actualmente la realidad nos muestra otra cosa. En efecto, la Doctrina y la Jurisprudencia, como producto del Estado preponderantemente intervencionista de nuestros días, y con criterios contradictorios, ha permitido reconocer como pública actividades efectuadas por los particulares. En otros casos, este mismo Estado, se une a los particulares en una estrecha alianza, y pareciera que defendiera más los intereses de los administrados que los de la propia administración. Me estoy refiriendo, al reconocimiento que se le hace a la libre competencia, en la cual, Los particulares y el Estado, se ubican en igualdad de condiciones. Se presenta a mi manera de ver un dualismo distendido de lo público con lo privado.

4. En los elementos acogidos en la LOAP para catalogar a una persona como pública, ya que cada una de ellos en su dimensión requieren ser examinados: Personalidad Jurídica, Potestades Públicas, Función Administrativa, Prestación de Servicio Público, emisión de Actos Administrativos. Hoy día se encuentran señalados por el legislador, más hasta no hace mucho, tanto la doctrina administrativa, como la doctrina jurisprudencial de la extinta Corte Suprema de Justicia, variaba su criterio entre "Prerrogativas Públicas" Sentencia SACVEN; "Servicio Público" Sentencia Ramón Escobar León vs UCAB; y la adecuación de ambos criterios "Sentencia Mario Ricio vs. Comisión Nacional de Valores"

Estas apreciaciones nos llevan a referimos a los criterios que se han esgrimido para construir la noción de persona pública o ente público:

2. CRITERIOS EN TORNO A LA NOCIÓN DE ENTE DE DERECHO PÚBLICO:

La postura del Derecho Comparado en torno a la noción de ente de Derecho Público, ha evolucionado en forma paralela a la noción del Estado, pues si bien es cierto que modernamente al Estado se le entiende como el sujeto de los derechos de la colectividad nacional, en un comienzo, el Estado absoluto, era visto como un gran aparato burocrático que en consecuencia permitía la centralización, para alcanzar sus objetivos políticos y económicos.

Producto de la Revolución Francesa, las prédicas de Locke, Montesquieu, Rousseau; y el surgimiento de la concepción del Estado de Derecho, se construye la Teoría de la división de los Poderes Públicos como base para mantener la libertad, y se estatuye el principio de la legalidad como sustento del Estado de Derecho.

Estas nociones progresivamente evolucionarán, y así, se flexibilizará la doctrina de la separación de los poderes, se modificará la primacía del Legislador por la del Ejecutivo, se transformarán las libertades políticas a través de la universalidad del sufragio, se consagrarán los Derechos Sociales a raíz de la Constitución de Weimar (1919)), hasta desembocar en el Estado Social de Derecho.

A la vez que se producen estas transformaciones en la concepción del Estado, se va reconociendo personalidad jurídica a otras categorías de personas, pero que al igual que el Estado, se desenvuelven dentro de su organización administrativa. Surgen las Provincias, los

Municipios, los Departamentos, las Comunas, los Entes Autónomos o Descentralizados, y las Sociedades de Economía mixta.

Esta circunstancia, planteó la necesidad de delimitarles un campo de acción, y de otorgarles una determinada regulación jurídica, marcada por el Derecho Público o por el Derecho Privado. Se plantea así una primera distinción entre Personas de Derecho Público y Personas de Derecho Privado. Ahora bien, "ab initio", la diferencia de estas ramas jurídicas, constituyó todo un proceso de formulación del pensamiento, que alterna desde enfocar tal distinción como categorías apriorísticas de la ciencia del Derecho (Radbruch), o considerándose el interés tutelado (Ulpiano), o la naturaleza de la relación jurídica regida por la norma (Hans Kelsen), hasta llegar a autores como Eduardo García Maynes, quien predicó que la diferencia solo poseía una importancia práctica, fundamentalmente política.

Sin embargo al estas ramas del Derecho interconectarse como producto a su vez de los cambios en la noción del Estado, y del dualismo distendido de lo público con lo privado, ya referido, la diferencia entre personas de Derecho Público y personas de Derecho Privado, tomando como punto de referencia la distinción entre estas dos ramas del Derecho se hace muy sutil e imprecisa

La evolución en torno a la construcción de un criterio para calificar una Persona Jurídica como pública o privada comienza en Francia, país en el que la Doctrina Tradicional reconocía tres grandes categorías de Personas Públicas: el Estado, las entidades territoriales (departamentos y comunas) y los "establecimientos públicos", los cuales diferenciaron de los "establecimientos de utilidad pública".

Los "establecimientos públicos" son considerados por el Derecho Francés, como entidades estatales, teniendo a su cargo un servicio público, y sometándose por tanto, a un régimen propio de Derecho Público, mientras que los "establecimientos de utilidad pública" , son organismos puramente privados, que no integran la administración, ni ejercen servicios públicos, se regulan por el Derecho Privado, aunque gozan de ciertas ventajas y soportan una mayor vigilancia del Estado.

No obstante la Doctrina Francesa, no ha sido determinante al momento de fijar un criterio uniforme al respecto, sobre todo cuando la naturaleza de la institución no se encuentra predeterminado en la ley. Para Waline, los establecimientos públicos se caracterizan, porque disponen de ciertos privilegios: (exenciones fiscales, derecho de Expropiación), sus actividades se consideran obras públicas, están sometidos a cierto contralor administrativo, sus empleados son funcionarios públicos y sus decisiones son actos administrativos. Para este autor, basta la presencia de uno de dichos privilegios para presumir el carácter de público de dicho establecimiento.

Hauriou, por su parte, considera que se trata de una cuestión de hecho, y que ante la duda, debe presumirse el carácter privado del establecimiento.

Michoud, preconiza, que debe examinarse, si existen derechos de poder público (poderes de policía, derecho de expropiación, monopolios etc.), y admite que se está en presencia de un establecimiento público si se reúnen varios de dichos caracteres pues uno solo no basta. Más se pregunta si no es mejor denominar tales establecimientos públicos como "personas menores de derecho público".

El Derecho Italiano, se diferencia del Francés, en que reconoce la calidad de personas públicas, a instituciones, que no integran la estructura estatal. Es decir, no hacen coincidir la noción de persona pública con la de administración pública. Así, desde 1890, se atribuyó carácter de persona pública a instituciones de beneficencia, creadas y sostenidas exclusivamente por particulares, aún y cuando autores como Alessi, en un criterio contrario, señalaban que el ente público, a diferencia del ente privado, forma parte de la administración pública.

Para caracterizar, las personas públicas, la Doctrina Italiana, toma en cuenta los siguientes elementos:

- 1.- Fin Público que persigue la institución, elemento que para Zanobini, es el fundamental
- 2.- Otorgamiento de Poderes Públicos, insistiendo Ferrara en la existencia de poderes públicos como elemento esencial de caracterización.
- 3.- Obligación del ente hacia el Estado de cumplir sus Fines Propios.
- 4.- Tutela de Estado sobre el ente, o por lo menos vigilancia continua e intensa.

Hoy día, la legislación italiana, en virtud de la Ley 7/1975, establece como indicador de la categorización de un ente como público, el que haya sido creado por ley.

En el Derecho Español, el reconocido autor, Eduardo García de Enterría, al admitir la diversificación de entidades administrativas, como consecuencia de la descentralización, señala que este fenómeno "no supone una fragmentación del Estado, es obvio decirlo; éste, como unidad estructural política, engloba a todas ellas y además se sirve de su Administración directa o centralizada para someter a las demás a una cierta disciplina unitaria mediante las técnicas de la tutela administrativa" (García de Enterría, E.1995:362) Fundamenta el carácter de las Instituciones Públicas, para utilizar su denominación, aún y cuando el mismo autor reconoce que no es el término generalizado en la doctrina española, en que "el fundador no es fugaz, no es mortal, no desaparece; es una Administración territorial", el ente instituido estará acompañado de esta circunstancia durante toda su vida posible, y por tanto el ente fundador mantendrá con relación a este una posición calificada respecto a su origen, régimen y funcionamiento.

Otro autor español, Juan Alfonso Santamaría Pastor, menciona que la "discusión acerca de si un ente es público o privado constituye un falso problema: lo único relevante es la determinación, en cada relación jurídica concreta de un ente, del tipo de norma, pública o privada, por la que se rige" (Santamaría Pastor, J.: 2001:368)

Es importante destacar que los países miembros de la Comunidad Europea, a la hora de calificar a un ente como público, han considerado tres elementos: personalidad jurídica para satisfacer necesidades colectivas y cuyas actividades son financiadas por el Estado, las Regiones o cualquier otro ente local o público; control público; y, que sus órganos de administración dirección y vigilancia estén constituidos en más de la mitad por integrantes designados por las personas jurídicas precedentemente mencionadas.

Como ejemplo de la Doctrina Latinoamericana hemos tomando como referencia a Enrique Sayaguéz Lazo, para quien en un criterio compartido por el inolvidable maestro Eloy Lares Martínez, debe mirarse a la realidad, ya que los conceptos tradicionales han sido superados en razón del intervencionismo estatal y las nuevas tendencias del Derecho, la solución exacta, mantienen debe efectuarse sobre la base del régimen jurídico en que se mueven.

Agustín Gordillo, nos habla de "entes descentralizados", a los cuales otorga, tomado en cuenta la legislación Argentina, algunas características comunes: personalidad jurídica; asignación legal de recursos; patrimonio estatal; facultad para administrarse a si mismos; creación por parte del Estado; sometimiento al control estatal; fin que cumplen, el cual puede ser administrativo, industrial o comercial. Asevera este autor, que las personas estatales no pueden ser indistintamente personas de Derecho Público o de Derecho Privado, pues y para ello acoge la doctrina de la personalidad única del Estado, "por el solo hecho deformar parte del Estado, adquieren un indudable carácter público, a pesar de que puedan estar en alguna medida regidas por el derecho privado: ello es así porque todo lo que hace a la creación y supresión, competencia, formación de la voluntad, etc., estará siempre regido por el derecho público y solo podrá quedar para el derecho privado lo referente al contenidos de sus actos o contratos" (Gordillo A.: 2001XIV-7)

Entre nosotros, Allan Brewer Carías, estima que la distinción entre Persona Pública o Privada no deriva del ordenamiento jurídico, pues ello constituye una forma para distinguirlas, ni del régimen jurídico aplicable, porque en una u otra persona puede haber ingerencias de normas de Derecho Público o de Derecho Privado. Tampoco dice, deriva de la organización administrativa que el Estado adopte, la distinción debe para el autor determinarse:

- a.- Integración o no de esta persona jurídica a la estructura general del Estado: que forme parte o no de la Administración Descentralizada.
- b.- La forma jurídica originaria que adopte, sea de Derecho Público o de Derecho Privado.

Debemos reconocer entonces al legislador venezolano, el esfuerzo al señalar los elementos que deben existir para categorizar a un ente como público, los cuales como ya enunciamos son los siguientes:

- ❑ Personalidad Jurídica
- ❑ Actividad económica o fin para el que se hubiere creado
- ❑ Ejercicio de Potestades Públicas
- ❑ Régimen Jurídico aplicable

Veamos a continuación cada uno de ellos.

3. ELEMENTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2001) PARA CATEGORIZAR A UN ENTE COMO PÚBLICO:

Debe partirse de una diferencia fundamental asumida por el Derecho Positivo Venezolano: la discrepancia entre personas territoriales y no territoriales. Diferencia que nace dentro de la doctrina alemana del siglo XIX para posteriormente ser objeto de críticas por parte de la Escuela de Viena, y prácticamente desmoronarse, al señalarse que el territorio no podía ser considerado como elemento estructural del Estado, sino como un espacio delimitado dentro del cual rige un ordenamiento o se aplica una competencia concreta, (Nieto citado por García de Enterría) o como explica Santamaría Pastor el territorio determina "el ámbito espacial de validez de un orden jurídico, o el límite físico para el ejercicio de las competencias propias de cada ente " (Santamaría Pastor, J.:2001:369)

Sin embargo, aun cuando pueden admitirse por irrefutables las aludidas críticas, la distinción entre personas territoriales, consideradas de por si entes públicos, y no territoriales, sigue teniendo vigencia en nuestro país, pues es tomada por la Constitución de 1999, e igualmente continúa siendo empleado en el Derecho Comparado, por cuanto facilita distinguir el ente originario (fundador o primario) del ente instituido o creado (Transfiriendo y receptor como llama Brewer Carías).

Asumir que existe un ente originario distinto del ente instituido, permite establecer:

- a.- La extensión territorial en la cual los entes instituidos pueden desenvolverse, y por lo tanto el ámbito físico de su competencia;
- b.- La generalidad o especificidad en los fines a cumplir, desencadenante a su vez de una serie de atribuciones de poder público;
- c.- El carácter de gestores de servicios públicos de los entes instituidos, y el control que sobre ellos ejercen los entes originarios.

Dicho esto pasemos a analizar cada uno de los elementos enunciados:

3.1. PERSONALIDAD JURÍDICA

Señala textualmente la LOAP en el segundo aparte del artículo 15: "Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios" (Subrayado A.G. de Cárdenas)

La personalidad jurídica, es uno de los elementos coincidentes en el Derecho Comparado al momento de construir una noción de los entes descentralizados, cuyo fundamento está determinado en la transferencia que de la prestación de un servicio o del ejercicio de una función realiza el ente primario, permitiendo al ente instituido constituirse en una persona distinta al ente que los crea, aún cuando forma parte de su organización administrativa, desenvolviéndose libremente e invistiéndose de derechos y obligaciones.

Constituye al decir de los autores, un procedimiento técnico de imputación de derechos, que nace de una cierta realidad social existente. La razón dice Caballero Ortiz, es una necesidad práctica de mantener su propia individualidad patrimonial, financiera y presupuestaria.

La técnica del reconocimiento de personalidad jurídica a los entes públicos, ha permitido construir el sistema de los entes públicos territoriales, diferenciando al Estado de los entes descentralizados, guardando cada uno de ellos su propia independencia.

Estar investido de personalidad jurídica desencadena en el ente público descentralizado los siguientes efectos:

- 1.- Un fin a cumplir, que el legislador califica, como empresarial o no empresarial, pero que en todo caso estará representado por una actividad de interés público, predeterminada al momento de crearse.
- 2.- El reconocimiento que de ella hace el Derecho Objetivo, marcado por el fin a cumplir y por la transferencia y delimitación de su competencia. Como ya afirmamos esta delimitación de competencia es lo que permite visualizarlas en forma distinta al ente primario o territorial.
- 3.- Interrelación con otros entes sean de naturaleza pública o privada, o sean sencillamente personas físicas o particulares, pudiendo llegar en consecuencia, a lesionar la esfera de sus derechos subjetivos y de sus intereses legítimos.
- 4.- Delimitación con respecto a las personas físicas que lo integran, desencadenando una limitación en la imputación de responsabilidades. Una cosa será la responsabilidad del ente, la cual generalmente es de carácter patrimonial, y otra la de los funcionarios que lo conforman o representan, que podrá ser civil, penal o disciplinaria. En este orden, pauta la LOAP, en el artículo 32:

"La descentralización funcional o territorial transfiere la titularidad de la competencia); en consecuencia, transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica Y en los funcionarios funcionarias del ente descentralizado" (Subrayado A.G. de Cárdenas)

- 5.- Flexibilidad, en el manejo de su patrimonio y capacidad negociaj, pudiendo celebrar contratos, concesiones, y comprometerse, patrimonialmente.

Si bien es cierto que la personalidad jurídica supone independencia, al constituirse como parte de la organización administrativa del Estado, la actividad del ente descentralizado, aún cuando es discrecional, se somete enteramente al Principio de la Legalidad. Existen autores que en este sentido, califican a la actividad que estas personas desarrollan de sub-legal, pues no podrán en forma alguna contrariar a la ley, ni reglamentar en materias consideradas dentro de la "reserva legal" .

Por tanto la administración de la competencia que tenga atribuida queda sometida y a tal efecto debe tomarse en consideración lo estipulado en el artículo 141 primer aparte de la Constitución del 99, y el contenido del título II de la LOAP, entre otros, a los siguientes principios:

1. Principio de la Racionalidad en las decisiones administrativas que se adopten.
2. Principio de la Equidad, ya que sus decisiones no pueden ser "inicias, inequitativas o injustas" (Brewer Carías, A. : 1990: 66)
3. Principio de la Igualdad, su actuación no podrá ser parcializada o discriminatoria.
4. Principio de la Proporcionalidad, lo contrario generaría arbitrariedad, abuso de poder.

Son estos principios, los que a su vez permiten someter a los entes descentralizados a fórmulas de control público. En efecto, la Constitución del 99 en su artículo 142, sujeta al "control del Estado", a los Institutos Autónomos, corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, enarcando una particular diferencia con respecto a la Constitución del 61, que solo sometía a los Institutos Autónomos al "control del Congreso" (Art. 230) En consecuencia, en principio constitucionalmente, solo una categoría de entes públicos, los Institutos Autónomos, quedaban sometidos a una de las fórmulas de control público: el control político, correspondiéndole su ejecución al Congreso Nacional. El control del Estado, como fórmula o mecanismo de control público es una noción más amplia, pues supone el control administrativo, jurisdiccional, y fiscal, además del control de tutela en el caso de los Institutos Autónomos.

Sin embargo, no debe olvidarse que desde 1995, y como consecuencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, reformada en el 2001, todos los entes descentralizados quedan sometidos al control administrativo, cuya ejecución corresponde a la Contraloría General de la República como órgano máximo de control administrativo y fiscal del Estado venezolano.

3.2. FIN PARA EL CUAL FUE CREADO:

Establece la LOAP en el ordinal 2° del Artículo 29:

...Los entes descentralizados funcionalmente serán de dos tipos:

2° Entes descentralizados funcionalmente conforma de Derecho Público: estarán conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de Derecho Público y podrán perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas. (Subrayado A.G. de Cárdenas)

El "criterio delfín ", ha sido utilizado para distinguir los entes públicos de los privados de acuerdo a la naturaleza pública o privada de los fines que persiguen en su actividad. Este criterio parte de la base de que toda persona jurídica tiene su razón de ser en un fin específico, de tal manera que si al analizar el fin a cumplir por el ente se llega a determinar que es público, pues su naturaleza debía considerarse como pública.

Criterio que en razón de las críticas que se le imputaron fue sustituido con el de "los indicadores positivos de reconocimiento" el que a su vez fue suplantado por la tesis de la "relación de servicio"

Constituye una novedad en nuestra legislación denominar el fin a cumplir por los entes descentralizados como "empresarial o no empresarial". Pretende el legislador, a mi modo de ver, abarcar funciones que puedan representar bien una actividad comercial o industrial o bien la prestación de un determinado servicio público. Sin embargo, el fin a cumplir no es

determinante en la calificación de un ente como público, pues siempre su actividad estará matizada por la época y las circunstancias, y sobre todo por los fines públicos que pueden perseguir entes de naturaleza privada.

Lo que si creo es, que con esta calificación de "actividad empresarial o no empresarial" el legislador rompe con el paradigma tradicional de asignarle a las personas públicas el ejercicio de funciones administrativas, que a su vez envuelva la idea de prestación de un servicio público, con todas las consecuencias que ello apareja, y amplia el ámbito de acción en el que los entes descentralizados pueden desenvolverse.

Agustín Gordillo, señala en ese sentido "No podemos caracterizar en forma genérica a los entes estatales descentralizados como portadores única y exclusivamente defines administrativos, sino que debemos admitir la posibilidad de que de hecho efectúen actividades comerciales o industriales" (Gordillo, A.: MV-5:2001)

Ahora bien si aceptamos que el fin a cumplir no es determinante al momento de categorizar a un ente como público, podríamos preguntarnos ¿Qué es lo importante de determinar tomando en consideración la actividad del ente? Lo importante es la interrelación (o interacción como prefería llamarlo el Profesor Gustavo Briceño) que se plantea entre los entes descentralizados y los administrados u otras administraciones, con motivo de la actividad empresarial o no empresarial que el ente desarrolle. Esa interrelación siendo de carácter jurídico-administrativa se encuentra motivada en esencia por el interés colectivo, desencadenando una consecuencia jurídica de trascendental importancia: las normas a las que se han de someter deben ser por disposición del legislador "normas de Derecho Público "

3.3. POTESTADES PÚBLICAS:

Otro de los criterios esgrimidos para diferenciar a un ente público de uno privado es el de las "prerrogativas ", según el cual "el ente público se caracteriza por ostentar potestades de autoridad, típicas del poder de imperium del Estado (potestad tributaria, sancionadora expropiatoria, etc.) " (Santamaría Pastor, J.: 2001: 366)

O como nos dice Ferrara, citado por Antonio Moles Caubet: " Estas participan de caracteres estatales, de cualidades y prerrogativas que son exclusivas y esenciales del Estado, como Marqués de la Souveranité expresado con lenguaje de otro tiempo " (Moles Caubet, A.:1997:65)

Criterio altamente controversial en el marco doctrinal y jurisprudencial, pues ha permitido la construcción de los denominados "actos de autoridad ", en virtud de los cuales personas de origen evidentemente privado, y en las que en consecuencia el Estado no tiene ingerencia, por expresa delegación y con fundamento en la ley, realizan actos reservados al Poder Público, participando de forma directa en el ejercicio del "imperium del Estado " Actos de autoridad, que alcanzan decisiones de entes privados como lo son: Colegios profesionales, Universidades privadas, asociaciones deportivas o intelectuales, en una concepción equivocada a mi manera de ver de lo que significó el origen de esta denominación.

En efecto, esta expresión nace en Francia, para diferenciar los actos jurídicos emanados del Estado, según procediera del Estado-poder, o del Estado-persona, calificándolos respectivamente o como actos de autoridad o actos de gestión, haciendo recurribles los primeros en vía jurisdiccional ante los Tribunales Administrativos, mientras que los segundos, regulados por el Derecho Privado se someten a la Jurisdicción ordinaria.

Ha sido emblemática entre nosotros, la Sentencia SACVEN, del 18 de Febrero de 1986, que por decisión del Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, Pedro Miguel Reyes, estableció que en ese caso, personas jurídicas de carácter privado habían creado derechos subjetivos, por tanto sus actos se identificaban con los actos administrativos, y se declaró competente para conocer de la situación planteada.

Tales prerrogativas les corresponden a los entes públicos descentralizados, en razón y como consecuencia del interés público que representan y que desencadenan una serie de privilegios y obligaciones en el orden jurídico y administrativo. En ese sentido:

1° Sus actos tienen el carácter de administrativos, por tanto son de obligatorio cumplimiento para los administrados y la administración.

2° Tienen potestad reglamentaria, sancionatoria, disciplinaria, organizativa y expropiatoria.

3° Cuentan con potestad revocatoria, para anular, modificar o convalidar sus propios actos, bajo los supuestos y procedimientos que al efecto plantea el legislador.

4° En su contra, podrán intentarse cualesquiera de los recursos administrativos y contenciosos administrativos. De esta manera se logra una fórmula que garantiza un equilibrio frente a las prerrogativas de la administración.

3.4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE:

Resalta en la LOAP, el régimen jurídico aplicable a los entes descentralizados, pues constituye junto a la personalidad jurídica, el punto nodal de la bipartición entre entes con forma de Derecho Público, y entes con forma de Derecho Privado.

Ser sujeto de un ordenamiento jurídico expresa Antonio Moles Caubet, citando "Lezioni de Diritto Intemazionale", significa "encontrarse respecto a éste en una relación que lo hace destinatario de sus normas, con una valoración subjetiva, en virtud de la cual se le atribuye un derecho, una obligación o un poder" (Moles Caubet, A.:1997:42)

Régimen jurídico que definitivamente, en el caso de los entes descentralizados, no podrá ser monolítico, pues en la práctica, en la mayoría de los casos, parte de la actividad del ente se regirá por normas de Derecho Público, y parte por normas de Derecho Privado. Lo que finalmente llevará al aplicador, a un análisis de la situación jurídica que tenga planteada para llegar a determinar la norma jurídica aplicable al caso concreto.

Está claro sin embargo, que nuestro legislador al someter a los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho Público a normas de Derecho Público, lo relaciona con el Poder Público. Bien lo dice Juan Carlos Aptiz:

"El Derecho Público se relaciona con el Poder Público, pues aquel es el marco jurídico que le atribuye potestades para crear e imponer unilateralmente efectos jurídicos a otros sujetos, independientemente de su asentimiento, y a la vez, lo somete a una serie de deberes, condicionamientos y límites en todas sus actuaciones, guardando coherencia con su naturaleza y fines característicos" (Aptiz B., J.C.: 2003:453)

Es una realidad que hoy por hoy, los sectores donde conviven en mayor medida el Derecho Público y el Derecho Privado es en los órganos del Estado, de allí que al momento de determinar el régimen jurídico aplicable, tendríamos que ir a su origen, es decir, a determinar si su creación nació por efecto de fórmulas de Derecho Público o de Derecho Privado. Ello sería solamente un indicador. A lo largo de la relación jurídica que se nos plantee podrá presentarse una mayor o menor incidencia de la normativa aplicable, y en consecuencia a la precisión de la naturaleza del ente.

Ni siquiera el Juez Contencioso Administrativo, al momento de dilucidar un conflicto que pueda plantearse podrá ser rigurosos en cuanto a la normativo a aplicar, pues aún cuando la norma que le marca su competencia y el procedimiento a seguir está sometido a lo contenido en la LOCSJ, sin embargo en el desarrollo del proceso debe tener en consideración normas del Código de Procedimiento Civil, todo ello por mandato expreso del artículo 88 de la LOCSJ.

4.CATEGORÍAS DE ENTES DESCENTRALIZADOS FUNCIONALMENTE ESTABLECIDOS EN LA LOAP.

Analizados los elementos considerados en la LOAP para categorizar a un ente como público, veamos a continuación que entes se ubican en esta categoría y cual es su tratamiento jurídico. A tal efecto partiremos de la Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 18 de Diciembre de 2001, que en ponencia del Magistrado Antonio García García, cuando interpuesto un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 2° ordinal 9 de la Ley del Estatuto sobre el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios o empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y Municipios, sentenció:

Omissis... Al respecto, y en un primer término, se observa que la Administración Pública Nacional está integrada por: a) La Administración Central, conformada por. ..omissis, y b) La Administración Descentralizada, la cual a su vez se subdivide en dos tipos: la Administración Descentralizada territorialmente, conformada por los entes político-territoriales (Estados y Municipio); y la Administración Descentralizada funcionalmente, conformada por los Institutos Autónomos; personas jurídicas de Derecho Público con forma societaria (Empresas del Estado), asociaciones civiles y fundaciones pertenecientes al Estado. (Subrayado A. G. de Cárdenas)

Como podemos observar esta decisión, por una parte, deja por fuera al igual que lo hace la LOAP, tal como lo asienta Brewer Carias, en un criterio que compartimos, a los "establecimientos públicos corporativos, como las universidades nacionales y aquellas personas jurídicas de derecho público específicas, como el Banco Central de Venezuela (establecimientos públicos asociativos) son formas jurídicas de derecho público estatales para la descentralización " (Brewer Carias, A.:2002:63); y por la otra, engloba como entes públicos a todos los entes descentralizados, sin importar si su naturaleza es pública o privada. Como es el caso de las Empresas del Estado, las fundaciones y las asociaciones civiles pertenecientes al Estado. Refirámonos brevemente a cada uno de ellos:

4.1. ENTES PÚBLICOS INSTITUCIONALES: INSTITUTOS AUTÓNOMOS:

Establece el artículo 142 de la Constitución de 1999:

"Los institutos autónomos sólo podrán crearse por ley. Tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetas al control del Estado, en la forma que la ley establezca"

De la lectura de esta disposición destacan sus elementos característicos:

- Creación y regulación a través de la ley, y
- El sometimiento al control del Estado.

Esta disposición marca con respecto al artículo 230 de la Constitución de 1999 ciertas notas diferenciales:

- ❑ Prevé su creación a través de una ley, pero con una diferencia importante, ya que no es necesario que ostente el carácter de orgánica.
- ❑ Somete los Institutos Autónomos al control del Estado. En consecuencia, a diferentes fórmulas de control público, desde el control de tutela hasta el control parlamentario.

A su vez la LOAP se encarga de definirlos en el artículo 95: "Son personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estado u ordenanza

conforme a las disposiciones de esta ley, dotadas de patrimonio propio e independiente de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que los cree"

A tenor de esta disposición, podemos señalar las características de los Institutos Autónomos . Nacen en virtud de una ley contentiva de ciertos requisitos estipulados expresamente en el artículo 96 de la LOAP.

Se encuentran sometidos a lo que estipula la LOAP, así como al contenido de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Art.98)

Son personas jurídicas de Derecho Público y de naturaleza fundacional. Por tanto, son sujetos de derecho, administran su propio patrimonio y tienen responsabilidad patrimonial.

No existe un límite en cuanto a la actividad que pueden desarrollar. En todo caso, debe representar un servicio público y estar determinada en la ley que le da origen.

Se encuentran adscritos a la Administración Central. Aún cuando tienen autonomía, quedan sujetos al control de tutela del órgano de adscripción (Art.96,4°LOAP) En este mismo sentido el artículo 117 iusden establece especialísimas atribuciones de control, como por ejemplo la estipulada en su ordinal 5°, por el que se faculta al órgano de adscripción a "proponer al Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, o alcalde o alcaldesa, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente le estén adscritas"

Solo pueden ser suprimidos por ley especial que debe contener las reglas básicas de su disolución (Art. 99 de la LOAP) Gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios (Art. 97 de la LOAP)

4.2. ENTES PÚBLICOS CORPORATIVOS:

Dentro de esta categoría se mencionan:

- Universidades Públicas
- Academias Nacionales
- Colegios Profesionales

Los entes públicos corporativos se han caracterizado por:

- Contar con la presencia de un sustrato personal.
- Ser entes autónomos en razón de los fines que persiguen.
- Poder elegir a sus autoridades.
- Elaborar las disposiciones normativas a las que han someterse.

Las Universidades Nacionales, públicas o privadas, más no la experimentales, cuentan con un régimen autónomo, cuyo fundamento es de carácter constitucional (Art.109 Constitución 99)

Aún cuando se les ha considerado como Institutos Autónomos, es la tesis que entre nosotros mantenía Eloy Lares Martínez, su esencia corporativa ha sido ratificada pacíficamente por la Doctrina, así como por diferentes decisiones de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Basta, como ejemplo de esta afirmación, citar la Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 24 de Mayo de 1984, caso: Carmen Sáez de Córdova vs. Universidad Central de Venezuela, en la que textualmente se lee:

Omissis.."De acuerdo ala doctrina son Corporaciones de Derecho Público, dotadas de personalidad jurídica de conformidad con lo dispuesto en el articulo19 del Código Civil... "

En ese mismo sentido pueden verse, Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 24 de Noviembre de 1986; del 19 de Enero de 1988, y las Sentencias de la Sala Político Administrativa del 2 de Noviembre de 1967 y del 14 de Febrero de 1996.

Igualmente la legislación venezolana les ha dado a las Universidades un tratamiento distinto al de los Institutos Autónomos, lo que hace presuponer que no los entiende como tales. Así en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de control fiscal, cuando determina los sujetos que quedan sometidos a este sistema de control, señala en el ordinal 6° a los Institutos Autónomos, y en el ordinal 8° a las Universidades públicas.

Si tomamos en consideración los elementos que hemos analizado como característicos de las personas públicas, es obvio que las Universidades cumplen con cada uno de ellos. Veamos:

a) Su creación obedece a fórmulas de Derecho Público: Decreto del Ejecutivo Nacional, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Publicación que a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Universidades (1970) es condición para que adquieran personalidad jurídica.

b) Aún y cuando cuentan con autonomía en la elección de sus autoridades y en el manejo de su presupuesto, están sometidas a formulas de control público. En efecto, en la administración de sus ingresos, quedan sujetas al control administrativo de la Contraloría General de la República, como ya mencionamos; y en el efecto y ejecución de sus decisiones al régimen de revisión de los actos administrativos previsto en la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos. El control jurisdiccional le corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, tal como evidencia la Sentencia de la Sala Política Administrativa, de fecha 01 de Agosto del 2001, caso Universidad de Oriente, en ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini.

c) El fin que persiguen sin duda es un fin de utilidad pública, que supera la finalidad económica o empresarial, pudiendo calificarse como altruístico, en razón de que su sustrato es evidentemente personal, y su razón de ser estriba en "buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre" (Art. 1° de la Ley de Universidades)

Las Academias Nacionales y los Colegios Profesionales, no forman parte de la estructura general del Estado, por lo que han sido consideradas como personas de Derecho Público no estatales.

Se caracterizan por ser entes descentralizados funcionalmente; " poseer personalidad jurídica de Derecho Público por virtud de la ley que los regula" (Brewer Carias, A.:1994:119); adoptar decisiones disciplinarias contra sus agremiados; y, someterse a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Su patrimonio se integra con la contribución de sus agremiados, por lo que no están sometidas al control administrativo por parte de la Contraloría General de la República, tal como se infiere del artículo 9° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de control fiscal.

4.3. ENTES PÚBLICOS ASOCIATIVOS:

Son entes descentralizados funcionalmente, cuyo origen puede derivar de formulas de Derecho Público o de Derecho Privado.

4.3.1. Entes Públicos Asociativos con forma de Derecho Público:

El ente representativo de esta categoría es el Banco Central de Venezuela. Es un ente con una particularidad muy específica: su rango constitucional, y su regulación a través de una ley

especial. Su consagración constitucional deriva de los artículos 318 y 319, así como de la Disposición Transitoria N° 4°, numeral 8° de la Constitución de 1999, y su regulación data de Ley publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.606, del 18 de Octubre de 2002, que modificó la ley del 4 de Diciembre de 1992.

De la lectura de estas disposiciones se derivan sus características:

a) Es una persona jurídica de Derecho Público, de naturaleza única, ello en razón de que admite el sometimiento a normas de Derecho Privado. Como señala una emblemática Sentencia, que se pronunció en torno a su naturaleza:

Omissis..."Aunque ahora -por expresa voluntad legislativa- es persona jurídica pública, el Banco Central de Venezuela ha continuado realizando operaciones ordinarias bancarias con otros bancos, institutos de crédito y público en general, según está autorizado por los artículos 44 y 50 de su propia Ley. Operaciones éstas que indiscutiblemente están regidas por el Código de Comercio y demás leyes mercantiles. Es pues, el Banco Central de Venezuela el mejor ejemplo de la capacidad de las personas de derecho privado o de derecho público para efectuar indistintamente los actos de derecho publico que la ley les permita, y de derecho privado que no les prohíba (Subrayado A.G. de Cárdenas) (Sentencia de la Sala Política Administrativa del 18 de julio de 1987. Ponente: René De Sola. Caso: Leopoldo Díaz Bruzual)

b) Forma parte por disposición expresa de la ley, del Poder Público Nacional. Aún cuando cuenta con autonomía en el manejo de su patrimonio, se encuentra sometido a formulas de control publico, por parte de la Asamblea Nacional y de la Contraloría General de la República.

c) Cuenta con autonomía en el ejercicio de políticas de su competencia, mas carece de autonomía en la elección de sus autoridades, pues la designación del Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela, corresponde al Presidente (o Presidenta) de la República. Su Directorio (cuatro (4) miembros) igualmente es designado por este funcionario, además de dos (2) miembros que son designados por la Asamblea Nacional. Solamente el Primer Vicepresidente Gerente, es designado por el Directorio a proposición del Presidente o Presidenta del Banco.

d) Cumple una finalidad económica, ya que su objetivo fundamental es "lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de nuestra unidad monetaria" (Art. 5° de la Ley del Banco Central de Venezuela)

4.3.2. Entes Públicos Asociativos con forma de Derecho Privado:

En este categoría se incluyen:

- Empresas del Estado
- Asociaciones Civiles
- Fundaciones pertenecientes al Estado

Las Empresas del Estado, forman parte de la Administración Descentralizada funcionalmente, y en este sentido es determinante el criterio de la Sala Constitucional en la Sentencia citada del 18 de Diciembre de 2001.

Admiten en su conformación la participación del capital privado, sin embargo pueden constituirse con un único accionista (Art 104 LOAP). Si bien es cierto que se constituyen a través de formulas de Derecho Privado (protocolización de su acta constitutiva en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio), el hecho de ser una Empresa del Estado, genera la

obligación de publicar el acta de protocolización en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, así como todos los actos que ameritan publicación de acuerdo al Código de Comercio.

Siendo entes públicos con forma de Derecho Privado, se rigen además de lo estipulado en la LOAP, por las disposiciones del Código de Comercio, aún y cuando conforme a lo que estipula esta misma ley en el artículo 6° hayan sido creadas por ley nacional.

Por disposición expresa de la LOAP (Art. 103) pueden constituir Empresas del Estado, tanto la República, como los estados, los distritos metropolitanos, los municipios, pudiendo tener participación en todo tipo de sociedades, suscribir o vender acciones e incorporar nuevos accionistas del sector público.

Las Fundaciones y Asociaciones civiles del Estado: Tienen sus antecedentes en el Decreto Presidencial No. 667 del 21 de Mayo de 1985, se encuentran reguladas en cuanto a su noción, creación, adquisición de personalidad jurídica, y representación por la LOAD, deben someterse además a la normativa estipulada en el Código Civil. No en balde se constituyen conforme a normas de Derecho Privado.

CONCLUSIÓN:

Ciertamente las expectativas que nos planteamos al inicio de este trabajo frente a la descentralización funcional y su regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública, no quedaron al final satisfechas del todo.

En efecto, el método seleccionado fue teórico descriptivo de análisis y síntesis. De ese análisis, puede concluirse y en esta afirmación no tengo ninguna duda que el criterio acogido por nuestro legislador para identificar a los entes públicos descentralizados es el de "los indicadores positivos de reconocimiento "

Frente a ello, cabría la pregunta que se suscitó con el surgimiento de esta teoría ¿deben estar presentes todos los indicadores en forma acumulativa, o sencillamente uno de ellos? La respuesta, nos la da el propio legislador, pues a la hora de analizar cada uno de los entes descentralizados, es evidente el hecho que el punto nodal de la cuestión radica en el régimen jurídico aplicable y en la personalidad jurídica.

Por otra parte, al tratar la descentralización, el legislador deja claro la diferencia, entre un órgano y un ente. Rechazando de plano que la descentralización funcional se realice entre órganos. Por tanto solo podrá concebirse entre entes.

Tener presente esos elementos nos permite ubicarnos en el ámbito del régimen jurídico que les corresponde. Régimen que por lo demás y como también quedó demostrado no es monolítico. Lo que sí puede existir es una preponderancia de cierta categoría de normas. Es justamente en este elemento donde creemos tiene relevancia la distinción entre entes públicos y privados. De allí pues, que para llegar a determinar la naturaleza del ente, es necesario analizar previamente el Derecho Positivo.

Por otra parte, visto el desenvolvimiento del Estado moderno a lo largo de todo el Derecho Comparado, es evidente que lo que se está gestando ante nuestros ojos, es un estado gerencia!, que no le importa la forma jurídica que adopta al momento de prestar un servicio. La formula es circunstancial, lo que le interesa es gerenciar sus cometidos y negociar sus recursos de manera efectiva y eficiente.

Con tristeza deba reconocer, que mientras la mayoría de los países del mundo se desenvuelven con políticas de avanzada, nosotros vamos caminando en retroceso haciéndonos cada vez mas subdesarrollados. La crisis institucional por la que atraviesa nuestro país, no representa de ninguna manera la senda que puede llevarnos a una concepción moderna del Estado y del Derecho.

Creo sin embargo que el cometido de analizar la descentralización funcional en el marco de la LOAD, los indicadores que esta ley establece para determinar la naturaleza de los entes descentralizados, fue cubierto a cabalidad.

BIBLIOGRAFIA

1. APTIZ BARBERA, Juan Carlos "La Incidencia del Código de Procedimiento Civil en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa" E_ n. XXVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escoba?". Avances Jurisprudencia del Contencioso Administrativo. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara (2003) Tipografía y Litografía Horizonte C.A.. Barquisimeto - Lara. Venezuela
2. BREWER CARIAS, Allan R.
"La Interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado en la Administración Pública y el Proceso de Huída y Recuperación del Derecho Administrativo" En, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo(1996) Ediciones FUNEDA. Caracas- Venezuela.
" Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa venezolana" Colección Estudios Jurídicos N°49 (1994) Editorial Jurídica Venezolana. 2da. Edición. Caracas - Venezuela.
3. BREWERCARIÁS, Allan R. y Luis A. ORTIZ ÁLVAREZ "Las Mejores Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa" (1991/1996) Colección Jurisprudencia N° (1996) Editorial Jurídica Venezolana. Caracas-Venezuela.
4. BREWER CARIAS, Allan R. y CHAVERO GAZDIK, Rafel J. "Ley Orgánica de Administración Pública". Colección Textos Legislativos. N°24.1 era. Edición (2002) Editorial Jurídica Venezolana. Caracas- Venezuela
5. BRIAN F, Crisp "El Control Institucional de la Participación en la Democracia Venezolana" Editorial Jurídica Venezolana (1997) Colección Estudios Políticos N° 4.Caracas - Venezuela.
6. CABALLERO ORTÍZ, Jesús
«Los Institutos Autónomos" Ediciones FUNEDA.(1995) 3era. Edición .Caracas - Venezuela.
7. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE). Mimeografía. No 12. (1990) Caracas - Venezuela.
8. "Derecho Público. Teoría del Estado y de la Constitución. Derecho Constitucional. Derecho Administrativo". Director: Jorge Sarmiento García. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Cuyo. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Ediciones Ciudad Argentina (1997) Imprenta Fareso S.A. España.
9. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo" Editorial Civitas, S.A. II Tomos (1995) Madrid.
10. GARRIDO DE CÁRDENAS, Antonieta "La Administración Pública Nacional y su Organización Administrativa", en Estudios de Derecho Administrativo. Vol. I. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 2. (2001) Caracas - Venezuela.
 - "La Descentralización Política en el Estado Carabobo" en, La Descentralización en el estado Carabobo. De Carabobo para Carabobo. Universidad de Carabobo. Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Comparado (1996) Valencia-Venezuela.
 - "Consideraciones sobre las Formas de Organización Administrativa y las Modalidades de Desviación del Principio de la Competencia Establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001)" En, Temas de Derecho Administrativo. Vol. 1. Tribunal Supremo de Justicia. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Colección Libros Homenaje N° 7 (2002) Caracas - Venezuela.
11. GORDILLO, Agustín

"Tratado de Derecho Administrativo" Tomo I. Parte General. 1era. Edición venezolana. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Fundación de Derecho Administrativo Editorial Torino (2001) Buenos Aires.

12. MARIENHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo 1°. 3era. Edición-Abeledo Perro(1982) Buenos Aires

13. MOLES CAUBET, Antonio. "Estudios de Derecho Público" (Oswaldo Acosta-Hoenicka. Compilador) Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Derecho Público (1997) Caracas - Venezuela.

14. PEÑA SOLIS, José

"Manual de Derecho Administrativo" (adaptado a la Constitución de 1.999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001) Volumen Segundo. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. N° 5 (2002) Caracas. Venezuela

15. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard "Teoría General de la Actividad Administrativa" Editorial Jurídica Venezolana.(1996) 2da. Edición. Caracas-Venezuela.

16. SAYAGUEZ LASO, Enrique "Tratado de Derecho Administrativo" Editorial Martín Bianchi Altuna (1959) Montevideo.

17. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso.

"Principios de Derecho Administrativo" Volumen I. Tercera Edición. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. (2001) España.